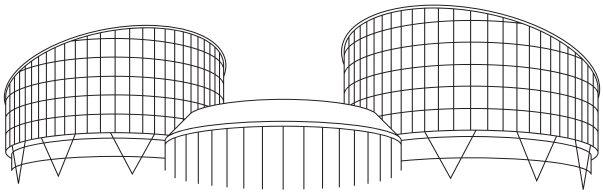

İNSAN HAKLARI AVRUPA SÖZLEŞMESİ

Açıklama ve Önemli Kararlar

2. Cilt

(İHAS 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14
Ek Protokol 1-1, 1-2, 1-3 maddeler)

Prof. Dr. Osman Doğru
Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Dr. Atilla Nalbant
İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde Hukukçu

Bu kitap Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Birliği ile Avrupa Konseyinin Ortak Programı olan "Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi" kapsamında basılmıştır. Projenin ihale makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.

Funded
by the European Union

EUROPEAN UNION

COUNCIL OF EUROPE CONSEIL DE L'EUROPE

Implemented
by the Council of Europe

© Council of Europe / Avrupa Konseyi

© T.C. Yargıtay Başkanlığı, 2013 (1. Baskı)

Bu kitapta yer alan değerlendirmeler yazarların kişisel fikirleridir. Söz konusu değerlendirmelerden, bu değerlendirmelerde sözü edilen hukukî belgeler üzerinde Avrupa Birliğine veya Avrupa Konseyine üye devletlerin yönetimlerini, Avrupa Birliğinin veya Avrupa Konseyinin yasal organlarını ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini veya Avrupa Konseyinin uluslararası sözleşmelerine dayanılarak tesis edilmiş herhangi bir kurumu bağlayıcı nitelikte resmî yorumlar yapıldığı anlamı çıkarılmamalıdır.

Bu kitapta yer alan kararlar, AİHM'in resmi dili olan İngilizce veya Fransızca'dan Türkçe'ye yapılmış resmi olmayan çevirilerden oluşmaktadır. Avrupa Birliği veya Avrupa Konseyinin yasal organları ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu çevirilerin doğruluğu veya geçerliliği konusunda herhangi bir sorumluluk üstlenmez. Çevirilerin resmi dilde (İngilizce veya Fransızca) yayımlanan orijinal karar metniyle çelişmesi halinde orjinal metin esas alınmalıdır.

Baskı: **POZİTİF MATBAA**
Çamlıca Mahallesi Anadolu Bulvarı 145. Sk. No: 10/16 Yenimahalle / ANKARA
Tel: 0312 397 00 31 - Faks: 0312 397 86 12
website: www.pozitifmatbaa.com - e-mail: pozitif@pozitifmatbaa.com

Osman Doğru, *1959'da doğdu. 1983 yılında İstanbul Üniversitesi Hukuk Fakültesi'nden mezun oldu. 1986 yılında Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesinde araştırma görevlisi olarak çalışmaya başladı. Aynı üniversitede 2000 yılında doçent, 2006 yılında profesör oldu. Halen aynı üniversitede İnsan Hakları Anabilim Dalı öğretim üyesidir. 1992 yılında "27 Mayıs Rejimi" adlı çalışmasıyla kamu hukuku doktoru unvanını aldıktan sonra uluslararası insan hakları hukuku alanında çalışmaya başladı. Özellikle İnsan Hakları Avrupa Sözleşme'nin yorumlanması ve uygulanması üzerine yayınlar yapmakta ve insan hakları hukuku dersleri vermektedir. Ayrıca Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi web sayfasının (http://ihami.anadolu.edu.tr) kurucusu ve akademik editörüdür.*

Dr. Atilla Nalbant, *1965 yılında Malatya'da doğdu. Galatasaray Lisesini (1984), İ.Ü. Hukuk Fakültesini (1988) bitirdi. 1996 yılında Kamu Hukuku doktoru oldu. 1989-1997 yılları arasında M.Ü. Hukuk Fakültesi Anayasa Hukuku Anabilim Dalında öğretim üyesi olarak görev yaptı. 1997'den 1998 yılına kadar İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nda görev yaptı. 1998'den bu yana ise, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nde hukukçu ve yönetici (2006'dan bu yana) olarak çalışmaktadır.*

BİRKAÇ NOT

"İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: Açıklama ve Önemli Kararlar" başlıklı kitabın ikinci cildini okuyuculara sunuyoruz. Kitabın ilk cildinde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 2-7. maddeleri açıklanmış ve önemli kararların çevirilerine yer verilmişti. Kitabın ikinci cildinde de ilk ciltte kullanılan yöntem ve sistematik izlenmiştir. Her madde hakkında önce açıklayıcı bilgiler verilmiş, ardından bu madde ile ilgili önemli kararların çevirilerinin konuyla ilgili bölümleri kitaba alınmıştır.

Kitabın ilk cildinde Sözleşme'nin 1. maddesi hakkında bir açıklamaya yer verilmemişti. Ayrıca İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ("Mahkeme") önündeki usul sadece ilk cildinin "Giriş" bölümünde ana çizgileri ile tanıtılmıştı. Kitabın ikinci cildinde ise, Sözleşme'nin 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14. maddeleri ile Sözleşmeye Ek Birinci Protokolün ("Birinci Protokol") 1, 2 ve 3. maddeleri incelenmiştir. Böylece olağanüstü durumlarda hak ve özgürlüklerin askıya alınma rejimini düzenleyen Sözleşme'nin 15. maddesi ve kabuledililebilirlik koşullarını düzenleyen maddeler kitabın kapsamı dışında bırakılmış olmaktadır. Sözleşme'nin 15. maddesinin kitabın kapsamı dışında bırakılmasının nedeni, bu düzenlemenin Türk hukuku bakımından güncelliğinin olmamasıdır. Kabuledilebilirlik koşullarına yer verilmemesinin nedeni ise, Mahkeme tarafından 2011 yılında "Kabuledilebilirlik Kriterlerini Uygulama Rehberi" adıyla yayınlanan rehberin bu konuda genel çizgileriyle konuyu açıklamak bakımından yeterli olmasıdır. Bu rehber Türkçe'ye çevrilmiş olup http://www.echr.coe.int/NR/rdonlyres/ADD866FF-37B1-4613-AB93-8EB526799DCC/0/TUR_Guide_pratique.pdf adresinden erişmek mümkündür. 2011 yılından bu yana kabuledilebilirlik kriterlerinin uygulanması bakımından yeni ve çok önemli değişikliklerin olduğu söylenemez.

1 Mayıs 2013 tarihli İçtüzük Değişikliği

Burada kısaca üzerinde durulabilecek önemli bir yenilik, 1 Mayıs 2013 tarihinde yürürlüğe giren Mahkeme İçtüzüğü değişikliğidir. Bu değişiklikle, Daire Başkanlarına Tek Yargıç düzeninde karar alma, başka bir anlatımla bir şikâyeti reddetme yetkisi verilmektedir. Nitekim İçtüzüğün 27A § 2a maddesi gereğince, Daire Başkanları Tek Yargıç yetkilerini kullanma imkânına kavuşmuştur. Bu değişiklik, Mahkeme'nin birçok gereksiz şikâyetle zaman kaybetmesini önlemeyi ve ilgili hükümetlere iletilmesi gereken şikâyetlerin tebliğ usulünü hızlandırmayı amaçlamaktadır. Böylece Daire Başkanı, ayrıntılı bir karar almaksızın açıkça reddi gereken bir şikâyeti kabuledilemez bulabilecektir; buna karşılık, hükümete iletilmesi gereken şikâyeti çok basit bir usulle taraflara tebliğ edebilecektir. Mahkeme, bu yenilikle çekişmeli yargılama usulünü başlatma sürecini hızlandırmayı amaçlamıştır.

Diğer önemli bir değişiklik ise, Mahkeme'nin tedbir kararı verme usulünde Daire Başkan yardımcılarının ya da nöbetçi yargıçların yetkilerinin arttırılmasıdır (İçtüzük, madde 29A § 2 b, madde 39 § 3 ve 4). Ayrıca Daire kararları ile Mahkeme içtihadı arasında çelişmenin olduğu durumda Büyük Daireye başvurma zorunlu hale getirilmektedir. Nihayet Daireye, tarafların Dairenin bir davayı Büyük Daireye gönderme yönündeki kararına gerekçeli olarak karşı çıkmaları konusunda bir takdir imkânı tanınmaktadır (İçtüzük, madde 72).

Kabuledilebilirlik hakkında iki önemli karar

Kitabın ilk cildinin yayınlanmasından sonra Mahkeme, Türkiye hakkında iki önemli karar kabul etmiştir. Bu kararlardan ilki, *Müdür Turgut ve Diğerleri – Türkiye* kararıdır (no.4860/09). İkincisi ise, *Hasan Uzun – Türkiye* kararıdır (no. 10755/13).

Mahkeme, *Müdür Turgut ve Diğerleri – Türkiye* kabuledilebilirlik hakkında kararında, 6384 sayılı Kanun ile dava süreli ve mahkeme kararların geç icrası ya da icra edilmemesi hakkında şikâyetleri belirli koşullarda incelemekle yetkilendirilen yeni yolu "erişilebilir" ve eldeki bilgilere göre "yeterli" ve "elverişli" bir yol olarak değerlendirmiştir.

Müdür Turgut ve Diğerleri kararında Mahkeme, 20 Mart 2012 tarihli *Ümmühan Kaplan – Türkiye* pilot kararından sonra, yargılama süreleriyle ilgili olarak 23 Eylül 2012 öncesinde Mahkeme'ye yapılmış başvuruların tazminat ödenmesi suretiyle çözülmesine dair 6384 sayılı Kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edildiğini saptamıştır. Mahkeme, bu davada başvuru yapıldıktan sonra kurulmuş olan bu yola başvurucunun başvurması gerektiğini belirterek bu başvuruyu "iç hukuk yolları" tüketilmediği gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkeme'ye göre, 6384 sayılı Kanunla kurulan yol, Türkiye'ye karşı açılan yargılama süresiyle ilgili tekrar eden davalara çözüm bulma amacı taşıyan pilot karar usulünün doğrudan ve somut bir sonucudur. Mahkeme, ulusal makamların bir iç hukuk yolu kurarak, davalı devletin, Bakanlar Komitesi tavsiye kararlarına ve Interlaken, İzmir ve Brighton konferanslarının sonuç bildirgelerine uygun olarak, iç hukuk düzeyindeki yapısal bir sorunu çözerek üzerine düşen sorumluluğu yerine getirdiği değerlendirmesini yapmıştır. Mahkeme'ye göre, 6384 sayılı Kanun, temel olarak, Türkiye'nin makul sürede yargılama yükümlülüğüne aykırılıkları telafi etmesine ve Mahkeme önündeki başvuruları azaltmasına ve hatta tamamen sonuçlandırmasına imkân tanıma amacı taşımaktadır. Mahkeme, bu kararında henüz bu yolu "etkili" olarak nitelendirmemiştir; çünkü bu yol çok yenidir ve uygulamada etkili olduğunu ortaya koyacak veriler mevcut değildir. Bu yolun çok yeni olmasına karşın, Mahkeme önündeki bu şikâyeti içeren başvuruları yeni yola başvurulmasını sağlamak amacıyla kabuledilemez bulmuştur.

Hasan Uzun – Türkiye kabuledilebilirlik hakkındaki kararında Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu konusunu değerlendirmiştir. Bilindiği gibi Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru, 7.5.2010 günlü, 5982 sayılı Türkiye Cumhuriyeti Anayasasının Bazı Maddelerinde Değişiklik Yapılması Hakkında Kanun'un 12 Eylül 2010 tarihinde yapılan referandumla kabul edilmesiyle Türk hukuk sistemine girmiş yeni bir hak arama yoludur. Mahkeme, *Hasan Uzun – Türkiye* kararı ile bu hak arama yolunun, ilke olarak, tüketilmesi gereken bir yol olduğu değerlendirmesini yapmış ve bu başvuruyu iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle reddetmiştir. Mahkeme, tıpkı *Müdür Turgut ve Diğerleri – Türkiye* kararında olduğu gibi, yeni yolu "erişilebilir" ve eldeki bilgilere göre "yeterli" ve "elverişli" bir yol olarak değerlendirmiştir. Ancak bu yolun henüz "etkili" olup olmadığı konusunda bir değerlendirme yapmanın mümkün olmadığının altını çizmiştir.

İÇİNDEKİLER

BİRKAÇ NOT V

1 Mayıs 2013 tarihli İçtüzük Değişikliği V

Kabuledilebilirlik hakkında iki önemli karar VI

ÖZEL VE AİLE YAŞAMINA, KONUTA VE HABERLEŞMEYE SAYGI HAKKI 1

AÇIKLAMA 1

Korunan hakka müdahale var mı? 2

Özel yaşam 2

Aile yaşamı 7

Konut 9

Haberleşme 10

Müdahale haklı mı? 10

Müdahalenin haklılık şartları 11

Hukukilik 11

Meşru amaç 14

Demokratik toplumda gereklilik 15

Müdahale alanları 19

Doğum 20

Ad 25

Soybağı 28

Cinsiyet kimlik 34

Etnik kimlik 36

Beden 37

Şeref/itibar 41

Cinsel yönelim 43

Kişisel bilgiler 45

Aile bağları 46

Ev ve işyeri 49

İletişim 53

Çevre 55

ÖNEMLİ KARARLAR 59

İletişimin denetlenmesi—telefon dinleme
06.09.1978 5029/71 KLASS VE DİĞERLERİ - ALMANYA 59

Aile yaşamı—çocuğun anne ile soybağının doğumla kurulamaması
13.06.1979 6833/74 MARCKX - BELÇİKA 70

Kişisel bütünlük—cinsel saldırıya karşı korumama
26.03.1985 8978/80 X ve Y - HOLLANDA 79
Cinsel yaşam—eşcinsel ilişki yasağı
26.10.1988 10581/83 NORRIS - İRLANDA 83
Kişisel veri—güvenlik soruşturması
26.03.1987 9248/81 LEANDER - İSVEÇ 90
Aile yaşamı—çocuk ile kişisel ilişki
23.09.2003 36141/97 SOPHIA GUDRUN HANSEN - TÜRKİYE 103
Hakimin meslekten çıkarılması
19.10.2010 20999/04 ÖZPINAR - TÜRKİYE 113

DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ 121
AÇIKLAMA 121
Kavramlar 122
Düşünce 123
Din 123
Vicdan 124
Korunan haklar 125
Manevi iç dünya 125
Dini veya inancı açığa vurma 127
Dinsel ritüel ve uygulamalar 127
İbadet yeri 128
Dinsel topluluk hayatı ve yönetimi 129
Dinsel kıyafetler, örtü, başlık ve semboller 131
Açığa vurmanın sınırlandırılması 135
Müdahalenin varlığı 136
Hukuken öngörülmüş olması 137
Meşru amaç izlemesi 138
Demokratik toplumda gereklilik 139
Farklı grupların yararlarını uzlaştırmak 139
Ulusal takdir alanı 140
ÖNEMLİ KARARLAR 143
Kendi dinine çekme yasağı
25.05.1993 14307/88 KOKKİNAKİS - YUNANİSTAN 143
Tarikat üyeliği gerekçesiyle ordudan ihraç
01.07.1997 20704/92 KALAÇ - TÜRKİYE 144
Üniversitede İslami başörtüsü takma yasağı
20.11.2005 44774/98 LEYLA ŞAHİN - TÜRKİYE [BD] 147
Dini lider seçimine müdahale
13.07.2006 32186/02 AGGA - YUNANİSTAN (NO. 3) 158

Nüfus cüzdanında din hanesi bulunması
02.02.2010 21924/05 SİNAN IŞIK - TÜRKİYE 161
Vicdani ret
07.07.2011 23459/03 BAYATYAN - ERMENİSTAN [BD] 167

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ 181
AÇIKLAMA 181
İfade özgürlüğünün kapsamı 183
Bilgiye erişme hakkı 184
Korunması tartışmalı ifadeler 185
Tarihi gerçekleri inkâr söylemi 186
Demokratik rejimi yıkmayı hedefleyen fikirler 187
Irkçılık ve hoşgörüsüzlük içeren nefret söylemi 188
Dinsel kin ve nefret içeren nefret söylemi 191
Şiddet çağrısı ve terör propagandası 195
Basın özgürlüğü 206
Haber kaynaklarının korunması 210
Görsel-İşitsel alan 213
İnternet alanı 216
Kamu görevlilerinin ifadeleri 219
Ticari ifadeler 224
İfade özgürlüğünün sınırlandırılması 226
Müdahale türleri 226
Hukuken öngörülmüş olma 226
Meşru amaçlar 228
Suçun veya düzensizliğin önlenmesi 229
Ulusal güvenlik 229
Sağlığın veya ahlakın korunması 230
Başkalarının şöhret ve haklarının korunması 232
Siyasetçiler 232
Kamu görevlileri 236
Sade vatandaşlar 239
Kamuya mal olmuş kişiler 240
Yargı erkinin otorite ve tarafsızlığı 241
ÖNEMLİ KARARLAR 245
Müstehcen yayın—kitap toplatma
07.12.1976 5493/72 HANDYSİDE - BİRLEŞİK KRALLIK 245
Gazete yazısına yayın yasağı—tedbir kararı
26.04.1979 6538/74 SUNDAY TİMES - BİRLEŞİK KRALLIK 256

Mesleki reklam yasağı—haksız rekabet
25.03.1985 8734/79 BARTHOLD - ALMANYA 278

Siyasetçiye hakaret
08.07.1986 9815/82 LINGENS - AVUSTURYA 285

Müstehcen resim—sergilenen resme el konulması
24.05.1988 10737/84 MÜLLER VE DİĞERLERİ - İSVİÇRE 294

Yargıca hakaret
22.02.1989 11508/85 BARFOD - DANİMARKA 303

Hükümeti aşağılama
23.04.1992 11798/85 CASTELLS - İSPANYA 306

Irkçı ifadeleri yayımlama
23.09.1994 15890/89 JERSİLD - DANİMARKA 315

Anayasaya sadakatsizlik nedeniyle memuriyetten çıkarma
26.09.1995 17851/91 VOGT - ALMANYA 327

Basına bilgi sızdırma nedeniyle işten çıkarma
12.02.2008 14277/04 GUJA - MOLDOVA 331

Askeri teşkilatı aşağılama
25.11.1997 24348/94 GRIGORIADES - YUNANİSTAN 340

Kitabın dağıtılmasının yasaklanması
17.07.2001 39288/98 EKİN DERNEĞİ - FRANSA 346

Gazetenin olağanüstü hal bölgesine sokulmasının yasaklanması
13.02.2003 40153/98 ÇETİN VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE 353

Avukatın yargılama sırasındaki beyanları nedeniyle disiplin soruşturması
28.10.2003 39657/98 STEUR - HOLLANDA 358

Siyasetçiye hakaret
13.11.2003 39394/98 SCHARSACH ve NEWS
VERLAGSGESELLSCHAFT - AVUSTURYA 362

Kin ve düşmanlığa tahrik
06.10.2006 59405/06 ERBAKAN - TÜRKİYE 369

Savcının meslekten çıkarılması
13.11.2008 64119/00 KAYASU - TÜRKİYE 374

İnternet yayını—gazete haberinde hakaret
10.03.2009 3002/03 TIMES NEWSPAPERS LIMITED -
BİRLEŞİK KRALLIK (No 1 ve 2) 388

Bilgiye erişememe–kişisel veriler
14.04.2009 37374/05 TARSASAG A SZABADSAGJOGOKERT -
MACARİSTAN 394

Haber kaynağını açıklamaya zorlama
14.09.2010 38224/03 SANOMA UITGEVERS B.V. - HOLLANDA 397

Terör örgütünün bildirisini yayımlama
06.10.2010 43453/04 GÖZEL VE ÖZER - TÜRKİYE 404

Türklüğü aşağılama suçundan mahkumiyet—gazeteciyi saldırılara karşı korumama
07.07.2011 2668/07 DİNK - TÜRKİYE 410

Türklüğü aşağılama suçundan soruşturma
25.10.2011 27520/07 ALTUĞ TANER AKÇAM - TÜRKİYE 422

TOPLANMA VE ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ 429
AÇIKLAMA 429
Toplanma özgürlüğü 430
Bireysel gösteriler 431
Barışçıl gösteriler 431
Karşıt gösteriler 435
Örgütlenme özgürlüğü 436
Siyasi partiler 438
Barışçıl siyasi partiler 439
Barışçıl olmayan siyasi partiler 440
Kamu görevlisinin parti üyeliği 442
Dernekler 443
Azınlık dernekleri 443
Mason dernekleri 444
Sendikalar 446
Sendika kurma ve üye olma 446
Üyelerin çıkarlarını koruma 447
Zorunlu kesinti 448
Memurlar ve sendikal haklar 449
ÖNEMLİ KARARLAR 450
Toplu görüşme yapmama—polis sendikası
27.10.1975 4464/70 BELÇİKA ULUSAL POLİS SENDİKASI - BELÇİKA 450
Toplu sözleşme yapmama—toplu görüşme
06.02.1976 5614/72 İSVEÇ MAKİNİSTLER SENDİKASI - İSVEÇ 455
Sendikaya üyelik zorlululuğu
13.08.1981 7601/76 YOUNG, JAMES VE WEBSTER - BİRLEŞİK KRALLIK 460
Karşıt göstericilerin tacizine uğrama
21.06.1988 10126/82 PLATTFORM ÄRZTE FÜR DAS LEBEN - AVUSTURYA 464
Siyasi parti kapatma—azınlık yaratma
30.01.1998 19392/92 TÜRKİYE BİRLEŞİK KOMÜNİST PARTİSİ (TBKP) - TÜRKİYE 468
Siyasi parti kapatma—azınlık yaratma
25.05.1998 21237/93 SOSYALİST PARTİ VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE 478
Dernek üyeliği—mason derneği
02.08.2001 35972/97 GRANDE ORIENTE D'ITALIA DI PALAZZO GIUSTINIANI - İTALYA 488
Derneğin tescil etmeme—azınlık derneği
02.10.2001 29221/95 STANKOV ve ILINDEN BİRLEŞİK MAKEDONLAR DERNEĞİ - BULGARİSTAN 493

Siyasi parti kapatma—şeriatı ve çok hukukluluğu savunma
13.02.2003 41340/98 REFAH PARTİSİ VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE [BD] 507

Toplanmayı dağıtma—izinsiz gösteri
17.07.2007 25691/04 BUKTA VE DİĞERLERİ - MACARİSTAN 528

Siyasi parti kapatma—yasadışı eylemlerin odağı olma—delillerin değerlendirilmesi
14.12.2010 28003/03 HADEP VE DEMİR - TÜRKİYE 531

EVLENME HAKKI 539

AÇIKLAMA 539

Evlenme hakkı 539

Cinsiyet yönünden sınırlama 539

Dini evlilik 541

Evlilik yaşı 541

Geleneksel evlilik 541

Yabancıyla muvazaalı evlilik 542

Mağdur ile tutuklu sanığın evliliği 542

Göçmenler için izne bağlanan evlilik 543

Boşanma hakkı 544

Aile kurma hakkı 545

ÖRNEK KARARLAR 547

Evlenme engeli—transseksüelin evlenememesi
17.10.1986 9532/82 REES - BİRLEŞİK KRALLIK 547

Boşanma yasağı
18.12.1986 9697/82 JOHNSTON VE DİĞERLERİ - İRLANDA 549

Yeniden evlenme yasağı
18.12.1987 11329/85 F. - İSVİÇRE 553

ETKİLİ BİR HUKUK YOLUNA BAŞVURMA HAKKI 559

AÇIKLAMA 559

Uygulanabilirlik 559

Hakkın unsurları 560

Savunulabilir iddia bulunması 560

Ulusal bir makam bulunması 561

Hukuk yolunun etkili olması 562

Erişilebilirlik 562

Yeterlilik 563

Etkililik 564

Etkili başvuru hakkı ve diğer usul hakları 564

Kişi özgürlüğü 564

Yaşama hakkı ve işkence yasağı 565
Mahkemeye erişme hakkı 567
Makul sürede yargılanma hakkı 568
Sonradan kurulan hukuk yolu 568
ÖNEMLİ KARARLAR 571
Haberleşmeye saygı hakkı konusunda etkili hukuk yolu
06.09.1978 5029/71 KLASS VE DİĞERLERİ - ALMANYA 571
Haberleşmeye saygı hakkı konusunda etkili hukuk yolu
25.03.1983 5947/72 SİLVER VE DİĞERLERİ - BİRLEŞİK KRALLIK 574
Haberleşmeye saygı hakkı konusunda etkili hukuk yolu—savunulabilir bir iddia
27.04.1988 9659/82 BOYLE VE RİCE - BİRLEŞİK KRALLIK 579
Makul sürede yargılanma hakkı konusunda etkili başvuru yolu
08.06.2006 75529/01 SÜRMELİ - ALMANYA 591
İnsanlıkdışı muamele yasağı konusunda etkili hukuk yoyu
26.04.2007 25389/05 GEBREMEDHİN [GABERAMADHİEN] - FRANSA 596

AYRIMCILIK YASAĞI 603
AÇIKLAMA 603
Uygulanabilirlik 603
Ayrımcılık türleri 604
Doğrudan ayrımcılık 605
Dolaylı ayrımcılık 607
Ayrımcılığın kanıtlanması 608
Ayrımcılığın dayandığı nedenler 610
Irk ayrımcılığı 610
Cinsiyet ayrımcılığı 612
Ulusal köken ayrımcılığı 613
Din ya da inanç temelinde ayrımcılık 615
Dil temelinde ayrımcılık 615
Toplumsal köken, doğum ve servet ayrımcılığı 616
Siyasal veya diğer kanaat ayrımcılığı 616
"Diğer bir statü gibi nedenler" 616
Cinsel yönelime dayalı ayrımcılık 617
Engelli olma nedeniyle ayrımcılık 618
Yaş nedeniyle ayrımcılık 619
ÖNEMLİ KARARLAR 620
İkamet izni verilmediğinden ailenin bütünleşememesi—devletin pozitif yükümlülüğü
28.05.1985 9214/80 ABDULAZIZ, CABALES VE BALKANDALI - BİRLEŞİK KRALLIK 620

Yaşama hakkı konusunda ayrımcılık—etnik köken bakımından farklı muamele
06.07.2005 43577/98 NACHOVA ve DİĞERLERİ - BULGARİSTAN1 629

Eğitim hakkı konusunda ayrımcılık--dolaylı ayrımcılık—etnik köken bakımından farklı muamele
13.11.2007 57325/00 D.H. VE DİĞERLERİ - ÇEK CUMHURİYETİ [BD] 632

Serbest seçim hakkı konusunda ayrımcılık
22.12.2009 27996/06 SEJDIC VE FINCI - BOSNA HERSEK [BD] 640

Üçüncü kişinin şiddeti sonucu ölüm—öldürülme riskine karşı korumama—aile içi şiddet
09.06.2009 33401/02 OPUZ - TÜRKİYE 645

MÜLKİYET HAKKI 651

AÇIKLAMA 651

Uygulanabilirlik 651

Kişinin 'sahibi olduğu şey' kavramı 652

'Meşru beklenti' kavramı 654

Müdahale koşulları 656

Kamu yararı amacı bulunması 656

Hukuken öngörülmüş olması 657

Adil denge kurulması 659

Müdahale türleri 659

Birinci kural: Mülkiyetten yararlanmayı engelleme 660

Mülkiyetten yoksun bırakmaya yakın kısıtlamalar 660

Karmaşık mülkiyet statüsü 661

Yargı kararlarının icra edilmemesi 662

İkinci kural: Mülkiyetten yoksun bırakma 664

Devletleştirme 664

Kamulaştırma 665

El atma ve kamulaştırmasız el atma 667

Tapu iptalleri: Kıyı kenar ve orman taşınmazları 669

Tazminatın belirlenmesi 669

Üçüncü kural: Mülkiyetin kullanılmasının kontrolü 671

Çeşitli üçüncü kural uygulamaları 672

İmar düzenlemeleri 676

ÖNEMLİ KARARLAR 679

Evlilik dışı çocuğa miras bırakmanın kısıtlanması
13.06.1979 6833/74 MARCKX - BELÇİKA 679

Kamulaştırma kararı ve inşaat yasağı—mülkiyetten yararlanamama
23.09.1982 7151/75 SPORRONG VE LÖNNROTH - İSVEÇ 680

Mülkiyetin kaybı—üçüncü kişi yararına kamulaştırma
21.02.1986 8793/79 JAMES VE DİĞERLERİ - BİRLEŞİK KRALLIK 693

Mülkiyetin kaybı—millileştirme
08.07.1986 9006/80 LITHGOW VE DİĞERLERİ - BİRLEŞİK KRALLIK..... 708

Kamulaştırma tazminatı—ödeme zamanında enflasyon farkından doğan kayıp
09.07.1997 19263/92 AKKUŞ - TÜRKİYE..... 726

Kamulaştırma amacı—taşınmazı geri alamama
02.07.2002 48161/99 MOTAIS DE NARBONNE - FRANSA..... 731

Patlama nedeniyle sahibi olunan evin yıkılması—tapusuz gecekondu—mülkiyetin kaybı
30.11.2004 48939/99 ÖNERYILDIZ - TÜRKİYE 736

Tapu iptali—azınlık vakıflarına taşınmaz edinme yasağı—mülkiyetin kaybı
09.01.2007 34478/97 FENER RUM ERKEK LİSESİ VAKFI - TÜRKİYE.... 744

Taşınmazı iade etmeme
15.01.2008 6489/03 KARAMAN - TÜRKİYE..... 751

Tapu iptali—mülkiyetin kaybı
08.07.2008 14340/05 FENER RUM PATRİKLİĞİ - TÜRKİYE..... 755

EĞİTİM HAKKI 763

AÇIKLAMA 763

Eğitimden yoksun bırakılmama hakkı 763

Ebeveynin tercihlerine saygı hakkı 766

Ebeveynin dini veya felsefi tercihi..... 766

Ebeveynin dil tercihi 769

ÖNEMLİ KARARLAR 771

Anadilde eğitim vermeme
23.07.1968 1474/62 BELÇİKA'DA EĞİTİM DİLİ DAVASI - BELÇİKA... 771

Cinsel eğitim verme
07.12.1976 5095/71 KJELDSEN, BUSK MADSEN VE PEDERSEN - DANİMARKA..... 775

Bedensel ceza
25.02.1982 7511/76 CAMPBELL VE COSANS - BİRLEŞİK KRALLIK 784

Başörtülü öğrencinin üniversiteye alınmaması
25.05.1993 14307/88 LEYLA ŞAHİN - TÜRKİYE [BD]..... 790

Zorunlu din kültürü dersi—Alevi inancına uygun eğitim vermeme
09/10/2007 1448/04 HASAN VE EYLEM ZENGİN - TÜRKİYE 794

Sınıflarda İsa figürlü haç bulunması
18.03.2011 30814/06 LAUTSI VE DİĞERLERİ - İTALYA [BD]..... 806

SERBEST SEÇİM HAKKI.....817

AÇIKLAMA 817

Seçme hakkı 819

Yurtdışında ikamet edenler 819

Tutuklu ve hükümlüler 820

Seçilme hakkı 820
Adaylık şartları..... 821
Seçilmişlik sıfatının düşmesi 823
Seçim sistemleri..... 824
Seçimlerin örgütlenmesi ve yönetimi 826
Siyasi partilere devlet yardımı 826
Seçimlerin yönetimi 827
Medyadan yararlanma..... 828
ÖNEMLİ KARARLAR 830
Yasama organı seçimi
02.03.1987 9267/81 MATHIEU-MOHIN ve CLERFAYT - BELÇİKA 830
Seçimlerde ülke barajı
08.07.2008 10226/03 YUMAK VE SADAK - TÜRKİYE [BD] 841
Seçilme yeterliliği
22.12.2009 27996/06 SEJDIC VE FINCI - BOSNA HERSEK [BD] 856

KARARLAR İLGİLİ NOT.....875

İKİNCİ CİLTTE YER ALAN ÖNEMLİ KARARLAR 877
(Alfabetik Sırayla)

İKİNCİ CİLTTE YER ALAN ÖNEMLİ KARARLAR 881
(Madde ve Konu sırasına göre)

DİZİN 895

ÖZEL VE AİLE YAŞAMINA, KONUTA VE HABERLEŞMEYE SAYGI HAKKI

Madde 8 – Özel ve aile yaşamına saygı hakkı

1. Herkes özel ve aile yaşamına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Bu hakların kullanılmasına ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, hukuka uygun olarak yapılan ve demokratik bir toplumda gerekli bulunan müdahalelerin dışında, kamu makamları tarafından hiçbir müdahale yapılamaz.

AÇIKLAMA

Sözleşme'nin 8. maddesinin birinci fıkrası, birbirleriyle bağlantılı dört hakkı güvence altına almaktadır: Özel yaşama, aile yaşamına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı. Bu haklar birbirlerinden kesin olarak ayrılabilecek şekilde tanımlanmaya elverişli değildir. O nedenle bazı olaylarda bu maddedeki birden fazla hak birlikte uygulanmaktadır. Öte yandan Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan haklar mutlak değildir. Aynı maddenin ikinci fıkrasında bu hakların kullanılmasının sınırlanma koşulları gösterilmiştir. Ayrıca bu haklar, Sözleşme'nin 15. maddesinde kullanımı durdurulamayacak haklar arasında sayılmış değildir.

Bu maddenin amacı, esas itibarıyla bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumaktır. Ancak bu madde devleti sadece müdahalelerde bulunmaktan kaçınmaya zorlamakla kalmaz; devletin negatif yükümlülüğünün yanında, "saygı" kavramına içkin olan pozitif yükümlülükleri de vardır; bu yükümlülükler devletin bireyler arasındaki ilişkiler alanında tedbirler almasını gerektirebilir (*X ve Y – Hollanda, §23, 24 ve 27; E.S. – İsveç, §57*). Özellikle çocuklar ve diğer korunmasız bireyler etkili bir şekilde korunma hakkına sahiptir (*Hajduova, §45*). Mahkeme'ye göre, hukuki düzenlemeler yapılması ve bireyin haklarını koruyucu icrai mekanizmalar oluşturulması ve gerektiğinde özel tedbirlerin uygulanması, pozitif yükümlülükler arasında yer alır (*P. ve S. – Polonya, §95*). Ayrıca ilgili hakların korunmasını sağlayacak araçların seçiminde devletin takdir yetkisi bulunmakla birlikte, Sözleşme'nin 8. maddesindeki devletin pozitif yükümlülüğü, ulusal düzeyde yapılan soruşturmanın etkililiği sorunlarını ve dolayısıyla usuli nitelikteki yükümlülükleri de kapsar (*H.M. – Türkiye, §26*). Dolayısıyla Sözleşme'nin diğer bazı maddelerinde olduğu gibi, Sözleşme'nin 8. maddesinin de devlete üç tür yükümlülük yüklediği söylenebilir: dokunmama, koruma ve soruşturma.

Sözleşme'nin diğer maddelerinde olduğu gibi, 8. maddenin ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü bir başvuruda yapılan inceleme, bu madde hükümlerinden çıkarılan test sorularına verilecek yanıtlarla sonuca bağlanır.

Birinci soru, Sözleşme'nin 8(1). fıkrasında güvence altına alınan özel yaşam, aile yaşamı, konut veya haberleşme haklarından birinin başvurucu tarafından kullanmasına kamu makamları tarafından yapılan bir müdahale var mıdır? Bu soruya olumlu yanıt verilebilmesi için, ilk olarak, başvuru konusu olayda 8. maddenin uygulanabilir olduğunun tespit edilmesi gerekir. Bir başka deyişle öncelikle, başvurucunun şikâyeti bu maddede korunan haklardan birinin kapsamına girip girmediği incelenmelidir. Örneğin Mahkeme, veteriner müdürlüğü görevlilerinin domuz yetiştiricisi olan başvurucunun çiftliğine domuzların sayımı için izinsiz girmelerine ilişkin şikâyete, söz konusu çiftlik başvurucunun konutu sayılamayacağı gerekçesiyle, olayda 8. maddede güvence altına alınan konuta saygı hakkını uygulanabilir bulmamıştır (*Leveau ve Fillon – Fransa* (*k.k.*)*, no. 63512/00*). Eğer bir olayda başvurucunun şikâyetine 8. maddede güvence altına alınan haklarından biri uygulanabilir ise, ikinci olarak bu hakka kamu makamlarının bir müdahalesinin söz konusu olup olmadığı incelenmelidir. Şikâyet konusu her tasarruf bir müdahale oluşturmayabilir; dolayısıyla bir olayda bireyin kullanmakta olduğu bir hakka kamu makamlarının bir işlem, eylem veya ihmal suretiyle bir müdahalesinin bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Örneğin *Halford – Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, bir polis amiri olan başvurucunun işyerinden yaptığı telefon görüşmelerinin 'özel yaşam' ve 'haberleşme' kavramlarına girdiğini, buradan yapılan telefon görüşmelerinin dinlenmesinin ise söz konusu haklara bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkeme, özel yaşamla ilgili kararlarında müdahale kavramını, giderek devletin özel yaşama müdahale ettiği (negatif yükümlülük ihlali) şikâyetleriyle sınırlı olarak kullanmaya başlamış, devletin özel yaşamı koruma şeklindeki yükümlülüğü için ise doğrudan pozitif yükümlülük terimini kullanmaya başlamıştır (*Tysiac, §107, 108;Hristozov ve Diğerleri, §117*). Aşağıda ise pratik nedenlerle, devletin negatif ve pozitif yükümlülükleri müdahale kavramı altında incelenmiştir.

Sözleşme'nin 8(1). fıkrasındaki bir hakkın kullanılmasına bir müdahale varsa, ikinci soru sorulmalıdır: Bu müdahale haklı mı? Mahkeme bir müdahalenin haklı olup olmadığını, 8(2). fıkrasındaki şartları taşıyıp taşımadığını inceleyerek karara bağlamaktadır. Bu şartlar: i) müdahalenin hukuka uygun olarak yapılmış olması; ii) ikinci fıkradaki meşru amaçlardan birini izlemesi; ve iii) müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmasıdır. Sadece bu şartlara uygun bir müdahale Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmeyecektir. Bu şartlardan birini yerine getirmeyen bir müdahale, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal eder.

Korunan hakka müdahale var mı?

Korunan hakka müdahale var mı, sorusuna yanıt verebilmek için olayda bireyin Sözleşme'nin 8(1). fıkrasında güvence altına alınan bir hakkını kullanmasının söz konusu olup olmadığı belirlenmelidir. Bu inceleme doğal olarak, özel yaşam, aile yaşamı, konut ve haberleşmeye saygı kavramlarının neyi koruduğunun ya da kapsamının ne olduğunun belirlenmesini gerektirir. Bu belirleme teorik olarak değil, davalar temelinde yapılmaktadır. Mahkeme, Sözleşme'nin 8(1). fıkrasındaki kavramları ve özellikle buradaki özel yaşam kavramını tanımlamaktan kaçınmış, ancak incelediği davalarda deyim yerindeyse, bu hakların koruma alanlarını gösteren bazı işaret şamandıraları koymuştur.

Özel yaşam

Mahkeme'ye göre "özel yaşam" kavramı, tanımlanmaya elverişli olmayan geniş bir terimdir. Bu kavram kişinin 'maddi ve manevi bütünlüğü'nü içerir (*X ve Y – Hollanda, §22*). Özel yaşam kavramı bazen bireyin 'fiziksel ve sosyal kimliği' ile ilgili konuları kapsar (*Mikulic, §53*). Öte yandan 8. madde 'özel alan'a ilişkin, örneğin cinsiyetin belirlenmesi (*B. – Fransa, §63*), isim (*Burghartz, §24*), cinsel yönelim (*Dudgeon, §41*) ve cinsel yaşam (*Laskey, Jaggard ve Brown, §36*) gibi unsurları da korur. Sözleşme'nin 8.

maddesi ayrıca, 'kişisel gelişim' hakkını ve diğer insanlar ve dış dünya ile ilişkiler kurma ve geliştirme hakkını da korur (*Niemietz, §29*). Mahkeme ayrıca, 'kişisel özerkliğin', bu güvencelerin yorumlanmasında önemli bir ilke olduğu kanaatindedir (*Pretty, §61*).

Maddi ve manevi bütünlük: Bireyin vücut ve ruhsal bütünlüğüne yönelik fiziksel ve cinsel saldırılar, tıbbi müdahaleler, şeref ve itibarı etkileyen sözel saldırılar karşısında devletlerin, bireylerin maddi ve manevi bütünlüğüne etkili olarak saygı gösterilmesini sağlama şeklinde pozitif bir yükümlülüğü vardır (*P. ve S. – Polonya, §96*).

Devletin bireyi üçüncü kişilerin cinsel saldırı fiillerine karşı korumaması, özel yaşama bir müdahale oluşturur (*X ve Y – Hollanda, §29*). Mahkeme'ye göre temel değerlerin ve özel yaşamın esaslı yönlerinin tehlikeye sokan tecavüz gibi ağır eylemleri etkili bir şekilde caydırmak için, etkin cezai hükümler gerekir (*M.C. – Bulgaristan, §150*).

Devletin bireyi üçüncü kişilerin fiziksel şiddetine karşı koruması gerekir. Mahkeme'ye göre yetkililerin pozitif yükümlülükleri, bazı olaylarda Sözleşme'nin 2 veya 3. maddesi ve diğer bazı olaylarda tek başına ve 3. maddeyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 8. maddesi gereğince, özel şahısların şiddet eylemlerine karşı koruma sağlayan yeterli hukuki mevzuat oluşturma ve bunları pratikte uygulama ödevini içerir (*Bevacqua ve S., §65*). Bu bağlamda aile içi şiddet, özel tedbirler alınmasını gerektirir. Mahkeme ölüm veya yaralama ile sonuçlanan, tehditlerin yapıldığı aile içi şiddet olaylarını incelemiştir. Geçmişteki şiddet eylemlerinin ardından tehditlerde bulunulmuş ise, bu tehditlerin gerçekleştirilebileceği konusunda başvurucuda esaslı bir korku meydana gelebilir; tehditler, devletin Sözleşme'nin 8. maddesindeki pozitif yükümlülüklerine uygun davranıp davranmadığını değerlendirmeyi gerektirecek kadar başvurucunun psikolojik bütünlüğünü ve esenliğini etkileyebilir (*Hajduova, §49*).

Bedene yapılan tıbbi müdahaleler gibi, yapılması engellenen tıbbi müdahaleler de maddi ve manevi bütünlük açısından özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturabilir. Mahkeme'ye göre, çok küçük çapta da olsa, zorla yapılan bir tıbbi müdahale, (olayda zorla jinekolojik muayene) maddi ve manevi bütünlük hakkına bir müdahale oluşturur (*Y.F. – Türkiye, §33*). Öte yandan, bedene yapılması istenen bir tıbbi müdahale olan kürtajın engellenmesinin Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Devletin kürtaj konusunda yaptığı düzenlemeler, mahremiyet ile kamu yararı arasındaki geleneksel dengeyi ilgilendirmekle birlikte, bu düzenlemeler, tedavi amaçlı kürtaj durumunda, devletin anne adaylarının maddi bütünlüklerini koruma şeklinde pozitif yükümlülükleri bakımından değerlendirilebilir (*Tysiac, §107*). Mahkeme, son aşamadaki kanser hastaları olan başvurucuların ruhsatsız kanser ilacını deneysel amaçla kullanmalarına izin verilmemesini özel yaşama saygı hakkının güvence altına aldığı maddi ve manevi bütünlüğe değil ama kişisel özerkliğe bir müdahale olarak incelemiştir (*Hristozov ve Diğerleri, §116*). Öte yandan tıbbi müdahaleden önce kişinin gerektiği şekilde rızasının alınmaması özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturabilir. Mahkeme'ye göre bireylerin maddi ve manevi bütünlükleri, kendilerine sağlanan tıbbi tedavinin seçimine katılmaları ve bu konuda kendilerinin rızalarının alınması ve maruz kalabilecekleri sağlık risklerini değerlendirebilmeleri için gerekli bilgiyi edinmeleri, Sözleşme'nin 8. maddesinin kapsamına girer (*Besen – Türkiye [k.k.], no. 48915/09, §43, 44*). Tıbbi müdahale, istisnai haller dışında, ilgili kişinin ancak bilgilendirilip özgür rızası alındıktan sonra yapılabilir; hastaların durumun farkında olarak karar verebilmelerini sağlamak için, kendilerine verilmesi düşünülen tedavi ve bununla bağlantılı riskler hakkında bilgi verilmiş olmalıdır (*ibid*).

Kişisel şeref/itibar manevi bütünlük içinde yer alır. Kişisel itibar hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından korunan özel yaşama saygı hakkının bir parçasıdır (*Axel Springer AG, §83*). Devletin bireyin itibarını etkileyecek yayınlara karşı bireyi korumaması

halinde 8. madde uygulanır (*White – İsveç, §14, 19, 20*). Mahkeme'ye göre, kişi kamusal bir tartışma bağlamında eleştirilmiş olsa bile, o kişinin itibarı, kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve dolayısıyla 'özel yaşam' kapsamına girer (*Pfeifer, §35*). Ancak bir olayda Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olması için, kişinin itibarına yönelik saldırının asgari bir ağırlık düzeyine ulaşması ve özel yaşama saygı hakkından yararlanmasına zarar verecek tarzda olması gerekir (*A. – Norveç, §64*). Ayrıca Mahkeme bir kimsenin, örneğin bir suç işlemek gibi kendi eylemlerinin öngörülebilir sonucu olan itibar kaybından şikâyet etmek için Sözleşme'nin 8. maddesine dayanamayacağını söylemiştir (*Sidabras ve Dziautas, §49; Gillberg, §67,68*). Devlet, Sözleşme'nin 8. maddesindeki pozitif yükümlülükleri bağlamında, özel yaşamın bir unsuru olan bireyin itibarının korunması hakkı ile diğer tarafın Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğü arasında adil bir denge kurmalıdır (*Chauvy ve Diğerleri, §70*).

Kişinin itibarı sadece yayınlardan değil, ama örneğin işten çıkarma gibi hakkında yapılan başka işlemlerden de etkilenebilir. Mahkeme, kişinin mesleki ve özel yaşamına ilişkin sebeplerle işten çıkarma halinde, kişinin itibarı hakkına müdahale olabileceğini vurgulamıştır (*Özpınar, §45-48*).

Kişisel ve sosyal kimlik: Kişinin kendi kimliğini belirlemesi ve kimliğinin tanınmasını istemesi, özel yaşamın esaslı yönlerinden biridir. Bireyin kişisel kimliğinin ve ailesiyle ilişkilendirilmesinin bir aracı olarak ad, kişinin özel ve aile yaşamını ilgilendirir. Adın kullanılmasının düzenlenmesi konusunda toplumun ve devletin menfaatinin bulunması, bu durumu ortadan kaldırmaz; çünkü özel yaşam, belirli bir ölçüde, mesleki veya iş bağlamında diğer insanlarla ilişkiler kurma ve geliştirme hakkını da içerir (*Burghartz, §24; Ünal Tekeli, §42*). Mahkeme, kişinin ön adı ve soyadı konularında özel yaşam ve aile yaşamı bakımından Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olduğunu kabul etmiştir (*Boulgakov – Ukrayna*). Bir kimsenin adının veya soyadının değiştirilmesi talebinin reddedilmesi gibi, vatandaşı olduğu ülkenin alfabesinde bulunmayan harflerle adının yazılması talebinin reddedilmesi de kişinin özel ve aile yaşamına saygı hakkına bir müdahale oluşturur (*Kemal Taşkın ve Diğerleri, §46*).

Özel yaşam, kişinin fiziksel ve sosyal kimliğiyle ilgili yönleri de içerir. Cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınması için gerekli sicil değişiklerinin yapılmaması, özel yaşama bir müdahale oluşturur. Mahkeme birçok kez, cinsiyet değiştirmiş transseksüel başvurucuların cinsiyet değişikliğinin hukuken tanınmaması halinde, Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel yaşama saygı hakkına aykırılığın mağduru olduğunu iddia edebileceklerini belirtmiştir (*Grant, §40; H. – Finlandiya, §41*).

Özel yaşama saygı, bireyin sosyal kimliği çerçevesinde belirli bir ölçüde diğer kişilerle ilişki kurma hakkını da kapsar (*Mikulic, §53*). Bir kimsenin üstsoyunu bilme hakkı, o kimsenin kişisel kimliğinin önemli bir yönünü de içeren özel yaşam kavramına girer (*Roman, §53*). Çocuk ile ebeveyni arasındaki soybağının belirlenmesi ve böylece kimliğin saptanması, özel yaşamla ilgili bir sorundur. Ulusal düzeyde açılan soybağı davaları ile soybağının reddi davaları özel yaşamla ilgili bu tür sorunları ortaya çıkarır, ama bunlarla sınırlı değildir. Evlilik içinde doğan çocuğun babalığını reddi davasını açan kişi, aile bağlarının hukuken çözülmesini amaçlamakta ise de, çocuk ile hukuki ilişkisinin belirlenmesi, kendisinin özel yaşamıyla ilgili bir mesele olduğundan, bu tür olaylarda Sözleşme'nin 8. maddesi uygulanır (*Rasmussen, §33*). Evlilik dışında doğan çocuk ile doğal babası arasındaki hukuki ilişkinin belirlenmesi de özel yaşam kapsamındadır. Çocuğun açtığı babalık davasının amacı, biyolojik gerçekliğin kanıtlanması suretiyle babası ile kendisi arasında hukuki ilişki kurulmasını sağlamaktır. Babalığın belirlenmesiyle çocuğun özel yaşamı arasında doğrudan bir ilişki vardır (*Mikulic, §53, 55; Ebru ve Tayfun Çolak, §85*).

Mahkeme *Jaggi – İsviçre* davasında, babası olduğunu düşündüğü ölü kişiden DNA örneği alınarak babalığın kesin olarak belirlenmesi talebinin reddedilmesini, çocuğun özel yaşamına bir müdahale olarak görmüştür. Öte yandan, doğal babanın önceden birlikte yaşadığı kadından olma çocuğu ile arasında soybağının kurulması davasının reddedilmesi, doğal baba olduğunu iddia eden kişinin özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturur (*Ahrens, §60; Krisztian Barnabas Toth, §28*).

Etnik kimlik, Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel yaşam kapsamına giren bireyin kimliğiyle ilgili önemli bir unsur olarak görülmesi gerekir (*S. ve Marper [BD], §66*). Mahkeme, *S. ve Marper – Birleşik Krallık [BD]* davasında, beraat etmiş sanığın DNA bilgilerinin işlenmesinin yetkililere kişinin etnik kökenini değerlendirme imkânı verdiğini ve bu tekniğin polis soruşturmasında kullanıldığını kaydetmiş, DNA bilgilerinin etnik köken bakımından sonuç çıkarsama ihtimali yaratmasının DNA bilgilerinin tutulmasını özel yaşam hakkını etkilemeye açık hale getirdiğini belirtmiştir. Mahkeme, hücre örneklerinin ve DNA bilgilerinin tutulmasının, Sözleşme'nin 8(1). fıkrası anlamında özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturduğu sonucuna varmıştır (*S. ve Marper [BD], §76, 77*). Mahkeme *Ciubotaru – Moldova* davasında, bireyin kayıtlı etnik kimliğinin kimliğin diğer yönlerinden farklı olarak, kendisinin ve çocuklarının etnik kimliği bakımından belirleyici olması halinde Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel yaşam kapsamına gireceğini belirtmiştir. Olayda Mahkeme, başvurucunun resmi kayıtlardaki etnik köken bilgisinin kendisinin beyan ettiği etnik köken bilgisiyle değiştirilmesi talebinin reddedilmesini, özel yaşama bir müdahale olarak görmüştür (*Ciubotaru, §53*). Mahkeme bir etnik grupla ilgili yayınların özel yaşama saygı hakkını ihlal ettiği iddiasını incelediği *Aksu – Türkiye [BD]* davasında, bir gruba olumsuz rol atfedilmesinin belirli bir düzeye erişmesi halinde, grubun kimlik duygusu ile grup üyelerinin özsaygısının ve özgüveninin etkilenebileceğini ve bu durumun grup üyelerinin özel yaşamını etkileyebileceğini belirtmiştir (*Aksu [BD], §58*).

Cinsel yaşam: Kişinin cinsel ilgisi, karşı cinse (heteroseksüel), aynı cinse (homoseksüel) veya her iki cinse (biseksüel) yönelebilir veya cinsel ilgisi olmayabilir (aseksüel). Kapalı kapılar ardında yürütülen her türlü cinsel faaliyet mutlaka 8. madde kapsamına girmese de, cinsel faaliyet ve cinsel yönelim, bireyin özel yaşamının en mahrem yönünü oluşturur (*Laskey, Jaggard ve Brown, §36*).

Yetişkin bireyler arasında rızaya dayalı heteroseksüel cinsel ilişkiyi cezalandırma, cinsel yaşamı içeren özel yaşama bir müdahaledir (*Stübing, §55*). Mahkeme, aynı anne babadan gelen kardeşler arasında ensest ilişkinin cezalandırılmasını özel yaşama bir müdahale olarak görmüş ancak böyle bir müdahalenin özel yaşama saygı hakkını ihlal etmediği sonucuna varmıştır (*Stübing, §66*). Öte yandan yetişkin erkekler arasında rızaya dayalı homoseksüel ilişkiyi cezalandıran ceza hükümlerinin yürürlükte olması bile, özel yaşama saygı hakkını ihlal eder (*Dudgeon* (*Esas hk*)*, §56-63; Norris, §38*). Dahası, Mahkeme'ye göre, orduda görev yapan asker kişi olan başvurucuların cinsel yönelimleri ve eylemleri konusunda kendileri ve üçüncü kişilerle ayrıntılı mülakatlar yapılması ve yapılan bu soruşturmalarla ilgili askeri makamlara nihai rapor hazırlanması, başvurucuların özel yaşama saygı haklarına doğrudan bir müdahale oluşturmuştur. Ayrıca başvurucuların sırf cinsel yönelimleri nedeniyle ordudaki görevlerine son verilmesi de bu hakka bir müdahale oluşturmuştur (*Smith ve Grady, §71*).

Özel alan: Özel yaşama saygı hakkı, bireyin özel yaşam kalitesinin ve huzurunun dış müdahalelerden etkilenmemesi gereken bir özel alanı bulunduğunu varsayar; bu alanı, birlikte ele alınan konut, özel ve aile yaşamı kavramlarıyla korur. Bireyin konutu özel alanı olup, bu alanda örneğin ceza muhakemesi amacıyla arama ve elkoyma gibi tedbirler, özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturur (*Niemietz, §29*).

Bireyin özel alanına davetsiz girişler arama ve elkoyma gibi tedbirlerle sınırlı değildir. Bireyin özel alanında huzurunu etkileyebilecek çevre sorunları da özel yaşama saygı hakkı bağlamında incelenir. Çevresel sorunlar, bireyin sağlığını doğrudan etkileyebileceği gibi, yaşam kalitesini de etkileyebilir. Sözleşme'de temiz ve sessiz bir çevre hakkı açıkça güvence altına alınmış değildir. Fakat birey, gürültü veya diğer bir kirlilikten doğrudan ve ciddi bir biçimde etkileniyorsa, Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından bir sorun doğabilir (*Hatton ve Diğerleri, §96*).

Kişisel bilgiler ve veriler: Kişinin kendi geçmişiyle ilgili bilgiye erişimi özel yaşamın bir parçasıdır. Doğal ailenin (somut olayda annenin) kimliğinin çocuktan gizli tutulması, çocuğun kendi kimliğini bilmesi bağlamında özel yaşamı bakımından bir sorun oluşturur (*Odievre – Fransa [BD]*). Yine Mahkeme, kişinin koruyucu anne babanın elinde büyütülürken yaşadıklarını öğrenebilmesini sağlayacak resmi dosyanın kendisinden gizli tutulmasını, özel yaşama saygı hakkı kapsamında incelemiştir (*Gaskin, §41*).

Sözleşme'de kişisel verilerle ilgili bir hüküm yoktur. Ancak Mahkeme, konuyla ilgili ilk kararlarından itibaren, bireyin özel yaşamıyla ilgili bilgi toplanmasını ve gizli bilgi kütüğünde saklanmasını ve bu tür bilgilerin ilgililere verilmesini, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmiştir (*Leander, §48; Amann, [BD], 65, 69,70; Rotaru [BD], §43; S ve Marper [BD], §67; Khelili, §55*).

Mahkeme'ye göre, güvenlik güçleri tarafından belirli kişiler hakkında sistematik olarak veri toplanması ve depolanması (*Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri, §72; Cemalettin Canlı, §43*), bu veriler açık alandan toplanmış olsa bile (*Peck, §59; P.G ve J.H., §57-59*) veya bu bilgiler kişinin sadece mesleki veya kamusal faaliyetleriyle (*Amann [BD], §65-67; Rotaru [BD], §43-44*) ilgili olsa bile, kişilerin özel yaşamlarına bir müdahale oluşturur. Söz konusu bilginin bir kimsenin uzak geçmişiyle ilgili olması halinde de yine müdahale söz konusudur (*Cemalettin Canlı, §43*). Kişinin otomobiline yerleştirilen bir GPS cihazı vasıtasıyla, kişinin nerede olduğunu ve açık alandaki faaliyetlerini ve hareketlerine ilişkin veri toplanması ve depolanması da (*Uzun – Almanya, §51-53*) kişinin özel yaşamına saygı hakkına bir müdahale oluşturur. Mahkeme, kişinin adının Gizli İzleme Veri tabanına kaydedilerek, kişinin ülkede demiryoluyla veya havayoluyla ulaşımının izlenmesini sağlayan veri toplama ve depolama işlemlerini (*Shimovolos, §66*) özel yaşama saygı hakkına bir müdahale olarak görmüştür.

Avrupa Konseyi'nin Kişisel Verilerin Otomatik Olarak İşlenmesi Konusunda Bireylerin Korunması İçin Sözleşme (1981), konuyla ilgili hükümler içermektedir.

Kişisel özerklik ve kişisel gelişim: Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel yaşam hakkı, kişisel özerklik ve yaşam kalitesi unsurlarını da içerir. Mahkeme ve eski Komisyon, özel yaşama saygı hükmüne dayanarak, insanları kendi davranışlarının sağlığa veya hayatına tehlike oluşturan sonuçlarına karşı korumak için devletlerin zorlayıcı gücünü hangi ölçüde kullanabilecekleri sorununu incelemiştir. Mahkeme, rızaya dayalı sado-mazoşist faaliyetler (*Laskey, Jaggard ve Brown, §35-36; K.A. ve A.D. – Belçika, §78, 83*), kişiye rızası olmaksızın tıbbi tedavi uygulanması (*Acmanne ve Diğerleri, Komisyon kararı, no. 10435/83, DR 40, s. 251; Glass, §82, 83, Storck, §143-144, Moskova Yehova Şahitleri, §135; Shopov, §41*) ve ötenazi talep eden eşin intiharına yardım (*Pretty, §62-67; Haas, §51*) gibi sorunları kişisel özerklik çerçevesinde incelemiştir. Mahkeme, devletin son aşamadaki kanser hastaları olan başvurucuların, doktorlarına danışarak, deneysel amaçla çıkarılmış bir ilacı almalarına izin verilmemesini, kişisel özerliğe bir müdahale olarak görmüştür (*Hristozov ve Diğerleri, §116*). Bu hak, hem çocuk sahibi olma ve hem de çocuk sahibi olmama kararlarına saygı hakkını (*Evans, [BD], §71; A, B ve C – İrlanda [BD], §212*) da içerir. Mahkeme'ye göre çocuk sahibi olmaya karar vermekle ilgili hak,

hangi koşullarda çocuk sahibi olunacağını seçme hakkını da içerir. Dolayısıyla çocuğu doğurma koşulları (evde doğum yapma), hiç tereddütsüz özel yaşama saygı hakkının bir parçasını oluşturur (*Ternovszky, §22*).

Öte yandan Sözleşme'nin 8. maddesi, "kişisel gelişim hakkını ve diğer insanlarla ve dış dünya ile ilişkiler kurma ve geliştirme hakkını korur" (*Pretty, §61*). Mahkeme'ye göre özel yaşam, bir bireyin diğer insanlarla iş ve mesleki nitelikte ilişkiler dâhil, diğerleriyle ilişkiler oluşturmasını ve geliştirmesini kapsar (*C. – Belçika, §25*). Özel yaşam kavramı, kural olarak iş ve mesleki nitelikteki faaliyetleri dışlamaz. Ne de olsa insanların büyük bir çoğunluğu iş yaşamları sırasında dış dünya ile ilişkiler geliştirme fırsatı bulurlar (*Niemietz, §29*). Bu nedenle, mesleğin yapılmasına getirilen kısıtlamaların özel yaşamı etkilediği tespit edilmiştir (*Sidabras ve Dziautas, §25; Bigaeva, §22-25*). Bunun gibi, meslekten çıkarmanın da özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturduğu belirlenmiştir (*Özpınar, §43-48*).

Mahkeme, *Oleksandr Volkov – Ukrayna* davasında, başvurucunun hâkimlik mesleğinden çıkarılmasının, mesleki ilişkileri dâhil, diğer insanlarla geniş bir ilişki çevresini etkilediğini belirtmiştir. Yine başvurucunun işini kaybetmesi kendisi ve ailesinin maddi refahı üzerinde somut sonuçlar yaratmış olması gerektiğinden, bu durum başvurucunun 'yakın çevresi' üzerinde de olumsuz sonuçlar doğurmuştur. Dahası, başvurucunun hâkimlik yeminini ihlal şeklindeki meslekten çıkarılma nedeni, kendisinin mesleki itibarının da etkilenmiş olduğunu göstermektedir. Buna göre başvurucunun meslekten çıkarılması, Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturmuştur (*Oleksandr Volkov, §166-167*).

Aile yaşamı

Sözleşme'nin 8. maddesi aile kurma hakkını değil (bu hak 12. maddenin konusudur), var olduğu kabul edilen bir "aile yaşamı"nın korunmasını güvence altına almaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesi "aile yaşamına saygı" hakkını güvence altına alırken, bir ailenin mevcut olduğunu varsayar (*Marckx, §31*). Belirli bir olayda bir aile bulunmuyorsa, aile yaşamına saygı hakkı uygulanabilir olmayacağından, hangi durumlarda aile yaşamanın var kabul edileceği belirlenmelidir. İkinci olarak, ulusal hukuk sistemi insanların normal bir aile yaşamı sürdürmelerine ve aile bağlarını geliştirmelerine imkân sağlamalıdır (*Marckx, §31*). O halde aile yaşamına yönelik bir tasarrufun aile yaşamının sürdürülmesini veya aile bağlarının geliştirilmesini önlemek suretiyle aile yaşamına bir müdahale oluşturup oluşturmadığı incelenmelidir.

Kanuna uygun ve gerçek bir evlilikle eşler arasında kurulmuş olan bir ilişki, aile yaşamı sayılır (*Abdulaziz, Cabales ve Balkandali, §62*). Ancak Sözleşme'nin 8. maddesi, meşru (legitimate) aileye olduğu gibi meşru olmayan (illegitimate) aileye de uygulanır (*Marckx, §31*). Aile kavramı sadece evliliğe dayanan ilişkilerle sınırlı olmayıp, evlilik dışında birlikte yaşayan tarafların fiili (de facto) aile bağlarını da kapsar (*Keegan – İrlanda, §44*).

Bir ilişkinin "aile yaşamı" oluşturup oluşturmadığına karar verilirken, çiftin birlikte yaşayıp yaşamadıkları, ilişkilerinin uzunluğu ve birlikte çocuk sahibi olma veya başka bir suretle birbirlerine bağlılıklarını göstermiş olup olmadıkları gibi birçok faktör konuyla ilgili görülebilir (*Kroon ve Diğerleri, §30*). Fiili bir ilişkiden doğan bir çocuk, doğduğu andan itibaren ve sırf doğmuş olması nedeniyle hukuken (ipso jure) bu "aile" biriminin bir parçası olur (*Elsholz [BD], §43*).

Kanuni olmayan evlilik veya fiili birliktelikler aile oluşturabilir ama Sözleşme bu tür birlikteliklere devletin kanuni evlilikle kurulan ailelere verdiği statüyü vermekle

yükümlü tutmamaktadır. Mahkeme, *Şerife Yiğit – Türkiye [BD]* kararında, 1976 yılında imam nikâhı kıyılan çiftin altı çocukları olduğunu, bunlardan ilk beş çocuğun erkeğin adına, altıncı çocuğun kadının adına kayıtlı olduğunu, erkeğin 2002 yılında ölünceye kadar birlikte yaşadıklarını kaydederek, kadın, erkek ve çocukların Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında aile yaşamına sahip olduklarını kabul etmiş ve 8. maddeyi uygulanabilir bulmuştur (*Şerife Yiğit [BD], §97-98*). Bu davada Mahkeme, ulusal mahkemelerin imam nikâhlı başvurucu kadına kocasından aylık bağlamamalarının ve kocanın sosyal güvenliğinden yararlandırmamalarının aile yaşamına saygı hakkına bir müdahale oluşturup oluşturmadığını incelemiştir. Mahkeme, başvurucunun kocasıyla dini nikâhla yaşamayı tercih ettiğini, ulusal makamların bir müdahalesi olmaksızın birlikte yaşadıklarını, idari veya cezai bir soruşturmaya tabi tutulmadıklarını, bu nedenle devletin aile yaşamına bir müdahalesi olmadığını kaydetmiştir. Yine Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin devlete dini evliliği tanıma yükümlülüğü yüklemediğini, bu maddenin devletin resmi olarak evli olmayan çiftler için özel bir rejim kurmasını gerektirmediğini, dolayısıyla başvurucunun mirasçı statüsüne sahip olmamasının, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmediği sonucuna varmıştır (*ibid, §100-103*). Bir başka davada Mahkeme, başvurucu kadının 18 yıl birlikte yaşadığı ve kendisinden iki çocuk sahibi olduğu bir erkekle ilişkisinin "aile yaşamı" oluşturduğunu, ceza davasında başvurucunun erkek aleyhinde ifade vermeye zorlanmasının aile yaşamına saygı hakkına bir "müdahale" oluşturduğunu belirtmiştir (*Van der Heijden, §51-52*).

Evlat edinme hakkı Sözleşme'de güvence altına alınan haklar arasında yer almamakla birlikte, evlat edinen ile evlat edinilen çocuk arasındaki ilişkiler, Sözleşme'nin 8. maddesiyle korunan aile ilişkileri gibi korunur (*Pini ve Diğerleri, §140*). Çocuk ile anne veya babanın birlikte yaşaması, aile yaşamının temel unsurlarından birini oluşturur (*K. ve T. – Finlandiya, §151*). Evli olmayan anne ile evlilik dışında doğan çocuğu arasında ilişki aile yaşamıdır (*Marckx, §31*). Ancak baba ile evlilik dışında doğan çocuğu arasındaki ilişkinin aile yaşamı oluşturması, ilişkinin niteliğine bağlıdır. Anne baba ve çocuk arasındaki ilişki aile yaşamı oluşturmasının yanında, büyükanne ve büyükbaba ile torun arasındaki ilişki (*Marckx, §31*), kardeşler arasındaki ilişki (*Moustaquim, §36*) ve hatta amca yeğen arasındaki ilişki, aralarında yeterli bağın bulunması halinde, aile ilişkisi oluşturur.

Mahkeme, aynı cinsiyetten olanların Sözleşme'nin 8. maddesindeki aile yaşamından yararlanamayacakları şeklindeki görüşünü değiştirmiştir. 2001 yılından sonra birçok üye devlette aynı cinsiyetten çiftlere yönelik tutumun hızla değiştiğini, önemli sayıda üye devletin aynı cinsiyetten olan çiftlere hukuki tanıma sağladığını ve AB mevzuatının belirli hükümlerinin aynı cinsiyetten çiftleri 'aile' kavramı içine alma eğilimi gösterdiğini tespit eden Mahkeme, aynı cinsiyetten olup istikrarlı bir şekilde birlikte yaşayan başvurucuların ilişkilerinin, tıpkı farklı cinsiyetten olan çiftlerin ilişkileri gibi, 'aile yaşamı' oluşturduğu sonucuna varmıştır (*Schalk ve Kopf, §93-95*).

Kadından erkeğe transseksüel ile birlikte yaşadığı kadının donörden yapay döllenmeyle doğan çocuğu arasında aile yaşamı var mıdır? Mahkeme, transseksüel (X)'in cinsiyet değiştirme ameliyatı olduğunu, (Y) ile her yönden erkek partneri gibi yaşadığını, (Y)'nin çocuk doğurabilmesi için yapay döllenmeye izin almak üzere birlikte başvurduklarını, (X)'in bütün bu süreçte yer aldığını ve doğumundan itibaren (Z)'nin 'babası' gibi hareket ettiğini tespit ederek, bu koşullarda her üçü arasında fiili aile bağları bulunduğunu kabul etmiştir (*X, Y ve Z – Birleşik Krallık [BD], §37*).

Aile yaşamı, kural olarak aile üyelerinin birlikte yaşamaları halinde mümkündür. Örneğin, göçmenlik mevzuatı bağlamında aile üyelerinin birlikte yaşamalarının engellenmesi (*Abdülaziz, Cabales ve Balkandali, §59-65; Nada, §165*); Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine Hakkında Lahey Sözleşmesi gereğince çocuğun geri

döndürülmesine ilişkin tasarruflar (*Neulinger ve Shuruk [BD], §90, 91; Özmen, §82, 94*); sınırdışı etme mevzuatı bağlamında aile üyelerinden birinin sınırdışı edilmesi (*C.G. ve Diğerleri – Bulgaristan, §37*); aile hukuku veya çocuk koruma mevzuatı çerçevesinde aile üyelerinin birbirlerinden ayrılmasına ve kişisel ilişkin düzenlenmesine dair kararlar (*W. – Birleşik Krallık* (*Esas hk*)*, §59*), aile yaşamına bir müdahale olarak görülür.

Konut

Sözleşme'nin 8. maddesi konut edinme hakkını değil, konuta saygı hakkını güvence altına almaktadır. Mahkeme'ye göre "konut" genellikle, içinde özel ve aile yaşamının geliştirildiği, fiziksel sınırları belli bir yerdir. Bireyin konutuna saygı hakkı, sadece fiziksel alana fiilen egemen olma değil, ama aynı zamanda bu yerden müdahalesiz bir şekilde yararlanma hakkı anlamına gelir (*Giacomelli, §76*).

Bir yerleşim yerinin konut sayılıp sayılmayacağı, kişinin o yerle yeterli ve düzenli ilişkisinin bulunup bulunmaması gibi maddi koşulların varlığına dayanır. Bir mülkün 'konut' olarak nitelendirilmesi maddi bir sorun olup, o yerin zilyetliğinin iç hukuka uygun olup olmamasına bağlı değildir (*McCann, §46*). Bir yerin Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında konut sayılabilmesi için, başvurucunun o yer üzerinde mülkiyet hakkına sahip olması zorunlu değildir. Öte yandan üzerinde mülkiyet hakkı bulunsa bile, kişinin o yerle yeterli ve düzenli bir ilişkisinin bulunmaması halinde, söz konusu mülk konut sayılmayabilir. *Andreou Papi – Türkiye* davasında başvurucu, Kuzey Kıbrıs'taki konutuna erişmeme nedeniyle 8. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, Türkiye'nin adaya müdahale ettiği 1974 yılında başvurucunun ikamet ettiğini iddia ettiği konutun o tarihte eşinin annesine ait olduğunu ve bu yerin mülkiyetinin başvurucuya ancak 2000 yılında, yani Türkiye'nin müdahalesinden 26 yıl sonra geçtiğini belirterek, bu koşullarda Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından ayrı bir sorun doğmadığını kaydetmiştir (*Andreou Papi, §30*). Mahkeme konuyu mülkiyet hakkı çerçevesinde incelemiştir.

Konuta saygı hakkı, bireyin konuta erişme ve yerleşme hakkını, ayrıca konuttan tahliye edilmeme hakkını güvence altına alır (*Doğan ve Diğerleri, §159*). Konuta saygı hakkından kiracılar da yararlanır. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 8. maddesi, bireylerin sağlığını ciddi surette tehlikeye sokmaksızın, özel ve aile yaşamlarını olumsuz etkileyecek şekilde konutlarından yararlanmalarını engelleyen ağır çevre kirliliği hallerinde de uygulanır (*Taşkın ve Diğerleri, §113*).

Mahkeme'nin içtihatlarında yorumlandığı şekliyle 'konut', daimi veya geçici olarak içinde oturulan taşınmazları kapsadığı gibi, belirli iş ve mesleklerin yürütüldüğü taşınmazları da kapsar (*Niemietz, §30*). Ev ve işyeri olarak kullanılan yer de konut kavramına girer (*Chappel, §63*). Konut kavramı sadece özel kişi tarafından sahip olunan ve işletilen şirketin merkezini (*Buck, §32*) değil, fakat aynı zamanda tüzel kişinin ve şubelerinin ve diğer iş tesislerini (*Sallinen ve Diğerleri, §70*) de içerir. Mahkeme'ye göre konut kavramının bu yorumu, Sözleşmeci Devletlerin işini gereksiz yere güçleştirmeyecektir; çünkü devletler, Sözleşme'nin 8(2). fıkrasının izin verdiği ölçüde 'müdahale' yetkilerini ellerinde tutmaktadırlar; bu yetki, iş ve mesleki faaliyetler veya tesisler söz konusu olduğunda daha da geniştir (*Niemietz, §31*). Tüm bu gibi yerlerde arama ve elkoyma, Sözleşme'nin 8. maddesindeki haklardan birine müdahale oluşturur (*Ernst ve Diğerleri, §109*).

Mahkeme, işyerlerinin aranması ve elektronik verilere elkoyulmasıyla ilgili davalarda konuta (*Sallinen ve Diğerleri, §70*) ve haberleşmeye (*Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH, §45*) saygı hakkına bir müdahale tespit etmiş, ayrıca özel yaşama saygı hakkı bakımından incelemeyi gerekli görmemiştir. Vergi yetkililerinin bir şirkete gelerek, şirketin kullandığı sunucudaki bütün verilerin vergi denetmenleri tarafından bir kopyasının alınmasına ve sunucuya erişimin sağlanmasına imkân verilmesini emretmesini, konuta

ve haberleşmeye bir müdahale olarak görmüştür (*Bernh Larsen Holding AS ve Diğerleri, §106*). Şirket çalışanları, sunucuda bulunan kişisel elektronik postaların kopyalarının da alınması nedeniyle ulusal mahkemeler ve İnsan Hakları Mahkemesi önünde özel yaşama saygı haklarının ihlal edildiği iddiasıyla başvurucu olmadıklarından, Mahkeme şirket tarafından ileri sürülen özel yaşama saygı hakkı ihlal iddiasını incelemeyi gerekli görmemiştir. Ancak Mahkeme'ye göre başvurucu şirket, çalışanlarının mahremiyetinin korunmasında meşru menfaatleri olduğundan, bu menfaatler Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki koşulların yerine getirilmiş olup olmadığı incelenirken dikkate alınabileceğini belirtmiştir (*ibid, §107*).

Haberleşme

Sözleşme'nin 8. maddesi haberleşmeye saygı hakkını güvence altına almaktadır. Posta, telefon, faks ve kişisel internet gibi araçlar, haberleşmeye saygı hakkının kullanıldığı araçlardır (*Copland, §41*). Özel veya işyerlerinden yapılan telefon görüşmeleri, Sözleşme'nin 8(1). fıkrası anlamında haberleşme sayılır (*Amann, §44*).

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 8. maddesi 'herkes'in 'haberleşme'ye saygı hakkını tanımakla, haberleşmenin içeriği ne olursa olsun ve hangi biçimde olursa olsun, "özel iletişimler"in gizliliğini korumaktadır. Bu demektir ki, Sözleşme'nin 8. maddesinin koruduğu şey, bireylerin iletişim için kullanabilecekleri karşılıklı bütün sözlerin gizliliğidir (*Michaud, §90*).

Kuşkusuz telefon dinleme (*Klass ve Diğerleri, §41; Amann, §44-45*), daha geniş olarak iletişimin tespiti, dinlenmesi ve kayda alınması, Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan haberleşmeye saygı hakkına bir müdahale oluşturur. Mahkeme'nin önüne sık gelen başvuru türlerinden biri de tutuklu ve hükümlülerin haberleşmelerinin denetimidir. Tutuklu ve hükümlülerin açılıp okunması, mektuplarının gönderilmemesi veya gelen mektupların kendilerine iletilmemesi haberleşmeye saygı hakkına bir müdahale oluşturur (*Silver ve Diğerleri, §76, 84; Mehmet Nuri Özen ve Diğerleri, §38*).

Mahkeme, *Michaud – Fransa* davasında, kara para aklamayla ilgili Avrupa Birliği direktifleriyle avukatların ihbar yükümlülüğünü haberleşmeye saygı hakkı bakımından incelemiştir. Mahkeme'ye göre avukatlara, bir başka kişiyle bilgi alış verişi sırasında diğer kişiyle ilgili elde ettikleri suç şüphesi oluşturan bilgileri idari makamlara bildirme yükümlülüğü getirilmesini, avukatın haberleşmeye saygı hakkına ve ayrıca özel yaşama saygı hakkına bir müdahale olarak görmüştür. Mahkeme'ye göre olayda bir avukat olan başvurucunun gerçekten bu tür şüpheleri bildirmek zorunda kalmadığı veya ihbarda bulunmama nedeniyle hukuki düzenlemeler gereğince disiplin cezasıyla karşılaşmadığı doğrudur. Ancak başvurucu şöyle bir ikilemle karşı karşıyadır: Ya söylendiği gibi yapacak ve avukatla müvekkil arasındaki bilgi alış verişinin gizliliği ilkesini ve mesleki ayrıcalığını terk etmiş olacaktır, ya da hukuki düzenlemelere uymayacak ve disiplin cezası ve hatta barodan ihraç cezasına maruz bırakılma ihtimalini göğüsleyecektir. Bu nedenle, Mahkeme'ye göre, şüpheleri ihbar yükümlülüğü, başvurucunun bir avukat olarak Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınmış olan haklarını kullanmasına "sürekli müdahale" oluşturur (*Michaud, §91, 92*).

Müdahale haklı mı?

Sözleşme'nin 8(1). fıkrasında güvence altına alınan bir hakka devletin bir işlemi, eylemi veya ihmali suretiyle yapılan bir müdahalenin haklı olduğunun kabul edilebilmesi için, müdahalenin aynı maddenin ikinci fıkrasındaki şartların tümüne uygun olması gerekir. İkinci fıkradaki şartlardan birine uygun olmayan bir müdahale, 8. maddeyi ihlal eder.

Aşağıda önce genel olarak müdahale şartları açıklanmış, daha sonra 8. maddedeki haklara bazı müdahalelerin şartlara uygunluğu incelenmiştir.

Müdahalenin haklılık şartları

Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki şartlar, "hukuka göre/hukuken öngörülmüş" olması, müdahalenin ikinci fıkradaki "meşru amaçlardan birini izlemesi" (sınırlandırma sebeplerine girmesi) ve müdahalenin "demokratik toplumda gerekli" olmasıdır.

Bir olayda bu şartların bulunup bulunmadığını Mahkeme kural olarak yukarıdaki sıraya göre incelemekte ve bir şartın bulunmadığını tespit etmesi halinde bir sonraki şartın varlığını incelemeyi gerekli görmemektedir.

Hukukilik

Sözleşme, diğer maddelerde olduğu gibi, 8–11. maddelerde de, bir hakkın kullanımına yönelik müdahalenin "hukukilik" şartını taşımasını gerektirmektedir. Hukukilik şartı, 9–11. maddelerde "hukuken öngörülmüş olma" (prescribed by law) terimiyle ifade edildiği halde, 8. maddede "hukuka göre" (in accordance with law) terimiyle ifade edilmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre bu terimler aynı şekilde yorumlanmalıdır.

Mahkeme, "hukuka göre" deyiminin ilk olarak, tartışma konusu müdahalenin iç hukukta bir "temeli" bulunmasını gerektirdiği görüşündedir. Davalı devlet, haklı göstermek istediği müdahale için kendisine yetki veren bir hukuk düzeninin veya bir kuralın varlığını göstermelidir (*Silver ve Diğerleri, §86*). Bu hukuk kaynağı, yazılı hukukta yani anayasa, yasa, tüzük, yönetmelik gibi mevzuat hükümlerinde bulunabileceği gibi, yazılı olmayan (kodifiye edilmemiş) hukukta, yani yargıç yapısı içtihat hukukunda da bulunabilir (*Sunday Times, §47*). Dolayısıyla Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki "hukuk" terimi, "biçimsel" anlamda değil ama "maddi" anlamda alınmalıdır. Yazılı hukukun düzenlediği bir alanda "hukuk", yetkili mahkemeler tarafından yorumlanmış haliyle yürürlükteki mevzuattır (*Societe Colas Est ve Diğerleri, §43*). Ayrıca, bu hukuk sadece iç hukuk değil, ama uluslararası hukuk da olabilir.

"Hukuka göre" deyimi ikinci olarak, müdahalenin kaynağı olan mevcut "hukukun nitelikli" olmasını gerektirmektedir. Nitelikli hukuk, hukukun ilgili kişi tarafından "erişilebilir" olmasını, kişinin kendisi için yaratacağı sonuçları "önceden görebilmesi"ne imkân verecek şekilde açık olmasını ve hukukun üstünlüğüne uygunluk niteliğini taşıyacak şekilde "kötüye kullanmaya karşı koruyucular" içermesini gerektirir.

Erişilebilirlik kriteriyle ilgili olarak, Mahkeme'nin ifadesine göre vatandaşlar, belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler (*Silver ve Diğerleri, §87–88*). Müdahalenin dayanağı olan hukuki kaynağın yayımlanarak ilgili kişiler tarafından erişebilir kılınmış olması gerekir. Ancak bu gereklilik, gizli izleme tedbirleri konusunda, bireyin kendisi hakkında yetkililerin ne zaman gizli izlemeye başvuracaklarını önceden görmesi ve buna göre davranışlarını ayarlaması demek değildir. Bununla birlikte, özellikle bir yetkinin idare tarafından gizli olarak kullanıldığı hallerde keyfilik riskinin bulunduğu da açıktır. Bu nedenle, özellikle kullanılan teknoloji giderek çok daha ileri ve karmaşık duruma geldiğinden, gizli izleme tedbirlerine başvurulmasıyla ilgili kuralların açık ve ayrıntılı olması çok önemlidir. Bu konudaki hukuk, vatandaşlara, yetkililerin gizli izleme veri toplama tedbirlerine başvurmaya yetkili oldukları hal ve şartların ne olduğunu yeterince gösterecek kadar açık olmalıdır. Ayrıca bir gizli izleme sisteminde kamusal denetim bulunmadığından ve kötüye kullanma riski sistemin doğasında bulunduğundan, kötüye kullanmalardan kaçınmak için yasada asgari şu koruyucular bulunmalıdır: Alınacak muhtemel tedbirlerin niteliği,

kapsamı ve süresi, tedbir emri verilebilmesi için bulunması gerekli sebepler, tedbir emri vermeye, yürütmeye ve denetlemeye yetkili makamlar ve ulusal hukuk tarafından sağlanan başvuru yolunun türü (*Uzun – Almanya, §61-63; Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev, §71-77; Liberty ve Diğerleri, §62*).

Konuyla ilgili *Shimovolas – Rusya* davasında Mahkeme, gizli izleme konusundaki kuralların erişilebilirliği sorununu incelemiştir. Bu davaya konu olan olayda, Mayıs 2007 tarihinde Rusya'nın Samara şehrinde Avrupa Birliği – Rusya zirvesi yapılacaktır. Aynı tarihlerde başvurucunun adı "Gizli İzleme Veri Tabanı" denilen bir bilgi kütüğüne insan hakları aktivisiti olarak işlenir. Yerel makamlara zirve sırasında protestoların planlandığı ve yasadışı ve aşırı eylemlerin önlenmesi için bu tür protestoları planlayan örgütlerin bütün üyelerinin durdurulması gerektiği bildirilir. Yerel makamlara ayrıca, başvurucunun zirveden birkaç gün önce trenle Samara'ya geleceği ve yanında aşırı yayınlar taşıyacağı bildirilir. Başvurucu Samara'ya vardığında polis tarafından durdurulur ve zor kullanma tehdidiyle polis merkezine götürülür. Polis merkezinde polisler, "İdari bir suç işlemiş olan kişiyle ilgili yoklama tutanağı" başlıklı standart bir tutanak tutulur. Ancak "idari suç işlemiş" yazısının üstü çizilir. Başvurucu 45 dakika sonra salıverilir. Başvurucuyu polis merkezine getiren polis daha sonra bu işlemi, başvurucuyu idari ve cezai suçlar işlemesini önlemek için yaptığını söyler. Mahkeme'ye göre başvurucunun Rusya içinde tren veya havayoluyla seyahatlerine ilişkin bilgiyi toplayan "gizli izleme veri tabanına" adının kaydedilmesi, özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturmuştur. Mahkeme, Gizli İzleme Veri Tabanının kurulması ve sürdürülmesi ile işleyiş usulünün, Bakanlığın 47. no.lu emriyle düzenlendiğini gözlemlemiştir. Bu emir yayımlanmamıştır, herkes tarafından erişilebilir değildir. Dolasıyla, kişinin adının veri tabanına girilmesinin sebepleri, bu tür kaydın yapılmasına hangi yetkililerin emir verebileceği, tedbirin süresi, toplanan verilerin niteliği, toplanan verilerin depolanması ve kullanılması usulü ile kötüye kullanmaya karşı ne gibi kontrollerin ve güvencelerin bulunduğu halkın bilgisine ve denetimine açık değildir. Bu nedenle Mahkeme, kişilerin özel yaşamları hakkında bilginin Gizli İzleme Veri Tabanında toplanması ve depolanması için ulusal makamlara verilen yetkinin kullanılma tarzı ve kapsamı konusunda ulusal hukukun yeterli açıklıkta olmadığı ve özellikle Mahkeme'nin içtihatlarının aksine kötüye kullanmaya karşı asgari koruyucularla ilgili bilgiye halkın erişebileceği şekilde olmadığı ve böylece Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Shimovolas, §69-70*).

Önceden görülebilirlik kriteriyle ilgili olarak, müdahalenin dayanağı olan hukuk açık, sarih olmalı, muğlak olmamalıdır. İlgili kişi, hukukun kendisine uygulanması halinde doğuracağı sonuçları önceden görebilmelidir. Mahkeme'ye göre vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek üzere yeterli açıklıkta formüle edilmemiş bir norm, hukuk kuralı olarak kabul edilemez; vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidirler (*Sunday Times, §49*). Bir başka deyişle iç hukuk, bireylerin Sözleşme'deki haklarını etkileyen tedbirlere yetkililerin hangi koşullarda ve hangi nedenlerle başvurabileceklerine ilişkin yeterli belirti sunacak şekilde açık olmalıdır (*C.G. ve Diğerleri – Bulgaristan, §39*). Ancak Mahkeme, yasal çerçevenin mutlak bir belirginlik kazanmasının mümkün olmadığını ve belirginlik arayışının aşırı derecede katılığa varabileceği riskini görmüştür. Her durumu kapsayacak bir kanun formüle etmek pek mümkün değildir. Mahkeme, "birçok yasanın az ya da çok, kaçınılmaz olarak genel terimlerle ifade edildiğine; bunların yorumunun ve uygulanmasının hukuk tatbikatının sorunu" olduğuna işaret etmiştir (*Sunday Times, §49*). O halde hukukta aranan açıklık, kullanılan hakkın niteliğine ve müdahalenin niteliğine ve ayrıca söz konusu hukuk belgesinin içeriğine, düzenlediği alana, hitap ettiği kişilerin statüsüne ve sayısına göre de değişebilir.

Ternovszky – Macaristan davasına konu olan olayda başvurucu, evde doğum yapmak isteyen gebe bir kadındır. Başvurucu, evde doğum yapmayı seçme hakkını kullanmasının, hekimlere evde doğuma yardım etmeleri halinde mahkûmiyet ve para cezası getiren mevzuat nedeniyle engellendiğinden şikâyetçi olmuştur. Mahkeme'ye göre, bir yandan Sağlığın Korunması Kanununda hastaların tedavi konusunda irade özerkliğini kabul etmek ve aynı zamanda bir kararnameyle sağlık çalışanlarına kanun ve ruhsatlarına uygun olmayan tarzda faaliyetlerde bulunmayı yaptırım altına almak, Macaristan hukukunda başka bir düzenlemenin olmadığı evde doğuma yardım bağlamında bir çelişki oluşturmaktadır. Üstelik en az bir olayda, evde doğuma yardım etmiş bir doktor cezalandırılmıştır. Mahkeme'ye göre, sağlık çalışanlarının evde doğuma yardım etmeleri, keyfiliğe dönük bir hukuki belirsizlik içindedir. Kararname nedeniyle evde doğuma yardım nedeniyle sağlık çalışanları ceza tehdidiyle karşı karşıya olduklarından ve konuyla ilgili açık ve özel bir düzenleme bulunmadığından, müstakbel annelerin bu tür yardımlardan serbestçe yararlanabilecekleri söylenemez. Hukuki belirginlikten yoksunluk ve sağlık çalışanlarının yönelik tehdit, başvurucunun evde doğum yapma seçeneğini sınırlamıştır. Mahkeme'ye göre bu durum, "önceden görebilirlik" ve dolayısıyla "hukukilik" kavramıyla bağdaşmaz (*Ternovszky, §26*).

Mahkeme *Uzun – Almanya* davasında, terör saldırılarından şüpheli başvurucunun, otomobiline yerleştirilen GPS cihazıyla izlenmesinin özel yaşama bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiş ve Ceza Muhakemesi Kanununun 100c/1 no.1(b) maddesine dayanan bu müdahalenin önceden görülebilir olup olmadığını incelemiştir. Başvurucu bu maddedeki "izleme amaçlı diğer teknik araçlar" deyiminin yeterince açık olmadığını ve GPS cihazı vasıtasıyla gizli izlemeyi kapsamadığını iddia etmiştir. Ulusal mahkemeler ise tam tersine, bu maddenin bu tür araçlarla izlemeyi de kapsadığı görüşündedirler. Mahkeme'ye göre, Kanunun 100c/1 no.1(a) ve no.2 maddesiyle birlikte yorumlandığında, söz konusu 100c/1 no.1(b) maddesi görsel veya akustik olmayan ve özellikle "faillerin nerede olduğunu tespit" için kullanılan izleme yöntemlerini de kapsamaktadır. Mahkeme'ye göre, 100c/1 no.1(b) maddesinin bu tür bir izlemeyi de kapsadığı şeklindeki ulusal mahkemelerin tespiti, önceden görülebilir nitelikte makul bir gelişme ve söz konusu maddenin yargısal yorum yoluyla açıklığa kavuşturulmasıdır (*Uzun – Almanya, §68*). Dolayısıyla müdahale önceden görülebilir niteliktedir.

Müdahalenin bir hukuki dayanağının bulunması ve bu hukukun erişilebilir ve sonuçları önceden görülebilir olması yeterli değildir. Mevcut hukukun, hukukun üstünlüğüne uygun olması anlamında nitelikli olması, bir başka deyişle bireyi keyfi müdahalelere karşı koruyucular sağlaması gerekir. Örneğin idareye takdir yetkisi tanıyan bir yasa, bu yetkinin sınırlarını da göstermelidir. Bu bağlamda özel bazı usul koruyucularının varlığı büyük önem taşır. Koruyucular vasıtasıyla istenen şeyin ne olduğu, bir ölçüde, söz konusu müdahalenin niteliğine ve kapsamına dayanır (*P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık, §46*). *X. – Finlandiya* davasında Mahkeme, müdahalenin dayanağı olan hukukun, hukukun üstünlüğüne uygun olup olmadığını ve özellikle bireyi koruyuculardan yoksun olup olmadığını incelemiştir. Bu davaya konu olan olayda, bir çocuk doktoru olan başvurucu, bir annenin çocuğunu koruma altından kaçırmasına yardımcı olduğu gerekçesiyle gözaltına alınmıştır. Bir mahkeme kararıyla akıl hastanesine yatırılan başvurucu, iki ay süren bir gözlemden sonra doktor tarafından başvurucunun kurutu hastası olduğu ve tedavi edilmesi gerektiği sonucuna varılmıştır. Adli Tıp Kurumu, doktorun raporu üzerine başvurucunun hastanede zorla yatırılmasına ve tedavi edilmesine karar vermiştir. Başvurucunun ilaçları ağızdan almaması üzerine iğneyle ilaç verilmek suretiyle tedavi yürütülmüştür. Başvurucunun bu şekilde tedavisi yaklaşık bir yıl sürmüştür. Başvurucunun hastaneye zorla yatırma ve tedavi kararlarına karşı Adli Tıp Kurumuna ve Adalet Bakanlığına yaptığı başvurular olumsuz sonuçlanmıştır. Mahkeme bu davada önce zorla tedavinin

başvurucunun Sözleşme'nin 8. maddesi anlamından maddi bütünlüğüne bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir. Bu müdahale, Akıl Sağlığı Yasanın bir kimsenin iradesi dışında akıl hastanesinde tutulmasının kriterlerini gösteren 8. maddesine, akıl hastalarına verilecek tedaviye ilişkin hükümler içeren 22b maddesine, hangi tedavinin uygulanacağına karar verme yetkisinin hastanın iradesine bakılmaksızın hastayı tedavi eden hekimde olduğunu söyleyen 3. maddesine dayanmakta olduğundan, müdahalenin iç hukukta bir temeli vardır. Hukukun niteliğiyle ilgili olarak Mahkeme, hukukun erişilebilirliği ve önceden görülebilirliğiyle ilgili olarak olayda bir sorun bulunmadığını belirtmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre hukukun nitelikli/kaliteli olması için, zorla tedavi uygulanması konusunda ulusal hukuk, bireyin Sözleşme'nin 8. maddesindeki haklarına keyfi müdahaleye karşı bir koruma getirmiş olmalıdır. Oysa Mahkeme'ye göre olayda koruyucular bulunmamaktadır. Çünkü başvurucuyu gayri iradi tedavisi için hastaneye yatırma kararı, başvurucunun tedaviyi reddetmesi halinde otomatik olarak kendisini zorla tedavi etmeyi de içermektedir. Karar verme yetkisi sadece hastayı tedavi etmekte olan doktorlara ait olup, doktorlar başvurucunun isteklerini dikkate almaksızın radikal tedbirler alabilirler. Dahası, doktorların verdikleri kararlar, acil bir yargısal denetime tabi değildir. Başvurucu, kendisine zorla ilaç verilmesinin hukukiliğini orantılılığa göre de inceleyebilecek veya bu tedavinin sona erdirilmesine karar verebilecek bir mahkemeye başvurma imkânına sahip değildir. Mahkeme'ye göre olayda zorla ilaç verilmesi konusunda yeterli yasal koruyucular bulunmaması, başvurucuyu demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün gerektirdiği asgari düzeyde korumadan yoksun bırakmıştır. Bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir (*X. – Finlandiya, §216-222*). Mahkeme *Gillan ve Quinton – Birleşik Krallık* kararında, polise verilen durdurma ve arama yetkileri ile buna izin veren verme ve onaylama yetkilerinin sınırlarının kanunda yeteri kadar net çizilmemiş ve kötüye kullanmaya karşı yeterli yasal güvence sağlanmamış olması nedeniyle "hukukilik" şartının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*Gillan ve Quinton, §76-87*).

Meşru amaç

Sözleşme'nin 8. maddesinin ikinci fıkrasında, ilgili haklara yapılan müdahalelerin izlemeleri gereken meşru amaçlar, bir başka ifadeyle, hakları sınırlama sebepleri gösterilmiştir. Bir müdahalenin bu amaçlardan birini izlememesi halinde müdahale ilgili hakkı ihlal etmiş olur.

Meşru amaçlar (sınırlama sebepleri), Sözleşme'nin 8(2). fıkrasında sınırlı sayıda gösterilmiştir. Bu fıkradaki meşru amaçlar şunlardır: Ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması. Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki listeyle karşılaştırıldığında, 8(2). fıkrasıdaki meşru amaçlar daha azdır.

Bir müdahalenin meşru amaç izlemediği iddiasının kanıtlanması bir hayli zordur. Bir müdahalenin iç hukukta bir hukuki temeli varsa, bu hukuki temel amaçsız olamayacağından, müdahalenin aslında Sözleşme'nin 8(2). fıkrasında gösterilen meşru amaçların dışında başka bir amaç izlediğini kanıtlamak gerekecektir. Başvurucunun bu konuda kanıt göstermesi hiç de kolay değildir. Başvurucu bu konudaki iddialarını çoğu kez somut kanıtlarla destekleyemeyecektir.

Meşru amaçları gösteren kavramlar soyut kavramlardır. Mahkeme önüne gelen davalarda bu kavramları kendisi tanımlayıp tanımda yer alan unsurların olayda varlığı veya yokluğu üzerinden bir inceleme yapmamaktadır. Mahkeme genellikle müdahalenin meşru amaçlardan en az birini izlediği varsayımıyla haklılık incelemesini sürdürmektedir.

Davalı devletler genellikle bir müdahalenin birden fazla meşru amaca dayandığını ileri sürmekte ve bunlardan hangisinin veya hangilerinin olayda mevcut bulunduğunun takdirini Mahkeme'ye bırakmaktadırlar. Mahkeme de bir müdahalenin birden fazla (bazen üç ayrı) meşru amaca aynı anda dayandığını kabul etmektedir. Örneğin Mahkeme *Nada – İsviçre* kararında, İsviçre toprakları içinde İtalya'ya ait çok küçük bir yer olan Campione d'Italia'da yaşayan başvurucunun, BM Güvenlik Konseyi kararının yerine getirilmesine dair mevzuata uygun olarak ülkede seyahat etmesini yasaklayan İsviçre'nin kararını, başvurucunun özel ve aile yaşamına saygı hakkına bir müdahale olarak görmüştür. Mahkeme'ye göre bu müdahale, suçun önlenmesi, ulusal güvenlik ve kamu güvenliği meşru amaçlarını izlemektedir (*Nada [BD], §174*). Mahkeme'nin çoklu meşru amaç iddialarını kabul etmesi, belirli bir müdahale tipini sadece belirli bir meşru amaç açısından inceleme imkânını ortadan kaldırmaktadır.

Öte yandan, davalı devlet müdahalenin meşru amacından açıkça söz etmese bile, Mahkeme'nin müdahalenin 8(2). fıkrasındaki meşru amaçlardan birini taşıdığını kabul ettiği görülmektedir (*Ciubotaru, §55*).

Demokratik toplumda gereklilik

Mahkeme üçüncü olarak, müdahalenin Sözleşme'nin 8(2). fıkrasında yer alan "demokratik toplumda gerekli" olma şartına uygun olup olmadığını incelemektedir. Başvurucunun Sözleşme'nin 8(1). fıkrasındaki bir hakkını kullanmasına yapılan bir müdahale, hukuka göre yapıldığı ve meşru bir amaç izlediği tespit edilse bile, bu meşru amaçlar için "demokratik toplumda gerekli" değilse, Sözleşme'nin 8(2). fıkrasına uygun değildir. İlk iki şart ile ilgili tartışma az sayıda davada yapıldığı halde, davaların çok büyük bir bölümünde bu son şart ile ilgili tartışmanın yapıldığı görülmektedir.

Müdahalenin haklı bir müdahale olduğuna karar verilebilmesi için "gerekli" olmadır. Bu gereklilik, "demokratik toplum" nitelemesiyle sınırlı bir gerekliliktir. Mahkeme'ye göre, "gereklilik" kavramı, "demokratik toplum" kavramıyla bağlantılıdır. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesi bağlamında, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliği demokratik toplumun olmazsa olmaz özellikleri olduğunu söylemiştir (*Handyside, §49*). Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi bağlamında hoşgörü ve açık fikirliliği demokratik toplumun özellikleri olduğunu teyit etmiş (*Dudgeon* (*Esas hk*)*, §53*), ayrıca Sözleşme'nin Başlangıcında belirtilen hukukun üstünlüğü kavramının, demokratik toplumun temel ilkelerinden biri olduğunu söylemiştir (*Klass ve Diğerleri, §55*).

Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından "gereklilik" şartından ne anlamak gerekir? Mahkeme, "gereklilik" şartının, müdahalenin bir 'toplumsal ihtiyaç baskısı'na (pressing social need) karşılık gelmesi ve özellikle izlediği meşru amaçla orantılı (proportionate) olması anlamına geldiğini söylemiştir (*Silver ve Diğerleri, §97; Horych, §123*). Bir müdahalenin bu kriterleri yerine getirdiği ve dolayısıyla haklı olduğu, ulusal makamların gösterdiği gerekçelerin "ilgili ve yeterli" (relevant and sufficient) olmasıyla anlaşılabilir (*Nada [BD], §181*).

Gereklilik testini uygularken, Mahkeme'nin başvurduğu 'toplumsal ihtiyaç baskısı' ve 'orantılılık' kriterlerinin birbirini tamamlayan iki kriter gibi düşünmek gerekir. Bir olayda alınan tedbir, niteliği itibarıyla toplumsal ihtiyaç baskısını karşılamaya uygun ise, gerektiği takdirde söz konusu tedbir orantılılık kriteri açısından incelenir. Mahkeme orantılılık açısından inceleme yaparken, birey ile toplumun yarışan menfaatleri arasında "adil denge"nin kurulmuş olup olmadığını inceler. Bir müdahalenin orantılı olduğunun kabul edilebilmesi için, söz konusu temel hakka daha az zarar verebilecek ama aynı zamanda

aynı amacı yerine getirebilecek başka bir müdahaleye başvurma bulunma ihtimalinin olmaması gerekir (*Nada [BD], §183*).

Mahkeme gereklilik testini uygularken, devlet tarafından kullanılan "takdir alanı"nı göz önünde tutar. Müdahalenin adil bir denge kurup kurmadığı konusunda bir sonuca varılmasında, devletin yararlandığı takdir alanının genişliği büyük bir öneme sahiptir (*A, B ve C – İrlanda [BD], §230*).

Mahkeme'ye göre, bir davanın Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından karara bağlanması sırasında devletin yararlandığı takdir alanının genişliği tespit edilirken, bazı faktör dikkate alınmalıdır. Olayda bireyin varlığının veya kimliğinin esaslı bir yönü söz konusu ise, normal olarak devlete tanınan takdir alanı dardır. Fakat olay, özellikle hassas ahlaki veya etik meselelerin ortaya çıktığı bir olay ise ve söz konusu menfaatin önemi veya bu menfaati en iyi koruyan aracın ne olduğu konusunda Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında bir konsensüs bulunmuyorsa, takdir alanı daha geniştir (*Evans, [BD], §77*). Devlet yetkilileri, ülkelerindeki hayati güçlerle devamlı ve doğrudan temas halinde olduklarından, sadece ülkelerindeki "ahlak kurallarının neyi gerektirdiği" konusunda değil ama aynı zaman ahlak kurallarının gereğini yerine getirmeye çalışan bir kısıtlamanın gerekliliği konusunda da kural olarak uluslararası bir mahkemeye göre daha iyi bir konumdadırlar (*A, B ve C – İrlanda [BD], §232*). Devletin özel ve kamu menfaatleri veya Sözleşme'de yer alan haklar arasında bir denge kurması gerektiğinde de genellikle takdir alanı geniştir (*Evans, [BD], §77*).

Mahkeme'nin 'toplumsal ihtiyaç baskısı'nın var olup olmadığını incelediği yakın tarihli örnek bir dava, *Stübing – Almanya* davasıdır. Dava, ensest nedeniyle hapis cezasına mahkûmiyetle ilgilidir. 1974 doğumlu olan başvurucu, üç yaşındayken koruma altına alınmış, daha sonra evlat edinilmiş ve asıl ailesiyle teması olmamıştır. Başvurucu 2000 yılında öz annesinin ölümü üzerine asıl ailesiyle yeniden temas kurmuş ve 1984 doğumlu bir kız kardeşinin olduğunu da bu tarihte öğrenmiştir. Başvurucu ile o tarihte 16 yaşında olan öz kız kardeşi S.K. cinsel ilişkiye girmeye başlamışlardır. Başvurucu ve S.K. yıllarca birlikte yaşamışlar ve dört çocukları olmuştur. Başvurucu, Alman Ceza Kanununun aynı kandan gelen yetişkin kardeşler arasında rızaya dayalı cinsel ilişkiyi yasaklayan 173(2). fıkrası gereğince bir kaç kez hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Ağır kişilik bozukluğu bulunan ve hafif öğrenme engelli olan S.K. cezalandırılmamıştır. Başvurucunun temyizi reddedilmiştir. Başvurucu anayasa şikâyetinde bulunmuş, Anayasa Mahkemesi başvurucunun anayasa şikâyetini reddeden kararında, niçin kardeşler arasında cinsel ilişkinin aile yapısını ve genel olarak toplumu olumsuz etkileyebileceğini ve bu tür ilişkilerin çocuklar üzerinde olumsuz sonuçlar doğurabileceğini ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır. Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda özel ve aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Mahkeme, başvurucunun mahkûmiyetinin, cinsel yaşamı da içeren özel yaşama saygı hakkına bir müdahale olarak görmüş, Ceza Kanunun 173(2). fıkrasına dayanan bu müdahaleyi hukuken öngörülebilir bulmuş ve müdahalenin genel ahlakı ve başkalarının haklarını koruma amacı taşıdığını tespit etmiştir. Mahkeme, başvurucunun mahkûmiyetinin demokratik bir toplumda gerekliliği açısından 'toplumsal ihtiyaç baskısı'na karşılık gelip gelmediğine cevap verebilmek için, önce devletin bu konuda takdir alanının genişliği üzerinde durmuştur. Mahkeme'ye göre, kişinin cinsel faaliyeti gibi özel yaşamının en mahrem yönüyle ilgili kamu makamlarının müdahalesinin 8(2). fıkrası bakımından haklı görülebilmesi için, müdahalede bulunmadan önce kamu makamlarının özel ağırlıkta gerekçeleri mevcut olmalıdır. Ancak, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde, özellikle ahlak kuralları ve etik meselelerde bir konsensüs bulunmadığından, devletin takdir alanı daha geniştir. Yetişkin kardeşler arasında rızaya dayalı cinsel ilişkinin cezai olarak

yaptırım altına alınması gerekip gerekmediği konusunda bir konsensüs yoktur (44 ülkeden 24'ünde ceza var), ama ceza öngörmeyen ülkelerin de kardeşler arasında evliliği yasakladığını gözlemlemiştir. Dolayısıyla hukuk düzeninde veya bir bütün olarak toplumda, kardeşler arasında cinsel ilişkinin kabul edilmediği konusunda geniş bir konsensüs bulunduğu ortaya çıkmıştır. Bu tür eylemleri cezalandırmama eğilimine dair yeterli veri yoktur. Ayrıca mevcut olay, ahlak kurallarının gerekleriyle ilgili bir sorunla alakalıdır. Buradan çıkan sonuca göre, bireyin özel yaşamının en mahrem yönlerinden biriyle ilgili olmasına rağmen, yetişkinler arasında ensest ilişkileri nasıl karşılayacakları konusunda ulusal makamlar geniş bir takdir alanına sahiptirler. Kendi yetkisinin bu davada başvurucunun mahkûmiyetinin 'toplumsal ihtiyaç baskısı'na karşılık gelip gelmediğini incelemekle sınırlı olduğunu kaydeden Mahkeme, daha sonra Federal Anayasa Mahkemesinin ve yerel mahkemenin verdiği kararları incelemiş ve ulusal mahkemelerin başvurucuyu ensest suçundan mahkûm ederken takdir alanları içinde kaldıkları sonucuna varmıştır. Olayda Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmemiştir (*Stübing, §55-67*).

Mahkeme'nin 'orantılılık' incelemesi yaptığı bir dava, *Uzun – Almanya* davasıdır. Dava, terör şüphelisi başvurucunun da kullandığı otomobilin GPS cihazıyla izlenmesi konusundadır. Başvurucu ve S. adında bir başka kişi, üyesi oldukları aşırı sol bir grup tarafından yapılan bombalı saldırılara karıştıklarından şüphelenildiği için, soruşturma yargıcı kişilerin gizli izlenmeleri konusunda karar vermiştir. Bu iki adam izlendiklerini anlamışlar ve bundan kurtulmak için, S.'nin otomobiline yerleştirilmiş olan vericileri tahrip etmişler ve telefon kullanmaktan kaçınmışlardır. Bunun üzerine Federal Başsavcılık, S'nin otomobiline yerleştirilecek bir GPS (Global-Positioning System) cihazı yerleştirilmesi emretmiştir. Cihazın yerleştirilmesinden üç ay sonra başvurucu ve S. yakalanmışlardır. Bu adamlar daha sonra, iki bombalı saldırıda bulunma suçlarından mahkûm edilmişler, başvurucuya 13 yıl hapis cezası verilmiştir. Bu mahkûmiyet kararı, kendilerinin izlenmeleri suretiyle elde edilen delillere dayanmıştır. Bu deliller arasında, S.'nin otomobilinin saldırılardan birinin yapıldığı olay yerinde bulunduğunu gösteren GPS cihazıyla elde edilmiş izleme delili de vardır. Başvurucunun temyizi ve Anayasa Mahkemesine yaptığı anayasa şikâyeti reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi, GPS cihazıyla izleme suretiyle başvurunun özel yaşamına saygı hakkına yapılan müdahaleyi, suçun ağırlığını ve diğer izleme tedbirlerinden kaçınmış olması nedeniyle orantılı bulmuştur. Başvurucu İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Mahkeme'ye göre, S.'ye ait otomobile yerleştirilmiş olmasına rağmen, GPS cihazıyla başvurucu hakkında da bilgi edinilmek istenmiştir, çünkü yetkililer önceki soruşturmaları sırasında bu iki adamın aynı otomobili kullandıklarını bilmektedirler. Bu nedenle başvurucu mağdurluk statüsüne sahiptir. Ayrıca başvurucu üç ay boyunca, nerede olduğuna ve hareketlerine ilişkin veri toplamak için sistematik olarak GPS cihazıyla izlenmiştir. Yetkililer bu verilerle başvurucunun hareket tarzını öğrenme, ilave soruşturmalar yapma ve yargılamada kullanacakları delilleri toplama imkânı elde etmişlerdir. Bu nedenle GPS cihazıyla izleme suretiyle elde edilen verileri işleme ve kullanma, başvurucunun özel yaşamına saygı hakkına bir müdahale oluşturmuştur. Bu izleme, Ceza Muhakemesi Kanununun 100c/1 no.1(b) maddesine dayanmakta olduğundan iç hukukta bir hukuki temeli bulunmaktadır. Bu hukuk, erişilebilir ve sonuçları önceden görülebilir nitelikte olup, kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili güvenceler içermektedir; ayrıca bu müdahale ulusal güvenlik, kamu güvenliği, suçu önlenmesi ve mağdurların haklarının korunması meşru amaçlarını taşımaktadır (*Uzun – Almanya, §64-74*). Mahkeme söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği bakımından meşru amaçlarla 'orantılı' olup olmadığını incelerken şu tespitleri yapmıştır: GPS cihazıyla başvurucunun izlenmesi soruşturmanın hemen başında emredilmiş değildir; soruşturma makamları ilk olarak

başvurucunun özel yaşamına daha hafif müdahale eden tedbirler yoluyla başvurucunun bombalı saldırılara karışıp karışmadığını belirlemeye çalışmışlardır; başvurucunun nerede olduğunu öğrenebilmek için S.'nin otomobiline GPS cihazından önce, kişinin yaklaşık olarak hangi bölgede olduğunun bilinmesi halinde kullanılabilecek vericiler yerleştirilmiştir; ancak başvurucu ve arkadaşı bu vericileri bulup tahrip etmişlerdir; dolayısıyla başvurucunun GPS cihazıyla izlenmesinden daha hafif soruşturma yöntemlerinin etkisiz olduğu anlaşılmıştır. Aslında çoklu izleme tedbirine tabi tutulmuştur; başvurucu gözle izleme ve görüntüsünün kaydedilmesi ve kaldığı evin telefonunun ve evin yakınındaki telefon kulübesinin dinlenmesi gibi bir dizi izleme tedbirine maruz kalmıştır. Başvurucunun GPS cihazıyla izlenmesinin başvurucunun hareketlerinin yetkililer tarafından yoğun bir şekilde gözlemlenmesine yol açmıştır. Fakat başvurucu GPS cihazıyla göreli olarak kısa bir süre (üç ay kadar) ve sadece hafta sonları S.'nin otomobilini kullandığı zamanlar izlenmiştir. Mahkeme'ye göre başvurucunun bütüncül ve kapsamlı bir izlemeye tabi tutulduğu söylenemez. Dahası bu izleme tedbiri, bombalı saldırılarla siyasetçileri ve kamu görevlilerini öldürmeye teşebbüs gibi çok ciddi suçların soruşturulmasıyla ilgilidir. Sonuç olarak başvurucunun GPS cihazıyla izlenmesi mevcut olayın şartları içinde, izlenen meşru amaçlarla orantılı olup demokratik bir toplumda gereklidir (*Uzun – Almanya, §78-80*).

Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki "gereklilik" şartının maddi bir şart olduğu söylenebilir. Mahkeme'nin 8(2). fıkra bakımından yaptığı inceleme maddi yönden incelemeyle sınırlı değildir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 8. maddesi açıkça usul şartları içermemektedir; ancak bu maddeyle güvence altına alınan haklardan etkili bir biçimde yararlanılabilmesi için, konuyla ilgili karar alma [müdahale] sürecinin bu maddeyle korunan menfaatlere gerekli saygıyı sağlayacak nitelikte ve adil olması önemlidir. Bu süreç, başvurucunun 8. maddedeki haklarını, deliller ve kanıtlama konuları dâhil, adil şartlarda savunabileceği etkili bir usul mevzuatının varlığını gerektirir (*Ciubotaru, §51*).

Mahkeme'nin usul yönünden inceleme yaptığı bir örnek dava, *I. – Finlandiya* davasıdır. Bu davada Mahkeme, HIV-pozitif bir hemşire olan başvurucunun sağlık dosyasının yetkisiz erişime karşı korunmaması nedeniyle açtığı tazminat davasında ulusal makamların başvurucuya ağır bir kanıtlama külfeti yüklemiş olmalarına ağırlık vererek, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmiş olduğu sonucuna varmıştır. Başvurucu bir kamu hastanesinde hemşire olarak çalışmıştır. 1987 yılında kendisine HIV-pozitif teşhisi konulduktan sonra başvurucu aynı hastanedeki bulaşıcı hastalıklar bölümüne düzenli olarak gitmeye başlamıştır. 1992 yılı başlarında, başvurucu meslektaşlarının kendisinin hastalığının farkına vardıklarından şüphelenmiştir. O tarihlerde hastane çalışanları, hastaların teşhis edilen hastalıkları ve tedavi eden doktorları hakkında bilgilerin yer aldığı sağlık dosyalarına erişebilmektedir. Başvurucu bu şüphesini doktoruyla paylaşmış ve hastane kayıtları sadece tedavi eden klinik personelin hasta dosyalarına erişebileceği şekilde değiştirilmiştir. Başvurucu sahte isimle kaydedilmiş ve kendisine yeni bir sosyal güvenlik numarası verilmiştir. Başvurucu daha sonra kendisinin gizli hasta dosyasına kimlerin erişmiş olduğunu ortaya çıkarmak amacıyla İdari Kurula şikâyette bulunmuştur. Ancak hastane idaresi, o tarihteki mevcut veri sistemine göre böyle bir bilginin elde edilmesinin mümkün olmadığını yanıtını vermiştir. Başvurucunun açtığı tazminat davası da, kendisinin hasta kayıtlarına hukuka aykırı olarak bakıldığı konusunda sağlam bir delil bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucu özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Mahkeme önünde başvurucu, kendisine ait tıbbi verilerin yetkisiz biçimde kasten açıklandığını ileri sürmemiştir. Başvurucu kendisinin tıbbi verilerinin toplanmasından ve depolanmasında da şikâyetçi olmamıştır. Başvurucu hastanenin, kendisine ait verilerin yetkisiz erişime karşı güvenliğini sağlamamış olmasından ve dolayısıyla devletin

özel yaşama saygı hakkını koruma konusunda pozitif yükümlülüğüne aykırı davranmış olmasından şikâyetçi olmuştur. Mahkeme iç hukuktaki davada başvurucuya iddiasının gerçekliğini kanıtlama külfetinin yüklenmiş olmasını göz önünde tutarak, olayı pozitif yükümlülük açısından incelemiştir.

Mahkeme'ye göre sağlık verilerinin gizliliği, sadece hastaların mahremiyeti bakımından değil, ama ayrıca genel olarak hastaların tıp mesleğine ve sağlık hizmetlerine olan güven duygularının korunması bakımından da hayati bir önem taşır. Bu durum, HIV söz konusu olduğunda, bu hastalığın hassas meseleler doğurması nedeniyle özellikle geçerlidir. İç hukuk, kişinin sağlık verilerinin Sözleşme'nin 8. maddesindeki güvencelere aykırı biçimde açıklanmasını veya iletilmesini önlemek için gerekli koruyucuları sağlamalıdır. Mahkeme davalı devletin iç hukukunun hassas kişisel verilerin korunmasını amaçlayan genel hükümler içerdiğini kaydetmiştir. Veri denetleyicisi, Kanunun 26. maddesi gereğince kişisel verileri yasadışı erişime karşı korumak ve hasta kayıtlarını sadece hastayı tedavi eden personelin erişimine açık tutmak zorundadır. Dolayısıyla Kanunun katı bir şekilde uygulanması, sağlık kayıtlarına erişimin ve açıklanmasının denetlenmesini mümkün kılmak suretiyle, başvurucunun Sözleşme'nin 8. maddesindeki hakları için esaslı bir koruyucu oluşturacaktır. Ne var ki, söz konusu hastanedeki sağlık kayıt sistemi, hasta kayıtlarının kullanılışını geriye dönük olarak ortaya çıkarmayı mümkün kılmamaktadır; sadece son beş erişim görülebilmekte ve dosya arşive gönderilince bu bilgi de silinmektedir. Dolayısıyla başvurucunun hasta kayıtlarının içindeki bilgilere yetkisiz üçüncü kişiler tarafından erişilmiş olup olmadığı belirlenememiştir. Bu tespit, daha sonra başvurucunun açtığı tazminat davasında teyit edilmiştir. Başvurunun hassas sağlık bilgilerinin açıklanmasını önlemek için 1992 yaz aylarında tedbir alınmıştır, ama başvurucu için bu çok geç bir tedbirdir. Öte yandan başvurucu açtığı tazminat davasını, erişim güvenliği kurallarındaki kusurlar ile kendisinin sağlık durumu hakkında bilginin yayılması arasında nedensellik ilişkisini kanıtlayamadığı gerekçesiyle kaybetmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre, başvurucuya böylesi bir kanıtlama külfeti yüklemek, o tarihte hastanenin kayıt sisteminde varlığı tespit edilmiş kusurları göz ardı etmek demektir. Hastane, sağlık kayıtlarına erişimi doğrudan başvurucunun tedavisiyle ilgili sağlık personeliyle sınırlamak veya başvurucunun sağlık dosyasına erişmiş olan tüm kişilerin kaydını tutmak suretiyle sağlık dosyalarına erişim üzerinde daha fazla kontrol sağlamış olsaydı, başvurucunun ulusal mahkemeler önünde daha az dezavantajlı durumda olacağı açıktır. Mahkeme'ye göre burada belirleyici olan şey, hastanedeki kayıt sisteminin, Kişisel Dosyalar Kanununun 26. maddesindeki yasal gerekliliğe uygun olmaması ve bu duruma ulusal mahkemeler tarafından gerekli ağırlığın verilmemiş olmasıdır. Hükümet, iç hukuktaki güvencelere neden söz konusu hastanede uyulmadığını açıklayamamıştır. Mahkeme'ye göre, ulusal mevzuatın başvurucuya kişisel verilerinin hukuka aykırı olarak açıklanmış olması ihtimali nedeniyle gördüğü zarar için tazminat talep etme imkânı tanımış olması, kendisinin özel yaşamının korunması için yeterli değildir. Bu bağlamda gerekli olan şey, ilk aşamada yetkisiz erişimin meydana gelmesi ihtimali ortadan kaldırmak için pratik ve etkili koruma sağlamaktır. Burada böyle bir koruma sağlanmamıştır. Devlet Sözleşme'nin 8(1). fıkrasında doğan pozitif yükümlülüğünü yerine getirmemiştir (*I. – Finlandiya, §37-48*).

Müdahale alanları

Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan hakların, doğumundan ölümüne, insanın maddi ve manevi varoluşuna ve faaliyetlerine yönelik çok çeşitli müdahalelere karşı koruduğu görülmektedir.

Doğum

Sözleşme, embriyo veya fetüsün özel yaşama saygı haklarını güvence altına almış değildir. Birey, Sözleşme'nin 8. maddesindeki haklardan yararlanmaya doğumla başlar. Embriyonun oluşumu, fetüsün ortadan kaldırılması veya kaldırılamaması, müstakbel ebeveynlerin 8. maddeki özel yaşama saygı hakkının içerdiği maddi ve manevi bütünlük ile anne baba olma veya olmama kararlarına saygı hakkı bakımından bir sorun oluşturur. Tıbbi yardımla üreme (tüp bebek) ve gebeliğin sona erdirilmesi (kürtaj) konuları, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde incelenir. Bu konularda Sözleşmeci Devletler geniş bir takdir alanına sahiptir. Ama bu takdir alanı sınırsız değildir.

İç hukukun, tıbbi yardımla üreme sürecinde embriyonun rahme yerleştirilmesinden önce baba olmaktan vazgeçen erkeği baba olmaya zorlayamaması, artık kendi yumurtasıyla oluşmuş embriyodan çocuk sahip olmayacak kadının özel yaşama saygı hakkını ihlal eder mi? *Evans – Birleşik Krallık [BD]* kararına konu olan olayda, başvurucu kadın ile erkek arkadaşı J., bebek için tedaviye başlamışlardır. Tedavi sırasında başvurucuya yumurtalık kanseri teşhisi konulmuş ve yumurtalıkları alınmadan önce bir kez tüp bebek tedavisi görebileceği söylenmiştir. Başvurucu ve J., oluşturulacak olan embriyonun başvurucunun rahmine yerleştirilmeden önce rızalarını geri alabileceklerine dair belgeleri imzalamışlardır. Tedavi başlamış, altı embriyo oluşturulup saklandıktan sonra başvurucu kanser nedeniyle yumurtalıklarını aldırmıştır. Embriyo iki yıl sonra başvurucunun rahmine yerleştirilebilecektir. Ancak başvurucu ile J. arasındaki ilişki sonra ermiş ve J. kliniğe artık embriyoların kullanılmasına rıza göstermediğini ve ortadan kaldırılmasını istediğini bildirmiştir. Başvurucu, mahkemeye başvurarak J.'nin rıza göstermesinin sağlanmasına dair bir karar verilmesi istemiş ancak bu talebi reddedilmiştir. Başvurucu Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Büyük Daire'ye göre bu olayda başvurucu sosyal, hukuksal ve hatta fiziksel anlamda anne olmasının engellendiğinden şikâyetçi değildir; çünkü iç hukuk, başvurucunun evlat edinmesini ve bağışlanmış gamet hücresiyle (dölgözü) tüpte oluşturulmuş embriyodan çocuk doğurmasını engellememektedir. Başvurucu, 1990 tarihli Kanunun rıza ile ilgili hükümlerinin, J. ile birlikte oluşturdukları embriyoyu kullanmasını ve dolayısıyla genetik olarak kendinden olan bir çocuk sahibi olmasını engellediğinden şikâyetçidir. Mahkeme'ye göre, genetik anlamda ebeveyn olma kararına saygı şeklindeki bu sınırlı mesele dahi, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına girer. Mahkeme'ye göre mevcut olaydaki ikilem, iki özel şahsın 8. maddedeki hakları arasındaki çatışmayla ilgilidir. Tarafların menfaatleri uzlaştırılabilir nitelikte değildir. Başvurucunun embriyoları kullanmasına izin verilecek olsa, J. baba olmaya zorlanmış olacaktır; J.'nin rızasını geri alması onaylanmış olsa, başvurucunun genetik ebeveyn olma imkânı kalmayacaktır. Ayrıca olaydaki bu uyuşmazlık sadece bireyler arasındaki bir uyuşmazlığı ilgilendirmemektedir; konuyla ilgili mevzuat, rızanın önceliği ilkesini kabul etme ve hukuki kesinlik ve belirginliği destekleme gibi daha geniş bir kamu yararının gerçekleşmesine hizmet etmektedir (*Evans, [BD], §72-74*). Mahkeme, hızlı bilimsel ve tıbbi gelişmelerin olduğu bir alanda, tüp bebek uygulamasının hassas ahlaki ve etik meseleler doğurduğunu ve davanın ortaya çıkardığı sorunlar hakkında üye devletlerin açık bir ortak görüşü bulunmadığını kaydederek, davalı devlete geniş bir takdir alanı tanınması gerektiğini belirtmiştir. Üstelik devlet, tüp bebek uygulamasını düzenleyen bir yasa çıkarıp çıkarmama, çıkarmış ise yarışan kamu ve özel menfaatler arasında denge kurmak için ayrıntılı alt düzenlemeler yapma konusunda da geniş bir takdir alanına sahip olmalıdır (*Evans, [BD], §81-82*). Bu çerçevede Mahkeme, olayın özel şartları içinde, birlikte oluşturdukları embriyoların başvurucunun rahmine yerleştirilmesine gösterdiği rızayı J.'nin geri çekmesine izin veren bir yasanın uygulanmasının, yarışan menfaatler arasında adil denge kurmuş olup olmadığını incelemiştir.

Mahkeme, mevzuattaki embriyonun saklanma süresine, donörün rızasının önceliğine ve rızanın alınma usulüne ilişkin hükümleri kaydettikten sonra, rızaya ilişkin kuralın istisnası olmamasının, kendiliğinden Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olmadığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre insan onuruna ve özgür iradeye saygı ve tıbbi yardımla doğum tedavisi alan taraflar arasında adil denge sağlama isteği, donörün rızası olmadıkça kendisine ait genetik parçanın kullanılmayacağını önceden bilmesini sağlamak için yasakoyucunun bu konuda hiçbir istisna koymama kararını güçlendirmiştir. Mahkeme, birbiriyle çelişen 8. madde hakları arasında adil denge kurma konusunda, genetik olarak kendisinden olan bir çocuk sahibi olmak isteyen başvurucunun durumunu sempatiyle karşılamıştır. Ancak Mahkeme, bu konuda bir Avrupa konsensüsü bulunmamasını da dikkate alarak, başvurucunun genetik olarak ebeveyn olma kararına saygı hakkına, J.'nin genetik olarak ebeveyn olmama kararına saygı hakkından daha fazla ağırlık verilmesi gerekmediği kanaatine varmıştır. Mahkeme'ye göre, bu konuda Avrupa konsensüsü bulunmadığı da dikkate alındığında, başvurucunun bilgisine sunulan ve açık olan iç hukuk kuralları yarışan menfaatler arasında adil bir denge kurmuş ve Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmemiştir (*Evans, [BD], §83-92*). Sonuçta erkeğin baba olmama kararına saygı hakkı, kadının genetik anne olma kararına saygı hakkına üstün tutulmuştur.

İç hukukun tıbbi yardımla üreme için donörlerden sperm veya yumurta alınması yoluyla üremeyi yasaklaması, özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturur. *S.H. ve Diğerleri – Avusturya [BD]* kararı, tıbbi yardımla çocuk sahibi olmak isteyen iki evli çiftin başvurularıyla ilgilidir. Birinci çiftten erkeğin kısır olması nedeniyle donörden sperm, ikinci çiftten kadının kısır olması nedeniyle donörden yumurta alınmak suretiyle tüp bebek sahibi olmak istemektedirler. Ancak iç hukuk, genel olarak tüp bebek için donörden sperm veya yumurta alınması yoluyla üremeyi yasaklamaktadır. İç hukuk sadece, evli veya karı koca gibi yaşayan çiftlerden alınan yumurta ve spermlerle tüp bebek tedavisine ve çok istisnai hallerde, donörden sperm alınarak rahimde döllemeye izin vermektedir. Anayasa Mahkemesi'ne başvurusu başarısız olan başvurucu, Sözleşme'nin 8. maddesine dayanarak İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Mahkeme olayda, Kanunun ilgili hükümlerinin uygulanmasının bir sonucu olarak, başvurucuların yapay döllenme tekniklerinden yararlanma haklarına bir müdahale bulunduğunu tespit ettikten sonra, müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme'ye göre, Sözleşmeci Devletlerde tüp bebek için yumurta ve sperm donörlüğüne izin verme yönünde Avrupa konsensüsünü doğuran bir eğilim vardır; ancak bu konsensüs, üye devletlerin iç hukuklarında uzun süreli ve yerleşik ilkeler haline gelmiş olmayıp, böylesi dinamik bir hukuk alanında gelişmenin bir aşamasını yansıtmaktadır; dolayısıyla bu konsensüs devletin takdir alanını daraltmamaktadır. Tüp bebek yolunun kullanılması hassas ahlaki ve etik meseleler doğurduğundan ve olaydaki mesele üye devletler arasında henüz açık ve ortak bir temel bulunmadığından, devlet geniş bir takdir alanına sahiptir. Mahkeme daha sonra yumurta donöründen ve sperm donöründen tüp bebek yasağını ayrı ayrı incelemiştir. Mahkeme'ye göre Avusturya yasakoyucusu, eşlerden yumurta ve sperm alınması yoluyla yapay döllenmeye izin verdiği için, yapay döllenmeyi tümüyle yasaklamamıştır. Avusturya hukuku, biyolojik (taşıyıcı) anne ile genetik anne arasındaki çelişkiden kaçınmak için, tıbbi yardımla doğumun mümkün olduğu kadar doğal gebeliğe yakın olması düşüncesine dayanmaktadır. Böylece yasakoyucu, tıbbi yardımla üreme ile modern tıbbi üreme imkânları ve rolü konusunda toplumun geniş bir kesimindeki huzursuzluğu uzlaştırmak istemiştir. Ayrıca yapay döllenme tekniklerinin kötüye kullanılmasına karşı tedbirler almıştır. Mahkeme, donörden yumurta alma yasağını Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı görmemiştir. Mahkeme benzer düşüncelerle donörden sperm alma yasağını da 8. maddeye aykırı görmemiştir (*S.H. ve Diğerleri – Avusturya [BD], §91-115*).

Hükümlülerin tıbbi yardımla üreme tekniği kullanılmak suretiyle eşlerinden çocuk sahibi olma hakları var mıdır? Mahkeme Büyük Dairesi, *Dickson – Birleşik Krallık [BD]* kararında, tahliye olduğunda çocuk yapma yeteneği kalmayabilecek olan eşinden şimdi yapay döllenme yoluyla çocuk sahibi olmak üzere tüp bebek merkezine götürülmesini isteyen hükümlünün bu talebinin reddedilmesinin, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu davada yarışan kişisel menfaatler ile kamu menfaatleri arasında adil dengenin kurulmuş olmadığı sonucuna varmıştır. Başvurucunun menfaatleri bakımından, hükümlünün tahliye tarihi ile eşinin ve kendisinin yaşları göz önünde tutulduğunda, yapay döllenme birlikte çocuk sahibi olma konusunda tek gerçekçi yoldur. Baba olamama hapisliğin bir sonucudur ama kaçınılmaz bir sonucu değildir; yapay döllenme merkezine götürülmenin güvenlik sorunu doğuracağı veya devlete ağır idari veya mali külfet yükleyeceği savunulmamıştır. Mahkeme daha sonra ağır suçlardan hükümlü olanların çocuk sahibi olmalarına izin verilmesi halinde bir ceza hükmünün cezalandırıcılık ve caydırıcılık unsurlarının dolanılarak halkın cezaevi sistemine olan güvenin zedelenmiş olup olmayacağını ele almıştır. Mahkeme, hoşgörü ve açık fikirliliğin demokratik toplumunun temel özellikleri olduğunun kabul edildiği Sözleşme sisteminde, sırf kamuoyunu incitebileceği görüşüne dayanarak hükümlülerin otomatik olarak haklarından yoksun bırakılmalarının söz konusu olamayacağını söylemiştir. Mahkeme'ye göre, yetkililer bu uygulamalarını, kural olarak çocuğun esenliğiyle ilgili görmekte haklıdırlar; ayrıca devletin çocukların etkili bir şekilde korunmalarını sağlama yükümlülüğü vardır. Bayan Dickson serbest olduğundan ve kocası serbest kalıncaya kadar çocuklara bakabileceğinden, yetkililerin bu kaygısı ebeveynleri çocuk sahibi olma girişimini önlemeye kadar götürmemelidir. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'ye taraf devletlerden 30 tanesinin eşlerin hükümlülere özel ziyarette bulunmalarına izin verdiğini, bu durumun yetkililerin yapay döllenme için tesis sağlama gereğine çare bulma olarak görülebileceğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre sonuç olarak başvuruculara yapılan uygulama, bireysel menfaatler ile kamu menfaatleri arasında denge kurmamış ve yapılan kısıtlamanın orantılılığını değerlendirme gereğini önlemiştir. Başvuruculara orantısız bir şekilde ağır külfet yüklemiştir (*Dickson [BD], §72-85*).

Ebeveynlerin taşıdıkları genetik hastalıkların doğacak çocuklarında olup olmayacağını öğrenmek üzere, tıbbi yardımla üreme ve embriyonun rahime yerleştirilmesinden önce genetik taramadan geçirilmesini isteme hakları var mıdır? *Costa ve Pavan – İtalya* davasında başvurucu çift 2006 yılında bir kız çocukları olunca, kendilerinin kistik fibrozis taşıyıcısı olduklarını öğrenmişlerdir. Kadın yeniden gebe kalınca, ikinci çocukları doğmadan önce test sonucunun olumlu olduğunu öğrenmişler ve çift sağlık nedeniyle kürtaja karar vermişlerdir. Başvurucular başka bir çocuk sahibi olmadan önce, tıbbi yardımla üreme tekniği kullanılması ve böylece embriyonun rahime yerleştirilmeden önce genetik taramadan geçirilmesi için başvurmuşlardır. Ancak İtalya'da tıbbi yardımla üreme sadece çiftlerden birinin kısırlığı halinde ve erkeğin cinsel yoldan geçebilen virütik bir hastalığının bulunması halinde mümkün olup, embriyo taraması (veya rahime yerleştirilmeden önce embriyoya genetik tanı) yapılmasını yasaklanmıştır. Başvurucular Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme'ye başvurmuşlardır.

Davalı Hükümet, başvurucuların aslında 'sağlıklı çocuk sahibi olma hakkı'nın ihlal edildiğini iddia ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme göre ise başvurucuların talebi daha sınırlıdır; başvurucuların taşıdıkları genetik hastalığa çocuklarının sahip olmaması için tıbbi yardımla üreme tekniğinin kullanılmasını ve embriyonun genetik taramaya tabi tutulmasını istemeleri, Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel ve aile yaşamına saygı hakkının bir ifadesidir (*Costa ve Pavan, §53, 57*). Mahkeme, embriyo genetik tanı yasağını hukuken öngörülebilir bulmuş ve genel ahlakın ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacına sahip olduğunu söylemiş, daha sonra bu müdahalenin demokratik

toplumda gerekli olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme'ye göre iç hukuk tutarlılıktan yoksundur. Çünkü bir yandan, rahime yerleştirme için kistik fibrozis olmayan embriyoları ayırmayı mümkün kılan bir teknik olan embriyo genetik taramayı yasaklamış, ama öte yandan aynı hastalığa sahip bir fetüsün kürtajına izin vermiştir. Buna göre, kistik fibrozis taşıyıcısı olan başvurucuların kistik fibrozis taşımayan bir çocuğa sahip olma haklarını korumak için tek seçenekleri, doğal yollardan gebeliği başlatmaları ve doğum öncesinde fetüste bu hastalığın bulunduğu anlaşılınca kürtaj yapılmasıdır. Oysa fetüs, embriyodan çok daha ileri aşamadadır. Hükümet, 'çocuğun' korunmasından söz etmiştir; ancak embriyo bir 'çocuk' değildir. Öte yandan Mahkeme, başvurucunun bu aşamaya kadar yaşayacağı huzursuzluğu görmezden gelemez; ayrıca Mahkeme, fetüsün hastalık testinin pozitif çıkması halinde kürtaj gibi ıstırap verici bir seçenekle karşılaşan bir annenin acısını ihmal edemez. Mahkeme'ye göre bu dava, donörden döllenmeyi yasaklayan *S.H. ve Diğerleri* davasından farklı olarak, eşlerden döllenmeyle ve iç hukukun tutarsızlığı bağlamında bir müdahalenin orantılılığıyla ilgilidir. Otuz üç devletten sadece üçü, embriyo taramasını yasaklarken aynı zamanda tıbbi nedenlerle gebeliğin sona erdirilmesi izin vermektedir. İtalyan hukukunda embriyonun genetik taranması konusundaki tutarsızlık, başvurucuların özel ve aile yaşama saygı haklarına orantısız bir müdahaledir (*Costa ve Pavan, §64-71*).

Gebeliğin sona erdirilmesi (kürtaj), özel yaşama saygı hakkının içerdiği annenin maddi ve manevi bütünlüğüne saygı hakkı ile genetik anne olmama kararına saygı hakkı bağlamında incelenir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 8. maddesi, kürtaj hakkını tanıdığı şeklinde yorumlanamaz; bununla birlikte, sağlık ve/veya esenlik nedeniyle yapılması istenen kürtajın yasaklanması, özel yaşama saygı hakkı kapsamına giren bir müdahale olarak görülmüştür (*A, B ve C – İrlanda [BD], §245*). Gebeliğin sona erdirilmesiyle ilgili mevzuat, kadının özel yaşam alanına temas eder; çünkü bir kadın gebe kaldığında özel yaşamı, gelişmekte olan fetüsle bağlantılı duruma gelir (*Tysiac, §106*). Kadının özel yaşamına saygı hakkı, doğmamış çocuğun hakları dâhil, yarışan diğer hak ve özgürlüklerle dengelenmelidir. Devletin bu bağlamdaki yükümlülüğü, hukuksal düzenlemeler yapma ve gerektiği takdirde özel tedbirler dâhil, çeşitli tedbirleri uygulayan bir mekanizma oluşturmayı da içerir (*R.R. – Polonya, §184*). Mahkeme, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin büyük çoğunluğunda, kürtaja izin verilmesine yönelik bir konsensüs bulunduğunu ve Sözleşmeci Devletlerin çoğunun mevzuatlarında fetüs ile annenin hakları arasındaki çatışmayı daha çok kürtaja erişim lehine çözdüklerini tespit etmiştir. Ancak yaşamın başlangıcı konusunda ortak bir yaklaşım bulunmadığından, bireysel haklar ile kamu menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığı değerlendirilirken, hukuki çözümlerin olayda uygulanış şekilleri büyük önem taşımaktadır (*P. ve S. – Polanya, §97*).

Öte yandan, kürtaja izin veren bir iç hukuk, belirli bir olayda kürtajın yasal koşullarının bulunup bulunmadığının belirlenebilmesi için, usul koruyucuları da öngörmelidir. Mahkeme Polonya hukukunun sınırlı kürtaj imkânı tanıdığını, ancak kadının sağlığına yönelik tehdit nedeniyle yasal kürtaj koşullarının bulunup bulunmadığı konusunda gebe kadın ile doktorlar arasında uyuşmazlık bağlamında (*Tysiac, §119-124*) veya ilk testler tarafından doğrulanan fetüsteki anomali bağlamında (*R.R. – Polonya, §200, 2007*), yasal koşulların bulunup bulunmadığını belirleyebilecek etkili bir usul mekanizmasının içermediğini tespit etmiştir.

Gebeliğin sona erdirilmesi, annenin sağlığı ve esenliği veya fetüsün sağlık durumu gibi nedenlerle istenir olabileceği gibi, tecavüz gibi hukuka fiiller sonucu meydana gelen istenmeyen gebelik halinde de istenebilir.

Sağlık ve/veya esenlik gerekçesiyle kürtaj olmak isteyen kadınların yurt dışında kürtaj olmak için bilgi edinmelerine ve yurt dışına seyahat etmelerine izin veren, ama ülke

içinde bu gerekçelerle dahi kürtajı yasaklayan bir hukuk düzeni, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal eder mi? Mahkeme, yaşamın niteliği ve doğmamış çocuğun yaşama hakkına tanınan koruma konusunda İrlanda halkının yerleşik ahlaki görüşlerini dikkate alarak, İrlanda Devletinin bu yasaklama ile takdir alanını aşmadığı sonucuna varmıştır (*A, B ve C – İrlanda [BD], 241*). Aynı davada Mahkeme, bir başka başvurucunun gebeliğin yaşamına karşı bir risk oluşturduğu gerekçesiyle İrlanda'da yasal olarak kürtaj olup olamayacağının belirlenmesi için erişilebilir ve etkili bir yasal ve idari düzenlemelerin bulunmamasını Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır (*A, B ve C – İrlanda [BD], 267*).

Mahkeme'nin sağlık ve/veya esenlik gerekçesiyle kürtajı yasaklamayı devletin takdir alanı içinde görmüş olması, tecavüz sonucu meydana gelen gebeliği sona erdirmenin yasaklanmasını da takdir alanı içinde görebileceği düşüncesine götürmektedir. Ancak bir Sözleşmeci Devlet tecavüz sonucu meydana gelen gebelik halinde yasal kürtaj hakkı tanımış ise, bu hakkın kullanımı için gerekli usullere zamanında ve engellenmeksizin erişim imkânı sağlamalıdır.

P. ve S. – Polonya davasında birinci başvurucu P. tecavüz sonucu gebe kalan 14 yaşındaki bir küçük, ikinci başvurucu S. ise onun annesidir. P. hukuka aykırı cinsel ilişki sonucu gebelik halinde kürtaja izin veren 1993 tarihli Aile Planlaması Kanununa göre kürtaj olabilmek için savcıdan izin almıştır. Kürtaj için devlet hastanesine başvurduğunda, izlenecek usul konusunda kendisine çelişkili bilgiler verilmiştir. Doktorlardan biri, başvurucunun isteği olup olmadığını sormaksızın, kendisini Katolik bir papaza götürmüş ve papaz başvurucuyu gebeliği sürdürmesi için ikna etmeye çalışmıştır. S.'den kızının kürtaj olması halinde ölebileceği uyarısını içeren bir yazı imzalaması istenmiştir. Devlet hastanesi kadın doğum bölümü başkanı, kürtaja karşı görüşleri nedeniyle kürtaja izin vermemiş ve hastane bu konuda bir basın açıklaması yapmıştır. Yerel ve ulusal gazetelerde yazılar çıkmış, olay internet üzerinde tartışılmıştır. P. bir başka şehirde hastaneye kabul edilmiş, ancak hastanenin kürtaj yapılmaması konusunda baskıyla karşılaştığını ve başvurucunun kararını eleştiren çok sayıda elektronik posta aldıkları söylenmiştir. Başvurucu papazdan ve başkalarından kararını değiştirmesi için mesajlar almıştır. Başvurucular iki gün sonra hastaneyi terk etmişler, kürtaj karşıtı aktivistler tarafından taciz edilmişler ve birkaç saat karakolda tutulup sorgulanmışlardır. Aynı gün aile mahkemesi, annenin çocuğuna kürtaj olması için baskı yaptığı gerekçisiyle açılan velayetin kaldırılması davasında bir ara karar olarak P.'nin bir gençlik yurduna yerleştirilmesine karar vermiştir. Aile mahkemesi bu kararı verirken, başvurucunun arkadaşlarına gönderdiği ve ne yapacağını bilmediğini söylediği mesajları dikkate almıştır. Ağrısı bulunan başvurucu ertesi gün hastaneye kaldırılmış ve burada bir hafta kadar kalmıştır. Kendisini görmek ve konuşmak isteyen birkaç gazeteci hastaneye gelmiştir. Sağlık Bakanlığına şikâyette bulunan başvurucular, gizli olarak evlerinden 500 kilometre ötedeki bir şehre götürülmüşler ve birinci başvurucu burada kürtaj olmuştur. Başvurucular İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurarak, tıbbi yetkililer tarafından zamanında ve engelsiz bir biçimde kürtaj yapılmamış olması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Mahkeme, birinci başvurucunun iç hukukun öngördüğü şekilde savcıdan kürtaj izni aldıktan sonra devlet hastanesinde kürtaj olmak için çok büyük güçlüklerle karşılaştığını gözlemlemiştir. Başvuruculara savcının izni dışında bir sevk yazısının gerekliliği, kimin kürtaj yapabileceği, kimin karar verebileceği, bir bekleme süresinin olup olmadığı, yerine getirilmesi gereken daha ne gibi koşullar bulunduğu konusunda çelişkili bilgiler verilmiştir. Hükümet Sözleşme'nin 9. maddesine dayanarak hekimlerin vicdani sebeplerle belirli hizmetleri vermeme hakkına sahip olduklarını belirtmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 9(1). fıkrasındaki "uygulama" kelimesi, bir din veya inançtan

esinlenen veya bunların motive ettiği her türlü eylemi veya davranış biçimini ifade etmez. Mahkeme'ye göre devletler sağlık sistemlerini, sağlık çalışanlarının mesleki alanda vicdan özgürlüğünü kullanmalarını hastaların yürürlükteki mevzuata hak ettikleri hizmeti almalarını önlemeyecek şekilde düzenlemekle yükümlüdürler. Polonya hukuku doktorlara, reddettikleri hizmetleri yerine getirmeye zorlanmama gereğini kabul etmiş ve bu tür bir reddin ifade edilebileceği bir mekanizma getirmiştir. Bu mekanizmada, reddin yazılı olarak verilmesi ve hastanın dosyasına koyulması, hastaya aynı hizmeti vermeye yetkili başka bir hekime sevk etme yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak olayda bu usulün ve yasanın gereklerinin yerine getirilmiş olduğu görülmemektedir. Birinci başvurucunun yasal kürtajının yapılmasına karar verilmesi sürecinde, karmaşıklaştırma ve ağırdan alma söz konusudur. Başvuruculara kendi isteklerini ve görüşlerini dikkate alan, uygun ve objektif bir tıbbi danışmanlık verilmemiştir. Ayrıca ikinci başvurucu anne bakımından konuyu inceleyen Mahkeme, istenmeyen gebelikten anne ile küçük kızın aynı şekilde etkilenmemiş olabileceklerini kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre velayet, ebeveynlere otomatik olarak küçüğün üreme tercihleriyle ilgili kararlar alma hakkı vermez; çünkü bu alanda küçüğün kişisel özerkliğine gereken özen gösterilmelidir. Kürtajın bir seçenek olarak ortaya çıktığı bir durumda da aynı şey geçerlidir. Ancak, gebe bir küçük kızın annesinin menfaatlerinin ve geleceğinin de gebeliğin sürdürülmesinden veya sona erdirilmesinden etkilenebileceği göz ardı edilemez. Ayrıca duygusal aile bağları nedeniyle, kızı tarafından yapılacak tercihlerin ve üreme konusundaki ikilemlerin doğurduğu sorunlarla ilgili olarak annenin derin kaygılar taşıması doğal karşılanmalıdır. Gebe küçük ile ebeveynlerinin durumlarının farklı olması, her iki tarafın dinleneceği ve görüşlerinin tam olarak alınıp objektif olarak değerlendirileceği bir karar verme usulünün ve çelişen görüşleri küçüğün yararına uzlaştıran bir mekanizmanın oluşturulması gereğini ortadan kaldırmamaktadır. Ancak Polonya'da ikinci başvurunun kaygılarının gereği gibi dile getirebilmesine izin veren bir hukuki kurum bulunmamaktadır. Sonuç olarak yasal kürtajın koşulları hakkında güvenilir bilgiye ve izlenebilecek usullere erişim, kişisel özerkliğin kullanılmasıyla doğrudan ilgilidir. Bir kadının gebeliğini sürdürme veya sona erdirme konusundaki kararı verebilmesinde zaman faktörü büyük bir önem taşımaktadır. Dolasıyla bu konudaki usuller, zamanında karar verilebilmesini sağlamalıdır. Bu olayda ortaya çıkan belirsizlik, teorik olarak sahip olunan yasal kürtaj hakkı ile bu hakkın pratikte uygulanmasındaki gerçeklik arasında çarpıcı bir uyumsuzlukla sonuçlanmıştır. Bu nedenle yetkililer, başvurucuların özel yaşama saygı haklarını etkili bir şekilde koruma yükümlülüğüne uygun davranmamışlardır (*P. ve S. – Polonya, §106-112*).

Ad

BM Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin 24(2). fıkrası ile BM Çocuk hakları Sözleşmesinin 7(1). fıkrası, her çocuğun doğumundan hemen sonra nüfusa kaydedilmesini ve kendisine bir ad verilmesini öngördüğü halde, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nde adlar ile ilgili açık bir hüküm yoktur. Ancak Mahkeme'ye göre kişinin taşıdığı adlar, kimliğinin saptanmasında hayati bir role sahiptir. Bireyin taşıdığı ad, kimliğini saptama ve bir aileyle bağını kurmanın bir aracı olduğundan, kişinin özel ve aile yaşamını ilgilendirir (*Burghartz, §24*).

Ebeveynler tarafından çocuğun ilk adının verilmesi kişisel ve duygusal bir konu olup, ebeveynlerin özel yaşam alanına girer. Dolayısıyla, anne babanın çocuklarına vermek istedikleri ilk adın ulusal makamlar tarafından reddedilmesi, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında bir müdahale oluşturur (*Guillot, §22*). Mahkeme *Guillot – Fransa* davasında, çocuklarına vermek istedikleri "Fleur de Marie" ("Meryem'in çiçeği") ilk adının yetkililer tarafından reddedilmesini 8. maddeye aykırı bulmamıştır. Mahkeme bu adın, kişiyi garip gösteren bir ad olduğunu ve çocuğun menfaatlerine zarar vereceğini söyleyen ulusal

mahkemelerin görüşünü benimsemiştir. Karşı oy görüşü yazan iki yargıç, müdahalenin hukuki olduğunu ve meşru bir amacı bulunduğunu, ancak çoğunluk görüşünde 'demokratik toplumda gerekli' olduğunun gösterilmediğini belirtmişlerdir.

Johansson – Finlandiya davasında Mahkeme, ad üzerine konan kısıtlamada 'çocuğun menfaati' yanında, 'milli ad uygulaması'nı da kamu yararına ilişkin bir kriter olabileceğini kabul etmiştir. Bu davada başvurucu anne baba, çocuklarına "Axl" ilk adı vermek istemişler, ancak yetkililer Finlandiya uygulamasında bulunmadığı gerekçesiyle bu adı kaydetmemişlerdir. Mahkeme'ye göre, gerçeğe uygun nüfus kayıtlarının tutulması ve kişisel kimliği belirleme vasıtalarının korunması için bir kimsenin adını değiştirmesine yasal kısıtlamalar getirilmesinde kamu yararı bulunabileceği gibi, çocuğun ve toplumun yararları ilk adın verilmesine kısıtlamalar konulmasını da haklı kılabilir. Mevcut davada Hükümet, söz konusu müdahalenin, çocuğu uygunsuz adlar verilmesine karşı koruma ve ayrıca Finlandiya gibi küçük bir ülkede ayırt edici adlandırma uygulamasını sağlama amacı taşıdığını ileri sürmüştür. Mahkeme, çocuğun menfaatlerine gerekli özenin gösterilmesi gerektiğini belirtmiştir. Çocuğun gülünç veya garip adlar gibi kendisine uygunsuz ad verilmesine karşı korunmasında kamu yararı vardır. Ayırt edici milli adlandırma uygulamasını muhafaza amacı konusunda Mahkeme, belirli bir dili koruma amacı taşıyan tedbirlerin meşru bir amaç oluşturduğunu, dolayısıyla milli adlandırma uygulamasının muhafaza edilmesinin bu amacın bir kısmını oluşturabileceğini ve dolayısıyla kamu yararı bulunduğunu kabul etmiştir (*Johansson, §36*). Söz konusu olayda, başvurucular tarafından çocuğa verilen 'Axl' ilk adın aile çevresinde kullanıldığını, benzer adlardan çok farklı olmadığını, bu adın gülünç veya garip olmadığını dolayısıyla çocuğun menfaati zarar vermediğini tespit etmiştir. Öte yandan Mahkeme, 'Axl' adının Fincede telaffuz edilebilir bir ad olduğunu, daha önce birkaç kişiye verilmiş ve nüfus kütüğünde mevcut bir ad olduğunu ve bu adın verildiği kişilerden bazılarının Fin vatandaşları bulunduklarını, dolayısıyla bu adın Finlandiya'da kabul gördüğünü ve Finlandiya'nın kültürel ve dil kimliğinin muhafazası üzerinde olumsuz sonuçlar doğurmadığını gözlemlemiştir. Mahkeme'ye göre devletin bu alanda geniş bir takdir alanı bulunmasına rağmen, özellikle 'Axl' adının resmi kütükte yer alması göz önünde tutulduğunda, yetkililerin başvurucuların çocuklarını bu adla kaydetmemeleri adil dengeyi başvurucular aleyhine bozmuştur (*Johansson, §38-39*).

Öte yandan, bir bireyin adını değiştirmek istemesine yol açan samimi gerekçeleri bulunsa bile, ad değiştirme üzerine konan yasal kısıtlamalar, gerçeğe uygun bir nüfus kütüğü tutmak veya kişisel kimlik araçlarını korumak ve belirli bir adı taşıyanların aileyle bağlantısını kurmak gibi kamu yararlarıyla haklı görülebilir (*Stjerna, §22*). Mahkeme'ye göre bu alanda Sözleşmeci Devletler geniş bir takdir alanına sahiptirler. Mahkeme'nin görevi, ad değiştirmeleri düzenleme konusunda en uygun politikanın belirlenmesinde kendini yetkili makamların yerine koymak değil, yetkililerin takdir yetkilerini kullanırken aldıkları kararları Sözleşme'ye göre incelemektir (*Daroczy, §27*). Ancak Mahkeme'ye göre, adları düzenleme konusunda devletler geniş bir takdir alanına sahip olmakla birlikte, adların bireylerin yaşamlarındaki önemini göz ardı edemezler. Adlar, kendi kimliğini oluşturmanın ve kendini tanımlamanın temel unsurlarıdır. Bir kimsenin bir adı taşıma veya değiştirme hakkına haklı ve ilgili bir gerekçe olmadan bir kısıtlama getirmek, amacı bireylerin irade özerkliğini ve kişisel gelişimlerini korumak olan Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağdaşmaz (*Daroczy, §32*).

Bireyi adını değiştirmeye zorlamak için güçlü gerekçeler bulunmalıdır. Mahkeme'ye göre, *Daroczy – Macaristan* davasında ulusal makamlar, başvurucu kadının 54 yıl kullandığı evlilik adını değiştirirken, devletin nüfus kayıt sisteminin gerçekliğinin veya kadının ölmüş kocasının haklarının gerçekten bir risk altında olduğuna ikna edici bir iddia ileri sürmemişlerdir. Dolayısıyla başvurucuya getirilen kısıtlama, kabul edilemeyecek ölçüde

katı olup, başvurucunun menfaatlerini tamamıyla göz ardı etmiştir; başvurucu 50 yıldan fazla kullandığı adını değiştirmeye zorlanmıştır; Hükümetin dayandığı kaygıların başvurucunun menfaatlerine ağır bastığı söylenemez; adil denge kurulmamıştır (*Daroczy, §33-34*).

Soyadı, bireyin aile bağlantısını gösteren araçlardan biridir. Bireyin soyadını değiştirme talebenin reddedilmesi halinde, yine kamusal menfaatler ile bireysel menfaatlerin dengelenmesi gerekir. Mahkeme *Stjerna – Finlandiya* davasında, başvurucunun mevcut soyadının heceleme ve telaffuz güçlülüğü yarattığı gerekçesiyle değiştirme talebinin reddedilmesini, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak görmemiştir. Mahkeme'ye göre ülkeler ve dil bölgeleri arasında insanların hareketliliğinin giderek arttığı günümüzde, başvurucunun yaşadığını iddia ettiği güçlüğün Avrupa'daki çok sayıda insanın yaşadığı güçlükten daha ağır bir güçlük olduğu söylenemez. Aynı davada Mahkeme, başvurucunun mevcut soyadını, son olarak yaklaşık 200 yıl kadar önce ölmüş atası tarafından kullanılmış soyadıyla değiştirilmesi talebinin reddedilmesini de Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali olarak görmemiştir. Mahkeme'ye göre, başvurucunun atalarının ardılı olduğuna dair kişisel duygularına rağmen söz konusu ata çok uzak bir geçmişte yaşamış olduğu için Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından bu bağa bir ağırlık verilemez. Öte yandan başvurucu kendisine yeni bir soyadı almak veya kullanılmayan bir soyadıyla kendini ifade etmek gibi çok çeşitli imkâna sahiptir. Bu çerçevede Finlandiya makamlarının başvurucunun soyadını değiştirme talebini reddetmeleri nedeniyle özel yaşama saygı hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmak gerekir (*Stjerna, §42-43*).

Geleneksel hukuki düzenlemeler, aile birliğinin ortak bir ad ile yansıtılmasını sağlamak için evlenen çiftlerin soyadlarına müdahalede bulunmaktadırlar. Bu konudaki sorunlar daha çok özel ve aile yaşamı bağlamında ayrımcılık yasağı ihlali iddiaları olarak Mahkeme'nin önüne getirilmiştir.

Evlenen çiftin kadının soyadını aile soyadı olarak kabul etmelerinin ve erkeğin kendi soyadının ardından seçtikleri aile soyadını kullanmak istemesinin reddedilmesi, Mahkeme tarafından 8. madde bağlamında ayrımcılık yasağına aykırı bulunmuştur. *Burghartz – İsviçre* davasına konu olan olayda, kadın yasa gereği aile soyadı olarak erkeğin soyadını aldıktan sonra kendi soyadını kullanmaya devam edebildiği halde, erkek yasa gereği aile soyadı olan kendi soyadının ardından kadının soyadını (tercih ettikleri aile soyadını) kullanamıyordu. Mahkeme Avrupa'da cinsiyet eşitliği yönündeki eğilimi kaydederek, olaydaki bu farklı muamelenin objektif ve makul bir haklı bir sebebi bulunmadığı sonucuna varmıştır (*Burghartz, §25-30*). Mahkeme'ye göre, kocanın kendi soyadına aile soyadı olarak seçtikleri kadının soyadını eklemesi halinde aile birliğini daha az yansıtılmış olmaz (*ibid. §28*).

Hukuk sistemlerinde bazıları evlenen çiftleri bir aile soyadı almakla yükümlü tutmakta, bazıları aile soyadını erkeğin soyadı olmasını gerektirmekte, bazıları kadına sadece erkeğin soyadı olan aile soyadının yanında kendi soyadını kullanmaya izin vermektedir. Evli çiftlerin ortak bir aile soyadı almama ve kadının sadece evlenmeden önceki soyadını kullanmayı sürdürme hakkı var mıdır?

Mahkeme *Ünal Tekeli – Türkiye* davasında, Türkiye'de erkeğin evlendikten sonra sadece evlenmeden önceki soyadını taşımaya devam edebildiği halde, kadının evlendikten sonra sadece evlenmeden önceki soyadını taşıyamadığı ve bunun ayrımcılık yasağını ihlal ettiği şikâyetiyle karşılaşmıştır. Hükümet, bu farklı muameleyi, kocanın soyadı vasıtasıyla aile birliğini yansıtma ve böylece kamu düzenini sağlama meşru amacıyla haklı göstermeye çalışmıştır. Mahkeme'ye göre, aile birliğinin kocanın soyadıyla yansıtmak, aile içinde erkeğe önde kadına ikincil rol veren gelenekten türemektedir ama bugünlerde

cinsiyetler arasındaki eşitliğin devletleri bu geleneği evli kadınlara yüklemelerini önlemektedir. Bu bağlamda kocanın soyadının aile soyadı seçilmek suretiyle aile birliği yansıtılabileceği gibi, kadının soyadıyla veya çiftin ortak olarak seçtikleri bir soyadıyla da aile birliği yansıtılabilir. Mahkeme ikinci olarak, aile birliğinin ortak bir aile adıyla yansıtılmasının gerekip gerekmediği ve evli çiftlerin ortak bir aile adı üzerinde uyuşamamaları halinde birinin soyadının diğerine yüklenmesinin mümkün olup olmadığı sorununu incelemiştir. Mahkeme, Sözleşmeci Devletlerin uygulamalarına göre, evli çiftin ortak bir aile adı seçmeksizin de aile birliğini koruyabildiklerini gözlemlemiştir. Mevcut davada Hükümet, ortak bir aile adı taşınmaması halinde bunun evli çiftler ve üçüncü kişiler için güçlük çıkaracağı veya kamu yararına aykırı olacağı gösterememiştir. Mahkeme, aile birliği adına, evli kadına kocasının soyadını taşıma yükümlülüğü getirmenin, kadın önceki soyadını kocasının soyadının önüne koyabilse dahi, objektif ve makul haklı bir sebebi olmadığı sonucuna varmıştır. Bireylerin kendi seçtikleri ad ile değerli ve onurlu bir şekilde yaşamalarını sağlamak için toplumun bazı sıkıntıları tolere etmesi beklenir. Sonuç olarak, ortak bir aile adıyla aile birliğini yansıtma hedefi, cinsiyete dayanan farklı muamele için haklı bir sebep olamaz (*Ünal Tekeli, §63-68*).

Soybağı

Soybağına ilişkin iç hukuk hükümlerinin uygulanması sonucunda özel yaşama veya aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde sorunlar doğabilir.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından aile kavramı evliliğe dayanan ilişkilerle sınırlı olmayıp, tarafların evli olmaksızın birlikte yaşadıkları fiili 'aile' bağlarını da kapsar. Bu tür bir ilişkiden doğan bir çocuk, doğduğu andan itibaren, sırf doğduğu için kendiliğinden 'aile' biriminin bir parçası olur. Bu nedenle, çocuk ile ebeveynleri arasında aile yaşamı oluşturan bir bağ mevcuttur (*Keegan – İrlanda, §44*). Ayrıca, çocuk ile ebeveynin birlikte yaşamaları, ebeveynler arasındaki ilişki bozulmuş olsa bile, aile yaşamının temel bir unsurudur ve bu tür bir birlikteliği engelleyen ulusal makamların işlemleri, Sözleşme'nin 8. maddesiyle korunan hakka bir müdahale oluşturur (*Elsholz [BD], §43*). Mahkeme'ye göre, özellikle aile yaşamının henüz tam olarak kurulmamış olmasının başvurucuya atfedilemeyeceği hallerde, müstakbel aile yaşamı da istisna olarak aile yaşamı sayılır. Ayrıca 'aile yaşamı', koşulların gerektirmesi halinde, evlilik dışında doğmuş bir çocuk ile doğal babası arasında gelişebilecek olan potansiyel ilişkiyi kapsayacak kadar geniştir. Böyle bir durumda, doğal ebeveynler arasındaki ilişkinin niteliği ile doğum öncesi ve doğum sonrası baba tarafından çocuğa gösterilen ilgi ve bağlılık, kişisel bağların pratikte gerçekten varlığını belirleyebilecek olan faktörler arasında yer alır (*Ahrens, §43*).

Öte yandan Sözleşme'nin 8. maddesi sadece 'aile' yaşamını değil, ama ayrıca 'özel' yaşamı da korur. Dolayısıyla soybağıyla ilgili sorunlar özel yaşamı da ilgilendirir. Mahkeme birçok kez, soybağı davaları veya soybağının reddi davalarının, bir kimsenin kişisel kimliğinin önemli yönlerini de içeren 8. maddeki özel yaşamı ilgilendirdiğini belirtmiştir (*Rasmmussen, §33; Kruskovic, §20*).

Kural olarak, anne her zaman bellidir. Anne ile çocuk arasındaki soybağı, doğumla kurulur. Ancak bilimsel ve tıbbi gelişmeler, yapay döllenme sonucu doğumun mümkün hale gelmesi, donör kadının mı (genetik anne), doğuran kadının mı (biyolojik anne) anne olduğu sorusuna yol açmıştır. Mahkeme henüz bu konuda bir karar vermiş değildir.

Doğuran kadını anne olarak kabul eden hukuk sistemi, annenin doğurduğu çocuk ile aile yaşamı çerçevesinde soybağının kurulmasını gerektirir. Mahkeme, anne ile evlilik dışında doğan çocuğu arasında soybağının kurulması için annenin çocuğunu tanıma beyanında bulunmasını veya çocuğun annesine karşı dava açmasını gerektiren

hukuki düzenlemeler nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (*Marckx, §36-37*).

Baba her zaman belli olmayabilir. Ulusal hukuk hükümleri çocuğun babayla soybağını karineler yoluyla düzenler. Soybağının reddi davası açma hakkına ve dava açma süresine getirilen sınırlamalar, karineyi çürütmeyi imkânsızlaştıran yasal koşullar, baba olduğu varsayılan kişinin özel yaşamına saygı hakkı bakımından bir sorun doğurur. Öte yandan soybağının kurulması önündeki orantısız engeller de aile yaşamına saygı hakkı çerçevesinde incelenir.

Çocuğun evlilik içinde doğmuş olması halinde kocanın çocuğun babası olduğu karinesi, dava yoluyla çürütülebilir bir karine olmalıdır. Bu konuda dava açılmasını taraf ehliyeti, dava açma süresi veya şartları yönünden getirilen bazı sınırlamalar, özel ve aile yaşamına saygı hakkı bakımından sorun oluşturabilir.

Evlilik içinde doğan çocuğun soybağının reddi davası anne tarafından her zaman açılabildiği halde, kocanın belirli bir süre (öğrendikten sonra 1 yıl ve her hâlükârda 5 yıl) içinde açabilmesi, farklı bir muamele oluşturur. Ancak Mahkeme'ye göre bu farklı muamele, özel yaşama saygı hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağını ihlal etmez. Çünkü, ulusal makamlar bu konuda belirli bir takdir alanına sahiptir; babalığın reddi davasının açılmasına süre sınırı konulması hukuki kesinlik ve çocuğun menfaatlerini koruma isteğiyle haklı görülebilir; bu konudaki mevzuat, diğer Sözleşmeci Devletlerin çoğundaki mevzuattan pek farklı değildir; bu konudaki farklı muamele, ayrılık veya boşanma davalarında çocuğun velayeti daha çok anneye verildiği için annelerin menfaatleri genellikle çocuğunki ile örtüştüğünden, süre sınırının kocaya göre kadın için daha az gerekli olduğu düşüncesine dayandırılmıştır; bu konudaki hükümlerin daha sonra değiştirilip sürelerin anne ve koca arasında eşitlenmiş olmasından, önceki durumu değerlendirme tarzının ikna edici olmadığı sonucu çıkarılamaz (*Rasmussen, §41*).

Evlilik içinde doğan çocuğun soybağının reddi davasını açma hakkı kocaya tanındığı halde, anneye kocanın babalığını reddi davası açma hakkının tanınmaması, aile yaşamına saygı hakkını ihlal edebilir. *Kroon ve Diğerleri – Hollanda* davasına konu olan olayda, evli fakat uzun yıllardır kocasından ayrı olan başvurucunun birlikte olduğu başka erkekten olan çocuğunun soybağı evli göründüğü kocayla kurulmuştur. Başvurucu daha sonra kocadan boşanmış, partnerinden birkaç çocuğu daha olmuş, ama kocaya karşı soybağının reddi davası açma hakkı bulunmadığı gerekçesiyle davası reddedilmiştir. Böylece çocuk ile doğal baba arasında soybağı kurulamamıştır. Mahkeme olayda aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre çocuk ile ailesi arasında bir bağ kurulduğunda, devletin bu bağın geliştirilmesine imkân verecek ve çocuğun doğumundan itibaren hukuki koruyuculara sahip olmasını sağlayacak şekilde davranması gerekir. Mevcut olayda başvurucuların aralarındaki ilişki 'aile yaşamı' şeklinde nitelendirildiği için, yetkili makamların çocuk ile doğal babası arasında mümkün olduğu kadar kısa süre içinde hukuki aile bağının tamamlanması için pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Çocuğu ile aile bağı bulunan bir babanın çocuğuyla hukuki bir bağ kurabilmesi için çocuğun annesiyle evlenmesi şartını getiren çözüm tarzı, aile yaşamına 'saygı' kavramıyla bağdaşmaz. Öte yandan anne ile doğal babanın çocuk üzerinde ortak velayet sahibi olmaları da kabul edilebilir bir çözüm değildir; çünkü bu durumda çocuk ile eski koca arasındaki ilişki devam edecek ve çocuk ile doğal babası arasında ilişki kurulması engellenecektir. Mahkeme'ye göre aile yaşamına saygı kavramı, biyolojik ve sosyal gerçekliğin, hiç kimseye yarar sağlamadığı kanıtlanmış olaylara ve tarafların arzularına aykırı düşen kanuni karineye üstünlük tanınmasını gerektirir. Devletin takdir yetkisi dikkate alınsa bile olayda aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varılmalıdır (*Kroon ve Diğerleri, §36-40*). Mahkeme, devlete bırakılan takdir alanı dikkate alınsa bile,

babalığa ilişkin yasal karinenin biyolojik gerçekliğe üstün tutulmasının, özel ve aile yaşamına 'saygı'yı etkili bir şekilde koruma yükümlüğüyle bağdaşmayacağı görüşünü teyit etmiştir (*Mizzi, §113*).

Evlilik içinde doğan çocuğun kocayla olan soybağını reddi davasını açma hakkının doğal baba olduğunu iddia eden kişiye tanınmaması ve böylece doğal babanın birlikte yaşadığı ve aile yaşamı kurduğu çocukla soybağını kuramaması, aile yaşamına saygı hakkını ihlal eder mi? *Chavdarov – Bulgaristan* davasında başvurucu, 1989 yılında kocasından ayrı yaşamakta olan bir kadınla birlikte yaşamaya başlamış ve 1990, 1995 ve 1998 yıllarında üç çocukları olmuştur. Ancak çocukların doğum evrakında çocukların babası olarak kocanın adı belirtilmiş ve çocuklara kocanın soyadı verilmiştir. 2002 yılında kadın, başvurucuyu ve çocukları terk edip başka bir adamla birlikte yaşamaya başlamıştır. Bu tarihten itibaren başvurucu çocuklarla birlikte yaşamıştır. Başvurucu 2003 yılında çocuklarla soybağının kurulması için dava açmak amacıyla bir avukata danışmıştır. Avukat, Bulgaristan hukukunda kocanın babalığı karinesine karşı doğal babanın dava açma hakkı bulunmadığını söylemiştir. Mahkeme, başvurucu ile çocuklar arasındaki fiili aile yaşamının anne veya koca veya yetkililer tarafından tehdit edilmediğini, soybağının düzenlenmesi konusunda devletlere geniş bir takdir alanı tanınmış olduğunu, doğal babaya kocanın babalık karinesi aleyhine dava açma hakkı konusunda bir Avrupa konsensüsü bulunmadığını, bu olayda doğal babanın idari bir takım güçlüklerle baş edebilmek için bazı yollar bulunduğunu göz önünde tutarak, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir (*Chavdarov, §56*).

Çocuk evlilik dışında doğmuş ve doğal baba çocuğu tanımamış ise, çocuk ve/veya anne, doğal baba ile çocuk arasında soybağının kurulması için dava açabilirler. Evlilik dışında doğan çocuğun doğal baba olduğu iddia edilen kişiyle uzun bir süre soybağının kurulamaması ve böylece çocuğun doğal babasıyla arasında hukuki ilişki oluşturulmaması, özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturur.

Mikulic – Hırvatistan davasına konu olan olayda, evlilik dışında doğan çocuk ile annesinin baba olduğunu iddia ettikleri kişi aleyhine açtıkları soybağının belirlenmesi davasında yerel mahkeme babanın DNA testi yaptırmasını istemiş, ancak davalı test yaptırmaktan kaçınmıştır. Yerel mahkeme davalının test yaptırmaktan kaçınmış olmasına ve verilen ifadelere dayanarak üç buçuk yıl sonra davalının babalığına hükmetmiştir. Ancak üst mahkeme bu kararı bozmuştur. Yerel mahkeme tanık ifadelerine dayanarak yeniden babalığa hükmetmiştir. Bu karar temyiz edilmiş ve üst mahkeme önünde devam etmiştir. Soybağı beş yıldır belirlenememiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi bu davada, soybağı davasının beş yıldan fazla sürüyor olması nedeniyle Sözleşme'nin 6. maddesindeki makul sürede yargılanma hakkının ihlalini tespit ettikten sonra, evlilik dışında doğan çocuğun doğal babasıyla hukuki ilişkisinin belirlenmesi meselesini 8. maddedeki özel yaşama saygı hakkı bakımından incelemiştir. Babalık davasının amacı, biyolojik gerçekliğin kanıtlanması vasıtasıyla babayla hukuki ilişkinin karara bağlanmasıdır. Mahkeme iç hukukta, baba olduğu iddia edilen kişiyi yerel mahkemenin DNA testi yapılması kararına uymaya zorlayan veya uymamasının sonuçlarını düzenleyen bir hüküm bulunmadığını kaydetmiştir. İç hukuka göre mahkemeler mevcut delilleri takdir etme ve taraflardan birini belirli olayların kanıtlanmasını engellemesini dikkate alma yetkisine sahiptir. Ancak Mahkeme'ye göre, delilleri takdir yetkisi veren genel nitelikteki usul hükmü, baba olduğu iddia edilen kişinin mahkemenin DNA testi yapılması kararından kaçındığı hallerde babalığın kanıtlanması için yeterli bir vasıta değildir. Yerel mahkeme, baba olduğu iddia edilen kişinin davayı engellemesi önlemek için yeterli usul vasıta bulamamıştır. Baba olduğu iddia edilen kişinin olayların kanıtlanması için gerekli testleri yaptırması konusunda verilen mahkeme kararlarına uymaması halinde, Sözleşme'ye Taraf Devletlerden bazıları

ilgili kişiye para veya hapis cezası vermekte, diğer bazıları babalık karinesi oluşturmakta veya cezai soruşturmayı gerektiren mahkemeye saygısızlık suçunu kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre baba olduğu iddia edilen kişiyi mahkeme kararına uymaya zorlayıcı bir usul tedbirinin bulunmaması, ancak babalığa süratle karar verebilecek bağımsız bir otoriteye alternatif vasıtalar sağlanması halinde orantılılık ilkesine uygun görülebilir. Ayrıca, babalığın kanıtlanması başvurusunun karara bağlanmasında, yerel mahkemelerin çocuğun yüksek menfaati temel ilkesini dikkate almaları gerekir. Oysa Mahkeme'ye göre mevcut usul, gereksiz bir gecikme olmaksızın başvurucunun kişisel kimliği üzerindeki belirsizliğin giderilmesi ile babası olduğu iddia edilen kişinin DNA testi yaptırmaması arasında adil bir denge kurmamıştır; menfaatlerin korunmasında orantısızlık vardır. Dolayısıyla ulusal mahkemeler, başvurucuyu kişisel kimliği konusunda uzun süre belirsiz bir durumda bırakmışlardır. Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir (*Mikulic, §61-66*).

Evlilik dışında doğmuş çocuğun doğal babası, anne ve çocuk ile birlikte yaşayan ve çocuğu tanımış olan başka erkeğin babalığını dava yoluyla iptal ettirip çocuk ile soybağının kurulmasını sağlayabilir mi? Yoksa sosyal ve hukuksal babalık, doğal babalığa üstün tutulur mu? Mahkeme *Ahrens – Almanya* davasında, böylesi zor bir sorunla karşılaşmıştır. Başvurucu, bir süre birlikte yaşadığı ve sonra sadece cinsel ilişki için bir araya geldiği P.'den bir kız çocuğu doğduğunu ama bu çocuğun daha doğmadan P.'nin birlikte yaşadığı M. adında bir adam tarafından tanındığını öğrenmiştir. Başvurucu, M.'nin babalığının iptali ve çocuğun soybağının kendisiyle kurulması için dava açmıştır. İlk derece mahkemesi, tarafları dinlemiş, uzman raporunu ve iki adamın kan testi sonuçlarını incelemiştir. Bu rapora göre başvurucu, çocuğun biyolojik babasıdır. Yerel mahkeme başvurucunun M.'nin babalığının iptali davası açabileceğine karar vermiştir. Ancak Üst Mahkeme bu kararı bozmuştur. Üst Mahkemeye göre çocuk ile M. arasında aile ve sosyal ilişkiler gelişmiş ve M.'nin biyolojik baba olmadığı kanıtlandıktan sonra da bu ilişki devam etmiştir. İç hukuk, doğal babanın ancak yasal baba ile çocuk arasında aile ve sosyal bir ilişki bulunmaması halinde tanımayı iptal ettirebileceğini öngörmektedir. Başvuruyu özel yaşama saygı hakkı bakımından inceleyen İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi, ilk olarak bu dava ile daha önce karara bağladığı *Anayo – Almanya* davasındaki farklılıkları tespit etmiştir. Mahkeme, *Anayo* kararında, biyolojik baba olan başvurucunun ikiz çocuklarıyla ailevi ve sosyal ilişkisi bulunmadığı gerekçesiyle çocuklarıyla kişisel ilişki talebinin ulusal mahkemeler tarafından reddedildiğini, ancak ulusal mahkemelerin bu kararı verirken başvurucunun çocuklarıyla kişisel ilişki kurmasının çocukların yüksek menfaatine olup olmadığını incelemediğini, dolayısıyla ulusal mahkemelerin yarışan menfaatler arasında adil bir denge kurmadığını tespit etmiştir (*Anayo, §67-73*). Mevcut olayda ise, başvurucunun açtığı davanın amacı çocuğun babalık statüsünü elde etmektir. Eğer bu dava başarılı olmuş olsaydı, çocuğu doğumundan önce tanımış olan ve sosyal baba rolünü oynamaya devam eden M. ile çocuk arasındaki tüm ebeveynlik bağları kopacaktı. Dolayısıyla bu davanın, sırf çocuk ile ilişki kurmak ve gelişimiyle ilgili bilgi sahibi olmak için biyolojik babalığın kanıtlanması amacını taşıyan *Anayo* davasından esaslı bir biçimde farklı olduğu ve çok daha ileri hedefleri bulunduğu görülmektedir (*Ahrens, §67*). İkinci olarak Mahkeme biyolojik babanın, çocukla ailevi ve sosyal ilişki içinde de yaşayan üçüncü kişinin tanıma yoluyla kurduğu yasal babalığının iptali için dava açma hakkı konusunda bir Avrupa konsensüsü olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme'ye göre biyolojik baba olduğunu iddia eden kişiye yasal babalığın iptali davası açma yönünde bir eğilim bulunmakla birlikte, bu konuda devletin takdir alanını önemli ölçüde daraltan bir konsesüs yoktur. Mahkeme'ye göre çocuğun hukuki statüsünün belirlenmesi konusunda Üye Devletlerin takdir alanı, kişisel ilişki ve bilgilenme haklarıyla ilgili meselelerdeki takdir alanından daha geniştir. Üçüncü olarak Mahkeme, çatışan menfaatlerin dengelenmesi sorununu ele almıştır. Başvurucunun özel yaşamının önemli bir yönüyle ilgili gerçeğin, yani çocuğun babası olduğunun kanıtlanmasında ve çocuğun babası olduğunun hukuken tanınmasında

korunan bir hukuki menfaati vardır. Öte yandan üst mahkeme, çocuk ile yasal babası arasındaki mevcut aile ilişkisine, biyolojik baba ile çocuk arasındaki ilişkiye göre üstünlük tanımıştır. Mahkeme, yasal statülerle ilgili meselelerde devletlerin daha geniş bir takdir alanına sahip olduklarını göz önünde tutan Mahkeme, biyolojik babanın mevcut davadaki gibi bir olayda babalığa itiraz edilip edemeyeceği konusundaki kararın, devletin takdir alanı içinde kaldığı sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca, ulusal düzeydeki karar verme sürecinin bir bütün olarak adil ve başvurucunun 8. maddeyle güvence altına alınan menfaatlerinin yeterince korunduğu sonucuna varmıştır (*Ahrens, §75-81*).

Çocuk ile ebeveynin birlikte yaşamaları, aile yaşamının temel unsurlarından biridir. Birlikte yaşamayı engelleyici nitelikteki ulusal tedbirler, Sözleşme'nin 8. maddesiyle korunan hakka bir müdahale oluşturur (*Johansen, §52*). Gelecekte çocuğun evlat edinilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmesi ile bir ebeveynin velayetinin kaldırılması işlemleri, aile yaşamını çok ağır kısıtlayıcı tedbirlerdir; ikinci işlem, bir ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkiyi tamamen koparır (*X. – Hırvatistan, §45*). Ebeveynin velayetinin kaldırılmasından sonra çocuğun başkaları tarafından evlat edinilmesi, ebeveynin çocukla aile yaşamını ortadan kaldırır. Velayetin kaldırılmasında ve çocuğun başkaları tarafından evlat edinilmesinde özellikle ebeveynin rızasının alınması konusundaki sorunlar, Mahkeme'nin aile yaşamı bağlamında incelediği sorunlar olmuştur.

Çocuğun ebeveynlerinin rızası alınmaksızın evlat edinilmesi, aile yaşamına bir müdahale oluşturur. *Keegan – İrlanda* davası, evlilik dışında doğan çocuğun doğal babanın rızası olmaksızın evlatlık verilmesiyle ilgilidir. Başvurucu, kız arkadaşıyla birlikte yaşamaya başlamıştır. Başvurucunun kız arkadaşı bu ilişki sırasında gebe kalmıştır. Çift bilinçli olarak çocuk sahibi olmaya karar vermişler ve evlenmeyi planlamışlardır. Ancak kısa bir süre sonra aralarındaki ilişki bozulmuş ve ayrı yaşamaya başlamışlardır. Anne doğan bebeği babanın haberi ve rızası olmaksızın evlatlık vermek istemiştir. 1952 tarihli Evlatlık Kanununa göre evlilik dışında doğan bebek, doğal babanın rızası olmaksızın evlatlık verilebilmektedir. Başvurucu, Küçüklerin Korunmasına dair 1964 tarihli yasa uyarınca çocuğa vasi olarak atanmak için mahkemeye başvurmuştur. Başvurucu böylelikle çocuğun evlatlık verilmesi işlemine karşı itirazda bulunabilecektir. Başvurucu vasi olarak atanmış ve çocuğun gözetimi kendisine verilmiştir. Ancak bu karar Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesine göre çocuğu evlatlık edinecek olan aile çocuğa daha iyi bakacak durumda ise bu takdirde doğal babanın dilekleri dikkate alınmaz. Dava üst mahkemeye geri gönderilmiştir. Yeniden yapılan yargılama sırasında psikiyatrın verdiği rapora göre çocuğu evlat edinecek aileye verilmesi kararı daha sonraki yıllarda kaldırılacak ise çocuk bir travma görmüş olur ve güvene dayanan ilişki kurması zorlaşır. Üst mahkeme buna dayanarak başvurucuyu vasi tayin etmemiştir. Bir süre sonra çocuk evlatlık verilmiştir. Başvurucu aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ilk önce, başvurucu ile çocuğun annesi arasındaki ilişkinin, Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından aile yaşamı düzeyinde bulunduğunu tespit etmiştir. Doğumdan itibaren başvurucu ile çocuk arasında aile yaşamının varlığını gösteren bir bağ da bulunduğundan, olayda 8. madde uygulanabilir niteliktedir. İrlanda hukukunun başvurucunun haberi ve rızası olmaksızın çocuğun kendisini evlatlık edinecek olanlarla kaynaşmasına yola açacak şekilde evlat edinecek aileye verilmesine imkân tanıması ve daha sonra çocuğun evlatlık verilmesi, başvurucunun aile yaşamına saygı hakkına bir müdahale oluşturur. Babanın bilgisi ve rızası olmaksızın çocuğun evlatlık verilmesi kararı nedeniyle müdahale hukuken öngörülebilir niteliktedir. Ulusal mahkemelerin çocuğun esenliği için aldıkları kararlar nedeniyle yapılan müdahale, başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma meşru amacına sahiptir. İrlanda hukuku çocuğun doğduktan kısa bir süre sonra başvurucunun bilgisi ve rızası dışında evlatlık verilmesine imkân tanımaktadır. Çocuğun evlatlık verilmesi, başvurucunun çocuğu ile ilişkisini tehlikeye

sokmakla kalmayıp, geri dönülmez bir süreci başlatmış ve böylece başvurucunun, evlat edinecek olanların çocuğun velayetine itiraz etme imkânını önemli ölçüde kaldırmıştır. Hükümet bu tedbirin çocuğun esenliği ile ilgili olduğu konusunda herhangi bir gerekçe gösterememiştir. Demokratik toplumda gerekli olmayan müdahale nedeniyle aile yaşamına saygı hakkının ihlaline karar verilmelidir (*Keegan – İrlanda, §55*).

Mahkeme, *Johansen – Norveç* davasında, maddi ve ruhsal sorunları bulunan bir annenin evlilik dışında doğan çocuğunun yetkililer tarafından koruma altına alınması ve koruma kararının sürdürülmesi tedbirlerinin 8. maddeyi ihlal etmediğini belirtmiş; ancak daha sonra annenin velayetinin ve çocukla görüşme hakkının kaldırılarak çocuğun evlat edinilmek üzere bakıcı aile yanına verilmesinin 8. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu işlemle ilgili gerekçenin konuyla ilgili olduğunu ancak yeterli olmadığını kaydetmiştir (*Johansen, §74-84*). Ancak Mahkeme, *Söderback – İsveç* davasında, doğal babanın rızası olmaksızın çocuğunun, annenin daha sonra evlendiği kocası tarafından evlat edinilmesinde 8. maddenin ihlalini bulmamıştır. Mahkeme'ye göre bu davadaki evlat edinme, *Johansen* davasındaki tedbirler gibi, başvurucunun çocuğuyla aile yaşamından bütünüyle yoksun bırakma şeklinde bir hukuki sonuç doğurmakla birlikte, bağlam itibarıyla önemli ölçüde farklıdır. Bu dava, bir anne ile koruma altına alınan çocuğu arasındaki ilişkilerin kesilmesiyle ilgili olmayıp, doğduğundan bu yana annesinin bakımı altında olan bir çocuğun doğal babasıyla arasındaki ilişkilerin kesilmesiyle ilgilidir. Yine bu dava, çocuğun velayetine sahip olan veya bir şekilde çocuğun bakımını üstlenmiş bulunan bir ebeveynle de ilgili değildir. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre *Johansen* davasındaki yaklaşım bu davada uygulanamaz (Söderback, *§31*).

Yakın tarihli *A.K. ve L. – Hırvatistan* davası ise, başvurucu annenin rızası alınmadan oğlu üzerindeki velayetinin kaldırılarak oğlunun gelecekte evlat edinilmek üzere yetkililer tarafından aile yanına verilmesi ve daha sonra çocuğun evlat edinilmesine ilişkindir. Yetkililer ilk önce, başvurucu annenin işsiz ve geliri bulunmadığını, annesi tarafından desteklendiğini, okulda özel ihtiyaç programına devam ettiğini, annesi ve akıl hastası erkek kardeşiyle birlikte harabe halindeki ısıtması olmayan bir evde yaşadığını belirterek, başvurucunun çocuğunu başka bir şehirdeki bir koruyucu ailenin yanına vermişlerdir. Daha sonra yetkililerin talebi üzerine yerel mahkeme, annenin velayetinin kaldırılmasına karar vermiştir. Başvurucu bir süre sonra çocuğunun vasisinden çocuğun evlat edinildiğini öğrenmiş, velayet hakkı bulunmayan anne olarak taraf olmadığı bu işleme karşı dava açamayacağı bildirilmiştir. Başvurucu velayetin kaldırılması işlemine etkili bir şekilde katılamadığı, kendisinin rızası olmadan çocuğunun evlat edinen ailenin yanına verildiği, evlat edinilme işlemi için rızasının alınmadığı ve bu sürece katılamadığı şikâyetiyle İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme, ailenin bölünmesinin çok ağır müdahale olduğunu, bu konuda yetkililere takdir yetkisi tanınması gerektiğini, ama çocuğun ebeveynlerinden alınıp evlatlık edinilmek üzere bırakılması gibi geri dönüşü olmayan kararların verildiği bir alanının keyfi müdahalelere karşı koruma gibi önemli bir alan olduğunu kaydetmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin açıkça usul şartları getirmemiş olmasının konu üzerinde belirleyici olmadığını, yetkili makamların çocuklar hakkında karar verirken doğal ebeveynlerin görüşlerini ve menfaatlerini de dikkate almaları gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre bu davada, olayın şartları ve özellikle alınan kararların ağırlığı göz önünde tutularak, ebeveynlerin karar alma sürecine kendilerinin menfaatlerini yeterli ölçüde koruma sağlayacak şekilde katılıp katılmadıklarının belirlenmesi gerekmektedir. Mahkeme'ye göre, ebeveynlerin bu haklarının sınırlanması bazı koşullarda Sözleşme'nin 8(2). fıkrası bakımından haklı görülebilir, ama ebeveynlerin aile yaşamıyla ilgili meseleler hakkında karar verilirken kendilerinin tam olarak bilgilendirilme ve dinlenme hakları vardır. Mahkeme ilk olarak Hırvatistan mevzuatının, ebeveynleri velayet haklarından yoksun bırakma işlemleri sırasında çocukların ve

ebeveynlerin menfaatlerinin yeterince koruyucu hükümler içerdiğini kaydetmiştir. Ancak yetkililer başvurucuda hafif zihinsel rahatsızlık bulunduğunu, konuşma güçlüğü çektiğini ve kısıtlı bir kelime hazinesi bulunduğunu tespit etmelerine rağmen, velayet haklarından yoksun bırakılırken temsil edilmesini sağlamamışlardır. Başvurucuyu velayet haklarından yoksun bırakan karar nedeniyle, başvurucu çocuğun evlat edinilmesi sürecine katılamamış, hiçbir zaman dinlenmemiştir. Yetkililer başvurucuyu evlat edinme sürecinden haberdar etmemekle, biyolojik ebeveyn ile çocuk arasındaki bağlar nihai olarak kesilmeden önce, başvurucuyu velayet haklarının iadesini istemekten yoksun bırakmışlardır. Böylece başvurucu Aile Kanunundaki güvenceleri kullanması önlenmiştir. Sonuç olarak Mahkeme'ye göre başvurucu ile çocuğu arasındaki bağların kesilme sürecinde yeterli koruyucular bulunmamaktadır (*A.K. ve L. – Hırvatistan, §64-80*).

Yeni doğan bebeğini evlat edinilmek üzere devlet korumasına bırakan anne, bir süre sonra rızasını geri alabilir mi? *Kearns – Fransa* davasına konu olan olayda başvurucu, İrlanda vatandaşı evli bir kadındır. Başvurucu evlilik dışı ilişkisinden olma bir kız çocuğunu Fransa'da doğurmuştur. Başvurucu doğumun gizli kalmasını istemiş ve doğumun ertesi günü çocuğunun devlet korumasına alınmasına ve evlat edinilmesine rıza gösterdiğine ilişkin belgeleri imzalamıştır. Gizli doğum koşulları ve yaratacağı sonuçlar sosyal hizmet uzmanlarıyla yaptığı iki görüşmede kendisine anlatılmıştır. Başvurucuya, çocuğu yetkililere verdikten sonra ancak iki ay içinde çocuğun kendisine geri verilmesini isteyebileceği anlatılmıştır. Doğumdan yaklaşık 80 gün sonra evlat edinme amacıyla çocuk bakıcı aileye verilmiştir. Bundan bir buçuk ay sonra başvurucu, aile baskısı altında olduğu sırada vermiş olduğu rızanın geçersiz olduğu ve gizli doğumun sonuçlarının farkında olmadığı gerekçesiyle yetkililerden çocuğun kendisine geri verilmesini istemiştir. İki aylık süresinin dolmuş olması nedeniyle talebi reddedilmiş, açtığı dava olumsuz sonuçlanmıştır İnsan Hakları Mahkemesi, iki konuda Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddialarını incelemiştir. Evlat edinmeye verilen rızayı geri alma süresinin kısalığı şikâyeti konusunda Mahkeme ilk önce, evlat edinme ile ilgili uluslararası bir konsensüs bulunmadığını ve evlat edinmeye rızanın geri alınmasını öngören devletlerde geri alma süresinin de farklılık gösterdiğini kaydetmiştir. Mahkeme'ye göre bu olay, üye devletlerin mevzuatlarında ve uygulamalarında konsensüsün olmadığı bir alanla ilgili olduğundan, yarışan özel menfaatler ile kamu menfaatleri arasında adil denge kurulurken, devlete dahi geniş bir takdir alanı tanınmalıdır. Mahkeme'ye göre biyolojik anne, çocuk ve evlat edinen ailenin menfaatleri ile kamunun menfaatleri dengelenirken, çocuğun yararına üstünlük tanınmalıdır. Mahkeme, çocuğun yeni ailesiyle mümkün olan en kısa sürede istikrarlı bir duygusal ilişki içine girmesinin çocuğun yararına olacağına dair sosyal hizmet uzmanlarının görüşünü ve çocuk için psikolojik ve hukuki istikrar ve belirginlik bulunması gerektiğine dair ulusal mahkemenin görüşünü kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre olayda iki aylık süre sınırı kısa görünmekle birlikte, yine de biyolojik annenin çocuğu verme kararını düşünmesi ve gözden geçirmesi için yeterli bir süredir. Mahkeme, başvurucunun yaşadığı psikolojik huzursuzluğu anlamakla birlikte, başvurucunun o tarihte 36 yaşında olduğunu, yanında annesinin bulunduğunu ve çocuğun verilmesi konusunda sosyal hizmet uzmanlarıyla iki uzun görüşme yapmış olduğunu gözlemlemiştir. Bu koşullarda söz konusu süre sınırı, yarışan menfaatler arasında adil bir denge kurmak ve yeterli bir orantı sağlamak istediğini hedeflemiştir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmemiştir (*Kearns, §76-84*).

Cinsiyet kimlik

Birey doğduktan sonra biyolojik cinsiyetiyle, erkek veya kadın olarak kaydedilir. Bireyin cinsiyetiyle kaydedilmesi medeni hukuk, iş hukuku, idare hukuku ve hatta ceza hukuku gibi değişik hukuk alanlarında sonuçlar doğurur. Bazı bireyler kendilerini kayıt edildikleri cinsiyete değil karşı cinsiyete ait hissederler, karşı cinsiyete benzeme isteği

duyarlar veya kendilerini karşı cinsiyetten biriymiş gibi hissederler. Birey erkek doğduğu halde kadın, kadın doğduğu halde erkek olmayı isteyebilir. Bu kişiler transseksüeldir. Cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirerek kendilerini hissettikleri cinsiyete dönüşen transseksüeller, doğuş zamanındaki kayıtların da değiştirilmesini, kayıtların bu yeni cinsiyet kimlikleriyle doğmuş gibi düzeltilmesini, hukuk düzeninin kendilerini dönüştükleri cinsiyetle tanımasını isteyeceklerdir.

Cinsiyet değişikliği ameliyatı geçirmiş olan transseksüellerin yeni cinsiyet kimliklerinin hukuk düzeni tarafından tanınmaması, Mahkeme tarafından özel yaşama saygı hakkı bakımından incelenmiştir. Mahkeme Birleşik Krallık'a karşı konuyla ilgili ilk kararlarında, davalı devletin, bireyin nüfus (doğum) kaydındaki cinsiyetle ilgili bilgisini değiştirmemesini veya orijinal bilgilerden farklı içeriğe ve niteliğe sahip doğum belgesi vermemesini, özel yaşama saygı hakkına bir müdahale olarak görmemiştir (*Rees, §35; Cossey, §36*). Mahkeme, aynı davalarda, davalı devletin, mevcut kişisel durumun kanıtlanmasını sağlamak için yeni bir sistem veya belgelendirme türü oluşturmak suretiyle mevcut doğum kütüğü sistemini değiştirme şeklinde pozitif bir yükümlülük altında olmadığı sonucuna varmıştır (*Rees, §42; Cossey, §38-39*). Mahkeme, *B. – Fransa* davasında ise, cinsiyet değişikliği ameliyatı olan erkekten kadına transseksüel başvurucunun bu cinsiyetinin Fransız makamları tarafından tanınmaması nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu davayı Rees ve Cossey davalarından ayıran ve dolayısıyla ihlale götüren şu faktörleri kaydetmiştir: Fransa'da mahkeme karar verdikten sonra başvurucunun nüfus kaydında şimdiki durumunu yansıtan değişiklik yapılması mümkündür; oysa Birleşik Krallık'ta böyle bir değişiklik için yasa değişikliği gerekmekteydi. İkinci olarak Fransız makamları başvurucunun ilk ismini değiştirme talebini reddetmişlerdir. Son olarak resmi belgelerde önceki cinsiyetinin belirtilmeye devam etmesine bağlı olarak başvurucu ekonomik, sosyal ve mesleki yaşama uyum sağlamakta güçlükler çekmektedir. Mahkeme'ye göre bu olayda devletin takdir alanı dikkate alındığında bile kamu yararı ile kişisel yarar dengesine bakıldığında kamu yararı üstün gelmemektedir. Mahkeme'ye göre bu duruma çare bulmak için uygun araçları seçmek davalı devletin görevidir (*B. – Fransa, §55, 58 ve 59-63*).

Mahkeme Büyük Dairesi *Christine Goodwin – Birleşik Krallık* davasında, cinsiyet değişikliği ameliyatı geçiren transseksüellerin doğum kayıtlarını değiştirmeyen Birleşik Krallık'ın bu tutumu hakkında görüşünü değiştirmiştir. Mahkeme, önceki kararlarıyla bağlı olmamakla birlikte, hukuki belirginlik, öngörülebilirlik ve hukuk önündeki eşitlik ilkeleri gereğince, sağlam bir gerekçe olmadan önceki davalardaki içtihatlarından ayrılmamaktadır. Ancak Sözleşme insan haklarının korunması için ilk ve önde gelen bir sistem olduğundan, Mahkeme davalı devlette ve genel olarak Sözleşmeci Devletlerde değişen koşulları göz önünde tutmalı ve gerçekleştirilmesi gereken standartlar konusunda yakınlaşmalara bir cevap vermelidir. Sözleşme'nin hakları teorik ve kâğıt üstünde bırakacak şekilde değil ama pratik ve etkili kılacak tarzda yorumlanması ve uygulanması büyük bir önem taşımaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, ilk kararını verdiği 1986 yılından bu yana birçok kez, transseksüellerin karşılaştıkları ciddi sorunların farkında olduğunun işaretini vermiş ve bu alandaki yasal tedbirlerin gözden geçirilmesinin önemini vurgulamıştır (*Christine Goodwin, §74*).

Bu davada başvurucu, cinsiyet değişikliği ameliyatı geçiren erkekten kadına bir transseksüel olup, toplum içinde kadın olarak yaşadığı halde, hukuken erkektir. Bu durum, başka şeylerin yanında, örneğin emeklilik yaşı ve yaşlılık aylığı gibi konularda sonuç doğurmaktadır. Mahkeme'ye göre başvurucunun cinsiyet değişikliği ameliyatı ulusal sağlık hizmetleri tarafından yapıldığı halde, transseksüelin uzun ve zorlu dönüşümün nihai aşaması olarak görüşebilecek olan hukuken tam tanımanın sağlanmaması, mantıksız

görünmektedir. Mahkeme daha sonra mevcut hukuki durumun devamını haklı göstermek için kamu yararının varlığını savunan iddiaları incelemiştir. İlk olarak Mahkeme, mevcut tıp biliminin veya bilimsel bilginin, transseksüellerin hukuken tanınması konusunda belirleyici bir gerekçe sağladığına ikna olmamıştır (*ibid, §83*). İkinci olarak Mahkeme, transseksüellerin sadece sosyal olarak kabul edilmeleri yönünde değil ama ameliyat geçirmiş transseksüellerin yeni cinsel kimliklerinin hukuken tanınması yönünde devam eden bir uluslararası eğilim bulunduğuna dair açık ve tartışmasız kanıtların varlığı karşısında, ortaya çıkan hukuki ve pratik sorunların çözümü konusunda ortak bir Avrupa yaklaşımı bulunmamasına daha az ağırlık vermiştir (*ibid, §85*). Üçüncü olarak Mahkeme, önceki davalarda Birleşik Krallık'ta doğum kayıt sisteminin tarihsel özelliğine büyük önem vermiştir. Ancak çocuğun tanınması ve evlatlık konularında, doğum kayıt sisteminin tarihsellik niteliğine istisnalar getirilmiştir. Birleşik Krallık'ta sayıları 2.000-5.000 arasında olduğu tahmin edilen transseksüeller için de bir istisna getirilmesi, Mahkeme'ye göre bütün bu sisteme karşı tehlike oluşturmayacaktır (*ibid, §87*). Mahkeme mevcut olayda adil bir denge kurulup kurulmadığını incelerken, cinsiyet ameliyatı geçirmiş bir transseksüel olan başvurucunun durumundaki güçlüklere ve olağandışılıklara işaret etmiştir. Mahkeme'ye göre yirmi birinci yüzyılda, transseksüellerin toplumdaki diğerleri tarafından tam olarak yararlanılan kişisel gelişim ve maddi ve manevi güvenlik hakkından yararlanmaları, meselenin daha fazla açıklığa kavuşması için zamanın biraz daha geçmesi gereken ihtilaflı bir konu olarak görülemez. Cinsiyet ameliyatı geçirmiş transseksüellerin kesin olarak şu ya da bu cinsiyette olmama şeklindeki bu ara alanda yaşadıkları tatmin edici olmayan durum, sürdürülebilir bir durum değildir. Mahkeme, sistemde yapılacak büyük bir değişikliğin sadece doğum kayıt alanında değil, ama aynı zamanda aile hukuku, soybağı, miras, ceza adaleti, iş, sosyal güvenlik ve sigorta gibi alanlarda kaçınılmaz olarak yaratacağı önemli sonuçları ve doğurabileceğini güçlükleri hafife almamaktadır. Ancak Bakanlıklar arası Çalışma Grubu raporunda da belirtildiği gibi, bunlar baş edilemez sorunlar değildir. Mahkeme, başvurucuya emeklilik tarihini de değiştirecek olan kadınlara uygulanan kuralların uygulanmasının ulusal sigorta ve emeklilik sisteminde adaletsizliğe sebep olacağı şeklinde hükümetin savunmasıyla ikna olmamıştır. Kaldı ki Mahkeme'ye göre toplumun, bireylerin büyük kişisel bedeller ödeyerek seçtikleri cinsel kimliğe uygun olarak onurlu bir şekilde yaşamalarını sağlayacak bazı sıkıntıları hoş görmesi beklenir. Yukarıda söylenenleri göz önünde tutan Mahkeme, tanınan hakkın gerçekleştirilmesi için uygun araçlar saklı kalmak üzere, bu meselenin devletin takdir alanı içinde kaldığının iddia edilemeyeceğini belirtmiştir. Bu başvurucunun cinsiyet değişikliği ameliyatının hukuken tanınmasıyla elde edeceği menfaat karşısında daha önemli bir kamu menfaati bulunmadığından, Mahkeme adil dengenin başvurucu lehine ağır bastığı ve olayda özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*ibid, §89-93*).

Bir transseksüelin cinsiyet değişikliği ameliyatı olmasını diğer şartların yanında üreme yeteneğinden yoksun bulunması şartına bağlayan yasa hükmü nedeniyle ulusal mahkemenin bu şartı taşımayan başvurucuya cinsiyet ameliyatı olma izni vermemesi, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal eder mi? Türkiye ile ilgili bu başvuruda (*Y.Y. – Türkiye, no. 14793/08*) Mahkeme'nin vereceği karar, Türk Medeni Kanunun 40. maddesinin getirdiği izin sistemi konusunda önemli bir karar olacaktır.

Etnik kimlik

Mahkeme ilk kez *S. ve Marper – Birleşik Krallık [BD]* kararında, bireyin etnik kimliğinin, özel yaşamın unsurlarından biri olarak görülmesi gerektiğini söylemiştir (*S. ve Marper [BD], §66*). Mahkeme'ye göre bireyin adı, cinsiyeti, dini ve cinsel yönelimi gibi etnik kimliği de, kimliğin ve dolayısıyla özel yaşamın esaslı yönlerinden birini oluşturur (*Ciubotaru, §53*).

Bireyin etnik kimliğinin kaydedilmesi sırasında devletlerin objektif delilleri gerekli görmeleri ve bireyin sırf sübjektif gerekçelere dayanan talebini reddetmeleri mümkün müdür? Mahkeme *Ciubotaru – Moldova* davasında başvurucunun resmi belgelerdeki etnik kökeniyle ilgili kaydın değiştirilmesi talebinin reddedilmesinin, Sözleşme'nin 8. maddesini usul yönünden ihlal edip etmediğini incelemiştir. Moldova topraklarının Sovyetler Birliği'ne dâhil olduğu dönemde Sovyet makamları, insanların kimlik belgelerine etnik kökenlerini de işlemişlerdir. Moldova Cumhuriyeti'nin ana etnik grubuna mensup çok sayıda insan Moldovalı olarak kaydedilmiştir. Başvurucu 2002 yılında Nüfus Müdürlüğüne başvurarak, kendisinin etnik kaydının Moldovalı yerine Rumen olarak değiştirilmesini istemiştir. Yetkililer bunun mümkün olmadığını, çünkü başvurucunun anne veya babasının doğum veya evlilik belgelerinde etnik Rumen olarak kaydedilmiş olmadıklarını söylemişlerdir. Ancak başvurucunun büyükbaba ve büyükanneleri ile ataları arasında Rumen kökenine ait izler bulmak için Milli Arşivde araştırma yapabileceği belirtilmiştir. Başvurucu, etnik köken kaydının değiştirilmesi için idareye karşı dava açmış, ancak bu dava başvurucunun büyüklerinin Rumen etnik kökenden olduklarını kanıtlayamadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucu özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürerek İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Hükümete göre bireyin etnik kimliğini, bireyin mensup olduğunu iddia ettiği etnik kökene kendisini bağlayan objektif bir neden bulunmadığı halde sadece beyanına dayanarak kaydetmek, idari anlamda ciddi olumsuz sonuçlara ve muhtemelen diğer ülkelerle gerilime yol açabilecektir. Mahkeme, hükümetin iddia edilen etnik kökenle ilgili objektif delilleri gerekli görmesine karşı çıkmamış, sırf sübjektif gerekçelere dayanan bir iddianın reddedilebileceğini kabul etmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre olayda başvurucu, iddiasını desteklemek için delil göstermesini imkânsız kılan kanuni bir şart ile karşılaşmıştır. İlgili kanunun 68. maddesi ve etnik kimliğin kaydedilmesiyle ilgili mevcut uygulama, anne babasının Sovyet makamları tarafından kaydedilmiş etnik kimliklerinden farklı bir etnik kimlikle kaydedilmek isteyen kişiler için aşılamaz engeller koymuştur. Bu maddeye göre başvurucu etnik kimliğini ancak, anne veya babasından birinin resmi belgelerde Rumen etnik kimliğiyle kaydedilmiş olduğunu göstermesi halinde değiştirebilir. Mahkeme'ye göre bu durum, Moldova Cumhuriyetinin tarihsel gerçekleri karşısında orantısız bir külfettir. Mahkeme ayrıca başvurucunun iddiasını, etnik kökene ilişkin sübjektif algıdan öte bir şeye dayandırdığını gözlemlemiştir. Başvurucu Rumen etnik grupla dil, ad, diğerleriyle duygudaşlık gibi objektif olarak doğrulanabilir bağları bulunduğunu ortaya koyabilmiştir. Oysa yürürlükteki Moldova hukukuna göre bu tür objektif delillere dayanılamaz. Olayın şartları bir bütün olarak göz önünde tutulduğunda, başvurucunun kayıtlı etnik kökenini değiştirmesini sağlayabilecek mevcut usulün, başvurucunun özel yaşama saygı hakkını koruma şeklindeki Moldova'nın pozitif yükümlülüğüyle bağdaştığı söylenemez. Mahkeme'ye göre başvurucu, belirli bir etnik gruba mensup olduğu şeklindeki iddiasını desteklemek için gösterdiği objektif olarak doğrulanabilir delillerin devlet tarafından incelenmesini sağlayamamıştır. Bu nedenle Mahkeme, yetkililerin başvurucunun özel yaşama saygı hakkını koruma şeklindeki pozitif yükümlülüğüne uygun davranmadıkları sonucuna varmıştır (*Ciubotaru, §56-59*).

Beden

Özel yaşama saygı hakkı, kişinin maddi ve manevi bütünlüğünü de içerir. Sözleşme'nin 8. maddesine gereğince devletler, bireyin maddi ve manevi bütünlüğünü diğer kişilere karşı korumakla yükümlüdür. Bu amaçla devletler, özel şahısların şiddet eylemlerine karşı koruma sağlayan yeterli hukuki düzenlemeler yapmak ve bunları pratikte uygulamak durumundadırlar. Mahkeme'nin görevi, yetkili ulusal makamların yerine geçip bireyleri kişi bütünlüğüne saldırılardan korumanın en uygun yöntemi belirlemek değil,

fakat bu makamların takdir yetkilerini kullanırken aldıkları kararları Sözleşme'ye göre denetlemektir.

Aile içi şiddet mağdurları korunmasız olup, devletin etkin korumasına ihtiyaçları bulunduğu uluslararası belgelerde de vurgulanmıştır (*Opuz, §72-86*). Mahkeme bir kaç davada, aile içi şiddete karşı ulusal makamların verdikleri yanıtların şiddet mağduru başvuruculara Sözleşme'nin 8. maddesinden doğan pozitif yükümlülükleriyle bağdaşıp bağdaşmadığını değerlendirmiştir. *Kontrova – Slovakya* davasında, başvurucunun kocası iki çocuğunu ve ardından kendisini vurup öldürmüştür. Bu olaydan önce, şiddet eylemleri ve silahla vurup öldürme tehditleri olmuştur. Mahkeme olayda, polisin bir dizi kanuni ve idari özel görevleri bulunduğu halde, ulusal mahkemelerin de dediği gibi, bu görevlerin gerektirdiği şekilde davranılmadığını gözlemlemiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Bevacqua ve S. – Bulgaristan davasına konu olan olayda, boşanma ve velayet davası devam ederken kocası tarafından başvurucuya karşı en az dört ayrı olayda şiddet uygulanmıştır. Koca sadece polis tarafından uyarılmış ve başvurucuya da şahsi ceza davası veya hukuk davası açabileceği söylenmiştir. Mahkeme, başvurucunun ve oğlunun Sözleşme'deki haklarının sadece kamu davasıyla korunabileceği veya bütün aile içi şiddet olaylarında aslında Sözleşme'nin mağdur tarafından şahsi ceza davası değil ama devlet destekli ceza davası açılmasını gerektirdiği iddiasını kabul etmemiştir. Bununla birlikte Mahkeme, olayda özel bazı idari ve koruyucu tedbirlerin alınabileceğini fakat o tarihte Bulgaristan hukukunda bu tedbirlerin yer almadığını belirtmiştir. Yetkili makamların başvurucunun ayrı yaşamakta olan kocasının yasadışı eylemlerden kaçınmasını sağlamaları, kaçınmadığı takdirde yaptırım uygulamaları gerektiği halde bunu yapmamaları büyük önem taşımıştır, çünkü bu durum başvurucu ve oğlunun acil yardım talebini reddetmeleri anlamına gelmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Opuz – Türkiye davasında, başvurucuya ve annesine karşı başvurucunun kocası tarafından bir dizi ciddi saldırılar ve öldürme tehditleri olmuş, sonuçta başvurucunun annesi, koca tarafından vurularak öldürülmüştür. Önceki olaylar nedeniyle koca gözaltına alınmış veya kısa süreli tutuklanmış, örneğin başvurucuyu yedi kez bıçaklama olayında ufak para cezası verilmiş, öldürme olayı nedeniyle 15 yıl kadar hapis cezası almıştır. Mahkeme, Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerinin ihlal edildiğine karar verirken, Türkiye'deki ceza hukuku sisteminin başvurucunun kocası tarafından işlenen suçların önlenmesini sağlayacak yeterli caydırıcılığa sahip olmadığını ve özellikle kocaya verilen cezaların suçların ağırlığı karşısında açıkça yetersiz olduğunu belirtmiştir.

A. – Hırvatistan davasına konu olan olayda, üç yıl içinde sık sık şiddet olayları olmuştur. Şiddet olaylarının faili olan B.'nin bazı akıl hastalıkları bulunduğu teşhisi konulmuş, şiddet eylemlerinin temelinde de bu hastalıkların olduğu anlaşılmıştır. Ceza davası bağlamında tutuklama ve B.'nin başvurucuya yaklaşmasını yasaklayan önleyici tedbirler gibi yetkililer tarafından çeşitli tedbirler alınmıştır. Ancak, koruma ve tedavi amaçlı güvenlik tedbiri ve para cezaları gibi bazı tedbirlerin alınması tavsiye edildiği ve karar verildiği halde bu tedbirler uygulanmamıştır. Mahkeme, başvurucuya karşı yöneltilen şiddete karşılık vermek üzere Hırvatistan mahkemeleri tarafından gerekli ve yeterli bulunan tedbirlerin yetkililer tarafından uygulanmamış olması nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesinden doğan pozitif yükümlülüğün yerine getirilmediği sonucuna varmıştır.

Hajduova – Slovakya davasında başvurucu, eski kocası A. tarafından saldırıya uğramış ve tehdit edilmiştir. Ceza davası sırasında A.'nın ağır kişilik bozukluğu bulunduğu teşhisi konmuş ve tedavisine karar verilmiştir. A. hastaneye yatırılmadan önce başvurucuya ve

avukatına karşı iki kez daha tehditte bulunmuştur. Mahkeme, ulusal makamların A.'yı psikiyatrik tedavi için gereği gibi koruma altına almamış olmalarının başvurucuya ve avukatına karşı tehditlerini sürdürmesini sağladığını tespit ederek, olayda Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir. Yetkili makamlar ancak başvurucu ve avukatı tarafından yeni bir suç şikâyetinde bulunduktan sonra A.'ya karşı harekete geçmişlerdir.

Kalucza – Macaristan davasında, başvurucu ile örfi hukuka göre evli olduğu kocası arasında birbirlerine karşı saldırı ve diğer suçlar nedeniyle açılan ceza davaları bulunmaktadır. Çiftin arasındaki uyuşmazlığın kaynağı olduğu anlaşılan, oturdukları evle ilgili bir hukuk davası da bulunmaktadır. Ayrıca, ulusal mahkemeler başvurucunun önleyici tedbir talebi hakkında hemen vermemiş ve sonunda da bu talebi reddetmişlerdir. Mahkeme, ceza davalarının sonuçları ve verilen cezalar konusunda bir sorun görmemiş, ancak ulusal mahkemelerin önleyici karar talebi hakkında esas hakkındaki karara kadar bir karar vermemiş olmalarını ve sonunda yeterli gerekçe göstermeden reddetmiş olmalarını çarpıcı bulmuştur. Ayrıca iç hukukta, hısımlar arasında şiddet nedeniyle önleyici tedbirlere karar verilmesi konusunda bir boşluk bulunmakta ve önleyici tedbirler örfi hukuka göre evli olanlara uygulanmamaktadır. Nihayet ulusal mahkemeler ev ile ilgili hukuk davasını sonuçlandırmamışlardır. Bu nedenlerle Macaristan yetkilileri, Sözleşme'nin 8. maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemişlerdir.

M.T. ve S.T. - Slovakya (*k.k.*) (*no. 59968/09*) davasında, başvurucu ile eski kocası A. arasında bir şiddet geçmişi bulunduğu halde sadece bir olayda kovuşturma söz konusu olmuş ve A.'nın beraatı ile sonuçlanmıştır. Mahkeme bu başvurunun açıkça temelsiz olduğu gerekçesiyle kabuledilemez olduğuna karar vermiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından ortaya çıkan mesele, A.'ya ağır bir ceza verilmesinden çok, başvurucu ve çocuğunun Sözleşme'deki haklarına devlet tarafından sağlanan korumanın etkiliği meselesidir. Mahkeme, başvurucunun kocası A.'nın kanun gereğince aile evinden uzaklaştırıldığını, ceza davasının süratle görüldüğünü ve delillerin iki dereceli yargılama sırasında derinlemesine incelendiğini, verilen kararların son olarak Anayasa Mahkemesi tarafından incelendiğini gözlemlemiştir. Mahkeme'ye göre ayrıca, A.'ya karşı açılan ceza davası, yetkililer tarafından alınan diğer tedbir kararlarıyla birlikte, hem genel ve hem de bireysel olarak caydırıcı etki doğurmuş olmalıdır; bunun sonucunda A. tarafından başka bir şiddet olayı işlenmemiştir. Dolayısıyla yetkililerin özensiz davrandıkları söylenemez.

Kowal – Polonya (*k.k.*), (*no. 2912/11*) davasında baba, başvurucu oğluna, diğer oğluna ve onların annelerine şiddet uyguladığı gerekçesiyle bir yıl üç ay hapis cezasına mahkûm edilmiş ancak bu ceza dört yıl süreyle ertelenmiştir. Baba şiddete devam edince, aile evinden uzaklaştırılmasına karar verilmiş, bu karar infaz edilmemiş ancak baba kendi iradesiyle evden ayrılmıştır. Mahkeme, başvurucunun iddialarının süratle incelenmiş olmasını, babanın eylemlerini izlemek üzere bir denetim görevlisinin görevlendirilmiş bulunmasını ve bir ceza verilmiş olmasını göz önünde tutarak, baba aleyhindeki davadaki amacın başvurucuyu ve aile üyelerini aile içi şiddete karşı korumak olduğunu tespit etmiştir. Dahası, ceza verildikten sonra babanın şiddete devam etmesi üzerine, ulusal mahkemelere babanın eylemlerini ayrıntılı bir şekilde incelemişler ve hapis cezasının infazına gerek bulunmadığı ancak evden uzaklaşması gerektiği sonucuna varmışlardır. Mahkeme'ye göre yetkililerin, olayı yavaş veya yetersiz bir biçimde ele aldıkları veya mağdurların durumlarını gerektiği şekilde göz önünde tutmadıkları veya hafife aldıkları söylenemez. Mahkeme açıkça temelsiz olduğu gerekçesiyle başvuruyu kabuledilemez bulmuştur.

Irene Wilson – Birleşik Krallık [k.k.] (*no. 10601/09*) davasında, başvurucu, 32 yıllık evli kocasıyla evde birlikte bir şeyler içtikten sonra kocasının saldırısına uğramıştır. Başvurucunun başının sağ tarafı yarılmış ve sekiz dikiş atılmıştır. Savcılık önce kasten ağır

yaralamadan soruşturmayı açmış ancak deliller toplandıktan sonra özel kastın olmadığı niteliksiz yaralama suçundan dava açmıştır. Adli sabıkası olmayan başvurucunun kocası on sekiz ay hapis cezasına mahkûm edilmiş ve ceza üç yıl süreyle ertelenmiştir. Başvurucu kocasına çok hafif bir ceza verilmiş olması nedeniyle şikâyetçi olmuştur. Mahkeme şu tespitlerde bulunmuştur: Diğer davalardan farklı olarak bu davada sürekli bir şiddet durumu yoktur; başvurucunun şikâyeti üzerine polis hemen soruşturmaya başlamış ve kocayı gözaltına alıp suçlamıştır; önceki bazı davalarda başvurucunun şiddet gördüğüne veya şiddet tehdidi aldığına dair tekraren ve güvenilir şikâyetlere rağmen ulusal makamlar hiç bir şey yapmamış oldukları halde bu davada soruşturma ve kovuşturma süratle yürütülmüş ve ek tedbirler alınmasına gerek kalmamıştır. Başvurucu şikâyetini verilen cezanın hafifliği üzerinde yoğunlaştırmıştır; ancak Mahkeme'ye göre ceza verilmeden önce başvurucu hakkında mağdur etki raporu ile kocası hakkında fiillin nedenini gösteren adli raporu düzenlenmiş, dosyada başvurucunun yaralarını gösteren fotoğraflar, başvurucunun polis yardım telefonuna yaptığı çağrı konuşması yer almıştır; başvurucunun kocasının üç yıl içinde yeni bir suç işlemesi halinde aldığı bu ceza infaz edileceğinden, bu ceza başvurucuya kocasının hapsedilmesinden daha uzun ve daha iyi bir koruma sağlamıştır. Başvurucunun kocasının aile evinde kalması engellenmiştir; kocasının taciz etmesi halinde mahkemede bir tedbir kararı alması mümkündür; ayrıca başvurucuya 2,800 Sterlin gibi az bir miktar da olsa bir tazminat teklif edilmiştir. Tüm bunları birlikte değerlendiren Mahkeme, davalı devletin başvurucunun 8. maddedeki haklarına ilişkin pozitif yükümlülüğünü ihlal etmediği gerekçesiyle başvuruyu açıkça temelsiz bulmuştur.

Mahkeme, devletin bireyi üçüncü kişilerin cinsel saldırı veya istismar fiillerine karşı koruma ve bu tür olayları soruşturma yükümlülüklerini yerine getirmemiş olduğu gerekçesiyle yapılan başvuruları, Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerine göre birlikte incelemekte ve yine birlikte sonuca varmaktadır (*M.C. – Bulgaristan, §148-187*; *M. ve C. – Romanya, §107-123*). İç hukuk, cinsel saldırıya karşı bireyi ceza hukuku vasıtasıyla korumalıdır. *X ve Y – Hollanda* davasına konu olan olayda, on altı yaşında zihinsel özürlü olup kaldığı özel bakımevinde cinsel saldırıya uğrayan genç kız bizzat şikâyetçi olmadığı için kamu davası açılmamış, babanın yaptığı şikâyet, suçun takibi şahsi şikâyete bağlı bir suç olması nedeniyle reddedilmiştir. Mahkeme başvuruyu Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından incelemiş ve iç hukuktaki bu boşluk nedeniyle devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır (*X ve Y – Hollanda, §28-30*).

İç hukuk, tecavüz suçunun oluşumda mağdurun direnmiş olmasını veya kendisine karşı fiziksel zor kullanılmış olmasını aramamalıdır. *M.C. – Bulgaristan* davasında, olay tarihinde Bulgaristan hukukunun cinsel ilişkiye izin verdiği 15 yaşında olan başvurucu kız bir gece üç erkek arkadaşıyla başka bir şehirdeki diskotekten dönerken bir gölette yüzmek için ara verdikleri sırada erkeklerden biriyle orada ve ardından sabaha karşı götürüldüğü özel bir evde diğer erkekle cinsel ilişkiye girmiştir. Başvurucu daha sonra annesi tarafından götürüldüğü hastanede yapılan muayenede kızlık zararının yırtılmış olduğunun tespit edilmiştir. Başvurucunun kendisine tecavüz edildiği şikâyeti üzerine yapılan soruşturmada özellikle başvurucunun bu fiillere direnmediği veya yardım çağırmadığı için kendisine güç veya tehdit kullanılmadığı için zorla cinsel ilişki bulunmadığı sonucuna varılarak, şikâyet reddedilmiştir. Mahkeme, diğer unsurlar yanında, sunulan raporda başvurucuda 'donuk korku' yani psikolojik travma sonucu çocukça davranış sendromu tespit edilmiş olmasını göz önünde tutmuştur. Mahkeme, başvurucuyla ilgili olayın soruşturulmasının ve özellikle olaydaki soruşturmacı ve savcıların gösterdikleri yaklaşımın, devletin her türlü tecavüzü ve cinsel istismarı ortaya çıkarma ve bunları cezalandırmak için ceza hukuku sistemini etkili olarak uygulama şeklindeki pozitif yükümlülüklerine içkin olan şartların gerisinde kaldığını tespit etmiştir. Mahkeme bu

davada Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerinin birlikte ihlal edildiği sonucuna varmıştır (*M.C. – Bulgaristan, §185, 187*).

Tecavüz ve cinsel istismara karşı koruma, ceza hukukun öngördüğü tedbirlerin alınmasını gerektirdiği gibi, ulusal makamlar söz konusu fiillerin soruşturulmasında, çocuğun menfaatlerini de göz önünde tutarak, derinlemesine inceleme yapmalıdırlar. Mahkeme *M. ve C. – Romanya* davasında, babanın küçük erkek çocuğuna cinsel saldırıda bulunduğu iddiasının ulusal makamlar tarafından yeterince soruşturulmadan takipsizlik kararı verildiği iddiasıyla karşılaşmıştır. Mahkeme, soruşturma makamlarının tanık ifadelerini doğrulamamaları ve soruşturmanın genişletilmesi için verilen emirleri yerine getirmemeleri, failin eylemlerinin cinsel saldırı olmasa bile yaralama suçu oluşturup oluşturmadığını araştırmamaları, çocukların cinsel istismarıyla ilgili olaylarda çocukların özel psikolojik durumlarına gerekli önemi vermemeleri ve soruşturmanın uzun sürmesi nedeniyle devletin 3 ve 8. maddelerden doğan pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği sonucuna ulaşmıştır (*M. ve C. – Romanya, §114-123*).

Şeref/itibar

İtibarın korunması hakkı, özel yaşama saygı hakkının bir bölümü olarak Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yer alır. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesiyle ilgili olan *Chauvy – Fransa* davasında, yayımlanan bir kitap nedeniyle kişinin etkilen itibarının özel yaşama saygı hakkı çerçevesinde 8. maddeyle korunduğunu ve ifade özgürlüğüyle dengelenmesi gerektiğini söylemiştir (*§70*). Bu yaklaşım, sonraki davalarda da sürdürülmüştür (*Abeberry – Fransa [k.k.], no. 58729/00; Leempoel ve S.A. ED. Cine Revue – Belçika, §67*).

Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesiyle ilgili olan *White – İsveç* (*§19 ve 30*) davasında, gazete makalesinde hakaret içerdiği iddia edilen beyanlara karşı bir kimsenin itibarının korunması hakkının özel yaşam kapsamında olduğunu belirtmiştir. *Minelli – İsviçre* başvurusunda (*[k.k.], no. 14991/02*), eleştirel bir gazete makalesine karşı kişinin korunmadığı iddiası, özel yaşam kapsamında görülmüştür.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu *Fayed ve the House of Fraser Holdings plc – Birleşik Krallık* başvurusunda (*no. 17101/90*), devlet yetkilileri tarafından hazırlanan bir raporda yapılan bazı tespitlerin başvurucunun özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca Mahkeme'ye göre, bir kimse kamusal bir tartışma bağlamında eleştirilmiş olsa bile, o kimsenin itibarı kişisel kimliğinin ve manevi bütünlüğünün bir parçasını oluşturur ve dolayısıyla özel yaşam kapsamına girer (*Pfeifer, §35*).

Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olması için, kişinin itibarına yönelik saldırının belirli bir ağırlık düzeyine ulaşması ve kişinin özel yaşama saygı hakkından şahsen yararlanmasına zarar verici nitelikte olması gerektir (*A. – Norveç, no. 28070/06, §64*). Mahkeme'ye göre ayrıca itibar kaybı, bir kimsenin işlediği suç eylemi gibi kendi eylemlerinin öngörülebilir bir sonucu ise, o kişi itibar kaybından şikâyette bulunmak için Sözleşme'nin 8. maddesine dayanamaz (*Sidabras ve Dziautas, §49*).

Bir müdahalenin 'başkalarının hak ve itibarının korunması' bakımından demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemekte olan Mahkeme'nin, ulusal makamların, Sözleşme'nin güvence altına aldığı ve bazı olaylarda birbirleriyle çelişen iki değeri (ifade özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakkı) koruma sırasında adil bir denge kurup kurmadığını soruşturması gerekebilir (*Axel Springer AG, §84*). Mahkeme bu tür davalarda başvurunun sonucunun kural olarak, başvurunun şikâyet konusu yazıyı yayımlayan yayıncı tarafından Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından veya yazıya konu olan kişinin 8.

madde bakımından Mahkeme'nin önüne getirmiş olmasına göre değişmemesi gerektiği kanaatindedir. Bu haklara kural olarak eşit saygı gösterilmelidir (*Axel Springer AG, §87*); bu haklar arasında hiyerarşik bir ilişki yoktur (*Timciuc - Romanya [k.k.] no. 28999/03, §144*).

Mahkeme, *Pfeifer – Avusturya* davasında, başvurucuyu suçlayan bir yazının yayımlanmasının ardından başvurucunun açtığı hakaret davasında ulusal mahkemelerin başvurucunun itibarını korumadıkları şikâyetini incelemiştir. Olayda, 1995 yılında bir Profesörün, Yahudilerin 1933 yılında Almanya'ya savaş açtıklarını iddia eden ve Nazi rejiminin işlediği suçları önemsizleştiren bir yazı yayımlaması üzerine, başvurucu Pfeifer'in bir dergide bu Profesörü neo-Nazi bir üslup kullanmakla ağır biçimde eleştiren yazısı yayımlamıştır. Profesörün başvurucuya karşı açtığı hakaret davası reddedilmiştir. Beş yıl sonra, Profesör hakkında 1995'te yazdığı makalesi nedeniyle Ulusal Sosyalizmi Yasaklama Kanununa göre dava açılmıştır. Profesör duruşma başlamadan kısa bir süre önce intihar etmiştir. Bu olayın ardından sağcı *Zur Zeit* dergisinin genel yayın yönetmeni, abonelere yönelik bir mektupta kendilerinden mali destek istemiş ve bir grup antifaşistin medyada yanıltma haber ve mahkemelerde kendilerine karşı ceza ve hukuk davaları açmak suretiyle dergiyi zarara uğratmaya çalıştıklarını yazmıştır. Mektupta "Profesörün ölümünün ardından, Karl Pfeifer'in [başvurucunun], siyaset bilimciyi ölüme sürükleyen bir avcı cemiyetinin üyesi olduğu ortaya çıkmıştır" ifadesine yer verilmiştir. Ulusal mahkeme, mektupta yeterli maddi temeli bulunan değer yargılarının yer aldığı gerekçesiyle genel yayın yönetmeni hakkında beraat kararı vermiştir. Ulusal mahkemeye göre "avcı cemiyeti" teriminin kullanılması, bir grup kişinin profesörün varlığını ortadan kaldırmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunduklarını ima etmemektedir. Dolayısıyla mektup, başvurucunun ve diğer bazı kişilerin faaliyetlerinin Profesörün ölümüne sebep olduğu şeklinde anlaşılabilir olmakla birlikte, bu kişilerin meydana gelen sonucu öngördüklerine veya planladıklarına dair bir suçlama içermemektedir. Ulusal mahkemeye göre Profesörü medyada eleştiren veya hakkında dava açan başvurucuya ve diğer birkaç kişiye Profesörün ölümünde ahlaki bir sorumluluk yüklenmek için yeterli maddi temel vardır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi mevcut olayda başvurucunun itibarını etkileyen bir yayının söz konusu olduğunu, başvurucunun devletin bir eyleminden değil ama üçüncü kişilerin müdahalesine karşı itibarının devlet tarafından korunmadığından şikâyetçi olduğunu kaydetmiştir. Mahkeme'ye göre mevcut davadaki mesele, devletin Sözleşme'nin 8. maddesindeki pozitif yükümlülükleri bağlamında, başvurucunun itibarının korunması hakkı ile diğer tarafın ifade özgürlüğü arasında adil bir denge kurup kurmadığıdır (*Pfeifer, §38*). Mahkeme'ye göre tarafların iddiaları, mektuptaki ifadelerin maddi olaylara ilişkin bir beyan mı yoksa bir değer yargısı mı olduğu üzerinde yoğunlaşmıştır. Maddi olayların varlığı gösterilebilir olduğu halde, değer yargıları kanıtlanabilir olmaktan uzaktır. Eğer bir beyan değer yargısı ise, müdahalenin orantılılığı, itiraz konusu beyanın yeterli maddi temeli bulunup bulunmamasına dayanır; çünkü değer yargısını destekleyen bir maddi temelin bulunmaması halinde, bu değer yargısı aşırı olabilir. Mahkeme, ulusal mahkemenin söz konusu mektuptaki beyanın değer yargısı olduğu şeklindeki değerlendirmesiyle ikna olmamıştır. Çünkü Mahkeme'ye göre, "Profesörün ölümünün ardından, Karl Pfeifer'in [başvurucunun], siyaset bilimciyi ölüme sürükleyen bir avcı cemiyetinin üyesi olduğu ortaya çıkmıştır" ifadesi, başvurucu ve diğer bazı kişilerin eylemleri ile profesörün 2000 yılında ölümü arasında açıkça bir nedensellik bağı kurmaktadır. Bu durum ulusal mahkeme tarafından da kabul edilmiştir. Bir eylemin diğer bir eylemle arasında nedensellik bağının bulunup bulunmadığı bir spekülasyon konusu olmayıp, kanıtlanabilir bir olaydır. Başvurucu Profesörü eleştiren yazısını 1995'te yazmış ve Profesörün 2000 yılında intihar etmiş olmasına rağmen, mektupta başvurucunun yazısıyla Profesörün ölümü arasında nedensellik bağının varlığına ilişkin bir kanıt sunmamıştır. Halka veya belirli bir kişiye

çarpıcı gelen veya rahatsız eden beyanlar da Sözleşme'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğünden yararlanır. Ancak başvurucunun Profesörü intihar etmeye sürüklemek suretiyle ölümüne sebep olduğunu iddia eden buradaki beyan bunun ötesine geçmiştir. Abonelere gönderilen mektupta bunun yazılması kabul edilebilir sınırları aşmıştır, çünkü aslında başvurucuya suç fiillerinden farksız fiiller işlemekle suçlamıştır. Mahkeme'ye göre, söz konusu beyan başvurucu ve diğer bazılarının ahlaken sorumlu olduğunu ima ettiği gerekçesiyle bir değer yargısı olduğu şeklinde anlaşılsa bile, bu değer yargısı yeterli maddi temelden yoksundur. "Avcı cemiyetinin üyesi" teriminin kullanılması, başvurucunun diğer bazılarıyla işbirliği halinde Profesöre acı çektirme ve saldırma amacıyla hareket ettiğini ima etmektedir. Oysa başvurucunun böyle bir niyetle yazdığına dair bir belirti yoktur. Ayrıca başvurucunun yazdığı yazının kabul edilebilir sınırları aşmamış olduğu da dikkate alınmalıdır. Dolayısıyla Mahkeme, ulusal mahkemenin ifade özgürlüğünü korumak için gösterdiği gerekçenin başvurucunun itibarının korunması hakkına ağır bastığına ikna olmamış, yarışan menfaatler arasında adil bir denge kurulmamıştır. Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir (*Pfeifer, §46-49*).

Mahkeme Büyük Dairesi, ifade özgürlüğünün ile özel yaşama saygı hakkının dengelenmesi sırasında dikkate aldığı faktörleri 07.02.2012 tarihli *Axel Springer AG – Almanya [BD]* kararında şu başlıklar altında özetlemiştir: i) ifadenin genel yararla ilgili tartışmaya katkısı; ii) ilgili kişinin ne kadar meşhur olduğu ve haberin konusunun ne olduğu; iii) ilgili kişinin yayından önceki davranışı; iv) bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu; v) yayının içeriği, biçimi ve sonuçları; vi) ifadeye uygulanan yaptırımın ağırlığı (*Axel Springer AG [BD], §90-95*).

Cinsel yönelim

Cinsel ilişki ve cinsel yönelim, bireyin özel yaşamının en mahrem yönünü oluşturur (*Laskey, Jaggard ve Brown, §36*). Rızaya dayalı her türlü cinsel ilişki devletin müdahalesinden tümüyle arınmış bir alan değildir.

Heteroseksüel cinsel ilişki, kural olarak devletlerin dokunmadığı bir alandır ama, bu tür ilişkilerin ulusal hukuklar tarafından kişi ve yaş yönünden sınırlandığı görülmektedir. Bazı ulusal hukuklar yakın akrabalar arasında sadece evlenme yasağı getirirken, bazı ulusal hukuklar bu kişiler arasındaki heteroseksüel cinsel ilişkiyi (ensest) suç olarak düzenlenmiştir. Mahkeme *Stübing – Almanya* davasında, aynı anne babadan gelen ve ayrı ortamlarda büyüyüp ilk kez yetişkin olduklarında birbirlerini tanıyan kardeşlerin rızaya dayalı cinsel ilişkiye girmiş olmalarını cezalandıran iç hukukun özel yaşama saygı hakkını ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu konuda devletin takdir alanının genişliğini göz önünde tutarak, ulusal mahkemelerin verdikleri kararlardaki gerekçeleri konuyla ilgili ve yeterli görmüştür (*Stübing, §55-67*).

Ulusal hukuklar çocukları gayri iradi cinsel ilişkiye karşı korumak için genellikle cinsel ilişki için asgari yaş sınırı getirmişler ve bu yaşın altındaki çocuklarla cinsel ilişkiye girilmesini suç olarak düzenlemişlerdir. Ayrıca yasalarda asgari evlilik yaşı gösterilmiş ve böylece evlenme suretiyle kurulabilecek cinsel ilişki yaşı da belirlenmiştir. Ne var ki, bir yandan yasalarda izin verilen evlenme yaşının düşüklüğü ve öte yandan evlenme yaşından da küçük olan bir çocuğun gayri resmi olarak evlendirilmeye (çocuk evliliği) karşı korunmaması, çocuğun özel yaşama saygı hakkı bakımından bir sorun oluşturabilir. Ancak bu sorun Mahkeme önüne getirilmiş değildir.

Ergin erkekler arasında özel alanda rızaya dayalı eşcinsel ilişkileri suç olarak düzenleyen iç hukuk hükümleri kişiye henüz uygulanmamış olsa bile, her an uygulanabilme ihtimali nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal eder. Mahkeme *Dudguen – Birleşik*

Krallık davasına konu olan olayda, Kuzey İrlanda'da 1976 yılında polis başvurucunun evinde arama yaptığı sırada eşcinsel olduğuna dair notlar bulmuş, başvurucuyu polis merkezinde 4 buçuk saat sorgulamış ve eşcinsel ilişkiyi suç olarak düzenleyen hükümlere göre soruşturma yapılması için dosyası savcıya göndermiş, savcı soruşturma yapılmasında kamu yararı görmemiştir. Başvurucunun özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği iddiası Mahkeme'nin önüne gelmiştir.

Mahkeme'ye göre, diğer cinsel davranışlar gibi erkek eşcinsel davranışının da belli ölçüde ceza hukuku tarafından düzenlenmesinin demokratik toplumda gerekli bir tedbir olarak görülebilir. Bu konudaki ceza normlarının işlevi, özellikle gençlikleri, bedensel ve zihinsel güçsüzlükleri, tecrübesizlikleri veya özel bir fiziksel, resmi veya ekonomik bağımlılık durumunda olmaları nedeniyle korunmasız bulunan kişileri, başkaları tarafından sömürülmeye ve istismar edilmeye karşı korumaktır. Avrupa Konseyi'ne üye bütün devletlerin mevzuatlarında buna benzer yasalar vardır. Ancak Kuzey İrlanda'daki yasanın bu devletlerin mevzuatlarından farkı, koşullar ne olursa olsun, genel olarak erkekler arasındaki cinsel ilişkileri yasaklamasıdır. Mahkeme'ye göre bu davadaki sorun, Kuzey İrlanda'daki ilgili hükümlerin 'demokratik bir toplumda' belirtilen bu amaçları gerçekleştirmek için 'gerekli' olarak görülebilecek sınırlar içinde kalıp kalmadığıdır (*Dudgeon, §49*). Mahkeme'ye göre bu davada kendisinin görevi de, müdahaleyi haklı göstermek için gösterilen gerekçelerin Sözleşme'nin 8(2). fıkrasıyla 'ilgili' ve 'yeterli' olup olmadıklarını saptamaktır, yoksa yetişkin erkekler arasındaki eşcinsel ilişkilerin ahlakiliğine dair bir değer yargısı getirmek değildir (*ibid, §54*).

Mahkeme'ye göre, bu yasanın kabul edildiği dönem ile bugünkü durum karşılaştırıldığında, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin büyük çoğunluğunda eşcinsel hareketlere ilişkin daha fazla anlayış ve hoşgörü gösterildiği gözlenmekte, eşcinsel davranışlar artık ceza hukuku tedbirlerinin konusu olarak görülmemektedir. Mahkeme bu konuda, Üye Devletlerin iç hukuklarında olan önemli değişiklikleri görmezden gelemez. Kuzey İrlanda'daki yetkililer son yıllarda, 21 yaşını bitirmiş olup geçerli bir rıza gösteren erkeklerin kendi özel alanlarındaki eşcinsel davranışlarına ilişkin olarak yasayı uygulamamışlardır. Kuzey İrlanda'da ahlaki standartların zarar gördüğüne veya yasanın daha sıkı bir biçimde uygulanmasına yönelik toplumsal bir talebin olduğuna ilişkin bir delil gösterilmemiştir. Mahkeme'ye göre bu şartlar altında, bu tür hareketlerin cezalandırılmasına ilişkin 'toplumsal ihtiyacın baskısı'nın bulunduğu kabul edilemez; toplumun korunması gereken kesiminin zarar görme riski veya toplum üzerindeki etkileri bu yaptırımların sürdürülmesini haklı göstermek için yeterli değildir. Her ne kadar, başkalarının özel alanlarındaki eşcinsel hareketler, toplumun eşcinselliği ahlaka aykırı gören üyelerine çarpıcı gelse de, rahatsız da olsalar veya karşı da çıksalar, bu durum, rızası olan yetişkinler bakımından cezai yaptırımların uygulanmasına bir gerekçe olamaz (*ibid, §60*).

Mahkeme *Dudgeon – Birleşik Krallık* kararının ardından, özel mekânda yetişkin erkekler arasında rızaya dayalı eşcinsel faaliyetlerin suç olarak nitelendirildiği *Norris – İrlanda*, *Modinos – Kıbrıs*, *A.D.T. – Birleşik Krallık* davalarında da aynı sonucu ulaşmıştır. Mahkeme *L. ve V. – Avusturya* ile *S.L. – Avusturya* davalarında yetişkin erkeklerin, yaşları 14-18 arasında olan genç kızlarla cinsel ilişkiye girebildikleri halde, aynı yaşlardaki erkeklerle eşcinsel ilişkiye girmelerini suç olarak düzenleyen mevzuat hükümlerinin, özel yaşama saygı hakkı bakımından ayrımcılık yasağını ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, olaydaki farklı muamelenin objektif ve haklı bir sebebinin bulunmadığını belirtmiştir.

Kişinin sırf eşcinsel olması nedeniyle işten çıkarılması, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal eder. Mahkeme, *Lusting-Prean ve Beckett – Birleşik Krallık* ile *Smith ve Grady – Birleşik Krallık* davalarında, silahlı kuvvetler mensupları olan başvurucuların, Savunma

Bakanlığının eşcinselleri silahlı kuvvetlerden çıkarma yönünde genel ve kesin uygulaması gereğince işlerine son verilmesini 8. maddenin ihlali olarak görmüştür. Mahkeme, bu uygulamanın silahlı kuvvetlerdeki heteroseksüel görevlilerin eşcinsel yönelime sahip görevlilere karşı olumsuz bir tutuma sahip olmalarına dayandırılmasını, söz konusu müdahale için haklı bir sebep olarak görmemiştir. Öte yandan Mahkeme, başvurucuların idari soruşturma sırasında eşcinsel olduklarını kabul ettikten sonra cinsel yönelimlerine ilişkin idari soruşturmanın devam etmiş olmasını ayrı olarak incelemiştir. Mahkeme böyle bir soruşturmanın da haklı olmadığı sonucuna varmıştır.

Kişisel bilgiler

Kişinin kendi kökenini hakkında kamu makamlarının elindeki bilgiye erişmesi ve böylece kimliği ve geçmişi hakkında bilgi sahibi olması, özel yaşama saygı hakkının bir parçasıdır.

Odievre – Fransa [BD] kararına konu olan olayda, çocuğu doğuran anne doğumun gizli tutulmasını istemiş, çocuk üzerindeki haklarından feragat ederek çocuğu idareye terk eden gerekli belgeleri imzalamış, çocuk daha sonra bir aileye evlatlık verilmiştir. Başvurucunun 20 yıl kadar sonra doğumuyla ilgili koşulları ve annesinin ve kardeşlerinin kim olduğunu öğrenmesini sağlayacak gizli belgelerin kendisine verilmesi talebi reddedilmiştir. Mahkeme'ye göre başvurucu, doğal anne ve babası ile kardeşlerinin kimliği dâhil, doğduğu ve terk edildiği koşulları öğrenmek istediğinden, bu olay aile yaşamı açısından değil, ama özel yaşam açısından incelenmelidir. Başvurucunun biyolojik gerçeklik adına kendi kişisel geçmişini öğrenme hakkı bulunduğu iddiası, kendi kökenleri hakkında bilgiye ve kimliğini ilgilendiren verilere ulaşamamış olmasına dayanmaktadır (*Odievre [BD], §28*). Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin kimlik ve kişisel gelişim hakkı ile başka insanlarla ve dış dünya ile ilişkiler kurma ve geliştirme hakkını koruduğunu, bu bağlamda kişinin ruhsal dengesini muhafaza etmesinin özel yaşama saygı hakkından etkili bir şekilde yararlanabilmesinin önkoşulu olduğunu belirtir. Mahkeme, kişinin kimliğiyle ilgili bilgilerin kişisel gelişim konuları arasında yer aldığını, bir kimsenin kişisel kimliğiyle ilgili gerçekleri öğrenmesi için gerekli bilgileri edinmesinin Sözleşme tarafından korunan hayati bir menfaat olduğunu, doğumun ve özellikle çocuğun doğduğu koşulların çocuğun ve daha sonra yetkisinin Sözleşme'nin 8. maddesinin güvence altına aldığı özel yaşamın bir parçasını oluşturduğunu tespit etmiş ve buna göre olayda 8. maddenin uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır (*Odievre [BD], §28*). Mahkeme'ye göre olayda şimdi yetişkin iki insanın çatışan menfaatleri vardır. Bir yandan, özel yaşam kavramının geniş yorumlanmasından türetilebilecek bir hak olan bir kimsenin kökenlerini bilme hakkı vardır, öte yandan kadının uygun koşullarda doğum yaparak sağlığını korumak için gizli kalmakta menfaati vardır. Ayrıca gizli doğumlar sorunu, evlat edinen ebeveynler ile doğal ailedeki baba ve diğer aile üyelerin menfaatlerinden soyut olarak incelenemez. Öte yandan Fransız yasakoyucu, gebelik sırasında annenin ve çocuğun sağlığını korunmasını ve kürtajdan özellikle de yasadışı kürtajdan kaçınılmasını ve çocukların usul dışında terk edilmemesini istemiştir. Bilme hakkı, açıklama yükümlülüğüne işaret eder mi, sorusuna Mahkeme, konuyu düzenleyen Kanunu devletin takdir alanı bakımından inceleyerek yanıt vermeye çalışmıştır. Mahkeme başvurucuya, annesi ve doğal ailesinin kimliklerin açık etmeden, köklerinin izini bir ölçüde bulmasını sağlayabilecek bilgiler verildiğini gözlemlemiştir. Öte yandan annelerin kimliklerinin gizli tutulması ilkesini korumakla birlikte, gizlilikten vazgeçebilme imkânı da getirilmiştir. Bu konudaki başvuruları inceleyecek bağımsız Kişisel Kökenleri Hakkında Bilgiye Erişim Kurulu kurulmuştur. Başvurucunun bu Kuruldan aradığı bilgiye ulaşma ihtimali vardır. Dolayısıyla Fransız mevzuatı çatışan menfaatler arasında adil bir denge kurmuştur. Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmemiştir (*Odievre [BD], §44-49*). Mevcut olayda ihlal görülmemekle birlikte Mahkeme üstsoyu

öğrenme hakkının varlığını kabul etmiştir. Ancak bu hakkın anne baba ve kardeşlerle mi sınırlı tutacağı yoksa ikinci derece üstsoy için de tanıyıp tanımayacağı belli değildir.

Odievre davası kişiyi (anneyi) öğrenme davası olduğu halde, Mahkeme'nin daha önce karara bağladığı *Gaskin – Birleşik Krallık* davası, başvurucunun küçüklüğünde yaşadıklarını öğrenme davasıdır. Başvurucu küçük yaşta bakıcı aile yanına verilmiş olup, küçüklüğünde gördüğü muameleleri öğrenebilmek için bu dönemiyle ilgili olarak tutulan belgelerin kamu makamları tarafından kendisine verilmesini talebini incelemiştir. Başvurucunun geçmişini öğrenme hakkı, özel yaşama saygı hakkı içinde temellendirilmiştir. Mahkeme'ye göre, başvurucunun durumundaki bir kimsenin, çocukluğunu ve gelişiminin erken dönemini bilmek ve anlamak için gerekli bilgileri almakta Sözleşme'yle korunan hayati bir menfaati vardır. Öte yandan, kamu belgelerinin gizliliğinin, objektif ve güvenilir bilgi elde edilmesi için önem taşıdığı ve bu tür bir gizliliğin üçüncü kişilerin korunması için de gerekli olabileceği akılda tutulmalıdır. İkinci nokta bakımından İngiliz sistemi gibi, dosyaya ulaşılmasına, dosyaya katkıda bulunan kimsenin rızasına bağlayan bir sistem, devletin takdir alanı da dikkate alındığında, kural olarak Sözleşme'nin 8. maddesindeki yükümlülüklerle bağdaşmaz değildir. Bununla birlikte Mahkeme, böyle bir sistemde özel ve aile yaşamıyla ilgili kayıtlara ulaşmak isteyen bireyin menfaatlerinin, dosyaya katkıda bulunan kişinin mevcut olmadığı veya gereksiz yere rıza göstermeyi reddettiği hallerde korunması gerektiğini düşünmektedir. Bir sistem ancak, dosyaya katkıda bulunan bir kimsenin yanıt vermediği veya rıza göstermediği hallerde, dosyaya ulaşma imkânının verilip verilmemesi gerektiğine nihai olarak bağımsız bir makamın karar vermesini öngördüğü zaman, orantılılık ilkesine uygun düşer. Bu davada başvurucu için böyle bir usul mevcut değildir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir (*Gaskin, §49*).

Mahkeme, güvenlik güçlerinin gizli izleme metotları kullanmaksızın belirli bireyler hakkında sistematik olarak veri toplamasını ve depolamasını özel yaşama saygı hakkına bir müdahale olarak görmüştür (*Rotaru [BD], §43-44*; *P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık, §57; Perry, §38*).

Aile bağları

Aile yaşamı, kural olarak aile üyelerinin birlikte yaşamalarıyla sürer. Ne var ki, devletin bazen aile üyelerinin yararını ve bazen de kamu düzenini koruma amacıyla aldığı tedbirler, ailenin bölünmesine yol açabilir. Öte yandan anne babadan birinin veya her ikisinin velayetinin kaldırıldığı hallerde ebeveynler ile çocuk arasında aile ilişkisi devam ettiğinden, çocuk ile uygun kişisel ilişki kurulmasının sağlanması gerekir. Ayrıca Sözleşme'nin 8. maddesi ebeveyn ile çocuğun aile bütünlüğünü sağlaması için devlete tedbirler alma yükümlülüğü yüklemektedir. Uluslararası çocuk kaçırma olaylarında devletin pozitif yükümlülüğü, 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönlerine İlişkin Lahey Sözleşmesi hükümleri çerçevesinde yorumlanmalıdır.

Çocuğu koruma tedbirleri: Çocuğun bedensel, zihinsel, ahlaki, sosyal ve duygusal gelişiminin ya da kişisel güvenliğinin tehlikeye girmesi, ihmal veya istismar edilmesi veya suçtan mağdur olması halinde, devletin çocuğu koruyucu tedbirler alması gerekebilir. Devletin çocuğu korumak amacıyla alacağı tedbirler, aile yaşamına bir müdahale oluşturabilir.

Mahkeme'nin çocuklar için alınan tedbirler ve koruma davalarıyla ilgili kararlarında, devletin yaptığı bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirirken, iki noktayı incelediği görülmektedir. Birincisi, olayın içinde bulunduğu bütün şartlar göz önünde tutulduğunda, alınan tedbirleri haklı kılmak için gösterilen

gerekçelerin 'ilgili ve yeterli' olup olmadığıdır. İkinci olarak, karar verme sürecinin adil olup olmadığı ve bu süreçte başvurucunun Sözleşme'nin 8. maddesindeki haklarına gereken saygının gösterilip gösterilmediğidir (*K ve T. – Finlandiya [BD], §154; R.K. ve A.K. – Birleşik Krallık, §34; R. ve H. – Birleşik Krallık, §75 ve 81*).

Mahkeme'ye göre, aile bağlarının daimi olarak kopmasına yol açacak olan çocuğun evlat edinilmek üzere koruma altına alınmasında, çocuğun menfaatleri en önde gelir. Belirli bir olayda çocuğun menfaatinin ne olduğu belirlenirken iki şey akılda tutulmalıdır. Birincisi, çocuğun aile içinde kalmasının uygunsuz olduğunun ortaya çıktığı haller dışında, ailesiyle bağlarını sürdürülmesi çocuğun yararınadır; ikincisi, çocuğun sağlıklı ve güvenli bir çevrede gelişiminin sağlanması çocuğun yararınadır. Dolayısıyla aile bağları ancak çok istisnai hallerde koparılabilir ve kişisel ilişkilerin sürdürülmesi ve mümkünse ailenin yeniden inşası için gerekli her şey yapılmalıdır. Çocuğun büyümesi için daha yararlı bir çevreye yerleştirilebileceğinin gösterilmesi yeterli değildir. Ancak aile bağlarının sürdürülmesi çocuğun sağlığına ve gelişmesine zarar verecek ise, ebeveyn Sözleşme'nin 8. maddesine göre aile bağlarının sürdürülmesi isteme hakkına sahip değildir (*Y.C. – Birleşik Krallık, §134*).

Çocuğun menfaatinin ne olduğunun belirlenmesi ve belirli bir tedbirin orantılı olup olmayacağına karar verilmesi, ulusal mahkemelerin bazı faktörleri dikkate almalarını gerektirecektir. Mahkeme daha önce bu tür faktörlerin tüketici bir listesini yapmamıştır. Ancak Mahkeme'ye göre, çocuğun kuruma yerleştirilmesi davası bağlamında çocuğun menfaatinin ne olduğunun belirlenmesi ve alınacak bir tedbirin gerekliliğinin değerlendirilmesi sırasında ulusal mahkeme en azından, çocuğun yaşını, olgunluğunu ve arzularını, esas ailesinin bir üyesi olmaktan çıkmasının çocuk üzerinde yaratabileceği muhtemel sonuçları ve çocuğun akrabalarıyla ilişkilerini dikkate aldığını göstermelidir (*Y.C. – Birleşik Krallık, §135*).

Mahkeme, böylesine hassas bir konuda kararlar verirken, idari makamların ve mahkemelerin çok zor bir görevle karşı karşıya olduklarını kabul etmektedir. Ayrıca ulusal makamlar, genellikle koruma tedbirlerine karar verirken veya bunları uygularken ilgili tüm kişilerle doğrudan temasta bulunmanın avantajına sahiptirler. Dolayısıyla önlerindeki olaylarda neyin daha iyi olduğuna karar verirken belirli bir takdir alanına sahip olmaları gerekir. Bu nedenle Mahkeme'nin görevi ulusal makamların yerine kendi görüşünü koymak değil, fakat bu makamların takdir yetkilerini kullanarak aldıkları kararları ve yaptıkları değerlendirmeleri Sözleşme'nin ışığında denetlemektir. Bununla birlikte bu alanda ve özellikle koruma tedbiri sırasında mahkemeler tarafından verilen kararların genellikle geri dönüşünün olmadığı akılda tutulmalıdır. Bu alan, keyfi müdahalelere karşı diğer alanlara göre çok daha fazla korumayı gerektiren bir alandır (*Y.C. – Birleşik Krallık, §136*).

Yetkili makamlara tanınacak alanın genişliği, söz konusu meselelerin doğasına ve ağırlığına göre değişecektir. Bir yandan sağlığını veya gelişmesini tehdit eden koşullar içinde bulunan çocuğun korunmasının önemi, öte yandan koşullar izin verdiğinde aileyi yeniden bütünleştirme amacı söz konusudur. Mahkeme, yetkililerin çocuğu koruma altına ihtiyacını değerlendirirken geniş bir takdir alanından yararlandıklarını belirtmiştir. Bununla birlikte, yetkililer tarafından ebeveynlerin çocuklarla görüşme hakları üzerine getirilen kısıtlamalar gibi getirilen diğer sınırlamalar ile ebeveynlerin ve çocukların aile yaşamına saygı haklarının etkili bir şekilde korunmasını amaçlayan kanuni koruyucuların daha katı bir inceleme yapılması gerekir; çünkü ileri derecede sınırlamalar, ebeveyneler ile küçük çocuk arasındaki aile ilişkilerini daha derin bir şekilde sınırlar. Bir çocuk hakkında verilen kuruma yerleştirme kararı, çok yakından denetlenmelidir (*Y.C. – Birleşik Krallık, §137*).

Karar verme süreci konusunda belirlenmesi gereken şey, olayın içinde bulunduğu bütün koşullar ve özellikle verilecek olan kararların ağırlığı göz önünde tutulduğunda, ebeveynlerin bu karar verme sürecine kendi menfaatlerini gerektiği gibi koruyacak ölçüde katılmış olup olmadıkları ve görüşlerini tam olarak savunma imkânına sahip olup olmadıklarıdır. Ulusal mahkemelerin ailenin durumunu ve özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikteki bir dizi faktörü derinlemesine inceleyip incelemediklerini ve çocuk için en iyi çözümün ne olduğuna karar vermeye yönelik düşünceyle olaydaki herkesin menfaatlerine ilişkin makul ve dengeli bir değerlendirme yapıp yapmadıklarını belirlemek, Mahkeme'ye düşen bir görevdir. Çocuğun biyolojik ebeveynlerden alınıp evlat edinilmek amacıyla bir kuruma yerleştirilmesiyle sonuçlanabilecek bir davada karar verme sürecine ebeveynlerin tam olarak katılmaları daha fazla gerekir (*Y.C. – Birleşik Krallık, §138-139*).

Aile üyesini sınırdışı etme: Yerleşik göçmenlerin aile yaşamına sahip oldukları yabancı ülkede suç işlemelerinin ardından sınırdışı edilmeleri, aile yaşamına bir müdahale oluşturur.

Mahkeme göçmenlik hukukuyla ilgili olaylarda, devletlerin uluslararası hukukun yerleşik kuralları gereğince ve antlaşmalardan doğan yükümlülükleri çerçevesinde, yabancıların ülkeye girişini ve kalmalarını kontrol yetkisine sahip olduklarını sürekli olarak vurgulamıştır. Sözleşme, bir yabancının belirli bir ülkeye girme veya ülkede oturma hakkını güvence altına almış değildir. Kamu düzenini korumakla görevli olan Sözleşmeci Devletler, işlediği bir suç nedeniyle mahkûm olmuş yabancıları sınırdışı etme yetkisine sahiptirler. Ancak devletlerin bu konudaki kararları Sözleşme'nin 8(1). fıkrasında korunan bir hakka müdahale oluşturabileceğinden, bu kararlar hukuka göre verilmiş olmalı, meşru bir amaç izlemeli ve demokratik bir toplumda gerekli olmalı, yani toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmeli ve özellikle izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır (*Üner, [BD], §54*).

Yabancı, vatandaşı olmadığı ülkeye ister yetişkinken isterse geç yaşta girmiş olsun ve hatta isterse orada doğmuş olsun, bu ilkeler uygulanır. Bu bağlamda Mahkeme, uzun süreli göçmenlerin sınırdışı edilmemelerine ilişkin Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 1504 (2001) sayılı Tavsiye Kararına dikkat çekmiştir. Bu Tavsiye Kararında üye Devletlerin ülkelerinde doğmuş ve burada büyümüş uzun süreli göçmenlerin hiç bir koşulda sınırdışı edilmemelerinin güvence altına alınması istemektedir. Bazı Sözleşmeci Devletler, ülkelerinde doğmuş veya çocukluklarında ülkeye gelmiş uzun süreli göçmenlerin, adli sabıkaları nedeniyle sınırdışı edilmemelerine ilişkin mevzuat veya uygulama kuralları oluşturmuşlardır. Ancak Mahkeme'ye göre, sınırdışı edilmeme şeklinde mutlak bir hak Sözleşme'nin 8. maddesinden türetilemez; bu maddenin ikinci fıkrası, birinci fıkrada güvence altına alınan haklara istisna getirilmesine izin vermektedir. Söz konusu Tavsiye Kararı, yukarıdaki istisna kategorisi saklı kalmak kaydıyla, suç işlemiş uzun süreli göçmenlerin vatandaşlara uygulanan olağan usul hukukuna ve cezalara tabi tutulmalarını ve sınırdışı etme 'yaptırımı'nın sadece devletin güvenliğini etkileyen ağır suçlardan suçlu bulunmaları halinde uygulanmasını öngörmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, vatandaş olmayan bir kişi çok güçlü bir ülkede kalma statüsüne sahip olsa ve ülkeyle bütünleşmesi yoğun bir şekilde gerçekleşmiş olsa bile, devletin yabancıyı Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki sebeplerden biriyle sınırdışı etme yetkisini kullanması söz konusu olduğunda, bu kişinin durumu bir vatandaş ile aynı değildir (*Moustaquim, §49*). Dahası, yerleşik bir göçmenin ceza hukukuna göre mahkûm edilmesinden sonra ülkede kalma izninin iptal edilmesi ve/veya hakkında sınırdışı etme kararı verme, Dördüncü Protokolün 7. maddesi veya genel anlamda çifte cezalandırma oluşturmaz. Sözleşmeci Devletler, suç nedeniyle mahkûm edilmiş kişiler hakkında toplumu korumak amacıyla, Sözleşme'nin 8(1).

fıkrasında güvence altına alınan haklarına müdahale eden demokratik toplumda gerekli ve meşru amaçla orantılı tedbirler alabilir (*Maaouia* [BD], *§39*).

Dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesi herhangi bir kategorideki yabancıya mutlak bir sınırdışı edilmeme hakkı vermemekle birlikte, bazı koşullarda yabancının sınırdışı edilmesinin bu maddeyi ihlal ettiğini gösteren kararlar bulunmaktadır (*Moustaquim – Belçika; Beldjoudi – Fransa; Boultif - İsviçre, Amrollahi – Danimarka; Yılmaz – Almanya kararı, Keles – Almanya kararı*). Mahkeme *Boultif – İsviçre* kararında (*Boultif, §39*), bir sınırdışı etme tedbirinin demokratik bir toplumda gerekli ve meşru amaçla orantılı olup olmadığını değerlendirmek için kullanacağı kriterleri belirlemiştir. Bu kriterler şunlardır: i) başvurucu tarafından işlenen suçun niteliği ve ağırlığı, ii) başvurucunun çıkarılacağı ülkede kaldığı sürenin uzunluğu; iii) suçun işlendiği tarihten sonra geçen zaman ve bu dönemde başvurucunun tutumu; iv) ilgili kişilerin milliyetleri; iv) başvurucunun ailevi durumu, başvurucunun evlilik süresi ve bir çiftin aile yaşamının etkililiğini ifade eden diğer faktörler; v) diğer eş başvurucuyla aile ilişkisi kurduğunda başvurucunun suçu işlemiş olduğunu bilip bilmediği; vi) evlilik sırasında doğan çocukların bulunup bulunmadığı ve bulunuyorsa yaşları; vii) başvurucunun sınırdışı edileceği ülkede çiftin karşılaşabilecekleri güçlüklerin ağırlığı. Mahkeme *Ünver – Almanya* kararında (*§58*), aslında önceki davalarda iki tane daha kriter kullandığını hatırlatmıştır. Bunlar: viii) çocukların yüksek menfaatleri ve esenlikleri ve özellikle başvurucunun çocuklarının başvurucunun sınırdışı edileceği ülkede karşılaşabilecekleri güçlüklerin ağırlığı (*Şen – Hollanda, §40*; *Tuquabo-Tekle ve Diğerleri, §47*); ix) başvurucunun bulunduğu ülke ve gönderileceği ülke ile arasındaki sosyal, kültürel ve aile bağlarının sağlamlığı (*Mokrani – Fransa, §31*).

Mahkeme, yukarıdaki ilk üç kriterin aile yaşamıyla ilgili olmadığının farkındadır. Bu durumda Mahkeme, "Boultif kriterleri"nin, yerleşik bir göçmenin işlediği bir suçun ardından sınırdışı edilmesinin söz konusu olduğu bütün olaylarda uygulanmasının yeterince anlamlı olup olmadığını sormuştur. Mahkeme bütün bu göçmenlerin, mutlaka Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında bir "aile yaşamı" bulunmadığını gözlemlemiştir. Ancak Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 8. maddesi, diğer insanlarla ve dış dünya ile ilişkiler kurmayı ve geliştirmeyi ve bazen bireyin sosyal kimliğiyle ilgili yönleri de içerir. Mahkeme'ye göre yerleşik göçmenler arasındaki sosyal bağların bütünlüğü ve içinde yaşadıkları topluluk, 8. madde anlamında bir "özel yaşam" oluşturur. Dolayısıyla Mahkeme, bir "aile yaşamı" bulunmasa bile, yerleşik bir göçmenin sınırdışı edilmesinin onun özel yaşamına saygı hakkına bir müdahale oluşturduğu kanaatindedir. Mahkeme'nin bir olayda "özel yaşam"ndan çok "aile yaşamı"na odaklanmasının uygun olup olmadığı, olayın içinde bulunduğu koşullara bağlıdır. Bu anlatılanlar ışığında Mahkeme, yukarıda anlatılan kriterlerin, bir suçtan mahkûm edildikten sonra sınırdışı edilecek ve/veya çıkarılacak olan yerleşik göçmenlerle ilgili bütün olaylarda dikkate alınması gerektiği sonucuna varmıştır (*Üner, §59-60*).

Ev ve işyeri

Bir suç şüphelisinin yakalanması veya işlenmiş bir suç fiiliyle ilgili delillere veya suçun işlenmesini önlemek üzere suç vasıtalarına elkoyulması amacıyla kişinin üstünün, eşyasının, aracının, konut veya işyerinin ve eklentilerinin aranması, Sözleşme'nin 8. maddesindeki haklardan birine veya birkaçına bir müdahale oluşturur. Bu tür bir müdahalenin, Sözleşme'nin 8(2). fıkrasına bakımından 'hukuka göre' yapılmış olması, 'meşru bir amaç' taşıması ve 'demokratik toplumda gerekli' olması halinde, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmez.

Mahkeme, önleme araması olarak nitelendirilebilecek bir aramayı, açık alanda kişiyi durdurma ve üst aramasıyla ilgili bir müdahaleyi *Gillan ve Quinton – Birleşik Krallık*

davasında incelemiştir. Bu davaya konu olan olayda başvurucular, çeşitli protestoların ve gösterilerin meydana geldiği bir silah fuarının yapıldığı yere yaklaşmakta oldukları sırada polis tarafından Terörizm Kanununun 44-47. maddelerine göre durdurulup aranmışlar ve en fazla 30 dakika sonra bırakılmışlardır. Başvurucuların daha sonra açtıkları yargısal denetim ve tazminat davaları reddedilmiştir. Mahkeme'ye göre, bireyin üstünün ve eşyalarının ayrıntılı bir şekilde aranmasına imkân veren terörle mücadele mevzuatının uygulanması, başvurucuların özel yaşama saygı haklarına bir müdahale oluşturmuştur. Bu müdahale, örneğin havalimanlarında yolcuların veya halka açık binalara girmek isteyenlerin aranmasıyla karşılaştırılamaz. Uçak yolcuları, havayolu ile seyahati tercih ederek aramaya rıza göstermişlerdir. Oysa Terörizm Kanunundaki arama yetkileri nitelik itibarıyla farklı olup, kişiler her zaman ve her yerde, uyarıda bulunulmaksızın ve bir tercih imkânı verilmeksizin durdurulup aranabilirler. Mahkeme, söz konusu müdahalenin hukukiliği açısından yaptığı incelemede, müdahalenin iç hukukta temeli bulunduğunu ve erişilebilir olduğunu tespit etmiş, ancak bu mevzuatın, hem durdurma ve aramaya karar verme bakımından ve hem de bu kararın uygulanması bakımından polise gereğinden çok geniş yetki verdiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre iç hukuktaki koruyucuların, keyfi müdahaleye karşı yeterli koruyucu sağladığı gösterilememiştir (*Gillan ve Quinton, §80-87*).

Adli arama olarak nitelendirilebilecek olan ve ev ile işyerlerinde bulunabilecek suç delilerini ele geçirmek için yapılan arama ve elkoyma şeklindeki müdahaleleri, Mahkeme'nin hukukilik ve orantılılık yönünden incelediği davalar bulunmaktadır. Mahkeme bu tür müdahalelere ilişkin ulusal hukuk ve uygulamasının keyfiliğe ve istismara karşı yeterli ve etkili koruyucular sağlayıp sağlamadığını incelemektedir. Bu bağlamda özellikle, arama kararının bir hâkim kararına ve aramanın makul şüpheye dayanıp dayanmadığı incelenir. Ayrıca arama kararının kapsam bakımından makul bir şekilde sınırlanmış olup olmadığı ve avukat bürosunun aranması söz konusu olduğunda mesleki gizlilik kapsamındaki materyallerin götürülmemesi sağlamak için aramanın bağımsız bir gözlemci huzurunda yapılıp yapılmadığı dikkate alınması gereken unsurlardır (*Wieser ve Bicos Beteiligungen GMBH, §57*).

Arama için hâkim kararı bulunması önemli bir usul koruyucusudur. *Funke – Fransa* davasına konu olan olayda, vergi müdürlüğünün ihbarı üzerine gümrük görevlileri adli polisle birlikte başvurucunun ve eşinin 'yurtdışındaki malvarlıklarına dair bir delil elde etmek üzere' evlerinde dört buçuk saat süren bir arama yapmışlar ve bazı belgelere elkoymuşlardır. Ancak başvurucu aleyhine bu konuda bir dava açılmamıştır. Mahkeme'ye göre başvurucunun evinde arama yapılması ve bazı belgelere elkoyulması Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel yaşama, konuta, haberleşmeye saygı haklarına bir müdahale oluşturmuştur. Meşru amaç bakımından, Mahkeme'ye göre, sermayenin kaçışını ve vergi kaçakçılığını önlemede devletlerin karşılaştıkları güçlükler, gümrük suçlarının kanıtlanması için evlerin aranmasını ve belgelere elkoyulmasını gerektirebilir. Ancak arama ile ilgili mevzuat ve uygulamanın kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili güvenceler sağlaması gerekir. Oysa Mahkeme'ye göre olayda durum böyle değildir. Yürürlükteki mevzuata göre gümrük yetkilileri arama ve elkoyma konusunda çok geniş yetkilere sahiptirler. Özellikle denetimlerin amaca uygunluğunu, yapılacak denetimin sayısını, uzunluğunu, kapsamını değerlendirme konusunda münhasır bir yetkiye sahiptirler. Her şeyden öte, arama için hâkim kararı gerekli olmadığından, yasadaki kısıtlamalar ve şartlar, başvurucunun haklarına müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olması açısından çok gevşek ve boşluklu olduğu görünmektedir (*Funke, §57*). Bu nedenle, müdahale demokratik bir toplumda gerekli değildir.

Avukat bürosu aramadan muaf değildir, aranabilir. Ancak, aranan kişi avukat olduğunda, mesleki gizliliğe tecavüz edilmesi, adaletin gereği gibi yerine getirilmesi üzerinde

olumsuz sonuçlar yaratarak, Sözleşme'nin 6. maddesinde güvence altına alınan hakları ihlal edebilir. Ayrıca avukat bürosunun aranması, avukatın mesleki itibarını da etkileyebilecek bir durumdur. *Niemietz – Almanya* davasına konu olan olayda, bir avukat olan başvurucunun bürosunda, görülmekte olan bir davaya ilişkin hâkime hakaret içeren bir faksı gönderen Klaus Wegner adlı kişiyle ilgili delil bulmak için arama yapılmıştır. Hâkimden alınan karar üzerine yapılan arama bir saat 15 dakika kadar sürmüştür. Aramayı yapanlar, avukat olan başvurucunun müvekkilleriyle ilgili dosyaların bulunduğu dört çekmeceyi ve altı özel klasörü incelemişlerdir. Başvurucuya göre müvekkillerle ilgili rehbere de bakmışlardır. Arama yapanlar aradıkları konuya ilişkin bir belge bulamamışlar ve herhangi bir belgeye elkoymamışlardır. Baro başkanı, arama kararı veren mahkeme başkanını protesto eden bir mektup göndermiş, bu mahkemenin başkanı verdiği yanıtta aramanın gerekli olduğunu, çünkü söz konusu faks mektubunun görülmekte olan bir davaya ciddi bir müdahale içerdiğini belirtmiş ve protestolar hakkında soruşturma yapılmasını gerekli görmemiştir. Klaus Wegner hakkında ceza soruşturması delil yokluğundan takipsizlik kararıyla sonuçlanmıştır. Başvurucunun arama kararının hukuka aykırılığının tespit edilmesi amacıyla Münih Mahkemesine yaptığı başvuru, reddedilmiştir. Bu mahkeme, arama kararı daha önce icra edilmiş olduğu için, arama kararının hukuka aykırılığının tespitinde herhangi bir hukuki menfaat bulunmadığını, arama kararının keyfi olmadığını, çünkü aranan belgelerin bu yerlerde bulunabileceğine dair somut belirtiler bulunduğunu, arama kararının Ceza Usul Kanununu 97. maddesine aykırılık oluşturmadığını, faks mektubunun avukat-müşteri ilişkisi ile ilgili olmadığını belirtmiştir. Başvurucunun yaptığı anayasa şikâyeti, başarı şansı olmadığı gerekçesiyle esastan incelemeye alınmamıştır. İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre olayda özel yaşama, konuta ve haberleşmeye saygı hakkına müdahale bulunmaktadır. Müdahale Ceza Usul Yasasının 103. maddesine dayandığı için 'hukuken öngörülebilir' niteliktedir. Müdahale, suçun önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacına sahiptir. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği konusunda Mahkeme, arama kararını veren mahkemenin gösterdiği gerekçeleri izlenen meşru amaçla 'ilgili' bulmuştur. Ancak arama kararında hiç bir sınırlama getirilmeden, suçun konusu olan mektup sahibinin kimliğini ortaya çıkarabilecek her türlü belgenin aranması ve elkoyulması gibi geniş terimlere yer verilmiştir. Mahkeme'ye göre bu durum, bir avukatın bürosunun aranması sırasında bağımsız bir gözlemcinin bulunması gibi herhangi bir usuli güvence getirmeyen Alman hukuku bakımından özel bir önem taşımaktadır. Daha da önemlisi, olayda incelenen materyaller dikkate alındığında, söz konusu arama mesleki gizliliğe tecavüz edecek şekilde orantısızdır (*Niemietz, §37*). Sonuç olarak Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

Elçi ve Diğerleri – Türkiye davasında da, 1993 yılında olağanüstü hal bölgesinde gözaltına alınan avukatların evlerinde ve bürolarında arama yapılmış ve belgelere ve müvekkillerine ilişkin bazı dosyalara elkoyulmuştur. Olayda hâkim veya savcı tarafından verilmiş bir arama kararı bulunmadığı gibi, adli bir makam tarafından önce veya sonra, aramaların amacını ve kapsamını belirten yazılı veya sözlü talimatlar verildiğini gösteren bir belge de bulunmamaktadır; Bölge Valiliğinin bu aramanın amacını ve kapsamını sınırlayan bir talimatı da yoktur. Dolayısıyla olaydaki arama ve elkoyma koruyuculardan ve usulüne göre verilmiş arama izninden yoksun olarak gerçekleştirilmiştir. Mahkeme'ye göre bu müdahale 'hukuka göre' yapılmış bir müdahale değildir (*Elçi ve Diğerleri, §693-699*).

Avukat bürosunda yapılan aramanın amacı, avukatın gazeteci olan müvekkilinin yazdığı bir yazıda kullandığı bir belgeyi bulup elkoymak ise, müdahale daha ağır hale gelir. *Roemen ve Schmit – Lüksemburg* davasında Mahkeme, *Niemietz* davasında olduğundan farklı olarak, bu davadaki aramanın özel usul koruyucularıyla yerine getirildiğini tespit etmiştir: Arama kararı hâkim tarafından verilmiş, arama soruşturma yargıcının, savcının

ve Baro Başkanının huzurunda yapılmıştır. Ancak Mahkeme'ye göre arama kararında geniş ifadelere yer verilmiştir. Arama kararında şu ifadeler yer almıştır: "Yukarıda sözü edilen suçlarla ilgili gerçeğin ortaya çıkarılmasını sağlayabilecek veya kullanılması soruşturmayı engelleyebilecek bütün belgelerin ve maddelerin ve özellikle genel müdürlüğün el yazılı notunu taşıyan 23 Temmuz 1998 tarihli belgenin aranmasına ve elkoyulmasına". Mahkeme'ye göre bu karar, arama yapanlara geniş yetkiler tanımıştır. Her şeyden öte, aramanın amacı, avukat vasıtasıyla gazetecinin kaynağını ortaya çıkarmaktır. Dolayısıyla avukatın bürosunun aranması, birinci başvurucu olan gazetecinin Sözleşme'nin 10. maddesindeki hakları üzerinde sonuç doğurmuştur. Dahası, ikinci başvurucu olan avukatın bürosunun aranması, soruşturmanın hemen ilk aşamasında gerçekleştirildiğinden, amaçla orantısız bir müdahaledir (*Roemen ve Schmit, §69-71*).

Haberin kaynağının bulunması için gazetecilerin evlerinde, işyerlerinde ve araçlarında aramaların gerçekleştirildiği *Ernst ve Diğerleri – Belçika* davasında Mahkeme, arama yapılıp belgelere elkoyulmasının, konuta saygı hakkına bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, soruşturmanın gizliliğini ihlalle mücadele konusunda Sözleşmeci Devletlerin evlerin aranmalarını ve bazı eşyalara elkoyulmasını gerektiren mevzuat ve uygulama, kötüye kullanmaya karşı yeterli güvenceler getirmelidir. Mevcut olayda ise aramalar bazı usul güvencelerini içermektedir, fakat arama kararları geniş terimlerle ifade edilmiş olup, başvurucular belirli bir suç fiiliyle suçlanmamışlardır. Arama kararlarında söz konusu soruşturmayla girilecek yerle veya elkoyulacak eşyalarla ilgili bilgi yer almamakta ve böylece soruşturmacıya geniş yetkiler vermektedir. Aralarında CD'ler ve bilgisayarların hard disklerinin de bulunduğu birçok eşyaya elkoyulmuştur. Bazı belgeler ve elektronik veriler kopyalanmıştır. Ayrıca başvuruculara aramaların gerçek sebepleri hakkında bilgi verilmemiştir. Kısacası, aramalar meşru amaçla orantısızdır (*Ernst ve Diğerleri, §109-117*).

Bilgisayar sisteminde elektronik verilerin aranması ve elkoyulmasında da koruyuculara uygun hareket edilmesi gerekir. *Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH – Avusturya* davasında Mahkeme, avukat bürosunda ve bürodaki bilgisayarlarda yapılan arama ve elkoymayla ilgili şikâyeti incelemiştir. Birinci başvurucu avukatın, sahibi olduğu iki şirketin merkezinin de bulunduğu bürosunda arama yapılmıştır. Şirketlerden birinin İtalya ile yasadışı ilaç ticareti yaptığına dair makul şüphe vardır. Çünkü şirket adına kesilmiş faturalar bulunmuştur. Arama için hâkim kararı alınmıştır. Arama kararı İtalya'daki ceza davasındaki sanıklarla şirketin irtibatını ortaya çıkarabilecek iş belgelerinin ve verilerin aranmasıyla sınırlı tutulmuştur. Arama bu sınırlar içinde yapılmıştır, çünkü görevliler şirketlerin ve şüphelilerin adını içeren belge ve verileri aramışlardır. Ayrıca Ceza Muhakemesi Kanunu, belgelerin ve elektronik verilerin aranması ve elkoyulmasına usul güvenceleri getirmiştir. Buna göre aranan yeri işgal eden kişi arama sırasında hazır bulunur; aramanın sonunda bir rapor hazırlanır ve elkoyulanlar listelenir; bir belgenin veya veri taşıyıcısının elkoyulmasına sahibinin karşı çıkması halinde bunlar mühürlerin ve soruşturmada kullanılıp kullanılamayacağına karar vermesi için hâkime sunulur; avukat aranması söz konusu olduğunda Baro temsilcisi hazır bulunur. Mahkeme olayda belgelere elkoyulması sırasında bu güvencelere uyulduğunu gözlemlemiştir; Baro temsilcisinin itirazı üzerine bazı belgeler mühürlenmiş, hâkime sunulmuş ve hâkim inceledikten sonra bazılarının mesleki gizlilik kapsamında olduklarını belirleyerek başvurucuya geri vermiştir. Ancak elektronik veriler bakımından bu güvenceler uygulanmamıştır. İlkin, Baro temsilcisi belgelerin aranmasına nezaret ederken kısa bir süre bilgisayarın aranmasına bakabilmiş, dolayısıyla elektronik verilerin aranmasına gereği gibi nezaret edememiştir. İkinci olarak arama raporu, aramanın sonunda değil ama aynı gün daha sonra düzenlenmiştir. Üçüncü olarak görevliler, birinci başvurucuyu ve Baro temsilcisini aramanın sonucu hakkında bilgilendirmeden çıkıp gitmişlerdir. Elkoyulan elektronik verilerde genellikle, elkoyulan

ve soruşturma yargıcı tarafından mesleki gizlilik içerdiği gerekçesiyle başvurucuya geri verilen kâğıt belgelerdeki bilgiler yer almaktadır. Mahkeme'ye göre polislerin, keyfiliği veya istismarı önlemek ve avukatın mesleki gizliliğini korumak için düşünülmüş usul koruyuculardan bazılarına uymamaları, birinci başvurucunun elektronik verilerinin aranmasını ve elkoyulmasını meşru amaçla orantısız hale getirmiştir (*Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH, §58-66*).

İletişim

Suçun işlenmesiyle ilgili bilgilerin elde edilmesi amacıyla kamu makamları tarafından bireye ve faaliyetlerine ilişkin ses, yazı ve görüntülerin tespit edilmesi, dinlenmesi, kaydedilmesi ve değerlendirilmesi, Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel yaşama ve haberleşmeye saygı haklarına bir müdahale oluşturur. Bireyin iletişimin denetlenmesi ve faaliyetlerinin izlenmesi konusundaki müdahalelerin Mahkeme tarafından daha çok Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki hukukilik şartı yönünden incelendiği ve ihlaller tespit edildiği görülmektedir.

Mahkeme, mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik nedeniyle ve/veya suç ve düzensizliği önleme istisnaları çerçevesinde demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmiştir. Ancak Sözleşmeci bir Devlet kendi egemenlik alanı içindeki kişileri gizli izlemeye tabi tutarken sınırsız bir takdir yetkisi kullanamaz. Demokrasiyi koruyayım derken onu zayıflatabilecek, hatta tahrip edebilecek bir yasanın tehlikesinin farkında olan Mahkeme, Sözleşmeci bir Devletin casusluğa ve terörizme karşı mücadele adına, uygun gördüğü her türlü önlemi alamayacağını söylemiştir (*Klass ve Diğerleri, §48, 49*).

Mahkeme'ye göre, gizli izleme sisteminin doğasında istismar riski bulunduğundan, bu gibi tedbirler çok açık yasa hükümlerine dayanmalıdır. Özellikle gizli izleme tedbirlerinin kullanılmasıyla ilgili teknoloji giderek daha karmaşık hale geldiğinden, konuyla ilgili açık ve ayrıntılı düzenlemeler yapılmalıdır (*Amann, §56*). Mahkeme bu ilkelerin etkili bir şeklide uygulanabilmesi için, yasada asgari şu koruyucuların bulunmasını gerekli görmüştür: i) izleme kararı verilmesine yol açabilecek suçların niteliği; ii) iletişimleri izlenebilecek kişilerin kategorisinin tanımı; iii) izleme süresinin sınırı; iv) elde edilen verilerin incelenme, kullanma ve depolanmasında izlenecek usul; v) verilerin başka kişilere iletilmesi halinde alınacak önlemler; vi) elde edilen verilerin silineceği veya kayıtların ortadan kaldırılacağı koşullar (*Association For European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev, §76-77*).

Mahkeme, *Klass ve Diğerleri – Almanya* kararında, telefon dinlemeyle ilgili Yasa aşağıdaki unsurları taşıdığı için, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Yasaya göre:

i) Dinleme izni, bir kimsenin belirli suç fiillerini ciddi olarak işlemeyi planladığına, işlemekte olduğuna veya işlediğine dair kuşku duymak için maddi belirtilerin bulunduğu durumlarda verilebilir; bu tedbirler ancak başka yöntemlerle maddi olayların tespitinin mümkün olmaması veya çok güç olması halinde emredilebilir; ancak belirli bir kuşkuluyla veya kuşkuyla bağlantılı olduğu tahmin edilen kişilerle sınırlı olarak dinleme yapılabilir; yasada genel dinlemeye veya keşif dinlemesi denilen bir dinlemeye izin verilmemiştir (*ibid, §51*).

ii) Dinlemeye sadece gerekçeli ve yazılı bir başvuru üzerine karar verilebilir ve böyle bir başvuru, belirli teşkilatların sadece başkanları veya vekilleri tarafından yapılabilir. Talep üzerine dinleme kararı, Başbakanın bu amaçla yetkilendirdiği bir Federal Bakan

veya, eğer uygunsa, Eyaletin en yüksek amiri tarafından verilebilir. Buna göre, önlemlerin rastgele, yolsuz veya usulden ve hukuka uygunluk kaygısından yoksun bir biçimde emredilmemesini güvence altına almak için yasada idari bir usul bulunmaktadır. Buna ek olarak, Yasada gerekli görülmemiş olmasına rağmen yetkili Bakan, uygulamada ve acil durumlar dışında, Komisyonun önceden rızasını istemektedir (*ibid, §51*).

iii) Söz konusu tedbir en fazla üç ay süreyle yürürlükte kalabilir ve sadece yeni bir başvuru ile yenilenebilir; gerekli koşullar sona erdiğinde veya kendilerine artık gerek kalmadığında bu önlemler derhal kesilir; bu yolla toplanan bilgi ve belgeler başka amaçlar için kullanılamaz; istenen amacı gerçekleştirmek için artık gerek kalmadığı anda, belgeler ortadan kaldırılır (*ibid, §52*).

iv) Hâkim niteliğine sahip bir görevli, tedbirin uygulanması konusunda bir öndenetim yapar. Bu görevli, elde edilen bilgileri yetkili teşkilatlara göndermeden önce, bilgilerin Yasaya göre kullanılabilirliğini ve önlemlerin amacıyla ilgili olup olmadıklarını inceler; toplanan başka her türlü istihbaratı ortadan kaldırır (*ibid, §52*).

v) Bir dinleme işlemi ilk kez emredildiği zaman, sürdürülürken ve sona ermesinden sonra olmak üzere üç aşamada denetlenebilir. Yasayla kurulan dinleme sistemi içinde yargı organına yer verilmemiş, bunun yerine yargısal göreve atanabilme niteliğine sahip bir görevlinin yapacağı bir ön denetim ile bir Parlamento Heyeti ve bir Komisyonun denetimine yer verilmiştir. Yasayla sağlanan denetimin niteliği ve diğer koruyucular göz önünde tutulduğunda, Mahkeme'ye göre yargı organının denetimine yer verilmemesi, demokratik bir toplumda gerekli görülebilecek sınırları aşmamaktadır. Ayrıca, izlenmekte olduğuna inanan bir kişi, Komisyona şikâyet etme ve Anayasa Mahkemesine başvurma imkânına sahiptir (*ibid, §55-56*).

Devletlerin gizli izleme tedbirlerini iç hukukta düzenlemek için acele etmedikleri görülmektedir. Mahkeme, telefon dinlemeyle ilgili *Malone – Birleşik Krallık* kararında, izleme yetkilerinin hangi unsurlarının hukuk kurallarına içselleştirildiğini ve hangi unsurlarının yürütme organının takdirine bırakıldığını makul bir kesinlikle söylemek mümkün olmadığı, iç hukukun bu konuda çapraşık ve belirsiz olduğu, iç hukukun kamu makamlarına verdiği takdir yetkisinin kapsamını ve kullanılma tarzını makul bir açıkla belirtmediği, sonuç olarak vatandaşların demokratik bir toplumdaki hukukun üstünlüğüne göre hak ettikleri asgari derecedeki hukuki koruma bulunmadığı sonucuna varmıştır (*Malone, §79*).

Mahkeme, yine telefon dinleme tedbirini ele aldığı *Kruslin – Fransa* kararında, dinleme yetkisinin iç hukukta bir temeli bulunduğunu, telefon dinlemeye bağımsız bir makam olan soruşturma yargıcının karar verdiğini ve yargıcın denetiminde yüksek rütbeli bir polis tarafından telefonunun dinlendiğini belirtmiştir. Buna rağmen bazı güvenceler yeterli hukuki kesinliğe sahip değildir. Ayrıca Fransa'daki telefon dinleme sisteminin çeşitli istismarlara karşı güvenceler içermemektedir; örneğin hangi kategorideki kişilerin yargısal kararla dinlenebileceğine, hangi suçlardan ötürü dinleme yapılabileceğine, ne kadar süreyle dinleme yapılabileceğine, dinlenen telefonlardaki konuşmaların hangi usulle yazılı belge haline getirileceğine, kayıt yapılan kasetlerin ve numaraların denetlenmesine, alınan kayıtların nasıl ortadan kaldırılacağına dair bir hüküm bulunmamaktadır. Sonuç olarak, kamu makamlarına verilen yetkinin kullanılma alanı ve tarzı hakkında açıklık bulunmadığı için olaydaki müdahale 'hukuka uygun' değildir (*Kruslin, §33-36*).

Hukuka aykırı olarak iletişimin denetlenmesi veya teknik araçlarla izleme sonucu elde edilen dinleme veya izleme kayıtlarının delil olarak kabul edilmesinin ve bunlara dayanılmak suretiyle mahkûmiyet kararı verilmesinin adil yargılanma hakkını ihlal ettiği ileri sürülmüştür. Mahkeme bu tür iddialar karşısında kendi rolünün sınırlılığını

vurgulayarak, delillerin elde edilme yolu dâhil, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını inceleyeceğini söylemektedir. Mahkeme'ye göre bu inceleme, söz konusu hukuka aykırılığın ve eğer Sözleşme'deki başka bir hakkın ihlali tespit edilmiş ise bu ihlalin niteliğinin incelenmesini içerir (*Allan, §42*).

Mahkeme'ye göre bir bütün olarak yargılamanın adil olup olmadığı belirlenirken, savunma haklarına saygı gösterilmiş olup olmadığı göz önünde tutulmalıdır. Özellikle başvurucuya delilin gerçekliğine itiraz etme ve kullanılmasına karşı çıkma imkânı tanınmış olup olmadığı incelenmelidir. Ayrıca, delilin toplandığı koşulların delilin gerçekliğini ve güvenilirliğini kuşkuya düşürüp düşürmediği dâhil, delilin kalitesini etkileyen faktörler dikkate alınmalıdır. Elde edilen delilin başka materyallerle desteklenmemiş olması yargılamanın adilliği konusunda mutlaka bir sorun doğurmaz; delil çok güçlü ise ve güvenilirliği konusunda bir risk yoksa, destekleyici delile olan ihtiyaç azalır (*Allan, §43*).

Tespit edilen Sözleşme ihlalinin niteliği konusunda Mahkeme, özellikle *Khan – Birleşik Krallık* kararında (*§25-28*) ve *P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık* kararında (*§37-38*), gizli dinleme cihazları kullanılmasının iç hukukta bir hukuki temeli bulunmadığı ve başvurucuların özel yaşama saygı haklarına yapılan müdahalelerin 'hukuka göre' yapılmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini tespit etmiştir. Bununla birlikte Mahkeme, bu suretle elde edilen bilgilerin delil olarak kabul edilmiş olmasını, olayların şartları içinde, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında güvence altına alınan adilliğin gereklerine aykırı görmemiştir.

Mahkeme *Satık – Türkiye* (*no.2*) davasında, casusluktan mahkûm edilen başvurucunun, telefonunun milli istihbarat servisi tarafından hâkim kararı olmaksızın, hukuka aykırı olarak dinlendiği ve bu suretiyle elde edilen dinleme kayıtlarına dayanılarak mahkûm edildiği iddiasını incelemiştir. Mahkeme ilk önce, olayların geçtiği tarihte 1998 yılında iç hukukta telefon dinlemeyi ve kaydetmeyi düzenleyen bir hüküm bulunmadığını belirtmiştir. Bu müdahale için iç hukukta bir hukuki temel bulunmaması nedeniyle Mahkeme, söz konusu telefon dinleme kayıtlarının olayın şartları için hukuka aykırı olarak elde edilen delil olduğu sonucuna varmıştır. Bununla birlikte Mahkeme, hukuka aykırı olarak elde edilmiş böyle bir delilin kabul edilebileceğini ilke olarak ve soyut bir biçimde reddetmez. Bu nedenle Mahkeme, savunma haklarına saygı gösterilmiş olup olmadığını göz önünde tutarak, yargılamanın bir bütün olarak adil olup olmadığını belirlemelidir. Bu bağlamda Mahkeme başvurucuya, yargılama sırasında bu delilin elde edilme şekline ve kullanılmasına itiraz etme imkânı tanındığını kaydetmiştir. Dava mahkemesi verdiği kararda başvurucunun itirazıyla ilgili doğrudan bir cevap vermediği halde, başvurucunun Yunanistan görevlilerine gizli olmayan bilgiler sağladığı şeklindeki kabulü gibi mevcut delillere dayanarak, savunmaları reddetmiş ve başvurucuyu mahkûm etmiştir. Bu anlatılanları göz önünde tutan Mahkeme, gizli olarak kaydedilen kabullerin yargılamada kullanılmasının, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasında güvence altına alınan adilliğin gerekleriyle çelişmediği sonucuna varmıştır (*Satık* (*no. 2*)*, §57-59*).

Çevre

Mahkeme çevresel sorunlarla ilgili genel ilkeleri *Ivan Atanasov – Bulgaristan* kararında (*§66-75*) şu şekilde anlatmıştır:

Çevrenin korunması günümüz toplumlarında giderek daha fazla önem verilen bir konudur (*Fredin* (*no. 1*)*, §48; Hamer, §79; Turgut ve Diğerleri, §90; Rimer ve Diğerleri; 38*). Ancak çevresel bozulmanın meydana geldiği her defasında Sözleşme'nin 8. maddesi kullanılamaz; Sözleşme veya Protokoller tarafından güvence altına alınan haklar ve özgürlükler arasında doğanın korunması hakkı gibi bir hak yer almamaktadır (*Kyrtatos §52;*

Hatton ve Diğerleri [BD], §96; ve Fadeyeva §68). Aslında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Bakanlar Komitesine iki kez, Sözleşme'ye bu konuda ek yapılması ihtimalinin düşünülmesini söylemiştir. Devletin Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından bu bağlamdaki yükümlülükleri, sadece tartışma konusu durum ile başvurucunun konutu veya özel veya aile yaşamı arasında doğrudan ve yakın bir bağ bulunması halinde doğar (*Botta, §34*). Dolayısıyla Mahkeme'nin karar vermesi gereken ilk nokta, başvurucunun şikâyet ettiği çevresel kirliliğin, kendisinin konuttaki huzurunun ve özel ve aile yaşamının kalitesinin yeterli ölçüde olumsuz etkilenmiş görülüp görülemeyeceğidir.

Mahkeme, çevre kirliliğinin Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanmasını harekete geçirip geçiremeyeceği meselesini bazı davalarda incelemiştir. Bu mesele ilk kez, başvurucunun konutundan 12 metre uzaklıkta katı ve sıvı çöplerin işlenmesi için kurulan bir tesisle ilgili bir davada ortaya çıkmıştır. Mahkeme, tesisten çıkan hidrojen sülfitin izin verilen sınırı aştığını ve çevrede yaşayanların sağlığını tehlikeye sokabileceğini ve bu atıklar ile başvurucunun kızının çektiği sağlık sorunları arasında bir nedensellik bağı bulunabileceğini gösteren uzman görüşlerine ve sağlık raporlarına, ayrıca ağır bir sağlık tehlikesi olmaksızın da söz konusu sıkıntı verici şeylerin tesisin çevresinde yaşayanların yaşam kalitesini düşürdüğüne dair ulusal mahkemelerin kabulüne dayanarak, Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabileceğine ikna olmuştur (*Lopez Ostra, §7, 49 ve 50*). O davada Mahkeme şu ünlü sözü söylemiştir: "Ağır çevresel kirlilik, bireylerin sağlığını ciddi surette tehlikeye atmaksızın esenliklerini etkileyebilir ve özel ve aile yaşamlarını olumsuz etkileyecek şekilde konutlarından yararlanmalarını engelleyebilir" (*ibid, §51*).

Mahkeme, gübre ve kaprolaktam üreten ve başvurucuların yaşadıkları kasabadan yaklaşık bir kilometre uzaklıkta kurulu bulunan bir fabrika ile ilgili bir davada Sözleşme'nin 8. maddesini uygulanabilir bulmuştur. Mahkeme bu davada söz konusu fabrikanın iç hukukta yüksek riskli fabrika olarak sınıflandırıldığını, üretimi sırasında yüksek miktarda parlayıcı gaz ve diğer zehirli maddeler çıkardığını, meydana gelen bir kazada tonlarca zehirli gaz kaçtığını ve bunun yüz elli kişinin akut arsenik zehirlenmelerine yol açtığını, yerel uzmanların fabrikanın coğrafi konumu nedeniyle fabrikanın atmosfere bıraktıklarının sık sık başvurucuların yaşadıkları kasabaya doğru geldiğini söylemiş olmalarını dikkate almıştır (*Guerra ve Diğerleri, §12 ve 57*).

Buna karşılık, başvurucunun arazisine komşu bir bataklığın kurutulmasıyla ilgili bir davada Mahkeme, başvurucuların, bataklıkta yaşayan kuşların ve diğer canlı türlerinin zarar gördükleri iddiasını, kendilerinin 8. maddedeki haklarını doğrudan etkileyecek nitelikte olduğunu ikna edici bir şekilde gösteren gerekçeler ileri sürmediklerini tespit etmiştir. Mahkeme, belirli bir olayda çevre kirliliğinin bu maddede korunan haklardan birini olumsuz etkileyip etkilemediği belirlenirken bulunması gereken önemli unsurlardan birinin çevredeki basit bir genel bozulma değil ama kişinin özel veya aile alanı üzerinde zararlı etkisinin bulunup bulunmadığı olduğunu kaydetmiştir (*Kyrtatos, §52 ve 53*).

Sodyum siyanürle altın çıkarılan ve başvurucuların evlerinden üç yüz ile dokuz yüz metre arası bir uzaklıkta bulunan bir maden ocağıyla ilgili bir davada Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu sonuca varırken, maden ocağının işletilmesinin yaygın bir çevresel bozulmaya neden olduğunu ve başvurucuları olumsuz etkilediğini söyleyen çevresel etki değerlendirme raporuna dayanan ulusal mahkemelerin tespitlerini göz önünde tutmuştur (*Taşkın ve Diğerleri, §12 ve 111-114*). Mahkeme bu tespitleri, aynı maden ocağıyla ilgili daha sonraki bir davada da tekrarlamıştır (*Öçkan ve Diğerleri, §40*).

Mahkeme, Rusya'nın en büyük demir döküm fabrikasıyla ilgili davada, uygulanacak olan testi açık bir şekilde formüle etmiştir. Mahkeme, çevresel kirliliğin Sözleşme'nin 8.

maddesi bakımından bir sorun doğurması için, başvurucunun konutunu, özel veya aile yaşamını doğrudan etkilemesi ve olumsuz etkilerin asgari bir düzeye ulaşması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, bu asgari düzeyin değerlendirilmesinin göreli olduğunu ve rahatsızlığın yoğunluğu ve süresi ile fiziksel veya zihinsel etkileri gibi olayın içinde bulunduğu bütün koşullara bağlı bulunduğunu söylemiştir. Ayrıca çevrenin genel bağlamı da dikkate alınmalıdır; şikâyet edilen zarar, modern kent yaşamına içkin bulunan çevresel tehlikelerle karşılaştırıldığında ihmal edilebilir düzeyde ise, Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından savunulabilir bir iddiada bulunulamaz (*Fadeyeva, §68-70*). Mahkeme, olayda başvurucunun evinin yakınındaki havada kirletici madde yoğunluğunun kurallarda gösterilen yoğunluğu sürekli olarak aşmış olmasını, çevresel durumun yöre sakinleri arasındaki ölüm oranında artışa neden olduğunun devlet tarafından kabul edilmiş olduğunu, başvurucunun içinde yaşadığı "güvenli temiz bölge"den uzak bir bölgeye yerleştirilme hakkının ulusal mahkemeler tarafından kabul edilmiş olmasını, başvurucunun uzun süre tesisten atıklara maruz kalmış olmasının kendisinin sağlığında kötüleşmeye neden olduğu veya en azından kendisini çeşitli hastalıklar karşısında daha korunmasız hale getirdiği ve evdeki yaşam kalitesini olumsuz etkilediği konusunda "dolaylı delillerin ve karinelerin güçlü bir bileşkesi" bulunduğunu göz önünde tutarak, Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır (*ibid, §80-88*). Mahkeme aynı demir döküm fabrikasıyla ilgili daha sonraki bir davada benzer tespitlerde bulunmuştur (*Ledyayeva ve Diğerleri, §96-100*).

Sanayi atığının depolanması ve kimyasallar kullanılarak işlenmesi ve tehlikeli atığın zehirden arındırılması için kurulmuş olduğu, ulusal makamlar tarafından çevre mevzuatına uygun işletilmediği saptanan ve başvurucunun evinden sadece otuz metre ötede bulunan bir tesisle ilgili bir davada Mahkeme, uygulanabilirlik konusunu ayrıntılı bir şekilde ele almaksızın, Sözleşme'nin 8. maddesinin açıkça uygulanabilir olduğunu kabul etmiştir (*Giacomelli, §76-98*).

Daha yakın bir tarihte, başvurucunun evinden sadece yüz metre kadar ötede bulunan bir altın maden ocağı ve göletiyle ilgili bir davada Mahkeme, ulusal uzmanların tespitlerini, ağır çevre kirliliğine sebep olan geniş çaplı bir kazanın meydana gelmiş olmasını ve yargılama sırasında Hükümet tarafından sunulan çevresel etki değerlendirme raporlarını dikkate almıştır. Mahkeme tüm bunlara dayanarak, tesisin işletilmesinin maruz bıraktığı riskleri açıkça gösteren ulusal düzeyde verilmiş kararlar veya resmi belgeler bulunmamasına rağmen, olayda Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır (*Tatar, §89-97*).

Mahkeme, atık su işleme tesisindeki tortunun posa göletine bırakılmasıyla ilgili bir davada, bu durumun çevrede sevimsiz bir durum yarattığından kuşku duymamakla birlikte, meydana gelen kirliliğin başvurucunun özel alanını 8. maddenin uygulanmasını harekete geçirecek kadar etkilediğine ikna olmamıştır. Çünkü ilk olarak, başvurucunun evi kirlilik kaynağından bir kilometre, ekip biçtiği arazisinden dört kilometre uzaklıktadır. İkinci olarak, göletten kaynaklanan kirlilik, büyük miktarda zehirli gaz veya maddelerin ani olarak tahliye edilmesine yol açabilecek aktif bir üretimden meydana gelmemektedir; bu aynı zamanda durumun aniden kötüleşme riskinin daha az olduğu anlamına gelmektedir. Üçüncü olarak, köyde yaşayanların sağlığı bakımından olumsuz sonuçlar doğurabilecek kazaların meydana geldiğine dair bir delil yoktur. Değişik ulusal makamlar, gölete bırakılan tortunun kısmen, geri dönüşüme uygun olmayan ve ağır metaller içeren sanayi atık sularından geldiğini ve çevreye yayıldığı takdirde insan sağlığını olumsuz etkileyeceğini tespit etmişlerdir; ancak, göletin içinde ve çevresindeki kirliliğin, köy sakinlerinin ölüm oranını arttırdığına veya başvurucunun konuttaki huzurunu ve özel ve aile yaşamı kalitesini bozduğuna dair dosyada bir delil yoktur. Aslında başvurucu da sağlığına verilmiş bir zararı ve hatta kısa dönemde sağlığının tehlikeye girebileceğini gösteremediğini kabul

etmiş ama sadece uzun dönemde olumsuz sonuçlar doğurabileceğinden kaygı duymuştur. Başvurucu, evinde veya çevresindeki sıkıntının derecesinin, özel veya aile yaşamının kalitesini önemli ölçüde etkilediğine dair bir bilgi de sunmamıştır (*Ivan Atanasov, §76*).

Gürültü kirliliğiyle ilgili olarak eski Komisyonun ve Mahkeme'nin önüne gelen davalar, Mahkeme'nin *Mileva ve Diğerleri - Bulgaristan* kararında (*§92*-93) şu şekilde özetlenmiştir:

Eski Komisyon ve Mahkeme, aşırı gürültünün Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanmasını harekete geçirip geçiremeyeceğini bazı davalarda incelemiştir. Komisyon, dostane çözümle sonuçlanan ilk başvurunun ardından, uçak gürültüsüyle ilgili bir başvuruda, olayın şartları içinde, gürültü düzeyinin bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir (*Rayner – Birleşik Krallık, no. 9310/81*). Askeri atış poligonundan gelen gürültüyle ilgili bir başvuruda Komisyon, yine olayın şartları içinde, gürültü düzeyinin ve sıklığının, Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanması için yeterli olmadığını belirtmiştir (*Vearncombe ve Diğerleri – Almanya, no. 12816/87*). Arabalı vapur gürültüsüyle ilgili bir başvuruda ise, müdahaleyi haklı bulmuştur (*G.A. – İsveç, no. 12671/87*). Komisyon, nükleer güç santralından gelen gürültü ve diğer rahatsızlıklarla ilgili bir başvuruda, ulusal mahkemelerin tespitlerine dayanarak, Sözleşme'nin 8. maddesini uygulanabilir bulmuştur (*S. – Fransa, no. 13728/88*). Yol yapım çalışmalarından kaynaklanan gürültüyle ilgili bir başvuruda Komisyon, ulusal düzeydeki davalarda yapılan tespitlere dayanarak, gürültü düzeyinin, modern şehir yaşamında genellikle bulunan gürültü düzeyinden daha yüksek olmadığı sonucuna varmıştır (*Trouche – Fransa, no. 19867/92*).

Gürültü kirliliğine 8. maddenin uygulanabilirliği sorunu Mahkeme önüne ilk kez, dolaylı olarak *Powell ve Rayner – Birleşik Krallık* davasında (*§40-46*), daha sonra *Hatton ve Diğerleri – Birleşik Krallık [BD]* davasında ve *Ashworth ve Diğerleri – Birleşik Krallık* (*k.k., no. 39561/98*) davasında gelmiştir. Son iki dava uçak gürültüsüyle ilgili olup, Mahkeme, gürültü düzeylerine ilişkin resmi verilere dayanarak, 8. maddeyi uygulanabilir bulmuştur. Yine Mahkeme, *Moreno Gomez* davasında (*§59-60*) iki nedenle 8. maddeyi uygulanabilir bulmuştur. Birincisi, başvurucunun yaşadığı bölgenin yetkililer tarafından "akustik bakımdan doygun alan" olarak ilan edilmiş olmasıdır; İspanya hukukuna göre bu alan, yöre sakinlerinin kendilerinde ciddi sıkıntılara sebep olacak yüksek gürültüye maruz kaldıkları anlamına geliyordu. İkinci olarak, izin verilen azami gürültü düzeyinin aşılmış olduğu yetkililer tarafından bir kaç kez teyit edilmiş olmasıdır. Başvurucunun oturduğu dairenin yanındaki bir boşluğa kurulan elektrik trafosundan gelen titreşim gürültüsüyle ilgili *Ruano Morcuende* davasında Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olduğuna ikna olmuştur. Buna karşılık, rüzgâr türbininden gelen gürültüyle ilgili *Fagerskiöld – İsveç* ((*k.k.*), *no. 37664/04*) kararında Mahkeme, yetkililer tarafından yapılmış testlerden çıkan tartışmasız bilgilere dayanarak, başvurucunun evindeki gürültü düzeyinin, 8. maddenin uygulanmasını gerektirecek kadar olmadığı sonucuna varmıştır. Araba tamirhanesinden gelen gürültüyle ilgili *Furlepa* kararında Mahkeme, başvurucunun yeterli delil göstereememiş olmasına dayanarak, yine 8. maddenin uygulanabilir olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, bir dikimevinden gelen gürültüyle ilgili *Borysiewicz - Polonya* (*no. 71146/01, §52-55*) kararında Mahkeme yine, başvurucunun evindeki gürültü düzeyinin ulusal mevzuatta getirilen normları veya uluslararası standartları aştığını veya modern şehir yaşamında mevcut gürültü düzeyinin üstüne çıktığını gösteren yeterli delilin başvurucu tarafından sunulmamış olduğunu belirtmiştir. Kamyon bakım ile metal kesim ve zımparalama işyerinden gelen gürültüyle ilgili *Leon ve Agnieszka Kania* kararında (*§101-103*) ve diş kliniğinden gelen gürültüyle ilgili *Galev ve Diğerleri* kararında aynı sonuca ulaşmıştır. Başvurucunun yaşadığı binada bar işletilmesiyle ilgili *Oluic* kararında (*§52-62*) Mahkeme, sekiz yıl boyunca yapılan çok sayıda teste dayanarak, gürültü düzeyinin Hırvatistan mevzuatında ve ilgili uluslararası standartlardaki azami düzeyi aştığını kabul etmiştir.

ÖNEMLİ KARARLAR

06.09.1978 5029/71 KLASS VE DİĞERLERİ - ALMANYA

♦ *iletişimin denetlenmesi—telefon dinleme* (terörle mücadele etmek üzere telefonların dinlenmesine ve postaların izlenmesine yetki veren yasada yetkiyi kötüye kullanmaya karşı güvenceler sağlanmış olması), *etkili hukuk yolu* (telefon dinlenmesine ve postaların izlenmesine karşı hukuk yolu, dinleme ve izleme tedbirinin devamı boyunca başvuru hakkını kullanamama, tedbirin uygulanması bittikten sonra başvuru yollarının varlığı) ■ haberleşmeye saygı hakkı—etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

I. Olayların Gelişimi

Alman vatandaşı olan başvuruculardan biri savcı, üçü avukat, biri yargıçtır. Bu beş başvurucu, Anayasanın 10(2). fıkrası gereğince çıkarılan kısa adı "G 10" olan 13 Ağustos 1968 tarihli Mektup, Posta ve Telekomünikasyon Gizliliğinin Sınırlanması Hakkındaki Yasa'nın, Sözleşme'ye aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Başvurucular, devletin bir yasayla iletişimin denetlenmesi tedbirleri almasına itiraz etmemişlerdir. Başvurucular bu yasanın, yetkilileri her denetimden sonra ilgili kişilere bilgi vermekle yükümlü tutmamış olmasına, bu tür tedbirleri alma yetkisi verilmesine ve bu tür tedbirleri alma ve uygulamaya karşı mahkeme önünde hak arama özgürlüğü tanımamış olmasına itiraz etmişlerdir. Başvurucular, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından yorumlanan yasaya karşı başvuru yapmışlardır.

Anayasa Mahkemesi kendisine yapılan başvuru ile ilgili olarak şöyle demiştir:

"Bir Yasa hakkında Anayasa yargısına başvurulabilmesi için, sadece idari işlemin değil, yasanın kendisinin başvurucunun temel haklarına doğrudan ve mevcut bir ihlal oluşturduğu iddia edilmelidir. (...) Bu koşullar yerine getirilmemiştir; çünkü başvurucunun kendi sunuşuna göre, sadece idari bir işlemle temel hakları ihlal edilebilecektir. Ancak kişiler, kendi haklarına bir müdahaleden haberdar edilmedikleri için, idari işleme karşı bir itirazda bulunamayacaklardır. Başvurucular, yürütme işlemine karşı bir anayasa başvurusunun başka nedenlerle imkansız olduğu bu gibi durumlarda, Yasanın kendisine karşı anayasa başvurusunda bulunma hakkına sahip olmalıdırlar. (...)".

Başvurucular G 10'un kendilerine gerçekten uygulanıp uygulanmadığını bilmemektedirler.

Hükümet temsilcisi Mahkeme önünde, Anayasa'nın 10. maddesine göre çıkarılan Yasada öngörülen denetim tedbirinin başvurucular hakkında uygulanmasının hiç bir zaman emredilmemiş ve uygulanmamış olduğunu açıklamıştır.

II. İtiraz konusu yasa

İkinci Dünya Savaşından sonra Almanya'da mektup, posta ve telekomünikasyonun denetimi, işgalci devletler tarafından yerine getirilmiştir. Hükümet, Üç Devlet tarafından kullanılan yetkilerin yerine iç hukuku geçirmek ve Anayasanın 10. maddesinde garanti edilen haberleşme özgürlüğüne müdahaleyi hukuki denetim altına almak istemiştir. Federal yasama meclisleri 1968 yılında, Anayasanın 10(2). fıkrasını değiştirmeyi amaçla ve ayrıca değiştirilecek olan 10(2). fıkrasına dayanarak mektup, posta ve telekomünikasyon gizliliğine kısıtlama getirmeyi hedefleyen iki yasayı kabul etmişlerdir. Her Üç Devlet 27 Mayısta bu iki metnin, 26 Mayıs 1952 tarihli Andlaşmanın 5(2). fıkrasının şartlarını karşıladığı kanaatine varmışlardır.

Anayasanın 10. maddesinin ilk halinde mektup, posta ve telekomünikasyon gizliliğinin ancak yasayla sınırlanabileceğini öngören bir hükümle haberleşme özgürlüğü güvence altına alınmıştır. Bu hüküm 24 Haziran 1968 tarihli Yasayla değiştirildikten sonra şöyle olmuştur: (1) Mektup, posta ve telekomünikasyonun gizliliği ihlal edilemez. (2) Sınırlamalar ancak yasayla konulabilir. Özgürlükçü anayasal düzeni, Federasyonun ve Eyaletin (Land) varlığını ve güvenliğini korumayı amaçlayan sınırlamalar gerektiği takdirde, yasa, ilgili kişinin sınırlamalardan haberdar edilmesi ve mahkemeler vasıtasıyla hukuki yola başvurulması yerine, halkın temsilcileri tarafından atanan temsilcilerin ve yardımcı temsilcilerin yakın izlemesini içeren bir sistem getirilmesini öngörebilir.

G 10 yasasının 1. maddesine göre, yetkili makamların bu fıkrada öngörülen sınırlamaları getirebileceği, başka bir deyişle, mektup ve postanın açılabileceği ve incelenebileceği, kısa mesajların okunabileceği, telefon konuşmalarının dinlenebileceği ve kaydedilebileceği halleri düzenlenmiştir. Bu makamlara, "özgürlükçü demokratik anayasal düzenin", "Federasyonun ve anayasal düzenin varlığını ve güvenliğini", Cumhuriyet toprakları üzerinde konuşlandırılan "müttefik silahlı kuvvetlerin güvenliğini" ve "Berlin Eyaletinde konuşlandırılan Üç Devlet ordusundan birinin" güvenliğini tehdit eden "yakın tehlikeler"e karşı korumak üzere yetki vermektedir. Aynı maddeye göre ancak, bir kişinin devletin barış ve güvenliğine, demokratik düzene, dış güvenliğine ve müttefik silahlı kuvvetlerin güvenliğine karşı suçlardan Ceza Yasasına göre cezalandırılabilir belirli bir suçu işlemeyi planladığından, işleyeceğinden veya işlediğinden kuşkulanmak için maddi belirtilerin bulunması halinde, bu tedbirler alınabilir. Bu terdirler ancak, olayların ortaya çıkarılmsında başka yöntemlerin beklenen sonucu vermemesi veya denetimin çok daha güç olması halinde yapılabilir. Tedbir, "şüpheli kişileri veya kesin maddi olaylara dayanılarak şüpheli kişi için gönderilmesi planlanan veya şüpheli kişiden kaynaklanan haberleri alacağı veya göndereceği tahmin edilen veya şüpheli kişi tarafından telefonu kullanıldığı tahmin edilen diğer kişileri" kapsar.

Yasaya göre denetim tedbirlerine ancak Federal Anayasayı ve Ülkeyi Koruma Teşkilatları, Ordu Güvenlik Bürosu ve Federal İstihbarat Servisi teşkilatların başkanları ya da vekilleri tarafından başvurulabilir. Bu tedbirlerin alınması, gerekçeli ve yazılı başvuru üzerine, yetkisine girmesi halinde Eyaletin en üst yetkilisi veya Başbakanın yetkilendirdiği bir Federal Bakan tarafından emredilebilir. Başbakan, tedbiri uygulama kararını alma yetkisini, kendi yetki alanlarına girdiği ölçüde İçişleri ve Savunma Bakanlarına bırakmıştır. Alınması emredilen tedbirler, bunları gerektiren koşulların varlığı ortadan kalktığında veya tedbirlerin kendisi artık gerekli olmadığında derhal sona erdirilir. Tedbirler en fazla üç ay süreyle yürürlükte kalabilir ve ancak yeni bir başvuru halinde yenilenebilir.

Anayasa Mahkemesinin 15 Aralık 1970 tarihli kararından sonra yetkili makamlar, sınırlamanın amacını tehlikeye sokmaksızın, bildirimin yapılabileceği en kısa sürede ilgili kişiyi haberdar etmek zorundadır. İlgili Bakan bu amaçla, tedbirin kesilmesinden hemen sonra veya ihtiyaç varsa, bundan sonra düzenli aralıklarla, ilgili kişinin haberdar edilip edilmemesi konusunu re'sen ele alır. Bakan verdiği kararı, kararın uygulanmasına nezaret amacıyla G 10 yasasına göre kurulan "G 10 Komisyon"nun onayına sunar. G 10 Komisyon'u Bakana, ilgili kişiye denetim tedbirlerine tabi tutulduğunu bildirmesini tavsiye edebilir.

Alınmasına karar verilen tedbirlerin yerine getirilmesine, yargısal görev için yeterli niteliklere sahip bir görevli nezaret eder. Bu görevli, elde edilen bilgilerin kullanılmasının yasaya uygun olup olmayacağına ve bu bilgilerin tedbirin amacıyla ilgili olup olmadığına karar vermek için elde edilen bilgileri inceler. Bu görevli, yetkili makamlara sadece bu koşulların gerektirdiği ihtiyacı karşılayan bilgileri iletir ve toplanan diğer istihbaratı

ortadan kaldırır. Elde edilen bilgi ve belgeler başka amaçlar için kullanılamaz; amacı gerçekleştirmek için artık ihtiyaç duyulmayan belgeler derhal ortadan kaldırılır.

Yetkili Bakan, her altı ayda en az bir kere, G 10'un uygulanması hakkında Parlamentonun beş üyesinden oluşan bir Heyete rapor verir. Muhalefetin de temsil edildiği Heyet üyeleri, Parlamentodaki grupların oranına göre Bundestag tarafından seçilir. Buna ek olarak Bakan, alınmasını emrettiği tedbirlerle ilgili her ay G 10 Komisyon'una hesap vermekle yükümlüdür. Uygulamada Bakan, acil durumlar dışında, bu Komisyon'un önceden rızasını istemiştir.

G 10 Komisyon'u re'sen veya denetim altında bulunduğuna inanan kimsenin başvurusu üzerine, tedbirlerin yasallığı ve gerekliliği hakkında karar verir; Komisyon eğer bir tedbirin yasal olmadığını veya gerekli bulunmadığını beyan ederse, Bakan bu tedbiri derhal sona erdirmek zorundadır. Anayasa Mahkemesinin 15 Aralık 1970 tarihli kararında gerekli görülmediği halde, Mahkemenin kararından bu yana, Komisyondan ilgili kişinin kendisini etkileyen tedbirlerden haberdar edilip edilmemesi konusunda karar vermesi istenmektedir.

G 10 Komisyon'u, yargısal görev yapma niteliklerine sahip bir Başkan ve iki yardımcıdan oluşur. Komisyon üyeleri, Hükümete danışıldıktan sonra, yukarıda belirtilen beş üyeli Parlamento Heyeti tarafından Bundestag'ın görev süresi için atanır; görevlerini yerine getirirken tamamen bağımsızdırlar ve kendilerine talimat verilemez. G 10 Komisyon'u, kendi İçtüzüğünü yapar ve Heyet bunu onaylar; Heyet bu kararı almadan önce Hükümete danışır.

Eyaletlerin mevzuatları, üst düzey yetkilileri parlamento denetimine tabi tutmaktadır. Eyalet Parlamentoları, örgütleniş ve işleyiş bakımından federal makamlara karşılık gelen denetim makamlarını kurmuşlardır.

G 10'un 1(9)(5). bendine göre: "(...) sınırlayıcı tedbirlerin emredilmesi ve yerine getirilmesi kararları aleyhine mahkemelere başvurulamaz." Bu hükmün gerekçesinde şöyle denilmiştir. "Belirli bir kişinin posta ve telekomünikasyonunun denetimi, ancak ilgili kişinin bunun farkında olmaması halinde bir yarar sağlayabilir. Bu nedenle, bu kişinin haberdar edilmesi söz konusu olamaz. Aynı nedenle, Yasada sayılan suçları işlemeyi tasarlayan veya işlemiş olan kişilerin hukuki yolları kullanarak, denetim altında bulunup bulunmadığı hakkında bilgilenebilmesini önlemek gereklidir. Sonuç olarak, sınırlayıcı tedbirlerin emredilmesine karşı itiraz etmek için hukuki bir yol tanınmamalıdır. (...) Dördüncü yasama döneminde sunulan yasa tasarısı (...) bu tür tedbirlerin bağımsız bir yargıç tarafından emredilmesini öngörmüştü. Federal Hükümet, Olağanüstü Hal Mevzuatının bir parçası olarak getirdiği, Anayasanın 10. maddesini değiştiren tasarıda bu çözümü kaldırmıştır; çünkü, esasen Bundestag önünde sorumlu olan Yürütme, tam bir güçler ayrılığını sağlayabilmek için bu tür kararların sorumluluğunu da üstlenmelidir. Bu nedenle mevcut tasarı, karar alma yetkisini Federal bir Bakana veya Eyaletlerin en yüksek makamına vermektedir. Yukarıda belirtilen gerekçelerle (...), ilgili kişi, emredilmiş sınırlayıcı tedbirlerin bir mahkeme tarafından denetlenmesini sağlama imkanından yoksundur; öte yandan, hukukun üstünlüğüne göre anayasal yönetim ilkesi, kişi haklarına idarenin yaptığı müdahalenin bağımsız denetimini gerektirmektedir. Böylece tasarı, Anayasanın 10. maddesini değiştiren tasarıya uygun olarak (...), bir Parlamento Heyetine düzenli biçimde rapor verilmesini ve sınırlayıcı tedbirlerin emredilmesinin nezaretini, Heyet tarafından atanan bir Denetim Komisyon'u tarafından yapılmasını öngörmektedir. (...)".

Denetim tedbirlerinin emredilmesine ve uygulanmasına karşı mahkemeye başvurma hakkı bu yolla bertaraf edilmesine rağmen, G 10 çerçevesinde kendisinin denetim altında tutulduğuna inanan kişinin anayasal bir yola başvurması hala açık bulunmaktadır.

Hükümetin verdiği bilgiye göre, G 10 Komisyon'una başvuran kişinin başvurusu sonuçsuz kalmış ise, bu kişi Anayasa Mahkemesine başvurma hakkını elinde bulundurmaktadır. Anayasa Mahkemesi, başvurucunun şikayetini kanıtlamak için yeterli delil gösteremediği gerekçesiyle bu başvuruyu reddedebilir; fakat bu Mahkeme, bireyin iddialarını kendisi için doğrulayabilecek bilgileri sağlamasını ve belgeleri ortaya koymasını Hükümetten de isteyebilir. İstenen bilgi gizli olsa dahi, yetkililer bu tür istekleri karşılamakla yükümlüdür. Bundan sonra, elde edilen bilgilerin kullanılıp kullanılmayacağına karar verme görevi Anayasa Mahkemesine aittir; Mahkeme bu bilgilerin kullanılmasının Devletin güvenliği için uygun olmadığına üçte iki çoğunlukla karar verebilir ve bu gerekçeyle başvuruyu reddedebilir. Hükümet temsilcisi bu hukuki yolun sadece nadir durumlarda kullanılabileceğini kabul etmiştir.

İlgili kişi, tedbirler sona erdikten sonra denetime tabi tutulduğundan haberdar edilirse, bu kişinin haklarına yapılan müdahaleye karşı bazı hukuki yolları kullanması mümkün hale gelir. Bu kişi, G 10'un kendisine uygulanmasının hukukiliğini tespit için açtığı bir davada İdare Mahkemesinin denetimini sağlayabilir; zarar görmüş ise, hukuk mahkemesinde tazminat davası açabilir; belgelerin ortadan kaldırılması ve eğer uygunsa belgelerin kendisine verilmesi için dava açabilir; nihayet, bu hukuki yollar sonuç vermezse, Anayasaya aykırılık bulunup bulunmadığı hakkında karar vermesi için Federal Anayasa Mahkemesine başvurabilir.

G 10 yasası, Ceza Muhakemesi Kanununa telefon ve telgraf iletişiminin denetim tedbirlerine yetki veren iki madde eklemiştir. Bu tedbirler, 100. maddenin (a) bendine göre belirli koşullar çerçevesinde, özellikle bir kimsenin bu maddede gösterilen bazı ciddi suçları işlediğinden veya işlemeye kalkıştığından kuşkulanmak için açık belirtilerin bulunduğu hallerde alınabilir. 100. maddenin (b) bendine göre, ancak bir mahkeme tarafından ve en fazla üç ay için bu tür tedbirlerin alınmasına karar verilebilir. Acil durumlarda bu karar savcılık tarafından alınabilir, ancak üç gün içinde bir mahkeme tarafından onaylanmazsa, kararın hükmü kalmaz. İlgili kişiler kendileri hakkında alınan kararlardan, incelemenin amacını tehlikeye sokmaksızın, bildirimin yapılabileceği en kısa sürede haberdar edilir (Ceza Usul Kanunu, 101. madde 1. fıkra). Ancak bu hükümler bu davanın konusu değildir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 34 (Eski 25(1)). maddesi hakkında

A. Mahkeme'nin konuyu inceleme yetkisi

Hükümet hem yazılı dilekçesinde hem de sözlü sunuşlarında Mahkeme'den, Komisyon'a yapılan başvurunun 'kabuledilemez' olduğunu tespit etmesini istemiştir. Hükümet başvurucuların Sözleşme'nin 25(1). fıkrası anlamında 'mağdur' olmadıklarını iddia etmiştir. Hükümete göre başvurucular, kendi haklarının potansiyel olarak bile ihlal edildiğini iddia etmemekte, fakat tamamıyla farazi olarak bir izlemeye tabi tutulma olasılığına dayanıp, itiraz konusu yasanın Sözleşme'ye göre genel ve soyut denetimini yaptırmak istemektedirler.

32. Mahkeme, dava bir kez kendi önüne geldi mi, tam yetkiye sahip olduğunu, ve kabuledilebilirlik başlığı altında Komisyon önünde ileri sürülmüş sorunlar da dahil, bütün maddi ve hukuki sorunları dinleyebileceği konusunda yerleşik içtihadını teyid eder. Varılan bu sonuç, başvuruların kabuledilebilirliği konusunda Sözleşme'nin (eski) 27. maddesinde Komisyon'a verilen yetki nedeniyle hiç bir biçimde geçersiz kılınamaz. Bu madde, Komisyon'a başvuruyu elekten geçirme görevi vermektedir; Komisyon bir başvuruyu ya kabul eder ya da kabul etmez. Komisyon'un kabuledilemez olduğunu düşünerek reddettiği başvurular, tıpkı kabuledilebilir bulduğu başvurular gibi temyiz edilemez; bu kararlar

tamamen bağımsız bir biçimde alınır (*De Wilde, Ooms ve Versyp, §30, 47-54; Belçika'da Eğitim Dili Davası, §18; Handyside, §41; İrlanda - Birleşik Krallık, §157*).

Bu dava, daha önce Komisyon'un önünde başka şeylerin yanında ileri sürülmüş olan Sözleşme'nin (eski) 25. maddesindeki 'mağdur' kavramının yorumu ile ilgilidir. Bu nedenle Mahkeme, bu maddeye göre ortaya çıkan sorunu incelemeye yetkili olduğunu beyan etmektedir.

B. Mağdur Kavramı

33. Sözleşme'nin (eski) 24. maddesine göre her Sözleşmeci Devlet, bir başka Sözleşmeci Devletin Sözleşme'ye "aykırı davrandığı iddiasıyla" Komisyon'a başvurabilirken, kişilerin, hükümetdışı örgütlerin veya birey topluluklarının (eski) 25. maddeye göre başvuruda bulunabilmeleri için, "Sözleşme'de beyan edilen bir haklarının (...) ihlalinden mağdur" olduklarını iddia etmeleri gerekir. Böylece Sözleşme'nin uygulanmasındaki genel yararın devlet başvurusunu kabuledilebilir kıldığı 24. maddedeki durumdan farklı olarak, 25. madde, diğer koşullara da tabi olarak, bireysel başvurucunun sözünü ettiği ihlalden gerçekten etkilendiğini iddia etmesini gerektirmektedir (*İrlanda - Birleşik Krallık, §239 ve 240*). Sözleşme'nin 25. maddesi, Sözleşme'nin yorumlanmasını sağlamak için bireylere bir tür kamu davası (actio popularis) açma hakkı getirmemektedir. Yani bireylere, sadece Sözleşme'ye aykırı olduğunu hissettikleri için bir yasa hakkında soyut olarak iddiada bulunma imkanı vermemektedir. Kural olarak, bireysel başvuru için, sadece bir yasanın varlığının Sözleşme'deki haklarını ihlal ettiği iddiasında bulunmak yeterli değildir; yasanın başvurucunun aleyhine uygulanmış olması gerekir. Ancak, Hükümetin ve Komisyon'un işaret ettiği gibi, bir yasa özel bir uygulama işlemi bulunmaması halinde bile bireyi doğrudan etkiliyorsa, o yasanın kendisi bireyin haklarını ihlal edebilir. Mahkeme bu bağlamda, 25. maddeye göre yapılan başvurudan kaynaklanan önceki iki davada bu tür bir etkiye sahip yasalarla karşılaşmış olduğunu hatırlamaktadır. "Belçika'da Eğitim Dili" davasında ve "Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen" davasında Mahkeme'den, eğitim ile ilgili bir yasanın Sözleşme'ye uygunluğunu denetlemesi istenmiştir (*Belçika'da Eğitim Dili Davası*; ve *Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, özellikle §48*).

34. Bireylerin Komisyon'a başvurmalarını düzenleyen 25. madde, Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin uygulanması için getirilen mekanizmanın temellerinden biridir. Bu mekanizma, Sözleşme'ye aykırılığını iddia ettiği bazı tasarruflardan zarar gördüğünü düşünen birey için, diğer kabuledilebilirlik şartlarını da yerine getirmesi halinde, iddia konusu ihlali Komisyon önüne getirebilme imkanını içermektedir. Bu davada ortaya çıkan sorun, itiraz konusu tedbirlerin gizli olması ve kendisini etkileyen belirli somut bir işlemi gösterememesi nedeniyle, bireyin Komisyon'a başvuru imkanından yoksun bırakılıp bırakılamayacağıdır. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin etkililiği, bu koşullarda Komisyon'a başvurma imkanına sahip olmayı gerektirir. Eğer böyle olmazsa, Sözleşme'yi uygulama mekanizmasının etkililiği temelinden zayıflayacaktır. Sözleşme ve kurumlarının bireyi korumak için kurulduğu düşünülerek, Sözleşme'nin usul hükümleri bireysel başvuru sistemini etkili kılacak tarzda uygulanmalıdır.

Bu nedenle Mahkeme "bazı koşullarda" bireyin gizli tedbirlerin veya gizli tedbirlere imkan veren mevzuatın gerçekten kendisine uygulanmış olduğunu iddia etmeksizin, sadece varlığının neden olduğu bir ihlalin mağduru olma iddiasını kabul etmektedir. Bu koşullar her olayda, ihlal edildiği iddia edilen hak veya haklara, itiraz konusu tedbirlerin gizlilik niteliğine ve başvurucu ile bu tedbirler arasındaki bağlantıya göre tespit edilir.

35. Bu düşünceler ışığında, itiraza konu bir yasanın varlığı nedeniyle başvurucuların bu davada merkezi bir konum işgal eden Sözleşme'nin 8. maddesine ilişkin bir ihlalin mağduru olduklarını iddia edip edemeyeceklerini belirlemek gerekir.

36. Mahkeme, bir devletin denetime aldığı kişinin bilgisi dışında ve itirazı mümkün olamayacak bir biçimde gizli izleme yapması halinde, 8 maddenin büyük ölçüde hükümsüz kalabileceğine işaret etmektedir. Bu durumdaki bir kimsenin 8. maddeye aykırı bir muameleye maruz kalması, hatta bu maddede verilen haktan farkında olmadan hem ulusal düzeyde ve hem de Sözleşme kurumları önünde herhangi bir hukuki yolu kullanmaktan yoksun bırakılması mümkündür.

Bu bağlamda, Federal Anayasa Mahkemesinin 15 Aralık 1970 tarihli kararında aşağıdaki gerekçeyi benimsediği hatırlanmalıdır:

"Bir Yasa hakkında Anayasa yargısına başvurabilmesi için, sadece idari işlemin değil yasanın kendisinin de başvurucunun temel haklarına doğrudan ve mevcut bir ihlal oluşturduğu iddia edilmelidir. (...) Bu koşullar yerine getirilmemiştir; çünkü başvurucunun kendi sunuşuna göre, sadece bir idari işlem dolayısıyla temel hakları ihlal edilecektir. Ne var ki ilgili kişiler, kendi haklarına bir müdahaleden haberdar edilmedikleri için, idari işlem hakkında itirazda bulunamayacaklardır. Başvurucular, uygulama işlemine karşı bir anayasa başvurusunun başka nedenlerle mümkün olmadığı bu gibi durumlarda, Yasanın kendisine karşı anayasa başvurusunda bulunma hakkına sahip olmalıdırlar (...)".

Bu gerekçe, Federal Anayasa Mahkemesine yapılan başvurular ve Sözleşme'nin kurduğu mekanizma arasındaki farklılıklara rağmen, Sözleşme'nin 25. maddesine göre yapılan başvurular için de geçerlidir.

Mahkeme, Sözleşme'de güvence altına alınan bir hakkın kullanılmasının, ilgili kişinin bu hakkın ihlali hakkında bilgilendirilmemesi nedeniyle ortadan kaldırılmasını kabul edilemez bulmaktadır. Gizli izlemeden potansiyel olarak etkilenen kişilerin Komisyon'a başvurma hakkı, (eski) 25. maddeden çıkarsanabilir; aksi halde 8. madde hükümsüz kalma tehlikesiyle karşılaşır.

37. Mahkeme, bu davanın esası bakımından itiraz konusu yasanın, Federal Almanya'daki herkesin mektup, posta ve telekomünikasyonunun potansiyel olarak izlenebileceği ve bir boşboğazlık yapılmadıkça veya Federal Anayasa Mahkemesinin kararında gösterilen koşullarda bildirimde bulunulmadıkça, kişilerin habersiz kalacağı bir izleme sistemi kurduğunu tespit etmiştir. Bu çerçevede itiraz konusu yasa Federal Almanya'da posta ve telekomünikasyon kullananları veya potansiyel kullanıcıları doğrudan etkilemektedir. Bundan başka, temsilcilerin haklı olarak işaret ettikleri gibi, bu izleme tehdidinin kendiliğinden, bütün kullanıcıların veya potansiyel kullanıcıların 8. maddede güvence altına alınan haklarına doğrudan bir müdahale oluşturmak suretiyle, posta ve telekomünikasyon hizmetleri vasıtasıyla serbest haberleşmeyi sınırladığı iddia edilebilir.

Hükümet temsilcisi duruşmada Mahkeme'ye G 10 çerçevesindeki gizli tedbirlerin başvurucular bakımından hiç bir zaman emredilmediği veya uygulanmadığı konusunda bilgi vermiştir. Mahkeme temsilcinin sözlerini not etmiştir. Ancak Mahkeme, itiraz konusu yasanın etkisi hakkında vardığı sonuçların ışığında, geçmişe yönelik bu açıklamaların, başvurucuların "mağdurluk" statüsünün değerlendirilmesiyle ilgili olmadığını kabul etmektedir.

38. Bu davanın özel koşullarını dikkate alan Mahkeme her bir başvurucunun, başvurusunu desteklemek amacıyla belirli bir izleme tedbirine maruz bırakıldığını ileri süremese bile, Sözleşme'nin "ihlal edilmesinden mağdur olduğunu iddia etme" hakkı bulunduğu sonucuna varmaktadır. Başvurucuların bir ihlalin gerçekten mağduru olup olmadıkları sorunu, itiraz konusu yasanın kendisinin Sözleşme hükümlerine uygun olup olmadığının belirlenmesini gerektirmektedir.

Buna göre Mahkeme, temsilciler Başkanının sözünü ettiği koşullarda, Sözleşme'nin haberdar edilme hakkı verip vermediği konusunda karar vermeyi gerekli görmemektedir.

II. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiası

39. Başvurucular itiraz konusu yasanın, özellikle ilgili kişinin izleme tedbirlerinden haberdar edilmemesi ve tedbir sona erdiği zaman mahkemelere başvurma hakkı bulunmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.

40. Anayasanın 10(2). fıkrasına göre mektup, posta ve telekomünikasyon üzerine sınırlamalar konulabilir; ancak sınırlamalar yasayla yapılabilir. G 10 Yasasının 1(1). fıkrası belirli makamlara, mektup ve postaları açma ve inceleme, telgraf mesajlarını okuma ve telefon konuşmalarını dinleme ve kaydetme yetkisi vermektedir (bk. yukarıda §17). Bu nedenle Mahkeme'nin 8. maddeye göre yapacağı inceleme, sadece bu tür tedbirleri alma yetkisi ile sınırlı olup, örneğin Ceza Usul Kanununa göre yapılan gizli izlemeyi kapsamamaktadır.

(A. Müdahalenin varlığı)

41. Üzerinde karar verilmesi gereken ilk sorun, yukarıda belirtilen itiraz konusu yasanın izleme tedbirlerine imkan verirken, başvurucuların 8(1). fıkrasına göre güvence altın alınmış olan haklarını kullanmalarına bir müdahale oluşturup oluşturmadığı, eğer oluşturuyorsa, hangi bakımlardan müdahale oluşturduğudur.

Sözleşme'nin 8(1). fıkrasında telefon görüşmelerinden açıkça söz edilmediği halde Mahkeme, Komisyon'un da kabul ettiği gibi, bu fıkradaki 'özel yaşam' ve 'haberleşme' kavramlarının bu tür görüşmeleri de kapsadığını kabul etmektedir.

Komisyon raporunda, Alman mevzuatında öngörülen gizli izlemenin, 8(1). fıkrasında yer alan hakkın kullanılmasına bir müdahale oluşturduğu belirtilmiştir. Hükümet, Komisyon ve Mahkeme önünde bu konuda bir itirazda bulunmamıştır. Açıktır ki, gizli tedbir alma yetkilerinden biri belirli bir kişiye bir kez uygulandığında, bireyin özel ve aile yaşamına ve haberleşmesine saygı hakkını kullanmasına kamu makamları tarafından yapılmış bir müdahale meydana getirecektir. Ayrıca, yasanın sadece kendi başına varlığı, yasanın uygulanabileceği bütün kişileri izlenme tehdidi altına sokmaktadır. Bu tehdit, posta ve telekomünikasyon hizmetlerini kullananların haberleşme özgürlüklerini doğallıkla etkiler; bu suretle başvurucuların özel ve aile yaşamı ve haberleşme haklarını kullanmalarına 'kamu makamlarının müdahalesi'ni oluşturur.

Mahkeme, itiraz konusu yasayla imkan verilen tedbirlerin, kişinin konuta saygı hakkını kullanmasına bir müdahale oluşturabileceğini gözden uzak tutmamıştır. Ancak Mahkeme, bu davada bu konu üzerinde karar vermeyi gerekli görmemektedir.

(B. Müdahalenin haklılığı)

42. Bu davada Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından ortaya çıkan başlıca sorun, tespit edilen müdahalenin ikinci fıkraya göre haklı olup olmadığıdır. Bu fıkra, Sözleşme ile güvence altına alınan bir hakka istisna getirdiği için dar yorumlanmalıdır. Polis devletinin bir niteliği olan gizli izleme yetkilerine Sözleşme çerçevesinde ancak demokratik kurumları korumak için kesinlikle gerekli olduğu ölçüde katlanılabilir.

(1. Müdahalenin hukukiliği)

43. Yukarıda tespit edilen 'müdahale'nin 8. maddeye aykırı olmaması için, ilk önce ikinci fıkraya göre 'hukuka göre' yapılmış olması gerekir. Bu koşul bu davada yerine gelmiştir; çünkü 'müdahale', Federal Anayasa Mahkemesinin 15 Aralık 1970 tarihli kararıyla biraz değiştirilen Yasa da dahil, Parlamentonun çıkardığı Yasalardan kaynaklanmaktadır.

Buna ek olarak Mahkeme, Hükümetin ve Komisyon'un işaret ettiği gibi, her bir ferdi izleme tedbirinin yasada belirtilen kesin koşullara ve usullere uygun olması gerektiğini gözlemlemiştir.

(2. Müdahalenin meşru amacı)

44. Sözleşme'nin 8(2). fıkrasında belirtilen diğer koşulların da yerine getirilip getirilmediğini belirlemek gerekir. Hükümete ve Komisyon'a göre, itiraz konusu yasayla imkan tanınan "müdahale", "ulusal güvenlik" bakımından ve/veya "suçun ve düzensizliğin önlenmesi" için "demokratik bir toplumda gerekli"dir. Hükümet buna ek olarak Mahkeme önünde, müdahalenin "kamu güvenliği" ve "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" için de haklı olduğunu ileri sürmüştür.

45. G 10 Yasası sınırlayıcı tedbirlerin hangi amaçla alınabileceğini açıkça tanımlamakta ve bu suretle sınırlamaktadır. Yasa, "serbest anayasal düzeni", "Federasyonun veya bir Eyaletin varlığını veya güvenliğini", Cumhuriyet topraklarında konuşlandırılmış olan "müttefik silahlı kuvvetlerin güvenliğini" veya "Berlin Eyaleti'nde konuşlandırılmış olan Üç Devletin askeri birliklerinin güvenliğini" tehdit eden "yakın tehlike" halinde, bundan sorumlu olan yetkililerin yukarıdaki sınırlamalara izin verebileceğini öngörmektedir.

46. Hükümetin ve Komisyon'un görüşünü paylaşan Mahkeme, G 10'un amacının aslında Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki ulusal güvenliği korumak ve/veya suçu ve düzensizliği önlemek olduğunu tespit etmiştir. Bu çerçevede Mahkeme, Hükümetin belirttiği amaçların da ilgili olup olmadığı konusunda karar vermeyi gerekli görmemektedir.

Öte yandan, yukarıda belirtilen amaçları gerçekleştirmek için itiraz konusu yasanın öngördüğü araçların her bakımdan demokratik bir toplumda gereklilik sınırları içinde kalıp kalmadığını belirlemek gerekmektedir.

(3. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği)

47. Başvurucular, Alman yasasının geniş izleme yetkileri öngörmüş olmasına itiraz etmemektedirler; başvurucular bu tür yetkilerin ve bu yetkilerin kullanılmasının bir sonucu olarak Sözleşme'nin 8(1). fıkrasındaki hakkın alanına girilmesinin, demokratik devletin korunması için gerekli bir savunma aracı olabileceğini kabul etmektedirler. Bununla beraber başvurucular, toplumun fark edilmeden totalitarizme kaymamasını güvence altına almak için, Sözleşme'nin 8(2). fıkrasının bu tür yetkilere demokratik bir toplumda saygı duyulması gereken belirli sınırlar getirdiğini düşünmektedir. Başvurucuların görüşüne göre itiraz konusu yasa, olası kötüye kullanmalara karşı yeterli korumadan yoksundur.

48. Mahkeme, Komisyon temsilcilerinin de işaret ettiği gibi, 8. maddenin getirdiği koruma alanını değerlendirirken iki önemli olguyu not etmiştir. Birincisi, casuslukta ve buna karşılık izleme araçlarında meydana gelen teknik ilerlemedir; ikincisi, son yıllarda Avrupa'da terörün ilerlemesidir. Demokratik toplumlar son zamanlarda kendilerini casusluğun ve terörizmin hayli gelişmiş biçimlerinin tehdidi ile karşı karşıya bulmuşlardır. Bu da devletin, bu tür tehditlerle etkin bir biçimde mücadele edebilmek için kendi egemenlik alanı içinde faaliyet gösteren yıkıcı unsurları gizli izlemeye almasını gerektirmiştir. Bu nedenle, Mahkeme'nin istisnai koşullar çerçevesinde mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinde gizli izleme yetkileri veren bir yasanın, ulusal güvenlik nedeniyle ve/veya suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olduğunu kabul etmesi gerekir.

49. İzleme sisteminin işleyeceği koşulların belirlenmesine gelince: Mahkeme, ulusal yasama organının belirli bir takdir yetkisi kullanabileceğine işaret etmektedir. Doğaldır ki Mahkeme'nin görevi, ulusal makamların yaptığı değerlendirmelerin yerine bu alanda

daha iyi bir uygulama olabilecek bir değerlendirmeyi getirmek değildir (*De Wilde Ooms ve Versyp, §45; krş. Engel ve Diğerleri, §100;* ve *Handyside, §48*).

Ancak Mahkeme bu durumun, Sözleşmeci bir Devletin kendi egemenlik alanı içindeki kişileri gizli izlemeye tabi tutarken sınırsız bir takdir yetkisi kullanabileceği anlamına gelmediğini vurgulamaktadır. Demokrasiyi koruyayım derken onun zayıflatabilecek, hatta tahrip edebilecek böyle bir yasanın tehlikesinin farkında olan Mahkeme, Sözleşmeci bir Devletin casusluğa ve terörizme karşı mücadele adına, uygun gördüğü her türlü tedbiri alamayacağını kabul etmektedir.

50. Mahkeme, hangi izleme sistemi benimsenirse benimsensin, kötüye kullanmaya karşı yeterli ve etkili güvencelerin bulunduğuna ikna olmalıdır. Bu değerlendirmenin sadece göreceli bir niteliği vardır. Değerlendirme, alınabilecek tedbirlerin niteliğine, kapsamına ve süresine; bu tedbirleri emretmek için gerekli sebeplere; bu tedbirler için emri veren, uygulayan ve denetleyen yetkili makamlara ve ulusal hukukta tanınan iç hukuk yollarının türü gibi, olayın bütün koşullarına dayanır.

Bu nedenle, itiraz konusu yasa ile kurulan ve Anayasa Mahkemesinin 15 Aralık 1970 tarihli kararı ile biraz değişikliğe uğrayan gizli izleme sisteminin işleyişi, Sözleşme'nin ışığında incelenmelidir.

51. G 10 Yasasına göre bir izleme tedbiri alabilmek için, önce bir dizi sınırlayıcı koşulun yerine getirilmesi gerekir. İzin verilebilen kısıtlayıcı tedbirler, bir kimsenin belirli suç fiillerini cidden işlemeyi planladığına, işlemekte olduğuna veya işlediğine dair şüphe duymak için maddi belirtilerin bulunduğu durumlarla sınırlıdır. Tedbirler ancak maddi olayların tespitinin başka yöntemlerle mümkün olmaması veya çok güç olması halinde emredilebilir; buna rağmen izleme, ancak belirli bir şüpheyle veya onunla "bağlantılı olduğu tahmin edilen kişilerle" sınırlıdır. Sonuç olarak itiraz konusu yasayla, genel bir izlemeye veya keşif izleme denilen bir izlemeye izin verilmemiştir.

İzlemeye sadece gerekçeli ve yazılı bir başvuru üzerine karar verilebilir ve böyle bir başvuru, belirli teşkilatların sadece başkanları veya vekilleri tarafından yapılabilir. Bunun üzerine izleme kararı, Başbakanın bu amaçla yetkilendirdiği bir Federal Bakan veya, eğer uygunsa, Eyaletin en yüksek amiri tarafından alınabilir. Buna göre, tedbirlerin rastgele, yolsuz veya usulden ve hukuka uygunluk kaygısından yoksun bir biçimde emredilmemesini güvence altına almak için yasada idari bir usul bulunmaktadır. Buna ek olarak, Yasada gerekli görülmemiş olmasına rağmen yetkili Bakan, uygulamada ve acil durumlar dışında, G 10 Komisyonu'nun önceden rızasını istemektedir.

52. G 10 Yasası izleme tedbirlerini uygulama ve bu suretle bilgi toplama süreci bakımından da katı koşullar getirmektedir. Söz konusu tedbirler en fazla üç ay süreyle yürürlükte kalabilir ve sadece yeni bir başvuru ile yenilenebilir; gerekli koşullar sona erdiğinde veya kendilerine artık gerek kalmadığında bu tedbirler derhal kesilir; bu yolla toplanan bilgi ve belgeler başka amaçlar için kullanılamaz ve istenen amacı gerçekleştirmek için artık gerek kalmadığı anda belgeler ortadan kaldırılır.

Yargıç niteliğine sahip bir görevli tedbirlerin uygulanması konusunda bir öndenetim yapar. Bu görevli, elde edilen bilgileri yetkili teşkilatlara göndermeden önce, bilgilerin Yasaya göre kullanılabilirliğini ve tedbirlerin amacıyla ilgili olup olmadıklarını inceler; toplanan diğer her türlü istihbaratı ortadan kaldırır.

53. G 10 Yasasında izleme tedbirlerinin emredilmesi ve yerine getirilmesi bakımından mahkemeye başvurma hakkı tanınmamış ise de, bunun yerine Anayasanın 10(2). fıkrasına uygun olarak seçilmiş temsilcilerin atadığı Parlamento Heyeti ve G 10 Komisyon'u gibi iki heyet tarafından sonradan denetim yapılabilmesi sağlanmıştır.

Yetkili Bakan altı ayda en az bir kere Parlamentonun beş üyesinden oluşan G 10 Komisyonu'na uygulama hakkında rapor verir; Parlamentonun bu üyeleri, muhalefetin de Heyette temsil edilmesini sağlayacak biçimde, Meclis gruplarının oranına göre Bundestag tarafından atanır. Buna ek olarak Bakan her ay, emrettiği tedbirlerin bir dökümünü G 10 Komisyonu'na vermekle yükümlüdür. Bakan uygulamada, Komisyon'un ön rızasını almaya çalışır. G 10 Komisyonu, izlenmekte olduğuna inanan bir kimsenin başvurusu üzerine veya resen söz konusu tedbirin yasallığı ve gerekliliği hakkında karar verir; Komisyon bir tedbirin yasadışı veya gereksiz olduğunu belirtirse, Bakan bu tedbiri derhal sona erdirir. Komisyon üyeleri, Bundestag'ın görev süresiyle sınırlı olarak Parlamento Heyeti tarafından Hükümete danışıldıktan sonra atanırlar; yetkilerini kullanırken tamamen bağımsızdırlar ve herhangi bir talimat almazlar.

54. Hükümet, Sözleşme'nin 8(2). fıkrasının, gizli izlemenin yargısal denetimini gerektirmediğini ve G 10 Yasasıyla kurulan denetim sisteminin, bireyin haklarını etkili biçimde koruduğunu ileri sürmektedir. Başvurucular ise bu sistemi, hakim olması gereken yargısal denetim ilkesi ile karşılaştırıldığında yetersiz kalan bir "siyasal kontrol biçimi" olarak nitelendirmektedir.

Şimdi, kısıtlayıcı tedbirlerin emredilmesini ve uygulanmasını denetleme usullerinin, itiraz konusu yasadan kaynaklanan "müdahale"lerin, "demokratik bir toplumda gereklilik" sınırları içinde kalıp kalmadığını belirlemek gerekmektedir.

55. Bir izleme işleminin denetimi, ilk kez emredildiği zaman, sürdürülürken ve sona ermesinden sonra olmak üzere üç aşamada yapılabilir. İlk iki aşama bakımından gizli izlemenin niteliği ve mantığı, sadece izleme işleminin değil, ama bundan sonra gelecek olan denetimin dahi bireyin bilgisi dışında yapılmasını gerektirmektedir. Sonuç olarak, bireyin herhangi bir denetim işlemine doğrudan taraf olması veya hukuki bir yola başvurması doğallıkla engelleneceği için, getirilmiş olan usullerin bireyin haklarının korunmasında yeterli ve eşdeğer güvenceleri sağlaması esastır. Buna ek olarak, eğer Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki gerekliliğin sınırları aşılmak istenmiyorsa, denetim usullerinde mümkün olduğu kadar demokratik toplumun değerlerine sadık kalınmalıdır. Demokratik toplumun temel ilkelerinden biri, Sözleşme'nin Başlangıç'ında açıkça belirtilen hukukun üstünlüğüdür (*Golder, §34*). Hukukun üstünlüğü, idari makamların bireyin haklarına yaptığı bir müdahalenin, normal olarak yargı organının etkili denetimine, en azından son çare olarak bağımsızlık, tarafsızlık ve uygun usul güvencelerine sahip bir yargısal denetime tabi olmasını gerektirir.

56. G 10 Yasasıyla kurulan izleme sistemi içinde yargı organına yer verilmemiş, bunun yerine yargısal göreve atanabilme niteliğine sahip bir görevlinin yapacağı bir ön denetim ile bir Parlamento Heyeti ve G 10 Komisyonu'nun denetimine yer verilmiştir.

Mahkeme, tekil olaylarda kötüye kullanmanın potansiyel olarak çok kolay olduğu ve bir bütün olarak demokratik toplum için zararlı sonuçların doğabileceği böyle bir alanda, denetimi prensip olarak bir yargıca vermenin arzu edilebilirliğini kabul etmektedir.

Ne var ki, G 10 Yasasıyla sağlanan denetimin niteliği ve diğer koruyucular göz önünde tutulduğunda, Mahkeme'ye göre yargı organının denetimine yer verilmemesi, demokratik bir toplumda gerekli görülebilecek sınırları aşmamaktadır. Parlamento Heyeti ve G 10 Komisyonu, izlemeyi uygulayan yetkililerden bağımsızdırlar; etkili ve sürekli bir kontrolü yerine getirebilmek için yeterli gücü ve yetkileri elde bulundurmaktadırlar. Dahası, Parlamento Heyetindeki üyelerin dengeli dağılımı, denetimin demokratik niteliğini yansıtmaktadır. Bu Heyette muhalefet de temsil edilmekte ve böylece muhalefet, Bundestag'a karşı sorumlu olan yetkili Bakanın emrettiği tedbirlerin kontrol edilmesine

katılmaktadır. Bu iki denetim kuruluşu, olayın şartlarına göre, objektif karar verebilmek için yeterli bağımsızlığa sahip olarak görülebilirler.

Mahkeme ayrıca, izlenmekte olduğuna inanan bir kişinin G 10 Komisyonu'na şikayet etme ve Anayasa Mahkemesine başvurma imkanına sahip olduğunu not etmektedir. Ancak Hükümetin de kabul ettiği gibi, bu hukuki yollar ancak istisnai şartlarda kullanılabilir.

57. İzlemenin sona ermesinden sonra, yani sonradan denetim konusunda özellikle bireyin katılabileceği yargısal bir denetime yer verilmesinin gerekli olup olmadığı hakkında karar verilmelidir. Sonradan bildirim sorunu bu konuyla ayrılmaz bir biçimde bağlantılıdır; çünkü bilgisi dışında alınan tedbirler hakkında haberdar edilmedikçe, ilgili kişinin mahkemeye başvurma ve böylece geriye dönük olarak tedbirlerin hukukiliğine itiraz etme imkanı kural olarak çok sınırlıdır.

Başvurucuların Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından temel şikayetleri, izlemenin durdurulmasından sonra ilgili kişinin her zaman bilgilendirilmemesi ve böylece mahkeme önünde etkili bir hukuki yolu kullanma durumuna gelememesidir. Başvurucuların kaygıları, bireyin bilgisi dışında usulsüz olarak uygulanan veya bireyin haklarına müdahale kapsamını belirleyebilen müdahalenin yaratacağı tehlikedir. Başvurucuların görüşüne göre, izleme tedbirleri durdurulduktan sonra mahkemeler tarafından yapılacak etkili bir denetim, kötüye kullanmaları önlemek için demokratik bir toplumda gereklidir; aksi takdirde, gizli izlemenin denetimi yeterli olmayacak ve 8. maddeyle bireylere tanınan haklar çiğnenmiş olacaktır.

Hükümetin görüşüne göre, Federal Anayasa Mahkemesi kararının ardından, sonradan bildirim yapılmak zorunda olduğu için, Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki gerekler karşılanmaktadır. Hükümete göre gizli izlemenin bir bütün olarak etkililiği, eğer araştırmanın amacı geriye dönük olarak da bozulmak istenmiyorsa, hem olaydan önce hem de olaydan sonra kişiye bilgi verilmemesini gerektirir. Hükümet, bildirim yapıldıktan sonra mahkemeye başvurmanın engellenmediğini, bireyin gördüğü zararların giderilebilmesi için çeşitli hukuki yolların kullanılabileceğini belirtmiştir.

58. Mahkeme'ye göre her olayda, sonradan bildirim sisteminin mümkün olup olmadığının belirlenmesi gerekir.

Belirli bir izleme serisinin yöneldiği bir faaliyet veya tehlike, bu tedbirlerin durdurulmasından sonra yıllarca hatta on yıllarca sürebilir. Durdurulmuş olan tedbirden etkilenmiş olan her bir bireye sonradan bildirimde bulunmak, izlemeyi harekete geçiren başlangıçtaki uzun vadeli amacı tehlikeye sokabilecektir. Dahası, Federal Anayasa Mahkemesinin haklı olarak belirttiği gibi bu tür bir bildirim, istihbarat servislerinin çalışma yöntemlerinin ve faaliyet alanlarının açığa çıkmasına ve hatta ajanlarının kimliklerinin belirlenmesine neden olabilecektir. Mahkeme'ye göre, itiraz konusu yasadan kaynaklanan "müdahale" kural olarak Sözleşme'nin 8(2). fıkrasına göre haklı bulunduğu için, bireyin izlenmesi sona erdikten sonra haberdar edilmemesi, bu hükme kendiliğinden aykırı olmaz; çünkü "müdahale"nin etkililiğini sağlayan şey, bireyin haberdar edilmemesidir. Ayrıca hatırlanmalıdır ki, Federal Anayasa Mahkemesinin 15 Aralık 1970 tarihli kararının gereği olarak ilgili kişi, sona eren izleme tedbirleri hakkında sınırlamanın amacını tehlikeye sokmaksızın, en kısa sürede yapılacak bir bildirimle haberdar edilmelidir.

59. Başvurucular itiraz ettikleri yasanın, Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki koşulları yerine getirmediği düşüncesiyle, hem genel bakımdan hem de sonradan bildirim bakımından, kötüye kullanma tehlikesini devamlı gündeme getirmişlerdir. Sistem ne olursa olsun, dürüst olmayan, ihmalkar veya gayretkeş bir görevlinin usulsüz eylemde bulunma ihtimali tamamen bertaraf edilemeyeceği için, Mahkeme, bu davaya konu denetim bakımından, bu tür bir eyleme karşı bireyi koruyan mekanizmaların bulunduğu görüşündedir.

Mahkeme itiraz konusu yasayı bu düşünceler ışığında yukarıda (bk. yukarıda §51-58) incelemiştir. Mahkeme özellikle, G 10 yasasındaki izleme tedbirlerinin sonuçlarını, giderilmesi mümkün olmayan en alt sınıra indirebilmeyi ve izlemenin kesinlikle hukuka uygun olarak yapılmasını güvence altına almayı hedefleyen çeşitli hükümler içerdiğini not etmektedir. Aksi bir uygulamanın bulunduğuna dair bir kanıt veya belirtinin bulunmaması nedeniyle Mahkeme, Federal Almanya Cumhuriyeti makamlarının söz konusu yasayı demokratik bir toplumun gereklerine göre uyguladıklarını kabul etmek zorundadır.

Mahkeme, demokratik toplumu savunmak için gerekli şartlar ile kişisel haklar arasında uzlaşma zemininin Sözleşme sistemine içkin bulunduğu yolundaki Komisyon'un görüşüne katılmaktadır (*Belçika'da Eğitim Dili Davası, §5*). Sözleşme'nin Başlangıç'ında da belirtildiği gibi, "Temel Özgürlükler (...) bir yandan etkili bir siyasal demokrasi ve öte yandan ortak bir anlayış ve [Sözleşmeci Devletlerin] dayandığı İnsan Haklarının yerine getirilmesiyle korunabilir". Bunun Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından anlamı şudur: birinci fıkrada garanti edilen hakkın birey tarafından kullanılması ile ikinci fıkraya göre demokratik bir toplumun korunması için gizli izlemeye olan ihtiyaç arasında bir denge kurulmalıdır.

60. Bu düşüncelerin ve itiraz konusu yasanın detaylı olarak incelenmesinin ışığında Mahkeme, Alman yasakoyucusunun, Sözleşme'nin 8(1). fıkrasıyla garanti edilen hakkın kullanılmasına, ulusal güvenlik amacıyla ve suç ve düzensizliği önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olan bu yasayla müdahale etmeyi düşünmekte haklı olduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre Mahkeme, 8. maddeye aykırılık bulunmadığını tespit etmektedir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, başvurucuların Sözleşme'nin 25. maddesi anlamında mağdur olduklarını iddia edip edemeyecekleri sorunu hakkında karar verme yetkisi bulunduğuna;
2. Oybirliğiyle, başvurucuların 25. madde anlamında mağdur olduklarını iddia edebileceklerine;
3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 8, 13 ve 6(1). maddelerinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

Yargıç Pinheiro Farinha'nın ayrık görüşü karara eklenmiştir.

13.06.1979 6833/74 MARCKX - BELÇİKA

♦ *aile yaşamı—çocuğun anne ile soybağının doğumla kurulamaması* (nesebi belirsiz çocuk ile anne arasındaki hukuki ilişkinin kurulmasını annenin tanıma beyanına veya mahkeme kararına bağlayan Medeni Kanun hükümleri, nesebi belirsiz çocuğun annesinin ailesiyle hukuki ilişkisinin bulunmaması ve onların malvarlığı üzerinde bir hakkı bulunmaması ve büyük ailenin çocuğa bakma yükümlülüğü bulunmaması, annenin evlilikdışı çocuğuna miras bırakmasının kısıtlanması) ■ aile yaşamına saygı hakkı

DAVANIN ESASI

I. Dava Konusu Olaylar

Birinci başvurucu Paula Marckx evli olmayan anne, ikinci başvurucu Alexandra Marckx ise bu annenin nesebi belirsiz (illegitimate, gayrimeşru) küçük çocuğudur.

Anne doğum yaptıktan sonra, çocuğu nüfusa kaydettirmek üzere başvurmuştur. Nüfus müdürlüğü Belçika Medeni Kanununun 57ek maddesi gereğince nesebi belirsiz doğumu yargıca bildirmiştir.

Yargıç, çocuğun velayeti konusunda karar vermek için bilgi almak üzere anneyi mahkemeye davet etmiştir. Yargıç, anneden bilgi almış, aynı zamanda annenin çocuğu tanıması için varolan yolları ve böyle bir tanımanın hukuki sonuçlarını anlatmıştır. Yargıç ayrıca, anneye Medeni Kanunun çeşitli hükümlerinden ve 'istisnai' mirasçılık biçimleriyle ilgili 756. madde hükmünden söz etmiştir.

Bir kaç gün sonra anne, Medeni Kanunun 334. maddesine göre çocuğunu tanımış ve otomatik olarak çocuğun vasisi (guardian) durumuna girmiştir. Yargıcın başkanlığında, çocuğun kanuni menfaatlerini korumakla görevli olan ve kız kardeş ile bazı akrabalardan oluşan aile konseyi kurulmuştur.

Bir yıl kadar sonra anne, Medeni Kanunun 349. maddesine göre çocuğunu evlat edinmek (adoption) için başvurmuştur. Bu usul bazı araştırmaların ve masrafların yapılmasını gerektirmiştir. Evlat edinme işlemi beş buçuk ay sonra yargıç tarafından geriye yürürlü olarak onanmıştır.

Başvurucular, nesebi belirsiz bir çocuğun anneyle hukuki ilişki kurma tarzını ve bu ilişkinin çocuğun annesinin ailesiyle ilişkilerinin boyutları ile miras haklarının intikali üzerindeki sonuçlarıyla ilgili Medeni Kanun hükümlerinden şikayetçi olmuşlardır. Başvurucular ayrıca, annenin çocuğun haklarını artırmak için çocuğunu evlat edinmesinin gerekli görülmesini de bir sorun olarak dile getirmişlerdir.

II. Konuyla İlgili İç Hukuk

Belçika'da yürürlükte olan mevzuata göre, evli olmayan bir kadının doğurduğu çocuk ile arasında, sadece doğum nedeniyle herhangi bir hukuki bağ kurulmaz. Nesebi belirsiz çocuğun anneyle ilişkisi, ya annenin çocuğu tanımasıyla veya bu amaçla açılacak dava yoluyla kurulur. Bununla birlikte, evlilik dışında doğan çocuğun doğum belgesinde annenin soyadı yer alır. Tanıma, doğum belgesine geçirilmemiş ise, resmi bir senet ile meydana getirilir; tanıma bir beyan niteliğindedir; çocuk için bir statü yaratmayıp, varolan durumu belgeler ve doğum tarihine kadar geriye yürürlü etkiye sahiptir. Ancak tanımada bulunan kişinin çocuğun gerçekten annesi olduğu sonucu çıkmaz; menfaati bulunan kişiler, tanımanın gerçeği karşılamadığını iddia edebilirler. Hükümetin verdiği bilgiye göre, evli olmayan kadınların yüzde yirmi beşi, çocuklarını tanımamaktadırlar. Öte yandan mirasçılık ilişkisinin kurulmasıyla ilgili dava, çocuk rüşt yaşına geldikten sonra beş yıl içinde veya çocuk henüz küçük ise aile konseyinin rızasıyla hukuki temsilcisi tarafından açılabilir.

Nesebi belirsiz çocuğun annesiyle ilişki kurmuş olmasının, annenin ailesiyle çocuk arasındaki ilişkinin boyutları, çocuğun ve annenin kanuni mirasçılık veya ölüme bağlı tasarruf hakları üzerinde sınırlı bir etkiye sahiptir.

Belçika mevzuatı, nesebi belirsiz çocuğun anneyle ilişkisi bağlamında aile veya akraba kavramını kullanmamaktadır. Annenin aileyle mirasın intikali ilişkisi kurulduktan sonra bile, çocuk ailenin bir üyesi olmamaktadır. Yasa bu çocuğu kanuni mirasçı saymamaktadır. Çocuk anne ve babasının ölümü veya kısıtlanmaları halinde, 21 yaşına gelmeden veya vasileri tarafından rıza gösterilmedikçe evlenemez; nesebi belirli çocuk ise büyükanne veya babanın rızasıyla evlenebilir. Yasada büyükanne, büyükbaba ile nesebi belirsiz çocuk arasında bakım yükümlülüğü öngörülmemiştir. Ancak bazı hukuk metinleri bazı istisnalar getirmiş olup, Belçika Temyiz Mahkemesi bu metinlerden, büyükanne ve büyükbabanın çocukla ilişki kurma hakkı bulunduğu sonucunu çıkarmıştır.

Tanınmış nesebi belirsiz çocuğun kanuni mirasçılık hakları, nesebi belirli çocuğa göre daha göre azdır. Medeni Kanunun bazı maddelerinden anlaşıldığına göre, tanınmış nesebi belirsiz çocuk, annesinin ölümü halinde onun kanuni mirasçısı olmaz; 'istisnai mirasçı' olur. Bu çocuğun annesinin malvarlığını kazanabilmesi için bir mahkeme kararına ihtiyaç vardır. Annenin miras hakkı bulunan herhangi bir yakını bulunmaması halinde, nesebi belirsiz çocuk mirasçı olabilir; alt ve üst soyu ile kardeşleri olmayan annenin ölmesi halinde ise, nesebi belirli çocuk olsaydı alabileceği mirasın dörtte üçünü alabilir. Anne kendi mirasını bunun yarısına indirebilir. Medeni Kanun ayrıca, nesebi belirsiz çocuğa annenin akrabalarının kanuni mirasçısı olma hakkı vermemiştir.

Tanınmış nesebi belirsiz çocuk, ölüme bağlı tasarruflar bakımından da dezavantajlı durumdadır. Medeni Kanun, nesebi belirsiz çocuğun ölüme bağlı tasarruf ile veya vasiyetnameyle, kanuni mirasçılık yoluyla alabileceği paydan daha fazlasını alamayacağını öngörmektedir. Anne yaşarken, kendisinin kanuni mirasçısı bulunmaması halinde, malvarlığının sadece bir kısmını nesebi belirsiz çocuğuna geçirebilir. Öte yandan çocukla ilişkisi kurulmamış ise anne, kanuni mirasçılarının bulunmadığını kanıtlamak koşuluyla, malvarlığının tümünü çocuğuna bırakabilir. Böylece anne şu ikilemle karşı karşıya kalmaktadır: ya çocuğunu tanıyacak ve bütün malvarlığını çocuğuna bırakma imkanından yoksun kalacaktır; veya tıpkı bir yabancı gibi, çocuğuna bütün malvarlığını bırakabilmek için çocuğu ile hukuki bakımdan aile ilişkisi kurmaktan vazgeçecektir.

Tanınmış çocuğun annesinin evli olmadan kalması halinde, çocuğunu evlat edinerek, çocuğun durumunu iyileştirebilir. Evlat edinme yaşı Medeni Kanunda düzenlenmiştir. Evlat edinilmiş çocuk, evlat edinenin mirasını tıpkı nesebi belirli çocuk gibi hak kazanır, ancak annesinin akrabasından intikal edecek mirası edinemez. Nesebi belirsiz çocuk sadece, meşrulaştırma veya evlat edinme yoluyla nesebi belirli çocuk ile aynı duruma gelir; bu haller, annenin evli olduğu ön kabulüne dayanır.

Belçika, 12 Eylül 1962 tarihli Doğal Çocukların Aile Bağlantılarının Kurulmasına dair Brüksel Sözleşmesi'ni imzalamış ama henüz onaylamamıştır. Belçika, Evlilikdışı Doğan Çocukların Hukuki Statüsüne dair 15 Ekim 1975 tarihli Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ni ise ne imzalamış ne de onaylamıştır. Her iki belge de "mater semper certa est" ilkesine dayanmaktadır.

Bununla birlikte Belçika Hükümeti 15 Şubat 1978'de Parlamentoya bir tasarı sunmuş, bu tasarının gerekçesinde yukarıdaki belgelere atıfta bulunmuş ve "bütün çocuklar arasında hukuki eşitliği sağlamayı amaçladığını" belirtmiştir. Buna göre doğum belgesine adı yazılan anneyle annelik ilişkisi kurulmuş olacak, tanıma beyanına gerek kalmayacak, evlilik dışında doğan çocuklar evlilik içinde doğan çocuklarla aynı haklara sahip olacaklardır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 34 (Eski 25). maddesi

[26-27]: Hükümet, başvurucular hakkında yapılan herhangi bir işlem olmadığı için başvurucuların mağdurluk statüsü bulunmadığını, başvurucuların Mahkeme'den soyut norm denetimi yapmasını istediklerini ileri sürmüştür (*Golder, §39*).

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 25. maddesi, bir yasadan doğrudan etkilenme riski altında bulunan kişilere, haklarında herhangi bir işlem yapılmamış olsa bile, yasanın varlığı nedeniyle haklarının ihlal edildiğini ileri sürme hakkı tanımıştır (*Klass ve Diğerleri, §33*). Başvurucular Medeni Kanunun kendilerine otomatik olarak uygulanmış veya uygulanabilecek hükümlerinden şikayetçi olmuşlardır. Başvurucular böyle yapmakla Mahkeme'den soyut norm denetimi yapmasını istemiş olmayıp, kendilerini kişisel olarak etkileyen evli olmayan annenin ve evlilik dışında doğan çocuğun hukuki durumuna itiraz etmektedirler

(*De Becker*; *De Wilde, Ooms ve Versyp* (*50. Madde*)*, §22*). Hükümet başvurucuların aleyhine bir durum bulunmadığını belirtmiş ise de, Mahkeme'ye göre başvurucuların bu yasanın varlığından zarar görüp görmedikleri 25. maddeyle ilgili bir sorun değildir; Sözleşme'nin 25. maddesindeki 'mağdur' kavramı, eylem veya ihmallerden doğrudan etkilenen kişiyi ifade etmektedir (*De Wilde, Ooms ve Versyp* (*50. Madde*)*, §23-24*). Bu nedenlerle Mahkeme olayda, mağdurluk statüsünün bulunmadığı itirazını reddetmiştir.

II. Esasa ilişkin şikayetler

[28-34]: Mahkeme, sorunun üç yönü üzerinde durmuştur: annelik ilişkisinin kurulma tarzı, çocuğun aileyle ilişkisinin boyutları ve çocuk ile annesinin intikal haklarıdır.[28-30]

Mahkeme önce, çocuk ile anne arasındaki doğal bağın, Sözleşme'nin 8. maddesinde korunan 'aile yaşamı' kavramına girip girmediği üzerinde durmuştur. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 8. maddesindeki 'aile yaşamı' kavramı, önce bir ailenin bulunmasını gerektirir. Bu madde evlilikiçi (meşru) aile veya evlilikdışı (gayri meşru) aile yaşamı ayrımı yapmamıştır. Hakların öznesi 'herkes' olduğundan ve 14. maddeye göre doğum esasına dayalı ayrımcılık yapılamayacağından, böyle bir ayrım uygun olmazdı. Ayrıca Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi de çocuklu tek kadını, bir aile biçimi olarak kabul etmektedir (bk. Evli olmayan annelerin ve çocuklarının korunmasına dair Bakanlar Komitesinin (70) 15 sayılı ve 15 Mayıs 1970 tarihli Tavsiye Kararı). Dahası, olayda annenin çocuğuna doğumundan itibaren ona baktığı ve gerçek bir ailenin varlığı konusunda bir itiraz yoktur.[31]

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 8. maddesi, ikinci fıkrada yer alan sınırlı koşullar dışında, Devletin aile yaşamına müdahale etmemesini güvence altına almaktadır. Bu maddenin temel amacı, bireyleri kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumaktır (*Belçika'da Eğitim Dili Davası, §7*). Ancak bu madde, bir devleti aile yaşamına sadece müdahale etmemeye zorlamakla kalmamaktadır; aile yaşamına 'saygı' kavramının içinde bazen pozitif yükümlülükler de bulunabilir. Bu demektir ki, evli olmayan anne ile çocuğu arasındaki ilişkiyi düzenleyen iç hukuk hükümlerinin, bu kişilerin normal bir aile gibi yaşamalarına olanak verecek şekilde, yani çocuğun doğumundan itibaren aileyle bütünleşmesini sağlayacak biçimde düzenlemesi gerekir. Bu bağlamda, devlet bu amacı gerçekleştirmek için çeşitli araçlar kullanabilir; ancak bu gereği yerine getirmeyen bir yasa hükmü, Sözleşme'nin 8(2). fıkrasına göre incelemeye geçilmeden, birinci fıkrasını ihlal eder. Bu nedenlerle Mahkeme, başvurucuların durumunu Sözleşme'nin 8(1). fıkrasıyla ilgili görmüş ve bu fıkra altında incelemeye karar vermiş, bir başka deyişle evlilikdışı aileye de 8. maddenin uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır.[31]

Mahkeme, Sözleşme'nin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağının uygulanabilirliğini incelemiştir. Mahkeme'ye göre, 14. maddenin bağımsız bir varlığı bulunmamakla birlikte, Sözleşme'nin normatif hükümlerini tamamlayıcı nitelikte önemli bir rol oynayabilir. Sözleşme'nin 14. maddesi, haklarını kullanmakta olan aynı durumdaki kişileri ayrımcı bir muameleye karşı korumaktadır. Bir muamele, kendi başına ele alındığında Sözleşme'ye uygun olsa bile, 14. madde ile birlikte ele alındığında ayrımcılık yasağını ihlal edebilir. Bu nedenle Sözleşme'nin 14. maddesi hak ve özgürlükleri düzenleyen her bir maddenin bütünleyici bir parçasıdır. Buna göre 8. madde bu davayla ilgili olduğundan, 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin de ele alınması gerekir.[32]

Mahkeme'nin içtihatlarına göre farklı bir muamele, farklılaştırmanın objektif ve haklı bir sebebi bulunmaması halinde, örneğin meşru bir amaca sahip olmaması veya meşru amaçla kullanılan araç arasında bir orantı bulunmaması durumunda ayrımcı bir muamele sayılır. Evli olmayan anne ile çocuğu arasındaki aile yaşamını düzenleyen devletin, doğuma dayanan bir ayrımcılıktan kaçınması gerekir.[33-34]

Bu nedenle Mahkeme, olayda 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır.

A. Çocuk Alexandra'nın anneyle ilişkisinin kurulma tarzı

[35]: Belçika hukukunda nesebi belirsiz çocuk ile annesi arasında annelik ilişkisi doğumla veya çocuğun doğum belgesine annesinin adının yazılmasıyla kurulmamaktadır. Bu ilişkinin kurulabilmesi için annenin resmi tanıma beyanında bulunması veya mahkemenin anneliği kabul kararı gerekmektedir. Öte yandan evli annenin çocukla annelik ilişkisi doğum belgesiyle kanıtlanmakta ve nüfus siciline kaydedilmektedir. Başvurucular bu sistemin, tek başına veya 14. madde ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğunu iddia etmişlerdir. Hükümet buna karşı çıkmıştır. Komisyon, hem tek başına ve hem de 14. maddeyle bağlantı olarak 8. maddenin ihlal edildiği görüşüne varmıştır.[35]

Mahkeme, bu sorunu önce sadece 8. madde bakımından sonra 14. maddeyle birlikte, birinci başvurucu anne ve ikinci başvurucu çocuk bakımından incelemiştir.

1. Sözleşme'nin 8. maddesinin tek başına ihlali iddiası

[36-37]: Evli olmayan anne, çocuğu ile hukuki ilişki kurabilmek için tanıma beyanında bulunmak zorundadır. Ancak bu beyan hukuki ilişki yaratmamakta, sadece çocuğun statüsünü kaydetmektedir. Bu durum anne bakımından bir güçlük yaratmaktadır. Ayrıca evli olmayan anne bir ikilemle karşı karşıya kalmaktadır. Eğer anne çocuğunu tanımayı tercih ederse, çocuğunun miras hakkı kısıtlanmış olacaktır; tanımamayı tercih etmesi halinde ise hukuken aile ilişkisi kurmaktan feragat etmiş sayılacaktır. Bu ikilem aile yaşamına saygı hakkıyla bağdaşmaz; aile yaşamının normal biçimde gelişmesini engeller. Bu nedenle Mahkeme, olayda birinci başvurucu anne bakımından aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[36]

Nesebi belirsiz çocuğun annesiyle hukuki ilişki kurabilmesi için dava açması gereklidir. Bu davanın sonucu annenin tanıma beyanıyla aynı hükmü taşır. Ancak izlenecek usul karmaşıktır. Annelik ilişkisinin kanıtlanmasıyla ilgili şartların yerine getirilmesinin yanında, küçüğün hukuki temsilcisinin böyle bir dava açabilmek için aile konseyinden izin alması gerekir. Çocuk sadece rüşt yaşına vardıktan sonra kendisi dava açabilir. Annelik ilişkisinin kurulması için zaman harcanmakta olup bu dönem içinde çocuk hukuken annesinden ayrı kalmaktadır. Mahkeme bu sistem nedeniyle, hukuken annesiz kalan ikinci başvurucu çocuk açısından aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[37]

2. Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlali iddiası

[39-43]: Hükümet, evli anne ile evli olmayan annenin durumlarının farklı olduğunu belirterek şu iddiayı ileri sürmüştür: evli anne, babayla birlikte çocuğu beslemek, ona bakmak ve eğitim vermek yükümlülüğünde olduğu halde, evli olmayan annenin bu yükümlülükleri konusunda bir kesinlik yoktur. Hükümete göre yasa, anneyi çocuğunu tanıyıp tanımama seçeneği ile karşı karşıya bırakırken çocuğun haklarını korumayı amaçlamıştır; çünkü çocuğuna bakma iradesi göstermeyen bir anneye çocuğun velayetini bırakmak tehlikeli olacaktır.[39/1]

Mahkeme'ye göre, bu davadaki annenin dışında bazı evli olmayan annelerin çocuklarına bakmak istememiş olmaları, annelik ilişkisini tanıma beyanına veya mahkeme kararına tabi tutan bir kuralı haklı göstermez; aslında Hükümetin sözünü ettiği tavır, evli olmayan anne ile çocuk arasında olağan bir ilişki değildir. Komisyon'un da belirttiği gibi evli bir anne de çocuğuna bakmak istemeyebilir. Yine nesebi belirsiz çocukların menfaatleri nesebi belirli çocuklara göre daha az değildir. Ancak nesebi belirsiz çocuk, Belçika hukuku nazarında annesiz bir çocuk olarak kalmaktadır.[39/2-3]

Hükümet, bu yasa hükümlerinin geleneksel ailenin teşvik edilmesi için öngörüldüğünü ve bu nedenle objektif ve makul temellere dayandığını ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre, geleneksel ailenin desteklenmesi ve teşvik edilmesi kendiliğinden haklı olduğu halde, bu haklılık evlilikdışı (gayri meşru) ailenin zararına olarak alınan tedbirlerle elde edilemez; gayri meşru ailenin mensupları da geleneksel ailenin mensupları gibi Sözleşme'nin 8. maddesindeki güvencelerden yararlanır.[40]

Hükümet, söz konusu yasanın bazı yönlerden eleştiriye açık olduğunu, ancak bu konudaki sorunların İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin yürürlüğe girmesinden yıllar sonra ortaya çıktığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin yapıldığı 1950'de aile ile gayri meşru aile arasında bir ayrım yapmak mümkün idi. Ancak Sözleşme günün koşullarına göre yorumlanmalıdır. Avrupa Konseyi'ne üye bir çok Devlet iç hukukunu "mater semper certa est" özdeyişini tam olarak tanıma yönünde geliştirmektedir.[41]

Hükümet, söz konusu özdeyişin hukuk sistemine girmesi halinde, bunun ardından iç hukukta bir reform yapılması gerektiğini, aksi takdirde evli olmayan anneler bakımından tek yönlü sorumluluk artışı olacağını ileri sürmüştür. Bu nedenle Hükümete göre bir çok sorun yaşanacak ve yüzeysel çözümler tehlike yaratacaktır. Mahkeme'ye göre burada sadece, Belçika iç hukukunda nesebi belirsiz çocukların anneleriyle ilişki kurmalarının çeşitli yönleri üzerinde durulması gerekmektedir. Mahkeme'nin bir kararında Sözleşme'ye aykırılık tespit edilmesi, Mahkeme önüne getirilmeyen bazı konularda da reformlar yapılmasını gerektirebilir. İç hukuku Sözleşme'ye uygun duruma getirmek için gerekli tedbirleri almak, sadece ve sadece davalı Devlete ait bir görevdir.[42]

Mahkeme'ye göre şikayet konusu farklı muamele, objektif ve makul bir sebepten yoksundur.[43]

Bu nedenlerle Mahkeme olayda, annelik ilişkisinin kurulma tarzı nedeniyle anne ve çocuk açısından aile yaşamına saygı hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

B. Çocuk Alexandra'nın aile ilişkisinin hukuki boyutları konusunda

[44]: Belçika hukukuna göre, nesebi belirli çocuk doğumundan itibaren anne ve babasının aileleriyle tam olarak bütünleştiği halde, nesebi belirsiz çocuk anne ve babasının aileleri için hukuken tam bir yabancıdır. Bazı istisnalar bulunmakla birlikte, yürürlükteki hukuka göre nesebi belirsiz çocuğun annesinin ve babasının akrabalarının malvarlığı üzerinde bir hakkı ve akrabaların bu çocuğa bakma yükümlülüğü bulunmamaktadır. Olayda da çocuk ile anneannesi ve teyzesi arasında hiç bir hukuki ilişkisi kurulmamıştır. Başvurucular bu durumun tek başına ve 14. madde ile birlikte ele alınan 8. maddeye aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir. Hükümet buna karşı çıkmıştır. Komisyon ise durumu 8 ve 14. maddelere aykırı görmüştür. Mahkeme bu sorunu 8. madde bakımından tek başına ve ayrıca 14. maddeyle birlikte ele almıştır.[44]

1. Sözleşme'nin 8. maddesinin tek başına ihlali iddiası

[45-47]: Mahkeme'ye göre aile yaşamı kavramı, büyükanne ve büyükbaba gibi yakın akrabalarla olan ilişkileri de içerir. Bu şekilde anlaşılan aile yaşamına saygı hakkı, Devlete bu ilişkilerin normal biçimde gelişmesine imkan verme yükümlülüğünü yükler. Evli olmayan anne ile tanıdığı çocuğu arasındaki ilişki, eğer çocuk annenin ailesinin bir üyesi haline gelmeyecek olursa ve ilişki sadece anne ve çocuk arasında kurulacak olursa, ailenin gelişimi engellenmiş olacaktır.[45]

Hükümet, çocuğun büyükanne ve büyükbabasının bu davaya taraf olmadığı, çocuğun kendileriyle fiilen ilişki kurup kurmadığı konusunda Mahkeme'nin önünde bir delil bulunmadığı gerekçesiyle bu görüşe karşı çıkmıştır. Mahkeme'ye göre büyükannenin

Komisyon'a başvurmamış olması, başvurucuların kendi açılarından aileden dışlanma konusunda şikayette bulunmalarını engellememektedir. Ayrıca çocuk ile ölmeden önce büyükanne arasında ilişki kurulduğunu kanıtlayan bir şey de yoktur. Mahkeme'ye ulaşan bilgiye göre, teyzesi ile arasında fiili bir ilişki vardır. Bu nedenlerle Mahkeme bu bağlamda, her iki başvurucu bakımından aile yaşamına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[46-47]

2. Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlali iddiası

[48]: Mahkeme'ye göre bu bağlamda nesebi belirli çocuk ile nesebi belirsiz çocuk arasındaki farklı muamelelerden biri, kanuni mirasçılık konusundadır. Diğer farklı muameleler konusunda da Hükümet herhangi bir haklı sebep göstermemiştir. Mahkeme nesebi belirli çocuk ile nesebi belirsiz çocuk arasındaki farklı muameleleri haklı kılacak herhangi bir objektif ve makul sebep görmemiştir. Bazen nesebi belirsiz çocuğun annenin ailesine girmesi nedeniyle meşru ailenin huzuru bozulabileceği halde, bu durum nesebi belirsiz çocuğun haklardan yoksun bırakılmasını haklı kılmaz. Bu nedenlerle Mahkeme, hem annenin ve hem de çocuğun aile yaşamına saygı hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[48]

C. Başvurucuların dayandıkları ailesel hakları hakkında

[52-55]: Mahkeme'ye göre, yakın akrabalar arasında kanuni mirasçılık ve vasiyet yoluyla mirasçılık, Sözleşme'nin 8. maddesinin korumasını gerektirecek kadar aile yaşamıyla ilgilidir. Ne var ki 8. madde, nesebi belirsiz bir çocuğun anne-babasının veya yakın akrabalarının malvarlığından pay almasını veya bir annenin nesebi belirsiz çocuğu lehine vasiyette bulunurken tamamen serbest olmasını zorunlu kılmamaktadır. Bu nedenle Belçika hukuku, gayri meşru çocuğun miras haklarının kısıtlanması gibi tedbirler tek başına ele alındığında 8. maddeye kendiliğinden aykırı düşmez. Ancak bu tedbirler: a) gayri meşru çocuğun annesinden miras edinmesini kısıtlamakta, b) annesi tarafından yakın akrabalarının vasiyet bırakmadan ölmeleri halinde bunların malvarlıkları üzerinde tamamen miras hakkından yoksun bırakmakta, c) annenin gayri meşru çocuğuna miras bırakmasını kısıtlamakta olup, bu tedbirlerin hiç bir objektif ve makul sebebi yoktur. Bu nedenlerle Mahkeme, 8. madde ile birlikte ele alındığında, annenin ve nesebi belirsiz çocuğun aile yaşamına saygı hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. [52-55]

1. Alexendra'nın dayandığı ailesel haklar

[50-59]: Belçika hukukuna göre, nesebi belirli çocuk doğuşundan itibaren veraset veya intikal yoluyla bütün miras haklarına sahip olduğu halde, nesebi belirsiz çocuk bakımından bu haklar bulunmamaktadır. Başvuruculara göre bu sistem, özel yaşama saygı hakkı ile birlikte mülkiyet hakkına ve ayrımcılık yasağına aykırı bulunmaktadır. Mahkeme'ye göre, Birinci Protokolün 1. maddesindeki mülkiyet hakkı, herkesin mülkiyetini barışçı biçimde kullanma hakkını içermektedir. Bu madde sadece mülkiyeti bulunan kişilere uygulanabilir. Bu madde mülkiyetin miras veya başka bir yolla kazanılmasını güvence altına almamaktadır. Bu nedenle Mahkeme, tek başına ele alındığında olayda nesebi belirsiz çocuk bakımından mülkiyet hakkının uygulanabilir olmadığı sonucuna varmıştır.[50-59]

2. Paula Marckx'ın dayandığı ailesel haklar hakkında

[60-65]: Belçika hukukuna göre evli olmayan annenin nesebi belirsiz çocuğuna çok sınırlı bir biçimde miras bırakabilme imkanı vardır. Birinci Protokolün birinci maddesi mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Bir kimsenin mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunabilmesi mülkiyet hakkının geleneksel ve temel bir yönüdür. Olayda evli olmayan bir annenin çocuğu lehine bağışta bulunmasını yasayla kısıtlanmıştır. Bu nedenle Mahkeme,

mülkiyet hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Öte yandan davalı Hükümet, Mahkeme'nin gayri meşru çocuklarla ilgili Belçika mevzuatını Sözleşme'ye aykırı görmesi halinde Mahkeme'nin kararının verildiği tarihinden itibaren iç hukukta sonuç doğurması ve geriye yürürlü sonuç doğurmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'de var olan hukuki kesinlik Belçika Devletini bu kararın verildiği tarihten önceki hukuki işlemleri ve olayları yeniden ele almaktan kurtarmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, Mahkeme kararının verildiği tarihten itibaren iç hukukta hüküm doğurduğu sonucuna ulaşmıştır.[60-65]

D. Sözleşme'nin 3 ve 12. maddelerinin ihlali iddiası

[66]: Mahkeme'ye göre, başvurucuların söz konusu mevzuat hükümleri nedeniyle, kendilerini bir ölçüye kadar aşağılanmış hissetmiş olmaları mümkündür. Ancak bu muamele 3. maddenin kapsamına girecek nitelikte değildir. Bu nedenle Mahkeme, olayda aşağılayıcı muamele yasağının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.[66]

Başvuruculara göre, Belçika hukuku evli olmayan annenin, Sözleşme'nin 12. maddesine içkin bulunan evlenmeme hakkına saygı göstermemektedir. Başvuruculara göre nesebi belirsiz bir çocuğu, nesebi belirli duruma getirebilmek için annenin evlenmesi gerekmektedir. Mahkeme'ye göre birinci başvurucu evli olmayan annenin evlenmesinin veya tek yaşamasının önünde hukuki bir engel yoktur. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 12. maddesinin evlenmeme hakkını içerip içermediğini inceleme gereği duymamıştır. Yine öte yandan başvuruculara göre nesebi belirsiz çocuğun anne ve babasının nesebi belirli çocuğun anne ve babasının haklarıyla aynı olmadığını ileri sürerek, 12. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Ancak Mahkeme olayda, 12. maddenin uygulanabilir olmadığı sonucuna varmıştır.

E. Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanması

Mahkeme, olayın şartları içinde ihlal tespitinin yeterli bir adil karşılık oluşturduğuna ve tazminata hükmedilmesinin gerekli olmadığına karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

I. Hükümetin itirazları konusunda:

1. Bire karşı on dört oyla, başvurucuların Sözleşme'nin 25. maddesi anlamında mağdur olduklarını iddia edebileceklerine;

II. Alexandra Marckx'ın annelik ilişkisini kurma tarzı konusunda:

2. Beşe karşı on oyla, Paula Marckx bakımından tek başına ele alınan Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline;

3. Dörde karşı on bir oyla, bu başvurucu bakımından, 8. maddeyle bağlantılı olarak ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesinin de ihlaline;

4. Üçe karşı on iki oyla, Alexandra Marcx bakımından, tek başına ele alınan Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline;

5. İkiye karşı on üç oyla, bu başvurucu bakımından 8. maddeyle bağlantılı olarak ele alınan 14. maddenin ihlaline;

III. Alexandra Marckx'ın hukuki düzeyde aile ilişkileri konusunda:

6. Üçe karşı on iki oyla, her iki başvurucu bakımından, tek başına ele alınan Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline;

7. İkiye karşı on üç oyla; her iki başvurucu bakımından, 8. maddeyle bağlantılı olarak ele alınan 14. maddenin de ihlaline;

IV. Alexandra Marckx'ın dayandığı ailesel haklar konusunda:

8. Oybirliğiyle, Birinci Protokolün 1. maddesinin Alexandra Marckx'ın iddiaları bakımından uygulanabilir olmadığına;

9. Oybirliğiyle, bu başvurucu bakımından, tek başına ele alınan Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine;

10. İkiye karşı on üç oyla, aynı başvurucu bakımından, 8. maddeyle bağlantılı olarak ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlaline;

V. Paula Marckx'ın dayandığı ailesel haklar konusunda:

11. Oybirliğiyle, Paula Marckx bakımından, tek başına ele alınan Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine;

12. İkiye karşı on üç oyla, bu başvurucu bakımından, 8. maddeyle bağlantılı olarak ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlaline;

13. Beşe karşı on oyla, Paula Marckx'ın iddiaları bakımından Birinci Protokolün 1. maddesinin uygulanabilir olduğuna;

14. Altıya karşı dokuz oyla, aynı başvurucu bakımından, tek başına ele alınan bu maddenin ihlal edilmediğine;

15. Beşe karşı on oyla, bu başvurucu bakımından, Birinci Protokolün 1. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlaline;

VI. Sözleşme'nin 3 ve 12. maddelerinin ihlali konusunda:

16. Oybirliğiyle, bu davada Sözleşme'nin 3 ve 12. maddelerinin ihlal edilmediğine

VII. 50. madde konusunda:

17. Altıya karşı dokuz oyla, bizzat yukarıda varılan sonuçların, Sözleşme'nin 50. maddesi bakımından adil bir karşılık oluşturduğuna

KARAR VERMİŞTİR.

Yargıçlar Balladore Pallieri, Pedersen, Ganshof van der Meerch, Evrigenis, Pinheiro Farinha ve Garcia Enterria'nın Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanması konusunda birleşik karşı oy görüşleri, Yargıç O'Donoghue'un kısmen karşı oy görüşü, Yargıç Thor Vilhjalmsson'un kısmen karşı oy görüşü, Yargıç Sir Gerald Fitzmaurice'in karşı oy görüşü, Yargıç Bindschedler-Robert'in kısmen karşı oy görüşü, Yargıç Matcher'in kısmen karşı oy görüşü; Yargıç Pinheiro Farinha'nın kısmen karşı oy görüşü, karara eklenmiştir. Ayrıca yargıçlar Balladore Pallieri, Zekia, Pedersen, Ganshof van der Meersch, Evrigenis ve Lagergren, kararın 14. hüküm fıkrasına karşı olduklarını beyan etmişler ve Paula Marckx bakımından Birinci Protokolün 1. maddesinin tek başına veya birlikte ele alındığında ihlal edildiğini bildirmişlerdir.

SON KARARIN YERİNE GETİRİLMESİ

BAKANLAR KOMİTESİ: DH (88) *3;* 04.03.1988

Hükümetin verdiği bilgiye göre: Aile ile ilgili çeşitli hükümlerde değişiklik yapan 31 Mart 1987 tarihli yasa 27 Mayıs 1987'de yayınlanmış olup, Belçika mevzuatını İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Marckx kararında yorumlandığı şekliyle Sözleşme'ye uygun duruma getirmiştir.

Annelik ilişkisinin kurulmasıyla ilgili ihlaller bakımından yeni yasanın 38. maddesi Medeni Kanunun Birinci Kitabının 312-342.b maddelerinin yerini almıştır. Medeni Kanunun yeni 312. maddesine göre bir çocuğun annesi, doğum belgesinde adı yazılı olan kişidir. Buna göre anne tarafından iradi olarak tanıma beyanında bulunulması gerekli değildir.

Aile hukuku ve aile hakları ile ilgili diğer ihlaller bakımından ise, Medeni Kanunun yeni 334. maddesi ailevi ilişki tarzları arasında genel bir eşitlik prensibi getirmiştir. 31 Mart 1987 tarihli yasanın 66-74. maddeleri Medeni Kanunun miras hukuku ile ilgili hükümlerini değiştirmiştir. Bu yeni hükümlerin kabulüyle, nesebi belirsiz çocukları miras bakımından ayrımcı muameleye tabi tutan Medeni Kanunun 756-766. maddeleri kaldırılmıştır.

26.03.1985 8978/80 X ve Y - HOLLANDA

♦ *kişisel bütünlük—cinsel saldırıya karşı korumama* (on altı yaşında zihinsel özürlü olup kaldığı özel bakımevinde cinsel saldırıya uğrayan genç kızın bizzat kendisinin şikayetçi olmaması nedeniyle kamu davası açılmaması, babanın yaptığı şikayetin takibi şahsi şikayete bağlı suç nedeniyle reddedilmesi) ■ özel yaşama saygı hakkı—devletin pozitif yükümlülüğü yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

Birinci başvurucu 1929 doğumlu X, ikinci başvurucu 1961 doğumlu kızı Y, Hollanda vatandaşı olup, isimlerinin açıklanmasını istememişlerdir. Zihinsel engelli olan Y, 1970 yılından, beri zihinsel engelli çocuklar için işletilen özel bir evde kalmaktadır.

14-15 Aralık 1977 gecesi Y, müdirenin aynı evde yaşamakta olan orta yaştaki kayın biraderi B tarafından uyandırılmıştır. B, kızı kendi odasına gelmeye, soyunmaya ve kendisiyle cinsel ilişkiye zorlamıştır.

Y'nin 16. yaş gününden bir gün sonra meydana gelen bu olay, Y'nin çok büyük ölçüde ruhsal tahribatına neden olan travmatik sonuçlar doğurmuştur.

Ertesi gün baba X, şikayette bulunmak polis merkezine gitmiştir. X polise, kızının zihinsel durumu nedeniyle şikayette bulunamayacağını söylemiş, polis şikayet dilekçesinin X tarafından imzalanabileceğini söylemiştir. X tarafından yapılan şikayet şu şekildedir: "Bir baba olarak, B'nin kızıma karşı suç işlediğini ihbar ediyorum. Kızımın kendisi şikayette bulunamadığı için ben şikayette bulunuyorum, çünkü kendisi on altı yaşında olmasına rağmen zihinsel ve ruhsal olarak hala bir çocuktur."

Polis memurunun düzenlediği tutanak X tarafından imzalanmıştır. Polis memuru daha sonra savcıya, kızın kendi başına bir şikayette bulunabilecek durumda olmadığını bildirmiştir. Kızın gittiği okulun müdüresine ve bir diğer öğretmene göre, kızın kendisi soruşturma açılmasıyla ilgili isteğini ifade edebilecek durumda değildir.

Savcı Mayıs 1978'de, bundan sonraki iki yıl içinde aynı suçu işlememesi koşuluyla, B hakkında dava açmama karar vermiştir. Eylül 1978'de X'e, savcının kararı bildirilmiştir.

X, savcının bu kararına karşı mahkemeye itirazda bulunmuş ve B'ye karşı ceza davası açılmasına karar verilmesini istemiştir. X daha sonra verdiği ek bir dilekçede, sınırlı sayıdaki istisnalardan hiç biri mevcut olayda bulunmadığından, mağdur adına kanuni temsilcisi olarak kendisinin de şikayette bulunabileceğini belirtmiştir.

Yerel mahkeme Temmuz 1979'da bu başvuruyu reddetmiştir. Bu mahkemeye göre, olayda Ceza Kanunun 242. maddesindeki tecavüz suçunun kanıtlanıp kanıtlanamayacağı kuşkuludur. Ceza Kanununun 248ter. maddesi mevcut olaya uygulanabilir; fakat bu madde, mağdurun kendisinin başvurması halinde uygulanabilir; polisin kızı şikayette bulunamayacak durumda görmesine rağmen, Ceza Kanununun 64(1). fıkrası uyarınca babanın yaptığı şikayet, 16 yaşın üstünde olan bir kızın kendisinin yapması gereken şikayetin yerine geçemez; çünkü mevcut durumda başka hiç kimse, şikayette bulunmaya kanunen yetkili

değildir; bu konuda hukuki bir boşluk vardır; fakat bu boşluk, B'nin aleyhine olarak geniş yorumlanmak suretiyle doldurulamaz. Bu karara karşı temyiz yolu yoktur.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Y bakımından Sözleşme'nin 8. maddesinin tek başına ihlali iddiası

21. Başvuruculara göre, B'ye karşı bir ceza davasının açılamaması, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmiştir.

Hükümet bu iddiaya karşı çıkmıştır. Komisyon ise, bu iddiaya esaslı noktaları itibarıyla katılmıştır.

22. Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilirliği üzerinde bir tartışma yoktur. Komisyon'a başvuru yapılmasına yol açan olaylar, bir "özel yaşam" meselesidir; özel yaşam kavramı, kişinin cinsel yaşamı dahil, fiziksel ve ruhsal bütünlüğünü kapsayan bir kavramdır.

23. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 8. maddesi esas itibarıyla bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumakla birlikte, devleti sadece böyle bir müdahalede bulunmaktan kaçınmaya zorlamakla kalmaz; bu negatif yükümlülüğe ek olarak, özel ve aile yaşamına etkili bir şekilde saygı gösterilmesi için devletin pozitif yükümlülükleri de bulunabilir (*Airey, §32*). Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında olsa bile, özel yaşama saygıyı sağlamayı hedefleyen tedbirlerin alınmasını içerebilir.

1. Ceza hukuku hükümlerinin gerekliliği

24. Başvurucular, söz konusu kötü davranışa karşı, Y gibi genç bir kız için gerekli korumanın ancak ceza hukukuyla sağlanabileceğini iddia etmişlerdir. Hükümete göre ise Sözleşme, kullanılabilecek olan vasıtanın seçime karar vermeyi devletlere bırakmış olup, medeni hukuk hükümlerinin tercih edilmesini engellememiştir.

Bu noktada, özü itibarıyla Komisyon'un görüşüne katılan Mahkeme, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında Sözleşme'nin 8. maddesine uygunluğun sağlanmasına yarayacak vasıtanın seçiminin, kural olarak, Sözleşmeci Devletlerin takdir alanına giren bir mesele olduğunu belirtir. Bu bağlamda, "özel yaşama saygıyı" sağlamak için değişik yollar bulunmakta olup, devletin yükümlülüğünün niteliği, söz konusu özel yaşamın özelliklerine bağlıdır. Ceza hukuku, başvurulabilecek zorunlu tek çözüm yolu değildir.

25. Hükümet yasakoyucunun, zihinsel engellilerin fiziksel bütünlüğünün korunmasını en iyi şekilde sağlamak üzere düşünülmüş ceza hukuku hükümlerini getirmekte karşılaştığı güçlükleri zikretmiştir. Bu yönde çok ileri gitmek, benimsenemeyecek bir paternalizme yol açabilir; devletin bireyin cinsel yaşamına saygıya kabul edilemeyecek bir müdahalesine sebep olabilir.

Hükümet, Medeni Kanunun 1401. maddesinin 1407. maddesiyle birlikte ele alındığı zaman, Y namına Hollanda mahkemelerine şu başvuruların yapabileceğini belirtmiştir:

- B'ye karşı maddi ve manevi zararlar için tazminat davası açılması;

- B'ye karşı bu fiillerini tekrarlamasını engelleyen bir tedbir kararı için başvurulması;

- çocuk evinin müdiresine karşı aynı şekilde bir dava açılması.

Başvurucular, bu medeni hukuk yollarının olaya uymadığını belirtmişlerdir. Başvurucular, cezai bir soruşturma yapılmamasının, başka şeylerle birlikte, 1401. maddeye göre kanıtlanması gereken eylemin haksızlığı, kusur, zarar ve fiil ile zarar arasında nedenselik ilişkisi gibi, dört mesele hakkında delil göstermeyi zorlaştıracağını ileri sürmüşlerdir.

Kaldı ki, uzun süren bu tür davalar, mağdurun aktif bir tutum içinde olmasını gerektirdiği için, kendisinin duygusal dünyası bakımından zorluklar yaratmaktadır.

26. Komisyon temsilcisi duruşmada, başvurucuların ileri sürdüklerinin esaslı noktalarını benimsemiş, ayrıca 1401. maddenin manevi zararlara karşılık tazminat için uygun bir temel oluşturup oluşturmadığı konusundaki kuşkularını belirtmiştir. Komisyon temsilcisi ayrıca bir tedbir kararının sadece sınırlı çerçevedeki kişilere karşı yöneltilebileceğini, ama koruma ihtiyacının olduğu gibi durduğunu eklemiştir. Son olarak medeni hukuk, ceza hukukuna içkin bulunan caydırıcılıktan yoksundur.

27. Mahkeme, Y'ye karşı işlenen türden bir kötü davranış olayında medeni hukuk tarafından sağlanan korumanın yetersiz olduğunu tespit etmektedir. Bu olay, temel değerleri ve özel yaşamın esaslı yönlerini tehlikeye sokan bir olaydır. Bu alanda etkili bir caydırıcılık kaçınılmaz olup, ancak ceza kanunu hükümleriyle gerçekleştirilebilir; gerçekten de sadece bu tür hükümlerle, mesele normal bir biçimde düzenlenebilir.

Dahası, Komisyon'un da işaret ettiği gibi bu alan, Hollanda'nın genellikle ceza hukukuna dayanan bir koruma sistemini tercih ettiği bir alandır. Komisyon ve Mahkeme'nin farkında olduğu tek boşluk, Y'nin durumunda olan kişiler bakımındandır. Bu tür olaylarda bu sistem, Hollanda yasakoyucusunun önceden göremediği bir usul engeliyle karşılaşmaktadır.

2. Hollanda mevzuatının Sözleşme'nin 8. maddesine uygunluğu

28. Hükümete göre Kanundaki boşluğu ortaya çıkartan şey olayın istisnai şartları olup, yasakoyucu bakımından bir ihmalin bulunduğu söylenemez. Tabi Ceza Kanununda zihinsel engelli bir kimseyle cinsel ilişki kurmayı suç haline getiren bir hüküm yoktur. Bununla birlikte belirli durumlarda, mağdurun bir şikayeti olsun veya olmasın, zihinsel engelli kişinin cinsel bütünlüğünü ihlal eden bir kimseye karşı Ceza Kanununun 239(2). fıkrasına dayanan bir ceza davası açılabilir. Bu madde, "bir kimsenin iradesi hilafına başka bir kimsenin önünde" cinsel fiilde bulunmayı suç saymaktadır; Yüksek Mahkeme bu deyimi, cinsel eylemin mağdurunu kapsayacak şekilde yorumlamıştır.

Başvuruculara göre ise mevcut Ceza Kanunu yeterli koruma sağlamamaktadır (bk. Kom. raporu, parag. 41-43).

29. Ceza Kanununun 248ter maddesi ile 239(2). fıkrası mevcut davayla ilgilidir.

Ceza Kanunun 248ter maddesi, bu maddeye muhalefet etmiş bir kimseye karşı ceza davası açılmasından önce, fiilden mağdur olmuş kişinin bir şikayette bulunmasını gerektirmektedir. Arnhem Üst Mahkemesi, Y durumundaki bir kimsenin olayında, kanuni temsilcinin mağdur adına bu amaçla hareket edemeyeceği görüşündedir. Üst Mahkeme Kanundaki bu boşluğu, B'nin aleyhine genişleterek yorumlamak suretiyle doldurulamayacağını kabul etmiştir. İç hukukun yorumlanmasında yetkili ulusal mahkemelerin yerine geçmek, hiçbir şekilde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin görevi olamaz (*Handyside, §50*). Mahkeme, söz konusu olayda 248ter maddesine dayanılarak ceza davası açılamayacağının ortaya çıktığını görmektedir.

Ceza Kanunun 239(2). fıkrasının ise cinsel saldırıyı değil, ama cinsel teşhiri cezalandırmaya yönelik olduğu görülmektedir; bu fıkra açıktır ki, mevcut olayda uygulanamaz. Aslında hiç kimse, hatta savcı bile, o tarihte veya meselenin Strazburg önüne getirilmesi sırasında bu hükmün uygulanabileceğini düşünmemiştir.

30. O halde Ceza Kanununun ne 248ter maddesi ve ne de 239(2). fıkrası, Y'ye pratik ve etkili bir koruma sağlamıştır. Bu nedenle, söz konusu kötü davranışın niteliğini de dikkate alarak, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal mağduru olduğu sonucuna varılmalıdır.

II. Y bakımından Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak alındığında 14. maddenin ihlali iddiası

31. Başvurucular, cinsel saldırıya karşı özel korumaya ihtiyaç gösteren değişik kişi kategorileri arasında yasakoyucu tarafından yapılmış farklı muamelenin, Sözleşme'nin 14. maddesindeki ayrımcılığı meydana getirdiğini iddia etmişlerdir.

Hükümet bu görüşe karşı çıkmıştır. Komisyon bunun ayrı bir sorun doğurmadığını belirtmiştir.

32. Sözleşme'nin 14. maddesinin bağımsız bir varlığı yoktur; ayrımcılık yasağı, Sözleşme tarafından korunan her bir hakkın özel bir unsurunu oluşturur. Bu hakları içeren maddeler, tek başına veya 14. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edilebilirler. Mahkeme'nin bu maddelerin tek başına ihlal edildiği sonucuna varması halinde, genellikle olayın 14. madde bakımından incelemesi gerekmemektedir. Söz konusu hakkın kullanılmasında açık bir eşitsiz muamelenin, olayın temel bir yönü olması halinde, durum değişir. Ancak bu durum, bu davada tespit edilen 8. madde ihlal bakımından geçerli değildir (*Airey, §30*).

Buna göre Mahkeme, olayı bir de 14. madde bakımından incelemeyi gerekli görmemektedir.

III. Y bakımından Sözleşme'nin 3. maddesinin tek başına veya 14. maddeyle bağlantılı olarak ihlali iddiası

33. Başvuruculara göre Y, B'den Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı olarak "insanlık dışı ve aşağılayıcı muamele" görmüştür. Başvurucular, Y'de sebep olunan kronik psikolojik travmanın, Sözleşme'nin 3. maddesinin kapsamına girecek düzeye ulaştığını ve bu madde bakımından devletin belirli koşullarda üçüncü kişilerin fiillerinden sorumlu olduğunu ileri sürmüşlerdir.

34. Komisyon'a göre Hollanda hukukundaki boşluk ile 3. maddenin "kapsadığı koruma alanı" arasında yakın ve doğrudan bir bağlantı olmadığından, Sözleşme'nin 3. maddesi ihlal edilmemiştir.

Hükümet duruşmada bu görüşü benimsemiş ve Y'ye yapılan muameleden dolayı sorumlu olmadığını söylemiştir.

Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varan Mahkeme, olayı bir de Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından tek başına veya 14. maddeyle bağlantılı olarak incelemenin gerekli olmadığını kabul etmektedir.

IV. Y bakımından Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali iddiası

35. Başvurucular, Y'nin şikayetleri için Hollanda'da etkili bir hukuk yolu bulunmadığını iddia etmişler ve bu nedenle Sözleşme'nin 13. maddesini ileri sürmüşlerdir.

Başvurucular, özellikle Ceza Usul Kanununun 12. maddesine göre Arnhem Üst Mahkemesine başvuruda bulunma imkanının, etkili bir hukuk yolu oluşturmadığını belirtmişlerdir.

Hükümete göre ise bu usul, Ceza Kanununun doğru bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere getirilmiş bir usuldür. Bir usulün belirli bir amaca yaramamış olması, bir usulün bulunmadığı anlamına gelmez.

Komisyon Sözleşme'nin 13. maddesinden, Sözleşme'ye uygun olmadığı düşünülen Kanun hükmüne karşı bir hukuk yolunun bulunması gerektiği sonucunun çıkarsanamayacağı görüşündedir.

36. Mahkeme daha önce 8. madde bağlamında Y için hukuk yolu sağlayan yeterli vasıtanın mevcut olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme, bu tür vasıtanın bulunmamasının,

kendisini 8. maddenin ihlali edildiği sonucuna götüren faktörlerden biri olduğunu tespit etmiştir.

Durum böyle olduğundan, Mahkeme aynı meseleyi bir de 13. madde bakımından incelemeyi gerekli görmemektedir.

V. X'in şikayetleri

37. X başlangıçta, Hollanda hukukundaki boşluğun, kendisinin Sözleşme'nin 8 ve 13. maddelerindeki haklarını da ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Komisyon bu konuda ayrı bir sorun doğmadığını kabul etmiştir.

Başvurucunun avukatı, olayın bu yönünü Mahkeme'deki duruşmada tekrar etmemiştir. Mahkeme bu konuda bir karar vermeyi gerekli görmemektedir.

VI. Sözleşme'nin 50. maddesi

Başvurucunun avukatı, olaydan yaklaşık yedi yıl sonra bile, kızın mağduru olduğu cinsel saldırının günlük sonuçlarını yaşamakta" olduğunu ve "bunun aile içinde de gerilim kaynağı oluşturduğunu" anlatmıştır.

Hükümet de bu iddialara karşı çıkmamış, fakat çekilen acının Sözleşme ihlalinin bir sonucu değil, B tarafından yapılan eylemin bir sonucu olduğunu savunmuştur. Hükümete göre adil karşılığa hükmetmeye gerek yoktur.

Mahkeme Y'nin zarara uğradığı konusunda kimsenin bir itirazı yoktur. Ayrıca Hollanda yetkili makamlarının bir ölçüde, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline yol açan mevzuattaki eksiklikten kaynaklan bir sorumluluklarının bulunduğu da inkar edilemez. Hakkaniyet esasına göre bir değerlendirme yapan Mahkeme, Y'ye adil karşılık olarak 3,000 Gulden manevi tazminat ödemesine hükmetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Y bakımından Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine;
2. (a) diğer şikayetler bakımından;
   (b) X'in şikayetleri bakımından

incelemenin gerekli olmadığına;

3. Davalı devletin Y'ye Sözleşme'nin 50. maddesine göre 3,000 Gulden ödemesine

KARAR VERMİŞTİR.

26.10.1988 10581/83 NORRIS - İRLANDA

♦ *cinsel yaşam—eşcinsel ilişki yasağı* (yetişkin erkekler arasında eşcinsel faaliyetleri suç sayan yasaların uygulanmamakla birlikte yürürlükte olmaları) ■ özel yaşama saygı hakkı

DAVANIN ESASI

1944 doğumlu olan bay David Norris, bir İrlanda vatandaşıdır. 1967 yılından beri, Dublin'deki Trinity Kolejinde İngilizce öğretim üyesidir. Başvurucu halen, İrlanda Parlamentosu ikinci meclisinde, Dublin Üniversitesi mezunları tarafından seçilen üç üyeden biri olarak görev yapmaktadır.

Bay Norris, faal bir eşcinsel olup, 1971'den beri İrlanda'da eşcinsellerin hakları için mücadele eden bir kişidir; 1974'te, İrlanda Gay Hakları Hareketinin kurucu üyesi ve başkanı

olmuştur. Başvurucu, İrlanda'da yetişkin erkekler arasında bazı eşcinsel faaliyetleri suç sayan yasa hükümlerinin varlığından şikayetçidir.

Başvurucu 1977 yılında yerel mahkemeye bir dava açarak, Anayasadan önce çıkarılmış olup da Anayasaya aykırı olan yasaların yürürlükte olmadığını belirten Anayasanın 50. maddesi gereğince, eşcinsel faaliyetleri suç sayan yasa hükümlerinin artık yürürlükte olmadığını iddia etmiştir. Başvurucu, bu mevzuattan etkilendiğini ve özel yaşamına saygı hakkının müdahaleye uğradığını anlatan beyanlarda bulunmuştur. Başvurucunun beyanının en önemli noktaları şu şekilde özetlenebilir:

Başvurucu, kendisinin geri dönülmez bir biçimde eşcinsel olduğunu ve cinselliğini açıkça ifadeye etmeye kalktığında cezai kovuşturmayla karşılaşacağını anladığı zaman, derin bir depresyona ve yalnızlık içine girdiğini beyan etmiştir.

Başvurucunun kendisine veya daha sonra başkanı olduğu kuruluşa karşı bir soruşturma açılması girişiminde bulunulmamıştır. Başvurucu emniyet makamlarına bu kuruluşun faaliyetleriyle ilgili bilgi vermiş, fakat sempatik bir yanıt almış ve bir polis sorgusuna tabi tutulmamıştır.

Başvurucu devlet televizyonunda katıldığı bir programda eşcinsel olduğunu kabul etmiş, fakat bunun bir hastalık olduğu veya toplumun herhangi bir üyesi gibi çalışmasını engelleyeceği iddialarını reddetmiştir. Bu program aleyhine bir şikayette bulunulmuştur. Yayın Şikayetleri Danışma Komitesinin raporunda, eşcinsel faaliyetleri suç sayan mevcut hukuka gönderme yapılarak, eşcinsel davranışların savunulması şeklinde yorumlanabilecek olan bu programın, Kamu Yayın İşleri Tüzüğüne aykırı olduğu gerekçesiyle şikayet kabul edilmiştir.

Başvurucu, kendisiyle söz konusu programdan sonra sözlü saldırıya ve tehditlere maruz kaldığını, bunun bir ölçüde eşcinsel faaliyeti suç sayan hükümlerden kaynaklandığını beyan etmiştir. Başvurucu ayrıca, geçmişte bazı mektuplarının, postane yetkilileri tarafından açıldığını iddia etmiştir.

Başvurucu bir başka erkekle fiziksel ilişkisi bulunduğunu kabul etmiş ve kendisinin veya genellikle İrlanda dışında yaşayan ilişkisi bulunduğu diğer kişinin soruşturmayla karşılaşacağından korkmuştur.

Başvurucu ayrıca, Yüksek Mahkeme kararındaki karşı oyda Yargıç Henchy'nin sözünü ettiği aşağıdaki şeye maruz kaldığını iddia etmiştir:

"… kovuşturulmaktan ve toplum tarafından kötülenmekten duyduğu korku, kendisinin diğer arkadaşları veya erkek meslektaşlarıyla, sosyal veya başka tür ilişkilerde bulunmasını kısıtlamıştır. Heteroseksüellerin kendi insani kişiliklerinin ifadesi ve vatandaşlığın sıradan olayları için gerekli olarak bulundukları faaliyetlerde bulunmaktan, ustaca ve fakat sinsice ve yaralayıcı yollarla kısıtlanmış veya engellenmiştir."

Başvurucunun açtığı davadan önce veya sonra, kendisinin eşcinsel faaliyetleriyle ilgili bir suçla suçlanmadığı bilinmektedir. Ancak başvurucu kanunen, savcılığın veya bir muhbirin şahsi şikayeti yoluyla başlatılabilecek ve kendisinin yargılanmasına kadar gidebilecek bir kovuşturulma riski altındadır.

İrlanda iç hukukuna göre: "Hemcinsiyle veya bir hayvanla, yüz kızartıcı doğal olmayan cinsel ilişkiye girme suçunu işleyen bir kimse, hayat boyu çalıştırılma cezasıyla cezalandırılır". Belirli bir olayda hangi fiillerin ağır gayri ahlaki cinsel fiil olduğu, yasayla tanımlanmış olmayıp, her bir olayın şartlarına göre mahkemeler tarafından karar verilecek olan bir konudur.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Başvurucunun mağdur olduğunu iddia etme hakkı bulunup bulunmadığı

28. Hükümet, Komisyon önünde ileri sürdüğü gibi, Mahkeme'den, başvurucunun Sözleşme'nin 25(1). fıkrası anlamında bir "mağdur" olmadığına karar vermesini istemiştir. Bu fıkranın ilgili bölümü şöyledir:

Hükümet, şikayet konusu mevzuat başvurucuya hiç uygulanmadığından, söz konusu mevzuatın Sözleşme ışığında soyut olarak denetlenmesini istemek suretiyle, başvurucunun daha çok bir actio popularis (kamu davası) niteliğinde bir iddiada bulunduğunu ileri sürmüştür.

29. Komisyon ise bay Norris'in mağdur olduğunu iddia edebileceğini kabul etmiştir. Bu bağlamda Komisyon, Mahkeme'nin daha önceki bazı kararlarına, yani 6 Eylül 1978 tarihli *Klass ve Diğerleri* kararına, 13 Haziran 1979 tarihli *Marckx* kararına ve 22 Ekim 1981 tarihli *Dudgeon* kararına atıfta bulunmuştur.

Komisyona göre başvurucu, cezai bir soruşturmaya veya kovuşturmaya tabi tutulmuş olmamasına rağmen, şikayet ettiği yasa hükümlerinden doğrudan etkilenmiştir; çünkü eşcinsel yönelimi nedeniyle, rızası bulunan yetişkin erkeklerle yasaklanmış cinsel ilişkide bulunmaktan caydırılmıştır.

30. Mahkeme, Sözleşme'nin 24. (yeni 33) maddesinin, bir Sözleşmeci Devletin, bir başka Sözleşmeci Devlet tarafından yapılan Sözleşme'nin "herhangi bir ihlal iddiasını" Komisyon önüne getirmesine izin verirken, Sözleşme'nin 25. (yeni 34) maddesinin, bir bireysel başvurucunun şikayet ettiği tedbirden fiilen etkilendiğini iddia etmesini gerektirdiğini hatırlatır. Sözleşme'nin 25. maddesi, actio popularis niteliğinde bir davanın açılması için kullanılamaz. Bu madde, bir yasanın Sözleşme'ye aykırı olduğu şeklinde soyut bir iddiada bulunulmasına da temel oluşturamaz (*Klass ve Diğerleri, §33*).

31. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 25. maddesinde düzenlenen bireysel başvuru şartlarının, taraf ehliyeti (locus standi) bakımından, ulusal hukuk kriterleriyle zorunlu olarak aynı olmadığı konusunda Hükümetin görüşüne katılmaktadır. Bu konudaki ulusal hükümler, Sözleşme'nin 25. maddesiyle düşünülen amaçtan farklı bir amaca hizmet edebilirler; bu amaçlar bazen birbirine benzemekle birlikte, her zaman aynı olmak zorunda değildir (*ibid, §36*).

Durum böyle olunca, Mahkeme, Sözleşme'nin 25. maddesinin bireylere, haklarında münferit bir işlem yapılmış olmasa bile, yasa hükmünden doğrudan etkilenme riski altında bulunmaları halinde, bizzat yasanın haklarını ihlal ettiği iddiasında bulunma hakkı verdiğine hükmetmiştir (*Johnston ve Diğerleri, §42; Mackx, §27*).

32. Mahkeme'ye göre bay Norris, o tarihte Kuzey İrlanda'da yürürlükte bulunan hemen hemen özdeş yasayla ilgili olan Dudgeon davasındaki başvurucuyla önemli ölçüde aynı durumdadır. O dava belirtildiği gibi eşcinsel eğilimleri nedeniyle başvurucu, yasaklanan seksüel hareketleri rızası olan erkek partneriyle kendi özel alanında dahi yapmaktan yasaya saygı gösterip kaçınması halinde de, bu hareketleri yapıp cezai takibata maruz kalması halinde de, yasanın varlığından etkilenmektedir (*Dudgeon, §41*).

33. Tabi ki, küçüklerin söz konusu olduğu haller ile aleni veya rızasız olarak işlenen fiiller dışında, söz konusu dönemde İrlanda mevzuatına göre hiçbir soruşturma yapılmadığı anlaşılmaktadır. Buradan başvurucunun bu dönemde soruşturulma riskinin çok çok az olduğu çıkarsanabilir. Bununla birlikte, soruşturma makamları, bu konudaki mevzuatı uygulamama şeklinde bir davranış tarzı göstermemişlerdir. Yürürlükteki mevzuat arasında mevcut bir yasa, belirli türdeki olaylara uzun bir süredir uygulanmıyor olsa bile, örneğin

davranış tarzındaki değişiklik nedeniyle, herhangi bir zamanda bu tür olaylara uygulanabilir. O halde başvurucunun söz konusu mevzuattan "doğrudan etkilenme riski altında bulunduğu" söylenebilir. Dava Mahkemesinin 10 Ekim 1980 tarihli kararı da bu sonucu desteklemektedir; bu kararda Yargıç McWilliam, tanıkların beyanına dayanarak, "eşcinsel davranışlara karşı cezai yaptırımın sonuçlarından birinin, halkın yanlış anlamalarını ve genel önyargılarını pekiştirmek ve eşcinsellerin tedirginliğini ve suçluluk duygularını artırarak, bazen onları depresyona ve talihsiz rahatsızlıklara yol açan ciddi sonuçlara sürüklemek" olduğunu tespit etmiştir.

34. Mahkeme, yukarıdaki düşüncelere dayanarak, başvurucunun Sözleşme'nin 25(1). fıkrası anlamında Sözleşme'nin ihlalinden mağdur olduğunu iddia edebileceği sonucuna varmaktadır.

Bu durumda Mahkeme, başvurucunun kovuşturulma tehdidi konusundaki söylediklerini, mektuplarının açıldığına dair iddialarını, kendisinin göründüğü bir televizyon programıyla ilgili şikayetinin ve psikiyatrik sorunları hakkında İrlanda yerel mahkemesi önünde verdiği ifadenin kabul edilmiş olmasını incelemeyi gerekli görmemektedir.

II. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiası

A. Bir müdahalenin varlığı

35. Bay Norris eşcinsel tutumu nedeniyle, yürürlükteki İrlanda hukukuna göre, cezai kovuşturmayla karşı karşıya olduğundan şikayet etmiştir. Başvurucu bu nedenle, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olarak özel yaşamına saygı hakkının haksız bir müdahaleye uğradığını ve uğramaya devam ettiğini iddia etmiştir.

36. Komisyon (raporunun 55. paragrafında) şöyle demiştir: "Ceza mevzuatının temel amaçlarından biri, yasaklanmış davranışta bulunmayı caydırmak olup, vatandaşların ceza hukukuna aykırı düşmeyecek şekilde davrandıklarını veya davranışlarını buna göre değiştirdiklerini görmektir. O halde başvurucunun, kovuşturma riski altında olmadığını veya söz konusu mevzuatı tümüyle göz ardı edebileceğini söylemek mümkün değildir."

Bu nedenle Komisyon, şikayet konusu mevzuatın, yetişkin erkekler arasında özel alanda yaptıkları eşcinsel faaliyetleri yasakladığı kadarıyla, Sözleşme'nin 8(1). fıkrasının güvence altına aldığı başvurucunun özel yaşamına saygı hakkına müdahale ettiği sonucuna varmıştır.

37. Hükümet ise, başvurucunun Sözleşme'deki haklarına bir saygısızlık bulunduğu sonucuna varmanın mümkün olmadığını savunmuştur. Hükümet bu savunmasını desteklemek için başvurucunun, devletin veya memurlarının herhangi bir müdahalesiyle karşılaşmadan, özel yaşamıyla birlikte aktif bir aleni yaşam sürdürebilmiş olmasına dayanmıştır. Hükümet daha sonra, sırf eşcinsel davranışları hukuki yaptırımla kısıtlayan yasaların varlığı dolayısıyla, başvurucunun temel haklarında bir daralma meydana gelmediğini ileri sürmüştür.

38. Mahkeme mevcut davanın, Sözleşme'nin 8. maddesine müdahale bakımından *Dudgeon* davasından farklı olmadığına dair Komisyon'un görüşüne katılmaktadır. Söz konusu yasalar, yukarıda 33. paragrafın birinci cümlesinde belirtilen şartlarda eşcinsel fiilleri işleyen kişileri kovuşturmak için uygulanır. Her şeyden öte ve bu şartlardan ayrı olarak, bu mevzuatın uygulanması savcılığın görevidir; savcılık her bir müferit olaydaki takdir yetkisini, davranış tarzıyla ilgili önceden genel bir açıklamada bulunmak suretiyle bağlamayabilir. Her halükarda bir kovuşturmayı, halktan birinin şikayeti başlatabilir.

Dudgeon davasından farklı olarak, Norris'in bir polis soruşturmasına tabi tutulmadığı doğrudur. Ancak Mahkeme'nin *Dudgeon* davasında başvurucunun özel yaşamına saygı

hakkına müdahale bulunduğu şeklindeki tespiti, bu ilave etmene bağlı değildir. O davada belirtildiği gibi, "sözü geçen yasanın yürürlükte tutulması, başvurucunun özel yaşama (ki bu onun cinsel yaşamını da içerir) saygı hakkına, Sözleşme'nin 8(1). fıkrası anlamında sürekli bir müdahale oluşturmaktadır. Bu mevzuatın mevcudiyeti, başvurucunun özel koşulları bakımından özel yaşamını sürekli ve doğrudan etkilemektedir …" (*Dudgeon, §41*).

Bu nedenle Mahkeme, söz konusu mevzuatın Norris'in Sözleşme'nin 8(1). fıkrasındaki özel yaşamına saygı hakkına müdahale ettiği sonucuna varmaktadır.

B. Müdahalenin haklılığı

39. Mahkeme'nin tespit ettiği müdahale, Sözleşme'nin 8(2). fıkrası bakımından "hukuka göre" olmadıkça, bu fıkraya göre meşru olan bir amaç taşımadıkça ve bu amaç için "demokratik bir toplumda gerekli" bulunmadıkça, bu fıkradaki şartları karşılamış olmaz (*Olsson, §59*).

40. Bu şartlardan ilk ikisinin bulunduğu, üzerinde anlaşılmış bir konudur. Komisyon raporunun 58. paragrafında işaret edildiği gibi bu müdahale, tartışma konusu mevzuatın varlığından kaynaklandığı için, açıkça "hukuka göre" yapılmış bir müdahaledir. Bu müdahalenin ahlakı koruma gibi meşru bir amaca sahip olduğu konusunda da bir itiraz bulunmamaktadır.

41. Geriye, tartışma konusu mevzuatın yürürlükte tutulmasının, sözü edilen amaç için "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını belirlemek kalmaktadır. Mahkeme'nin içtihatlarına göre söz konusu müdahale, diğerleri arasında, bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmedikçe ve özellikle izlenen meşru amaçla orantılı bulunmadıkça, demokratik bir toplumda gerekli olmaz (*Olsson, §67*).

42. Komisyon bu noktada, mevcut davanın *Dudgeon* davasından farklı olmadığı görüşündedir. Komisyon raporunun 62. paragrafında, Dudgeon kararında bu meselenin tartışıldığı 48-63. paragraflarından geniş alıntı yapılmıştır. O karara göre, "bir kısım mevzuat toplumun belirli bir bölümünü olduğu kadar bütün bir toplumun ahlaki değerlerini korumak amacıyla 'gerekli' olduğu için, bu davadaki sorun, ilgili hükümlerin ve uygulamaların, bu amaçları 'demokratik bir toplumda' gerçekleştirmek için 'gerekli' olarak görülebilecek sınırlar içinde kalıp kalmadığıdır (*Dudgeon, §49*).

İrlanda'da, özel alanda yetişkin erkekler arasında rızaya dayalı eşcinsel ilişkilere muhalif ve hoşgörüsüz geniş bir kesimin bulunduğu konusunda Komisyon önünde bir itirazda bulunulmamıştır. İrlanda'da halkın bu tür faaliyetlere karşı korunmasına özel bir ihtiyaç bulunduğu da iddia edilmemiştir. Bu koşullarda Komisyon, İrlanda hukukuna göre başvurucuya getirilen kısıtlamanın, genişliği ve mutlak niteliği nedeniyle, gerçekleştirilmek istenen amaçla orantısız olduğu ve böylece Sözleşme'nin 8. maddesinde gösterilen sebeplerden herhangi biri bakımından gerekli olmadığı sonucuna varmıştır.

43. Hükümet duruşmada, toplumsal ihtiyaç baskısı ve orantılılık kriterlerinin ulusal güvenlik, kamu düzeni veya genel sağlığın korunması amacıyla getirilen kısıtlamaların test edilmesi için geçerli standartlar olduğu halde, aynı kriterlerin, bir müdahalenin genel ahlakı korumak için "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını belirlemek için uygulanamayacağını iddia etmiştir. Hükümete göre, Sözleşmeci Devletlerin geniş takdir alanından yararlandıkları konularda, daha geniş bir gereklilik açısından konuya yaklaşılmalıdır.

Hükümetin düşüncesine göre bu kriterlerin uygulanması, "ahlak istisnası"nın anlamını ortadan kaldırır. Hükümete göre, ahlaki değerler bağlamında "gerekli"liği "toplumsal ihtiyaç baskısıyla tespit etmek, çok dar bir yaklaşım olup, ahlakı bozan bir sonuç

meydana getirir, orantılılık testi de bir ahlaki meseleyi değerlendirmeyi gerektirir ki, bu da Mahkeme'nin mümkünse kaçınması gereken bir şeydir. Demokratik bir ulusun ahlaki değerlerinin sınırlarının genişliğini belirlemek ulusun kendi kurumlarına düşen bir iştir; devlete Sözleşme'nin 8. maddesine uygunluk konusunda belirli ölçüde tolerans gösterilmeli, yani demokratik bir yasama organına bu problemi en iyi şekilde çözmesi için takdir alanı tanınmalıdır.

44. Mahkeme bu savunma çizgiyle ikna olmamıştır. Mahkeme, daha 1976'da verdiği *Handyside* kararında, ahlakın korunmasının, çeşitli tedbirler alınmasını gerektirip gerektirmediğini araştırırken, "bu bağlamda 'gereklilik' kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısı üzerinde gerçekçi bir değerlendirme" yapmak zorunda olduğunu belirtmiş ve "bu alanda getirilecek her 'kısıtlama'nın, izlenen amaçla orantılı olması gerektiğini" söylemiştir (*Handyside, §46, 48 ve 49*). Mahkeme bu yaklaşımını *Dudgeon* kararında teyid etmiştir (*Dudgeon, §48*).

Daha yakın tarihli bir karar olan *Müller ve Diğerleri* kararı, ahlakın korunması bağlamında, Mahkeme'nin "demokratik bir toplumda gerekli" şeyin ne olduğunu belirlerken, aynı testleri uygulamaya devam ettiğini göstermektedir. Mahkeme, o davada karara varırken, ahlakı koruma meşru amacını izleyen tartışma konusu tedbirlerin, hem bir toplumsal ihtiyaç baskısına cevap verip vermediğini ve hem de orantılılık ilkesine uygun olup olmadığını incelemiştir (*Müller ve Diğerleri, §31-37 ve 40-44*).

Mahkeme, yerleşik içtihatlarında ortaya çıkan yaklaşımından ayrılmak için bir sebep görmemekte ve yukarıda sözü edilen üç karardan ikisi Sözleşme'nin 10. maddesiyle ilgili olmasına rağmen, 8. madde bağlamında farklı kriterler uygulamak için bir durum görmemektedir.

45. Ayrıca Hükümet, "gereklilik" tanımının daha geniş bir şekilde yorumlanması gerektiğini savunurken, aslında yukarıda belirtilen testlerin yerine veya bunları tamamlayıcı nitelikte uygulanabilir bir test önermemiştir. Buna göre Hükümetin, ahlakın korunması alanında devlete sınırsız bir takdir yetkisi tanınmasını savunduğu anlaşılmaktadır.

Mahkeme'nin de kabul ettiği gibi ulusal makamlar, ahlaki konularda geniş bir takdir alanına sahip bulunmakla birlikte, bu alan sınırsız değildir. Bu alanda da bir müdahalenin Sözleşme'ye uygun olup olmadığı hakkında karar vermek, Mahkeme'nin işidir (*Handyside, §49*).

Hükümet aslında, Sözleşme'nin 8. maddesine söz konusu müdahalenin "ahlakı korumak" için yapılması halinde, Mahkeme'nin İrlanda'nın yükümlülüğüne uyup uymadığını denetleyemeyeceğini söylemektedir. Mahkeme böyle bir yorumu benimseyemez. Bunu benimsemek, "Sözleşmeci Devletlerin üstlendikleri yükümlülüklerine uygun davranmalarını sağlamak için…" Mahkeme'yi kuran Sözleşme'nin 19. maddesine aykırı davranmak olur.

46. *Dudgeon* davasında olduğu gibi, "… sadece sınırlama amacının niteliği değil, aynı zamanda kapsadığı eylemlerin doğası da takdir yetkisinin kapsamını etkilemektedir. Söz konusu olay, özel yaşamın en mahrem yönüyle ilgilidir. Bunun sonucu olarak kamu otoriteleri tarafından yapılan müdahalelerin Sözleşme'nin 8(2). fıkrası anlamında haklı olabilmesi için, özel olarak ciddi nedenlerin mevcut olması zorunludur (*Dudgeon, §52*).

Hükümet, tartışma konusu yasaların yürürlüğünün sürdürülmesini haklı kılacak, *Dudgeon* davasında mevcut delillere ilave veya bunlardan daha ağır faktörlerin varlığına işaret eden bir delil gösterememiştir. Mahkeme 22 Ekim 1981 tarihli *Dudgeon* kararının 60. paragrafında şöyle demiştir: "Bu yasanın kabul edildiği dönem ile bugünkü durum karşılaştırıldığında, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin büyük çoğunluğunda eşcinsel hareketlere

ilişkin daha fazla anlayış ve hoşgörü gösterildiği gözlenmekte, eşcinsel davranışlar artık ceza hukuku tedbirlerinin konusu olarak görülmemektedir. Mahkeme bu konuda, Üye Devletlerin iç hukuklarında olan önemli değişiklikleri görmezden gelemez". "… yetkililerin son yıllarda, 21 yaşını bitirmiş olup geçerli bir rıza gösteren erkeklerin kendi özel alanlarındaki eşcinsel davranışlarına ilişkin olarak yasayı uyguladıkları" açıktır. Bunun "Kuzey İrlanda'da ahlaki standartlara zarar verdiğine veya yasanın daha sıkı bir biçimde uygulanmasına yönelik toplumsal bir talebin olduğuna" ilişkin bir delil gösterilmemiştir.

Aynı testleri bu davada da uygulayan Mahkeme, İrlanda'da bu tür davranışların suç haline getirilmesi için "toplumsal ihtiyaç baskısı" bulunduğunun savunulamayacağını düşünmektedir. Orantılılık konusunda ise Mahkeme, "…mevcut yasayı değiştirmemek için gösterilen gerekçelerin, söz konusu yasa hükümlerinin başvurucu gibi eşcinsel eğilimli bir kişinin yaşamı üzerinde yarattığı zararlı etkilerden daha ağır basmadığını düşünmektedir. Her ne kadar başkalarının özel alanlarındaki eşcinsel hareketler, toplumun eşcinselliği ahlaka aykırı gören üyelerine çarpıcı gelse de, rahatsız da olsalar veya karşı da çıksalar, bu durum, rızası olan yetişkinler bakımından cezai yaptırımların uygulanmasına bir gerekçe olamaz" (*Dudgeon, §60*).

Bu nedenle Mahkeme, müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürülen gerekçelerin, Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki şartların yerine getirilmiş olması için yeterli görmemektedir. Buna göre, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

III. Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanması

Başvurucu, gördüğü zararlar için tazminat ile hukuki ücret ve masrafların geri ödenmesini istemiştir. Başvurucu Mahkeme'den, mevzuatın yürürlükte kalması nedeniyle uğradığı zararın boyutunu gösterecek bir miktar tazminata hükmedilmesini talep etmiştir.

Hükümet, Mahkeme'nin bu noktada, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal tespitinin yeterli bir adil karşılık oluşturduğuna dair 24 Şubat 1983 tarihli *Dudgeon* kararındaki görüşünü izlemesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, yukarıdaki karara varırken, Mahkeme'nin 22 Ekim 1981 tarihli kararına Kuzey İrlanda'da uyum sağlanması için yasada yapılan değişikliği dikkate almıştır (*Dudgeon, §11-14*). İrlanda'da ise benzer bir reform yapılmamıştır.

Marckx davasında olduğu gibi, özellikle tespit edilen ihlal münferit bir uygulama tedbirinden değil ve fakat doğrudan tartışma konusu yasa hükümlerinden kaynakladığı için, Mahkeme'nin kararı bu davanın sınırlarının ötesinde de bir etkiye sahip olacaktır. Sözleşme'nin 53. maddesindeki yükümlülüğünü yerine getirmek için iç hukuk sisteminde gerekli tedbirleri almak, İrlanda'ya düşmektedir (*Marckx, §58*).

Bu nedenle Mahkeme, Dudgeon davasıyla karşılaştırıldığında mevcut davadaki farklı durumu dikkate almaksızın, Sözleşme'nin 8. maddesine aykırılık tespitinin, Sözleşme'nin 50. maddesi basımından yeterli bir adil karşılık oluşturduğu görüşünde olup bu başlık altındaki talepleri reddetmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Altıya karşı sekiz oyla, başvurucunun Sözleşme'nin 25. maddesi anlamında mağdur olduğunu iddia edebileceğine;

2. Altıya karşı sekiz oyla, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline;

3. Oybirliğiyle, İrlanda'nın başvurucuya ücretler ve masraflar için, bu kararın verildiği tarihteki kur üzerinden 7,390 Fransız Frangının dönüştürülerek düşüleceği 14,962.49 İrlanda Poundu ödenmesine;

4. Adil karşılıkla ilgili diğer taleplerin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

Yargıç Valticos tarafından yazılan ve yargıçlar Gölcüklü, Matscher, Walsh, Bernhardt ve Carillo Salcedo'nun katıldığı karşı oy görüşü karara eklenmiştir.

26.03.1987 9248/81 LEANDER - İSVEÇ

♦ *kişisel veri—güvenlik soruşturması* (hassas kadrolar için personel kontrol sistemi, askeri deniz müzesinde teknik eleman olarak çalışmak isteyen başvurucunun sakıncalı bulunmasına neden olan gizli polis sicilinde kendisiyle ilgili bilgi tutulması ve bu bilgilerin işe alacak makamlara verilmesi ve başvurucunun öğrenemediği bu bilgilere itiraz edememesi), *etkili hukuk yolu* (personel kontrol sistemine göre alınan tedbirlere karşı etkili başvuru yolu bulunmadığı şikayeti) ■ özel yaşama saygı hakkı—etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

I. Dava konusu olaylar

Başvurucu Torsten Leander, 1951 doğumlu bir İsveç vatandaşı olup, mesleği marangozluktur.

Başvurucu Ağustos 1979'da, İsveç'in güneyinde Karlskrona'daki Deniz Müzesinde, tekniker kadrosunda geçici olarak çalışmaya başlamıştır. Müze, askeri yasak bölge olan Karlskrona Deniz Üssüne bitişiktir. İki hafta sonra başvurucuya, 1969 tarihli Personel Güvenlik Yönetmeliği gereğince yapılacak personel güvenlik kontrolü sonuçlanıncaya kadar işi bırakması söylenmiştir. Müze Müdürünün 25 Eylülde başvurucuya, hakkındaki personel güvenlik kontrolü sonucunun olumsuz olduğunu ve Müzede çalıştırılamayacağını söylediği anlaşılmaktadır.

Başvurucu, Deniz Kuvvetleri Komutanlığına Deniz Müzesinde çalıştırılmama gerekçelerini öğrenmek istediği belirten bir dilekçe göndermiştir. Başvurucuya verilen cevapta, söz konusu kadroda çalışacak olan kişinin girilmesi özel kısıtlamalara tabi alanda serbestçe dolaşabilmesi gerektiği, bu nedenle Deniz Üssü Başkanlığının personel güvenlik kontrolü yapılmasını istediği, Komutanlığın güvenlik açısından değerlendirmesi için yapılan kontrolde ortaya çıkan sebeplerin başvurucunun kabul edilmemesi yönünde karar verilmesini gerektirdiği belirtilmiştir.

Başvurucu 22 Ekim 1979'da Hükümete başvurarak, Deniz Kuvvetleri Komutanlığı yaptığı değerlendirmenin iptal edilmesini ve Deniz Müzesindeki geçici işe kabul edilebilir bir kişi olduğunun açıklanmasını istemiştir. Başvurucu ayrıca, Deniz Müzesine kabul edilmemesinin gerekçeleri hakkında bilgi verilmesini talep etmiştir. Askeri kuruluşlardan alınan bilgilere göre başvurucuya Deniz üssüne girme izni verilmemelidir. Milli Polis Kurulunun başvurucu hakkında bilgi içeren gizli yazısı Genelkurmay Başkanlığının yazısının ekinde yer almış, ancak bu ek hiçbir zaman başvurucuya iletilmemiş ve Mahkeme'ye sunulan materyaller arasında yer almamıştır.

Başvurucu daha sonra Hükümete yeni şikayetlerde bulunarak, 22 Ekim 1979 tarihli talebi hakkında bir karar vermeden önce, Kurul tarafından iletilen bilgi hakkında kendisine haber verilmiş olması ve yorum yapma hakkı tanınmış olması gerektiğini belirtmiştir. Hükümet, bu nokta hakkında Kuruldan görüş istemiştir. Kurul, 22 Şubat 1980 tarihli cevabında, başvurucunun şikayetlerinin reddedilmesini önermiş ve şunu eklemiştir:

"Kurulun Güvenlik Bölümünün siciline bilgi girilmesi, esas itibarıyla, gizli olan 1973 tarihli bir Kraliyet Yönetmeliğine dayanmaktadır. Sicile bilgi girilmeden önce, her bir

bilgi parçası, yukarıda geçen kurallara uygunluğunu doğrulamakla görevli memurlar tarafından çeşitli düzeylerde değerlendirmeye tabi tutulur. Tereddüt halinde, sicile bilgi girişi hakkında Güvenlik Bölüm Başkanı karar verir.

Sicilden bilgi verilmesi, Personel Kontrol Yönetmeliğinin 9. maddesi gereğince, Milli Polis Genel Kurulu kararıyla olur. Personel kontrol konularında karar verilirken, Kurulun Parlamenterler arasından seçilmiş altı üyesinden en az üç üyesinin hazır bulunması gerekir. Başvurucunun olayında, altı üye de hazır bulunmuştur. (...)

Personel Kontrol Yönetmeliğinin 13. maddesi gereğince, bilginin ilgili olduğu kişiye, özel şartların bulunması halinde, bu mesele üzerinde kendi görüşünü sunmasına imkan verilir. Ancak Milli Polis Kurulu, başvurucunun olayında özel sebepler bulunmaması ve ayrıca sicile girişin Kraliyet Yönetmeliğine uygun olarak yapılmış olması ve bilginin açığa çıkarılması halinde bu Yönetmeliğin içeriğinin de ortaya çıkacak olması nedeniyle, bu hükmün uygulanması için sebep görememiştir."

Leander, bu görüşe karşı Hükümete gönderdiği 11 Mart 1980 tarihli mektupla yanıt vermiştir. Bu mektupta Kurulun, kendisi hakkında sakladığı bilgiyi en azından sözlü olarak ve gizlilik şartıyla kendisine iletmiş olması gerektiğini iddia etmiştir.

Hükümet, 14 Mayıs 1980 tarihli kararla, başvurucunun şikayetinin tümünü reddetmiştir. Kararın sonuç bölümünde şöyle denmektedir:

"Bir kimsenin belirli bir işe uygun olup olmadığı, sadece bir kadroya atanma konusunda şikayet bağlamında Hükümet tarafından incelenebilir. Leander, bir atama bağlamında Hükümete başvurmamıştır. O halde, Leander'ın Hükümetten geçici işe kabul edilebilir bir kişi olduğunu açıklaması talebi incelenemez.

Mevcut olayda, Milli Polis Kurulunun Leander hakkında Genelkurmay Başkanlığına gönderdiği bilgiden, kendisinin haberdar edilmesini sağlayacak olan Personel Kontrol Yönetmeliğin 13. maddesinde belirtilen özel şartlar bulunmamaktadır.

Leander'ın dilekçesinin geri kalan bölümü, kendisine polis sicilinden ilgili bölümün veya içeriği hakkında bilginin verilmesi talebiyle ilgilidir.

Hükümet bu talebi reddetmektedir. (...)"

Başvurucu Mahkeme önünde, kendisi hakkında kaydedilmiş olan gizli bilginin içeriğini hala bilmediğini ileri sürmüştür.

Başvurucu, geçmişiyle ilgili olarak Komisyon'a ve Mahkeme'ye şu bilgileri vermiştir. 1976 yılından, olayların geçtiği tarihe kadar, herhangi bir siyasi parti üyesi değildir. Bu tarihten önce, İsveç Komünist Partisi üyesi idi. Ayrıca, radikal bir dergi olan Fib/Kulturfront'u yayınlayan bir derneğin üyesi idi. 1971-1972 yıllarında askerlik hizmetini yaparken, bir asker sendikasında aktif rol almış ve 1972'deki asker sendikaları birliği konferansında temsilci olarak bulunmuştu. Başvurucuya göre, güvenlik polisi tarafından süzülen bilgi, işte budur. Tek mahkumiyet kararını askerlik hizmeti sırasında, askeri bir törene geç kalma nedeniyle 10 İsveç Kronu para cezasıdır. Ayrıca, İsveç İnşaat İşçileri Derneğinde aktif olmuş ve iki kez Doğu Avrupa ülkelerine seyahat etmiştir.

Başvurucu, kimliğini açıklamayan görevli memurların beyanına göre, yukarıda sözü edilen olaylardan hiç birinin, personel kontrolünün kendisinin aleyhine bir sonuç vermesi için bir sebep oluşturmadığını iddia etmiştir.

II. Konuyla ilgili iç hukuk ve uygulama

A. Görüşleri sicile geçirme yasağı

İsveç Anayasasın göre, "vatandaşın kendi rızası olmaksızın, bir kamu siciline münhasıran siyasal görüşleriyle ilgili bilgi girilemez."

B. Gizli polis sicili

Milli Polis Kurulunun Güvenlik Bölümü tarafından tutulan sicilin ("gizli polis sicili") yasal temeli, Resmi Gazetede yayınlanmış olan Personel Kontrol Yönetmeliğinde yer almaktadır. Bu Yönetmelik hükümlerine göre, Milli Polis Kurulundaki Güvenlik Bölümü, milli güvenliğe karşı suçların önlenmesi ve araştırılması konusunda özel polis hizmetleri için, bir polis sicili tutar. Milli Polis Kurulu, özel polis hizmeti için gerekli bilgileri bu sicile kaydeder. Polis siciline bir kimsenin sadece bir kuruluşa üye olması ve başka şekilde siyasal görüşlerini açıklaması sebebiyle bir bilgi girişi yapılamaz. Hükümet, bu maddenin uygulanmasıyla ilgili düzenleme yapar.

Milli Polis Kuruluna, 22 Eylül 1972'de şu talimatlar verilmiştir.

"Bu ülkede, siyasal amaçlarını gerçekleştirmek için zor veya tehdit kullanan veya kullanma ihtimali içeren siyasal faaliyetlerde bulunan örgütler veya gruplar mevcuttur.

Bazı örgütler, sosyal sistemi şiddet yoluyla değiştirme yolunda çaba göstereceklerini söyledikleri bir program benimsemişlerdir. Ancak bu örgüt üyelerinin büyük bir kısmının, programdaki hedeflerin gerçekleştirilmesinde yer almayacakları düşünülebilir. O halde, böyle bir örgüte sırf üye olunması, Güvenlik Polisinin bir kimse hakkında sicile bilgi girmesi için sebep oluşturmaz. Ancak, böyle bir örgüt üyesinin veya taraftarının, milli güvenliği tehlikeye sokan veya demokratik sistemi zorla yıkma veya İsveç'in bağımsızlığını ortadan kaldırma amacı taşıyan ve bu amaca katkıda bulunan faaliyetlere katıldığından kuşku duyulması halinde, bilgi girişi yapılabilir.

Yine, İsveç'te ve diğer devletlerdeki siyasal sistemi yıkmak amacıyla zor, tehdit, zorlama araçları kullanan örgütler ve gruplar mevcuttur. Bu tür örgütlerin veya grupların üyeleri veya taraftarları hakkında, Güvenlik Polisinin siciline bilgi girilir.

Personel Kontrol Yönetmeliğinin 2. maddesinin uygulanmasıyla ilgili olarak, Milli Polis Kurulunun önerisi üzerine, Hükümet tarafından daha başka talimatlar çıkarılabilir. Özel polis hizmetleri bakımından, Hükümet tarafından çıkarılan bu tür talimatların değiştirilmesini gerektiren koşullar ortaya çıkacak olursa, Milli Polis Kurulu değişiklik önerileri hazırlar."

1973 ve 1981 yıllarında Hükümet tarafından gizli talimatlar çıkarılmıştır. Personel Kontrol Yönetmeliğinde öngörülen koşullara ek olarak, suçların kovuşturulması gibi bazı olaylarda ve İsveç vatandaşlığına başvuru gibi konularda, Milli Polis Kurulu tarafından gizli polis sicilinden bilgi verildiği anlaşılmaktadır.

C. Personel kontrolü

Yukarıda sözü edilen gizli polis sicili konusundaki hükümlere ek olarak, Personel Kontrol Yönetmeliğinde, başka şeylerin yanında, güvenlik açısından önemli kadrolar bakımından bilginin verilmesi ve verilen bilginin kullanılmasıyla ilgili usule ilişkin hükümler yer almaktadır.

Yönetmeliğe göre personel kontrolü, milli güvenlik için önemli kadroları işgal eden veya bu kadrolara atanmaları düşünülen kimseler hakkında, polis sicillerinden bilgi elde edilmesi demektir. Personel kontrolü sadece milli güvenlik açısından önemli bazı kadrolar

için yapılabilir. Bu kadrolar, milli güvenlik açısından hayati öneme sahip olup olmama bakımından iki güvenlik sınıfına ayrılmıştır. Birinci güvenlik sınıfına alma kararını Hükümet verir; ikinci güvenlik sınıfına alma yetkisi normal olarak ilgili makamındır. Personel kontrol amacıyla bilgi, Milli Polis Kurulundan, sadece kadroya atanması düşünülen kimse için talepte bulunulur. Birinci sınıfa atama için Kurul, gizli polis sicilinde veya başka herhangi bir polis sicilinde yer alan bütün bilgileri verebilir. İkinci sınıfa atama için, kişinin kamu barışına, milli güvenliğe, devlete veya Hükümete karşı suçlardan mahkumiyeti veya bu suçları işlediğinden kuşku duyulduğu veya bu tür suçları işlemeye teşebbüs ettiği, işlenmesi için işbirliğinde bulunduğu veya teşvik ettiği veya bu faaliyetlere katılabileceğinden kuşku duyulduğu bilgisi verilir. Milli Polis Kurulu, sicilden bilgi verip vermeme konusunda karar alırken, Milli Polis Müfettişi, Güvenlik Polisi Bölümü Başkanı ve Hükümet tarafından atanmış üyelerle toplanır. Dışarıdan atanmış altı üye bulunmaktadır; bunlar genellikle değişik siyasi partilerin Parlamento üyeleri veya eski üyeleridir; muhalefetten üye bulunur; karar alınırken üyelerden en az üçü bulunmalıdır.

Bir bilgi ancak, katılan üyelerin hepsinin ortak kararıyla verilebilir. Bazı bilgilerin verilmesine, dışarıdan üyelerden bir veya bir kaçının karşı çıkmaları halinde, Milli Polis Müfettişi bilginin verilmesi taraftarı ise, bu konuda bir karar alması için meseleyi Hükümete gönderir. Dışarıdan üyelerden birinin talebi üzerine de, mesele Hükümete gönderilir.

Milli Polis Kurulu, bir personel kontrol talebi aldığı zaman, önce Güvenlik Bölümü, ilgili sicillerde yer alan bilgi hakkında bir görüş hazırlar ve bunu sözlü olarak Kurula sunar; Kurul müzakere ettikten sonra, bilginin bir kısmının mı yoksa tamamının mı verilmesi gerektiğine karar verir. Kurul kararı verirken, başka şeylerin yanında, söz konusu kadronun niteliğine, bilginin güvenirlik derecesine ve girişin ne kadar eski olduğuna bakar. Dosyada sadece bir kaç bilgi girişinin bulunması, bilginin açıklanmaması yönünde ağırlık taşıyan bir faktördür. Bilginin açıklanması konusunda, Yönetmelik hükümleri ve Hükümet Talimatları dışında, başkaca yazılı talimat yoktur.

Olayların geçtiği tarihte Yönetmek, 1. Sınıf Güvenliğe giren kadrolara atamalarda, Milli Polis Kurulu tarafından bilgi verilmeden önce, aksini gerektirecek özel sebepler bulunmadıkça, ilgili kişiye görüşlerini yazlı veya sözlü olarak bildirmesi imkanı verilmesini öngörmüştür. Yukarıdaki bildirim usulü, 2. Sınıf Güvenliğe giren kadrolara atamalarda, sadece özel sebeplerin gerektirmesi halinde uygulanmak zorundaydı. Ancak Kurulun, 2. Sınıf Güvenlikli bir kadroya atamayla ilgili herhangi bir olayda, özel bir sebep görmediği anlaşılmaktadır; böylece, Adalet Şansölyesi ve Parlamento Ombudsmanı gibi, Yönetmelik tasarısı üzerinde görüş bildirmeleri istenen çeşitli önemli kamu makamları, bir ölçüde bildirimde bulunulmasını tavsiye etmiş olmalarına rağmen, böyle bir bildirim yapılmamıştır. Bu madde, 1 Ekim 1983'ten itibaren geçerli olmak üzere değiştirilmiştir. Halen, her iki Sınıf Güvenlikli kadrolara atama olaylarında bilgi verilmeden önce, ilgili kişiye görüşlerini yazılı veya sözlü olarak sunma fırsatı verilmesi gerekir. Leander hakkındaki işlemlerin yapıldığı tarihte, Yönetmeliğin 14. maddesi gereğince, Milli Polis Kurulunun, personel kontrolü isteyen makama verdiği bilgiye herhangi bir yorum eklemesi yasaktı. Yönetmeliğin 19. maddesine göre, bir makam personel kontrol sürecini başlatmadan önce, mevcut davayla ilgili olmayan bir istisna dışında, ilgili kişiye bu konuda haber vermek zorundadır.

Yönetmeliğin 20. maddesi, personel kontrolü isteyen makamın, polis sicil(ler)inden verilen bilginin önemini, söz konusu kadroyla bağlantılı faaliyetlerin niteliğini, ilgili kişi hakkında kendi bilgisini ve diğer koşulları dikkate alarak, serbestçe takdir etmesini öngörmektedir.

D. Koruyucular

1)Adalet Bakanlığı: Adalet Bakanlığı, yıllar içinde, güvenlik polisi ve personel kontrolü üzerinde aktif bir şekilde gözetiminde bulunmuştur. Bakanlık, çeşitli derinlikte birçok araştırma yapmıştır. Adalet Bakanlığı tarafından yapılan bu araştırmaların sonunda bir rapor hazırlanmamıştır. Ancak Hükümet, Bakanlık ile Milli Polis Kurulu arasındaki görüşmelerin, hem aleni ve hem de gizli talimatların değiştirilmesine yol açtığını söylemiştir.

2) Adalet Şansölyeliği: Adalet Şansölyeliği makamının uzun bir geçmişi olup, artık Anayasanın 11. Kısmının 6. maddesinde yer almaktadır. Şansölyenin görev ve yetkileri 1975 tarihli Yasada ve Hükümetin Şansölyeye talimatlarında düzenlenmektedir. Adalet Şansölyesinin görevleri arasında, kamu makamlarının ve kamu görevlilerinin yetkilerini hukuka ve yürürlükteki mevzuata uygun olarak kullanmalarını sağlamak için gözetimde bulunmak vardır. Şansölye bu sıfatla, çoğunlukla bireylerin yaptıkları şikayetleri almakta ve incelemektedir. Şansölye ayrıca, devletin haklarını korumak için, Hükümet namına hareket etmek ve hukuki konularda araştırmalarda ve tavsiyelerde bulunmak suretiyle, Hükümete yardımcı olmak zorundadır. Adalet Şansölyesi Hükümet tarafından atanmakta ve emeklilik yaşına kadar göreve devam etmektedir. Adalet Şansölyesi, mahkemelerin veya idari makamların bütün müzakerelerine girebilir; ama kendi görüşünü belirtemez. Şansölye ayrıca, bu makamların elindeki bütün dosyaları ve belgeleri inceleyebilir. Bütün kamu makamları ve kamu görevlileri, Adalet Şansölyesine istediği her türlü bilgi ve belgeyi vermek zorundadır. Adalet Şansölyesi, gözetimci sıfatıyla, kamu görevlilerine karşı cezai soruşturma başlatabilir veya haklarında disiplin işlemi yapılması için suç duyurusunda bulunabilir. Adalet Şansölyesi, Parlamento Ombudsmanıyla anlaşarak, bireysel şikayetlerle ilgili olayları kendisine gönderebilir. Böylece aynı tür şikayetler uygulamada, ya Şansölye veya Ombudsman tarafından incelenir; her iki makam tarafından incelenmez. Bir kamu makamı olan Milli Polis Kurulu ve onun personel kontrolü gibi faaliyetleri, Adalet Şansölyesinin gözetimi altındadır. Adalet Şansölyesi, düzenli olarak ve genellikle yılda bir kez, Kurulu ve Kurulun Güvenlik Bölümünü ziyaret eder. Ayrıca, özel sebeplerin gerektirmesi halinde, yine ziyarette bulunabilir. Bir bireyin yaptığı şikayet, ziyaret için özel bir sebep oluşturur. Adalet Şansölyesi, Kurulun veya Güvenlik Bölümünün verdiği bir kararı değiştirme yetkisine sahip değildir; bunların karar verme sürecine müdahalede bulunamaz; fakat, hukuka veya usule aykırı gördüğü işlemler hakkında beyanda bulunmakta serbesttir.

3) Parlamento Ombudsmanı: 1809 tarihine dayanan bir kurum olan Parlamento Ombudsmanının görev ve yetkileri, Anayasada ve Parlamento Ombudsmanlığı Yasasında düzenlenmiştir. Parlamento Ombudsmanlığının dört üyesi, Parlamento tarafından seçilir. Temel görevleri, yasaların ve diğer mevzuatın kamu yönetiminde uygulanmasını gözetmektir. Mahkemelerin ve idari makamların, Anayasanın objektiflik ve tarafsızlıkla ilgili hükümlerine uygun davranmalarını ve kamu yönetim sürecinde vatandaşların temel hak ve özgürlüklerinin tecavüz uğramamasını sağlamak, Ombudsmanın görevleri arasındadır. Ombudsman, gözetim görevini yerine getirirken, bir mevzuatın veya Devletin yapacağı bir işlemin değiştirilmesini gerektiren bir sebebin bulunduğunu tespit ederse, bu konuda Parlamentoya veya Hükümete bir rapor sunar. Ombudsman, bir şikayet üzerine veya teftiş veya gerekli gördüğü bir araştırma suretiyle, gözetim görevini yürütür. Bir konunun incelenmesi, bir raporla sonuçlanır; bu raporda, bir işlemin hukuka aykırı olup olmadığı veya başka bir noktadan uygunsuzluk bulunup bulunmadığı konusunda, Ombudsmanın görüşü yer alır. Ombudsman ayrıca, mevzuatın tek tip ve düzgün bir şekilde uygulanmasını amaçlayan beyanlarda bulunabilir. Ombudsman, bir mahkemenin veya idari bir makamın görüşmelerinde hazır bulunabilir ve bunların tutanaklarını ve diğer belgelerini inceleyebilir. Bir mahkeme, idari bir makam ve merkez veya taşra yönetimlerindeki memurlar, Ombudsmanın istediği bilgi veya belgeleri vermek zorundadırlar. Ombudsman

görevini yerine getirirken, savcılardan yardım isteyebilir. Milli Polis Kurulu ve faaliyetleri, Parlamento Ombudsmanının gözetimi altındadır.

4) Parlamento Adalet Komisyonu: Parlamento Adalet Komisyonu, orantılılık esasına göre seçilen on beş parlamenterden meydana gelmektedir. Komite, 1971 yılından bu yana, polisin güvenlik bölümündeki uyarlılıkları ele almakta ve hemen hemen her yıl, güvenlik polisinin harcamalarını, örgütlenmesini ve faaliyetlerini derinlemesine incelemektedir.

5) Bilgi Edinme: İsveç Anayasanın bir parçası sayılan Basın Özgürlüğü Yasasına göre herkes, yasayla kısıtlanmış haller dışında, belirli alanlarda, bir kamu belgesine ulaşma hakkına sahiptir. Söz konusu dönemde, bu kısıtlamalarla ilgili temel hükümler, 1937 tarihli Kamu Belgelerine Ulaşma Hakkının Sınırlanmasına Dair Yasada yer almaktaydı; bu Yasa 1 Ocak 1981 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır. Bu Kanuna göre, "Genel Adli Sicil Yasasında veya Polis Sicil Yasasında belirtilen sicillerde yer alan ayrıntılı bilgiler, bu Yasalarda öngörülen hallerin veya usulün dışında, hiç kimseye verilemez." Polis Sicil Yasasının ilgili maddesine göre, haklarının korumasının sicildeki bilgileri elde etmesine bağlı olduğunu kanıtlayabilen ve Hükümetin de bu tür bilgilerin kendisine verilmesine izin verdiği diğer hallerde bir bireye bilgi verilebilir. Başvurucunun durumundaki bireylerin, polis sicillerinden alıntılar elde etmelerine izin veren özel bir kararnamenin bulunduğu gösterilememiştir. Kanuna göre Parlamento veya Hükümetin dışında bir makam tarafından, bir belgeye ulaşma talebinin reddine dair verilen bir karara karşı mahkemelere başvurulabilir. Ancak ilgili kişinin, Kurulun personel kontrolünü talep eden makama bilgi verme kararına karşı Hükümete veya idare mahkemelerine başvurabilme imkanının mevcut olmadığı anlaşılmaktadır; çünkü bu kişi, Kurulun bilgi verme sürecine taraf biri olarak kabul edilmemektedir. Belirli bir belge gizli de olsa, Hükümet her zaman bu belgeyi verip vermeme konusunda belirli bir takdir yetkisine sahip olup, belgenin ilgili olduğu hukuk davasının veya idari davanın tarafı olan kimseye, bu belgeye ulaşma imkanı verilebilir.

6) Zararlar: Devletin hukuki sorumluluğu, 1972 tarihli Hukuki Sorumluluk Yasasının 3. Kısmında düzenlenmiştir. Bu Yasanın 2. maddesine göre, kamu makamlarının tasarruflarında kusur veya ihmal bulunması halinde, tazminat hakkı doğabilir. Ancak Yasanın 7. maddesine göre Parlamento, Hükümet, Yüksek Mahkeme, Yüksek İdare Mahkemesi veya Milli Sosyal Güvenlik Mahkemesi tarafından verilen kararlara karşı tazminat davası açılamaz. Ayrıca bu Yasanın 4. maddesine göre, ilgili kişinin mevcut diğer hukuk yollarını tüketmek suretiyle zararın doğmasını engelleyebileceği hallerde, Milli Polis Kurulu gibi daha alt seviyedeki makamların kararlarına karşı dava açılamaz.

Leander, Komisyon'a yaptığı başvuruda, Sözleşme'nin 6, 8, 10 ve 13. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Başvurucu, kendisini güvenlik bakımından sakıncalı hale soktuğunu iddia ettiği bazı gizli bilgiler nedeniyle, sürekliliği olan bir iş bulmasının engellendiğinden ve geçici bir işe kabulünün reddedilmesinden şikayetçi olmuştur. Başvurucu ayrıca, itibarına yönelik bu saldırı karşısında kendisini bir yargı yeri önünde savunabilmesi gerektiğini belirtmiştir. Komisyon, 10 Ekim 1983 tarihinde, başvuruyu Sözleşme'nin 6. maddesi bakımından kabuledilemez bulmuş, fakat 8, 10 ve 13. maddeler bakımından yapılan şikayetleri kabuledilebilir bulmuştur. Komisyon, 17 Mayıs 1985 tarihli raporunda, oybirliğiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediği, oybirliğiyle Sözleşme'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğü ve bilgi alma özgürlüğü bakımından ayrı bir sorun doğmadığı ve beşe karşı yedi oyla Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilmediği görüşünü açıklamıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiası

47. Başvurucu, personel kontrol usulünün, ilgili olayda kendisine uygulanma şeklinin, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline yol açtığını iddia etmiştir.

Başvurucu, kişisel ve siyasal geçmişindeki herhangi bir şeyin, demokratik bir toplumda, Güvenlik Bölümünün kayıtlarına kendisinin "sakıncalı" olarak kaydedilmesini ve buna göre söz konusu işe alınmamasını gerektirecek nitelikte olmadığını iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca, Personel Kontrol Yönetmeliğinin, Sözleşme'nin 8(2). fıkrası anlamında bir "hukuk" sayılamayacağını savunmuştur.

Bununla birlikte başvurucu, bir personel kontrol sisteminin gerekliliğine itiraz etmemiştir. Başvurucu, Hükümetin Sözleşme'nin 8 ve 10. maddelerinin sınırları içinde, bazı aşırı siyasal ideoloji sempatizanlarının güvenlik açısından duyarlı kadrolara girmelerini önleme ve bu gibi kişiler hakkında Milli Polis Kurulunun Güvenlik Bölümü tarafından tutulan sicile bilgiler girme yetkisini de tartışma konusu yapmamıştır.

A. Sözleşme'nin 8. maddesindeki hakka bir müdahale olup olmadığı

48. Gizli polis sicilinde yer alan bilgilerin Leander'ın özel yaşamıyla ilgili olduğu tartışmasızdır.

Bu tür bilgilerin hem sicilde tutulması ve hem de ilgili makamlara verilmesi, ayrıca Leander'a buna itiraz edebilme imkanı verilmemesi, Sözleşme'nin 8(1). fıkrasında güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturmuştur.

B. Müdahalenin haklı olup olmadığı

1. Meşru amaç

49. İsveç personel kontrol sisteminin amacı milli güvenliği korumak olup, bu da Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından meşru bir amaçtır.

İddiaya konu temel sorunlar, bu müdahalenin "hukuka göre" olup olmadığı ve "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığıdır.

2. Hukuka göre

(a) Genel prensipler

50. Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki "hukuka göre" ifadesi, ilk olarak, müdahalenin iç hukukta bir dayanağının bulunmasını gerektirir. Ancak iç hukukta dayanağın bulunması yeterli değildir; söz konusu hukuk, ilgili kişi tarafından ulaşılabilir ve sonuçları önceden görülebilir olmalıdır (*Malone, §66*).

51. Ne var ki, milli güvenlikle ilgili alanlarda çalışanların gizli kontrolleri bağlamındaki önceden görülebilirlik şartı, diğer alanlardakiyle aynı olmayabilir. O halde önceden görülebilirlik, İsveç özel polisinin milli güvenliği koruma çabasıyla bir kimse hakkında yapacağı kontrollerin, o kimse tarafından açık bir şekilde önceden görebilmesi anlamına gelmez. Bununla birlikte, Personel Kontrol Yönetmeliğindeki gibi, vatandaşlara genel olarak uygulanabilir bir sistemin hukuku vatandaşlara, kamu makamlarının hangi koşullarda ve hangi sınırlar içinde bu tür gizli ve potansiyel olarak özel yaşama karşı tehlike oluşturabilecek müdahalede bulunma yetkisi verdiğini yeterince açık ifadelerle gösterecek nitelikte olmalıdır (*ibid, §67*).

Önceden görülebilirlik kriterinin yerine getirilip getirilmediği değerlendirilirken, maddi hukuk statüsüne sahip olmayan talimatlar veya idari pratikler, bunların içeriği hakkında ilgilileri yeterince aydınlattıkları ölçüde dikkate alınabilirler (*Silver ve Diğerleri, §88-89*).

Ayrıca, bir hukukun uygulanması, ilgili kişilere veya genel olarak kamuya açık olmayan gizli işlemlerin yapılmasını içerdiği taktirde, hukukun kendisi, beraberinde getireceği idari pratiğin dışında, yetkili makamlara bırakılan takdir yetkisinin kapsamını, söz konusu işlemin meşru amacını göz önünde tutarak, keyfi müdahalelere karşı bireyi korumak için yeterince açık bir şekilde göstermelidir (*Malone, §68*).

(b) Yukarıdaki prensiplerin mevcut olayda uygulanması

52. Müdahale iç hukukta geçerli bir temele, yani Personel Kontrol Yönetmeliğine dayanmıştır. Ancak başvurucu, gizli polis sicili tutulmasını düzenleyen hükümlerin, yani öncelikle Yönetmeliğin 2. maddesinin, ulaşılabilirlik ve önceden görülebilirlik şartından yoksun olduğunu iddia etmiştir.

Hükümet ve Komisyon bu iddiaya katılmamışlardır.

53. İsveç Resmi Gazetesinde yayınlanmış olan Yönetmeliğin kendisi, hiç kuşkusuz ulaşılabilirlik şartını taşımaktadır. O halde buradaki temel sorun, Milli Polis Kurulunun bilgileri, personel kontrol sistemine göre saklama ve ilgili makamlara verme yetkisini düzenleyen hükümlerin, iç hukukta yeterince açık bir şekilde düzenlenmiş olup olmadığıdır.

54. Yönetmeliğin 2. maddesinin birinci fıkrası, hangi bilgilerin sicile girilebileceği konusunda Milli Polis Kuruluna geniş takdir yetkisi vermektedir. Ancak bu takdir yetkisinin kapsamı ikinci fıkrayla, Anayasada yer alan yasaklara karşılık gelen önemli konularda, hukuken sınırlanmıştır; şöyle ki, "bir kimsenin, sırf bir örgüte üye olduğu veya başka bir suretle siyasal görüşlerini açıkladığı gerekçesiyle, sicile girişi yapılamaz". Ayrıca bu bağlamda Kurulun takdir alanı, Hükümetin çıkardığı talimatlarla çerçevelenmiştir. Ancak bunlardan sadece biri, yani 22 Eylül 1972 tarihli talimat aleni olup, yeterince ulaşılabilir niteliktedir.

Ayrıca, gizli polis siciline bilgi girilmesi, bilginin özel polis hizmeti için gerekli olma ile "milli güvenliğe karşı suçların" önlenmesi ve soruşturulması gibi amaçları taşıma şartlarına tabidir.

55. Dahası Yönetmelikte, hangi bilgilerin hangi yetkililere iletilebileceği, böyle bir iletimin hangi koşullarda meydana gelebileceği ve Milli Polis Kurulu bilginin ilgili makamlara verilmesi kararı alırken izleyeceği usul konusunda, açık ve ayrıntılı hükümler yer almaktadır.

56. Yukarıda anlatılanları göz önünde tutan Mahkeme, İsveç hukukunun personel kontrol sisteminin bilgi toplama, kaydetme ve ilgili makamlara verme konusunda, yetkili makamlara tanıdığı takdir yetkisinin kullanılma tarzı ve alanı bakımından, vatandaşlarına yeterince işaret verdiği sonucunu varmaktadır.

57. O halde mevcut davada Leander'ın özel yaşamına müdahale, Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından "hukuka göre" olarak yapılmış bir müdahaledir.

3. Milli güvenlik bakımından demokratik bir toplumda gerekli olma

58. Gereklilik kavramı, müdahalenin bir toplumsal ihtiyaç baskına karşılık gelmesini ve özellikle izlenen meşru amaçla orantı olmasını ima etmektedir (*Gillow, §55*).

59. Bununla birlikte Mahkeme, ulusal makamların, sadece izlenen amacın niteliğine değil, ama aynı zamanda söz konusu müdahalenin özel niteliğine de bağlı olan bir takdir alanından yararlandıklarını kabul eder. Mevcut olayda, davalı devletin milli menfaatlerini

korurken sahip olduğu menfaatler ile başvurucunun özel yaşamına saygı hakkına müdahalenin ağırlığı karşılaştırılmalıdır.

Sözleşmeci Devletlerin milli güvenliği korumak için, yetkili ulusal makamlarına, önce, kişiler hakkında bilgi toplama ve halka açık olmayan siciller tutma, ikinci olarak, milli güvenlik bakımından önemli kadrolarda çalışmak isteyen adayların bu işe uygunluğunu takdir ederken bu bilgiyi kullanma yetkisi veren kurallara sahip olmaları gerektiğinden kuşku yoktur.

Tabi ki tartışma konusu müdahale, hassas bir kamu hizmeti kadrosuna girme imkanı üzerinde yarattığı sonuçlar itibarıyla, Leander'ın meşru menfaatlerini olumsuz yönde etkilemiştir. Öte yandan, kamu hizmetine girme hakkı, Sözleşme'de yer alan bir hak değildir (*Kosiek, §34-35*); müdahale, yarattığı sonuçlardan ayrı olarak, başvurucunun seçtiği özel bir yaşam tarzını sürdürmesinin önünde bir engel oluşturmamıştır.

Bu şartlarda Mahkeme, davalı devletin mevcut olayda toplumsal ihtiyaç baskısını değerlendirirken, özellikle milli güvenliği koruma meşru amacını gerçekleştirmek için sahip olduğu takdir alanının, geniş bir alan olduğunu kabul etmektedir.

60. Bununla birlikte, milli güvenliği korumak için getirilen bir gizli izleme sisteminin, demokrasiyi savunma gerekçesiyle demokrasiyi zayıflatma ve hatta yıkma riski taşıdığı da göz önünde tutulacak olursa, Mahkeme, bu sistemin kötüye kullanılmaya karşı yeterli ve etkili güvencelere sahip olduğuna ikna olmalıdır (*Klass ve Diğerleri, §49-50*).

61. Başvurucu, İsveç personel kontrol sisteminde bu tür güvencelerin kendisine sağlanmadığını, çünkü özellikle, kendisiyle ilgili bilginin doğruluğuna itiraz etme imkanı verilmediğini savunmuştur.

62. Hükümet ise, on iki değişik koruyucu bulunduğunu, bunların da birlikte yeterli koruma oluşturduğunu ileri sürmüştür:

(i) Personel Kontrol Yönetmeliği aracılığıyla aleni duruma getirilmiş bir personel kontrolünün varlığı;

(ii) hassas kadroların değişik güvenlik sınıflarına ayrılmış olması;

(iii) sadece konuyla ilgili bilginin toplanabilmesi ve yetkili makamlara verilmesi;

(iv) sadece atanması düşünülen bir kimse hakkında bilgi isteğinde bulunulabilmesi;

(v) Milli Polis Kurulunda parlamenter üyelerin bulunması;

(vi) bilginin söz konusu kişiye iletilebilmesi; ancak Hükümet, bu tür bir bilgi iletiminin, en azından 1 Ekim 1983 tarihine kadar yürürlükte olan hükümlere göre hiçbir zaman yapılmadığını kabul etmektedir;

(vii) söz konusu kişiyi kadroya atama kararını vermenin, Milli Polis Kurulunun değil, bilgi isteyen makamın yetkisinde olması;

(viii) bu karara karşı Hükümete başvurulabilmesi;

(ix) Adalet Bakanlığı tarafından gözetimde bulunulması;

(x) Adalet Şansölyesi tarafından gözetimde bulunulması;

(xi) Parlamento Ombudsmanı tarafından gözetimde bulunulması;

(xii) Parlamento Adalet Komisyonu tarafından gözetimde bulunulması.

63. Mahkeme ilk olarak, bu koruyuculardan bir kısmının mevcut davayla ilgili olmadığına işaret eder; çünkü, örneğin, aleyhine başvurulabilir bir atama kararı bulunmamaktadır.

64. Personel Kontrol Yönetmeliği, personel kontrol sürecinin etkilerini asgariye indirmeyi amaçlayan, bazı hükümler içermektedir. Ayrıca, gizli polis sicilindeki bilginin personel kontrolü dışındaki alanlarda kullanılması, pratikte sadece cezai soruşturma olayları ve İsveç vatandaşlığının kazanılması olaylarıyla sınırlıdır.

Bu sistemin düzgün bir şekilde uygulanıp uygulanmadığının gözetimi, Hükümetin kendisi tarafından yapılan kontrollerin dışında, hem Parlamentoya ve hem de bağımsız kurumlara bırakılmıştır.

65. Mahkeme, Milli Polis Kurulunda parlamenterlerin varlığına ve Adalet Şansölyesi ile Parlamento Ombudsmanı ve ayrıca Parlamento Adalet Komitesinin gözetimine özel bir önem atfetmektedir.

Muhalefet üyelerine de yer veren Kurulun parlamenter üyeleri, bilgi isteyen makama bilginin verilip verilmemesi konusundaki bütün kararlara katılmaktadırlar. Ayrıca, bu üyelerden her biri, Kurulun bilgi vermesini otomatik olarak önleyen bir veto yetkisine sahiptir. Böyle bir durumda, bilginin verilmesine dair bir karar, sadece Milli Polis Müfettişinin veya parlamento üyelerinden birinin talebi üzerine Hükümete gönderilmesi halinde, bizzat Hükümetin kendisi tarafından karar verilir. Sicilin bu en önemli alanında, yani sicilden bilgi verilmesi konusunda yapılan bu doğrudan ve düzenli kontrol, kötüye kullanılmaya karşı en önemli güvenceyi sağlamaktadır.

Buna ek olarak, Adalet Parlamento Komitesi tarafından derin bir inceleme yapılmaktadır.

Parlamento Ombudsmanının gözetimi, özellikle bireylerin kendi hak ve özgürlüklerine tecavüz edildiğini hissettikleri olaylarda, kötüye kullanmaya karşı bir başka önemli güvencedir.

Adalet Şansölyesi, bazı konularda Hükümetin en yüksek danışmanı olabilir. Ancak, kendisine başka görevlerin yanında, personel kontrol sisteminin işleyişini gözetim görevini veren, İsveç Parlamentosudur. Şansölye bunu yerine getirirken, mümkün olduğu kadar Ombudsman gibi hareket eder ve en azında pratikte, Hükümetten bağımsızdır.

66. Askeri makamlara verilen bilginin Leander'a iletilmemiş olması, müdahalenin kendiliğinden, "milli güvenlik için demokratik bir toplumda gerekli" olmayan bir müdahale olduğu sonucuna varmayı gerektirmez; çünkü, personel kontrol usulünün etkililiğini en azından kısmen sağlayan bu tür bir iletim (*Klass ve Diğerleri, §58*), hiçbir zaman yapılmamıştır.

Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu Yönetmelik 1969 yılında çıkarılmadan önce, Adalet Şansölyesi ve Parlamento Ombudsmanı gibi kendilerine danışılan çeşitli makamların, Yönetmeliğin 13. maddesinde yer verilecek olan ilgili kişiye iletme kuralının, kontrolün amacını tehlikeye sokmadığı ölçüde, etkili bir şekilde uygulanmasını arzu ettiklerini kaydetmiştir.

67. Bu durumda Komisyon gibi Mahkeme de, İsveç personel kontrol sisteminde yer alan koruyucuların, Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki şartları taşıdığı sonucuna varmaktadır. Davalı devlet, kendisine tanınmış olan geniş takdir alanı göz önünde tutulacak olursa, mevcut olayda milli güvenliği başvurucunun bireysel menfaatlerinin üzerinde görme hakkına sahiptir. O halde Leander'ın karşılaştığı müdahalenin, izlenen meşru amaçla orantılı olmadığı söylenemez.

4. Sonuç

68. Bu nedenle, Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmemiştir.

II. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası

69. Başvurucu, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasına yol açan aynı olayların, ayrıca Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline de yol açtığını ileri sürmüştür.

70. Komisyon, başvurucuların iddialarının, görüşlerin ifade edilmesi özgürlüğü veya bilgi alma özgürlüğü bakımından ayrı bir sorun doğurmadığı sonucuna varmıştır. Hükümet bu sonuca katılmıştır.

A. Görüşleri ifade özgürlüğü

71. Kamu hizmetlerine alınma hakkı Sözleşme tarafından tanınmış değildir; fakat bu, başka yönlerden memurların ve deneme süresi içindeki memurların Sözleşme'nin kapsamı dışında ve özellikle Sözleşme'nin 10. maddesinin koruması dışında kaldıkları anlamına gelmez (*Glasenapp,§49-50; Kosiek, §35-36*).

72. İlk önce, başvurucunun tabi tutulduğu personel kontrol usulünün, ifade özgürlüğünün kullanılmasına, "formalite, şart, yasaklama veya yaptırım" biçimde bir müdahale oluşturup oluşturmadığı veya tartışma konusu tedbirlerin kamu hizmetlerine girme hakkı alanına girip girmediği belirlenmelidir. Bu soruya yanıt verebilmek için, bu tedbirler mevcut davanın maddi olayları ve ilgili mevzuat bağlamına yerleştirilmek suretiyle, tedbirlerin kapsamı belirlenmelidir.

Yönetmelik hükümlerinden Yönetmeliğin amacının, milli güvenlik bakımından önemli kadrolarda bulunan kişilerin gerekli niteliklere sahip olmalarını sağlamak olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle, Mahkeme'nin önüne getirilen meselenin odağında, kamu hizmetlerine girme sorunu bulunmaktadır; Genelkurmay Başkanlığı ile Deniz Kuvvetleri Komutanlığı başvurucunun söz konusu kadroya milli güvenlik gerekçesiyle kabul edilemeyeceğini beyan ederlerken, konuyla ilgili bilgileri sadece, Leander'ın bu kadro için gerekli personel niteliklerinden birine sahip olup olmadığına kanaat getirmek için dikkate almışlardır.

73. Buna göre, Leander'ın, Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunmuş olan görüşlerini ifade özgürlüğüne bir müdahale yapılmamıştır.

B. Bilgi edinme özgürlüğü

74. Mahkeme, bilgi edinme özgürlüğünün esas itibarıyla, bir kimsenin, başka kişilerin vermeyi arzu ettikleri veya vermeyi isteyebilecekleri bilgiyi almasının, Hükümet tarafından kısıtlanmasını engellediğini gözlemlemektedir. Sözleşme'nin 10. maddesi, mevcut davadaki gibi şartlar içinde bireye, kendisinin kişisel durumu hakkında bilginin yer aldığı bir sicile ulaşma hakkı vermediği gibi, Hükümete, bu tür bir bilgiyi bireye verme yükümlülüğü de içermemektedir.

75. O halde Leander'ın Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunan bilgi edinme özgürlüğüne bir müdahale yapılmamıştır.

III. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali iddiası

76. Başvurucu son olarak, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Başvurucu ilk olarak, atama yapan makamın kararını dayandırdığı materyalin tümümün, kendisine veya avukatına gösterilip üzerinde yorum yapma imkanı verilmediğinden şikayetçi olmuştur. Başvurucu ayrıca, kendisi hakkında tutulan ve ilgili makamlara verilen bilginin doğruluğu hakkında bağlayıcı karar verme yetkisine sahip bağımsız bir makama başvurma hakkı bulunmadığından da şikayetçi olmuştur.

Hükümet ve Komisyon, bu iddialara katılmamışlardır.

77. Sözleşme'nin 13. maddesinin yorumlanması bakımından, aşağıdaki genel ilkeler konuyla ilgilidir:

(a) bir bireyin, Sözleşme'deki haklarından birinin ihlal mağduru olduğuna dair savunulabilir bir iddiasının bulunması halinde, hem bu iddiası hakkında karar verilmesi ve hem de gerektiği taktirde bir giderim elde edebilmesi için, ulusal bir makam önünde bir hukuk yoluna sahip olmalıdır (*Silver ve Diğerleri, §113*).

(b) Sözleşme'nin 13. maddesi, sözü edilen makamın yargısal bir makam olmasını gerektirmemektedir; ancak bu yargısal bir makam değilse, sahip olduğu yetkiler ve sağladığı güvenceler, izlediği usulün etkili olup olmadığına karar verilirken önem taşır (*ibid.*);

(c) tek bir hukuk yolu, kendi başına Sözleşme'nin 13. maddesindeki şartları bütünüyle yerine getiremese bile, bir araya gelen iç hukuk yolları bunu gerçekleştirebilir (*ibid.*);

(d) Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşmeci Devletlerin yasalarının, Sözleşme'ye veya eşdeğerdeki ulusal normlara aykırı oldukları gerekçesiyle ulusal bir makama başvurma hakkını güvence altına almamaktadır (*James ve Diğerleri, §85*).

78. Mahkeme, bu koşullarda Sözleşme'nin 8. maddesinin, Milli Polis Kurulu tarafından ilgili makamlara Leander hakkında verilen bilginin, kendisine de iletilmesini gerektirmediğini belirtmiştir (bk. yukarıda §66). Sözleşme bir bütün olarak yorumlanmalı ve böylece, Komisyon'un da raporunda hatırlattığı gibi, Sözleşme'nin 13. maddesinin yorumu, Sözleşme'nin mantığıyla ahenkli olmalıdır. Sonuç olarak Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesiyle ilgili vardığı sonuçla uyumlu olarak, bu bilginin başvurucuya iletilmemesinin, kendiliğinden ve bu davanın şartları içinde, Sözleşme'nin 13. maddesini ihlal etmediği görüşündedir (*Klass ve Diğerleri, §68*).

Bu dava bakımından, Sözleşme'nin 13. maddesine göre "etkili hukuk yolu", milli güvenlik açısından önemli kadrolarda istihdam edilecek adaylar hakkındaki gizli denetim sisteminin niteliği gereği kısıtlı bir alanda başvuru yapılabileceği göz önünde tutularak, mümkün olduğu kadar etkili bir hukuk yolu şeklinde anlaşılmalıdır. O halde şimdi, başvurucunun İsveç hukukunda sahip olduğu çeşitli hukuk yollarının, bu sınırlı anlamda "etkili" olup olmadıklarını incelemek gerekmektedir (*ibid., §69*).

79. Başvurucunun şikayetlerinin, en azından Sözleşme'nin 8. maddesiyle ilgili olanlarının, savunulabilir iddialar ortaya koydukları konusunda bir tereddüt yoktur; buna göre başvurucu, İsveç hukukunda korunmuş olan bu hakkını Sözleşme'nin o maddesi gereğince kullanabilmek için, etkili bir hukuk yoluna sahip olmalıdır (*James ve Diğerleri, §47; Lithgow ve Diğerleri, §205*).

Mahkeme, İsveç personel kontrol sistemini Sözleşme'nin 8. maddesine uygun bulmuştur. Böyle bir durumda, bir kimsenin konuyla ilgili yasalara, konunun niteliği gereği sınırlı bir çerçevede uygunluk elde etmesine yarayacak ulusal mekanizmaların bulunması halinde, Sözleşme'nin 13. maddesinin gerekleri yerine getirilmiş olacaktır (*James ve Diğerleri, §86*).

80. Hükümet, İsveç hukukunun Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından yeterli iç hukuk yollarına sahip olduğunu savunmuştur; şöyle ki:

(i) açılan kadroya resmi bir başvuru yapılması ve alınmama halinde Hükümete itirazda bulunma;

(ii) Basın Özgürlüğü Yasasına dayanarak, gizli polis sicilini görmek için Milli Polis Kuruluna talepte bulunma ve reddedilme halinde idare mahkemelerine başvurma;

(iii) Adalet Şansölyesine şikayet etme;

(iv) Parlamento Ombudsmanına şikayet eme.

Komisyon çoğunluğu, bu dört iç hukuku yolundan herhangi birinin tek başına değil ama, birlikte ele alındıklarında, Sözleşme'nin 13. maddesinin gereklerini karşıladığı sonucuna varmıştır.

81. Mahkeme ilk önce, hem Adalet Şansölyesinin ve hem de Parlamento Ombudsmanının bireysel şikayetleri alma yetkisine sahip olduklarını, ilgili yasaların Milli Polis Kurulu tarafından gereği gibi uygulanmalarını sağlamak için bu tür şikayetleri soruşturmakla görevli olduklarını kaydeder. Her iki organ da görevini yerine getirirken, gizli polis sicilinde yer alan bütün bilgilere ulaşma yetkisine sahiptir. Parlamento Ombudsmanının verdiği bir çok karar, bu yetkilerin personel kontrol sisteminin işleyişiyle ilgili şikayetler konusunda da kullanıldığını göstermektedir. Ayrıca, bu bağlamda her iki organın da, Hükümetten bağımsız oldukları kabul edilmelidir. Bu durum, Parlamento Ombudsmanı bakımından tamamen açıktır. Adalet Şansölyesinin de, en azından uygulamada, personel kontrol sisteminin çalışmasıyla ilgili görevlerini yerine getirirken, Hükümete karşı bağımsız olduğu kabul edilmelidir.

82. Ombudsman ve Adalet Şansölyesi tarafından yerine getirilen kontrollerdeki asıl zayıflık, kendilerinin ceza davası veya disiplin davası açma yetkilerinden ayrı olarak, hukuken bağlayıcı bir karar verememeleridir. Ancak bu noktada Mahkeme, gizli güvenlik denetim sisteminde bir kimse için mevcut bir hukuk yolunun gerektirdiği etkililiğin, zorunlu olarak sınırlı oluşunu hatırlatmaktadır. Parlamento Ombudsmanının ve Adalet Şansölyesinin görüşleri, İsveç toplumunda geleneksel olarak büyük saygıyla karşılanır ve uygulamada genellikle izlenir. Ayrıca, bireyin kendi başına kullanabileceği bir hukuk yolu olmamakla birlikte, İsveç personel sisteminin özelliği gereği, bilgi istendiği zaman her bir olayda durumu inceleyen Milli Polis Kurulunun üyesi bulunan parlamenterler vasıtasıyla parlamento denetimine tabi olması da önemli bir unsurdur.

83. Leander'ın hiçbir zaman kullanmadığı bu iç hukuk yollarına bir de, Hükümete gönderdiği 5 Şubat 1980 tarihli mektupla, Milli Polis Kurulunun Personel Kontrol Yönetmeliğinin 13. maddesine aykırı olarak, sicilde yer alan bilgi hakkında yazılı veya sözlü yorumda bulunabilmesi için davet edilmediğinden şikayet etmek suretiyle, fiilen kullandığı hukuk yolu da eklenmelidir. Hükümet bu bağlamda, Kuruldan görüşünü sormuş, Kurulun görüşü hakkında Leander'a cevap verme fırsatı tanınmış, kendisi de 11 Mart 1980 tarihli mektupla cevap vermiştir. Hükümet yani Kabinenin tamamı, Leander'ın 22 Ekim 1979 ve 4 Aralık 1979 tarihli şikayetlerine de cevap veren kararında, Leander'ın çeşitli şikayetlerini reddetmiştir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 13. maddesinde zikredilen makamın, kelimenin dar anlamıyla yargısal bir makam olmak zorunda olmadığını, fakat bu makamın sahip olduğu yetkilerin ve sağladığı usul güvencelerin, bu hukuk yolunun etkili olup olmadığına karar verilirken ilgili unsurlar olduğunu hatırlatır. Hükümetin, Kurulu bağlayıcı karar verme yetkisine sahip olduğu konusunda herhangi bir tereddüt yoktur.

84. Mevcut dava bakımından Sözleşme'nin 13. maddesine göre etkili bir hukuk yolunun, milli güvenliğin korunması için getirilmiş bir gizli izleme sisteminin niteliği gereği kısıtlı bir başvuru alanı bulunduğu göz önünde tutularak, mümkün olduğu kadar etkili bir hukuk yolu anlamına geldiği hatırlanmalıdır.

Hükümete şikayette bulunmak, kendi başına ele alındığında Sözleşme'nin 13. maddesine uygunluğu sağlamak için yeterli görülmese bile, Mahkeme, yukarıda anlatılan hukuk yollarıyla bir araya geldiğinde, özellikle bu davanın şartları içinde, Sözleşme'nin 13. maddesindeki koşulları yerine getirdiğine kanaat getirmektedir (*Klass ve Diğerleri, §72*).

Buna göre Mahkeme, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 8 veya 10. maddesinin ihlal edilmediğine;
2. Üçe karşı dört oyla, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

23.09.2003 36141/97 SOPHIA GUDRUN HANSEN - TÜRKİYE

♦ *aile yaşamı—çocuk ile kişisel ilişki* (annenin çocukları ile kişisel ilişki kurma hakkının yerine getirilmesinde devletin gereken çabayı göstermemesi) ■ aile yaşamına saygı hakkı – devletin pozitif yükümlülüğü

DAVANIN ESASI

I. Dava konusu olaylar

1959 doğumlu başvurucu Sophia Gudrun Hansen İzlanda'da yaşamaktadır. Başvurucu, 1981 doğumlu V.A.'nın ve 1982 doğumlu A.A.'nın annesidir. Başvurucu, bir Türk vatandaşı olan Halil Al ile birlikte Reykjavik'te yaşamaktayken, çocukları evlilik dışında doğmuşlardır.

Başvurucu 13 Nisan 1984'te Halil Al ile evlenmiş, bu evlilikten üç yıl sonra Halil Al İzlanda vatandaşlığı kazanmıştır. Kasım 1989'da başvurucu ve Halil Al ayrılmışlar ve Halil Al Şubat 1990'da birlikte yaşadıkları evden taşınmıştır.

Halil Al Haziran 1990'da, iki kızını da yanına alarak tatil için Türkiye'ye gelmiştir. Başvurucu, kızlarının babalarıyla birlikte Türkiye'ye gitmelerine müsaade etmiştir. Halil Al Ağustos 1990'da, başvurucuyu arayarak kızların bir daha İzlanda'ya dönmeyeceklerini söylemiş ve bu andan itibaren başvurucuyla görüşmemiştir. Başvurucu bunu takip eden aylar boyunca kızlarına ilişkin hiçbir haber alamamıştır.

A. İzlanda'daki boşanma ve velayet davası

Başvurucu, boşanmak ve iki kızının velayetini alabilmek için İzlanda makamlarına başvurmuştur. Adalet Bakanlığı 11 Ocak 1991'de ayrılık izni çıkarmış ve çocukların velayetini geçici olarak başvurucuya vermiştir. Adalet Bakanlığı 10 Nisan 1992'de, anne ve babanın ayrılmasından itibaren çocukların anneleriyle birlikte yaşadıkları ve İzlanda'nın her zaman çocukların memleketi olduğu gerekçesiyle çocukların velayetinin anneye verilmesine karar vermiştir. Bakanlık bu kararını ayrıca, başvurucunun ve Halil Al'ın ekonomik durumlarının ve yaşam koşullarının genel bir değerlendirmesini yapan Reykjavik Çocuk Komitesinin görüşüne dayandırmıştır.

Adalet Bakanlığı aynı tarihte boşanma kararı çıkarmıştır. Bu karar uyarınca Halil Al, her biri 18 yaşına gelinceye değin çocukların bakım masraflarına katılacak ve ebeveynler arasında yapılacak anlaşmayla belirlenecek düzenleme uyarınca çocuklar babalarıyla kişisel ilişki kurabilecelerdir.

B. Türkiye'deki boşanma ve velayet davası

Başvurucu 25 Ekim 1991'de İstanbul'daki Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'nde boşanma davası açmış ve kızlarının velayetini talep etmiştir. 12 Mart 1992'de yapılan duruşmada, her iki kız da mahkeme önüne çıkmışlardır. V.A. şunları söylemiştir:

"Babamın velayetinde kalmak istiyorum. Sophia bir zamanlar benim annemdi. Artık annem değil. Bana kötü davranıyordu. Bizi yalnız bırakmıştı. Başka erkeklerle dışarı çıkıyordu. Ben babamı seviyorum."

A.A. şunları söylemiştir:

"Babamın velayetinde kalmak istiyorum. Sophia bir zamanlar benim annemdi. Artık onu istemiyorum. Bizi yalnız bırakmıştı. Korkmuştuk. Hep bir yerlere gidiyordu. Ben babamı seviyorum."

Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi 12 Kasım 1992 tarihinde, başvurucu ile Halil Al'ın boşanmalarına ve çocukların velayetinin babaya verilmesine karar vermiştir. Bu mahkeme 2675 sayılı yasaya göre davada uygulanacak hukukun Türk hukuku olduğunu belirtmiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi, çocukların duygusal gereksinimlerini karşılayan ve onlara iyi bir eğitim veren babalarıyla birlikte kalmak istediklerine ilişkin ifadelerini göz önünde bulundurmuştur. Çocuklar İstanbul'daki yaşamlarına ve babalarının çevresine ayak uydurmuşlardır. Eğer çevrelerinden koparılacak olurlarsa, ruhsal ve duygusal olarak zarar göreceklerdir. Dolayısıyla onları desteklemek ve eğitim masraflarını karşılamak için yeterli gelire sahip olan babalarıyla kalmaları çocukların üstün yararınadır. Asliye Hukuk Mahkemesi ayrıca, başvurucuya her Temmuz ayında 30 gün süreyle çocuklarını ziyaret etme hakkı tanımıştır.

Dava medyanın ve halkın ilgisini çekmiş ve karar verilirken bir grup Türk ve İzlandalı gazeteci duruşmayı izlemişlerdir.

Başvurucu bu kararı temyiz etmiştir. Yargıtay 23 Şubat 1993'te, başvurucunun Türk vatandaşlığını kazanıp kazanmadığını ve ayrıca Halil Al'ın evlilik neticesinde İzlanda vatandaşlığını kazanıp kazanmadığını açıklığa kavuşturamadan karar verdiği gerekçesiyle ilk derece mahkemesinin kararını bozmuştur. Yargıtay'a göre ilk derece mahkemesi, bu evliliğin Türk makamlarınca tanınıp tanınmadığını ve onaylanıp onaylanmadığını da araştırmamıştır.

Asliye Mahkemesi 7 Kasım 1993'te, Yargıtay'ın bozma kararına uymama kararı almıştır. Asliye Hukuk Mahkemesine göre, çiftin milliyetinin bu davayla bir ilgisi yoktur. Üstelik dava dosyasında çiftin İzlanda hukukuna göre evli oldukları belli olup, bu nedenle evliliğin Türk makamlarınca onaylanıp onaylanmadığını göz önünde bulundurmak gerekli değildir.

Yargıtay Hukuk Daireleri Genel Kurulu 30 Mart 1994'te, Asliye Hukuk Mahkemesinin 7 Kasım 1993 tarihli kararını bozmuştur. Yargıtay, çiftin milliyetinin ve evliliklerinin Türkiye'de tanınmış olup olmadığı meselesinin davanın temel konularından birini oluşturduğunu belirtmiştir. Asliye Hukuk Mahkemesinin görevi, kanunlar ihtilafını düzenleyen kurallar ile 2675 sayılı Yasanın hükümleri ışığında uygulanacak hukuka karar vermek için bu olguları açıklığa kavuşturmaktır. Dosya Asliye Hukuk Mahkemesine geri gönderilmiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi 8 Şubat 1995 tarihli bir yazıyla Dışişleri Bakanlığından, İzlanda makamlarınca 13 Aralık 1984 tarihinde verilen evlililik cüzdanının Türk makamlarınca onaylanıp onaylanmadığı hususunda bilgi istemiştir.

Dışişleri Bakanlığı 18 Nisan 1995 tarihli bir yazıyla, Asliye Hukuk Mahkemesine 13 Nisan 1984 tarihinde İzlanda'daki Doğum, Evlilik ve Ölüm Sicil Müdürlüğü tarafından verilen evlilik cüzdanının ve 10 Nisan 1992 tarihinde Adalet Bakanlığı tarafından verilen boşanma kararının, Oslo'daki Türk Büyükelçiliği'nce onaylandığı bilgisini vermiştir.

Başvurucu, 20 Nisan 1995 tarihli duruşmada boşanma talebini geri almış ve Asliye Mahkemesinden velayet hususunda karar vermesini istemiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi aynı gün, Halil Al'ın hem Türk ve hem de İzlanda vatandaşlığına sahip olduğunu ve başvurucunun evlilik sonucu Türk vatandaşlığını kazanmamış bulunduğunu belirten Dışişleri Bakanlığı ile yazışmasına atıfta bulunmuştur. Bu mahkeme boşanma talebini reddetmiş ve bu nedenle velayet hususunda karar verme yetkisinin bulunmadığına hükmetmiştir.

Yargıtay 28 Kasım 1995'te, Asliye Hukuk Mahkemesinin 10 Nisan 1995 tarihli kararını bozmuştur. Yargıtay'a göre, 2675 sayılı Yasa hükümleri ile Medeni Kanununun 312. maddesi uyarınca ilk derece mahkemesi velayetin ebeveynlerden hangisine verileceğine karar vermelidir. Çocuklar Türk Nüfus Kütüğüne 'gayrisahih nesepli' olarak kaydedilmiş oldukları için, çocukların hangi ebeveynin otoritesi altında olduklarının belirlenmesi gerekir. Dosya bir kez daha Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'ne geri gönderilmiştir.

13 Haziran 1996'da yapılacak duruşma için çocuklar, adliyeye kendileriyle aynı başörtüsü ve güneş gözlükleri takmış olan 15 diğer kız çocuğu ile birlikte getirilmişlerdir. Çocukların babalarıyla birlikte Türkiye'de kalmalarına müsaade edilmesi için sloganlar atan ve pankart açan bir grup insan adliyenin önünde toplanmıştır. Başvurucu ve avukatları kalabalık tarafından tartaklanmıştır.

Başvurucunun avukatı duruşmada mahkemeden, çocukların üstün yararına hizmet edeceği gerekçesiyle duruşmanın kapalı yapılmasını talep etmiştir. Mahkeme, davanın koşullarının izleyenlerin dışarıya çıkarılmasını gerektirmediği gerekçesiyle bu talebi reddetmiştir. Ayrıca başvurucunun avukatı, mahkemeden İzlanda Büyükelçisi, İstanbul'daki İzlanda Konsolosu, tercümanlar ve diğer İzlanda vatandaşlarını duruşmaya katılmak üzere davet etmesini talep etmiştir. Mahkeme bu talebi kabul etmiştir.

V.A. duruşmada şunları söylemiştir:

"Yaklaşık altı senedir babamla birlikte kalıyorum. Babamla mutluyum. Annemle kalmak istemiyorum. İslama uygun bir hayat sürdürmek istiyorum. Babamla kalmak istememin nedeni budur. Annem beni kaçırmaya çalıştı. Bu da annemle kalmak istemememin nedeni. Onunla kalmak istemiyorum. İslami bir eğitim alıyorum. Aynı zamanda da bir devlet okuluna gidiyorum. Güvenlik nedeniyle okulun adını söyleyemem. Babamın baskısı altında değilim."

A.A. şunları söylemiştir:

"Altı yıldır babamla birlikte kalıyorum. Onunla mutluyum. Onunla birlikte olmaktan mutluyum. Üvey annem Mülkiye Al bizimle birlikte yaşıyor. Babam bize bakıyor. Üvey annem ona yardım ediyor. Annemi görmek istemiyorum. Okulumun adını söylemek istemiyorum. Annemin karışmasından korkuyorum."

Başvurucunun avukatı, çocukların babalarının etkisi altında olduklarını ve ifadelerini kendi özgür iradeleriyle vermediklerini ileri sürmüştür. Çocukların çocuk terapistlerince yapılacak bir psikolojik muayeneden geçirilmeleri gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, bu talep hakkında bir karar vermemiştir.

Çocukların ifadelerini ve önündeki diğer delilleri dikkate alan Asliye Hukuk Mahkemesi, çocukların velayetinin babaya verilmesine karar vermiş ve başvurucuya ziyaret hakkı tanımıştır. Mahkeme şu sonuçlara ulaşmıştır:

Yargılama süresince çocuklar altı yıldır babalarıyla yaşadıklarını ve onunla olmaktan mutlu olduklarını belirtmişlerdir. Annelerini görmek istememişler ve annelerinin kendilerini kaçırmasından korkmuşlardır. Dava dosyası, çocukların hiçbir psikolojik, zihinsel

ya da fiziksel sorunlarının olmadığını göstermektedir. Babaları onlara yeterli mali destek vermiştir. Çocuklar, babalarının çevresine alışmış ve onunla mutlu olmuşlardır. Bu olguların ışığında çocukların yararı, en iyi biçimde babalarıyla kalmalarıyla korunacaktır. Ne var ki, çocukların annelerine olan ihtiyaçlarını da karşılamak gerekmiştir. Bu nedenle Türkiye ve İzlanda arasındaki mesafe ve çocukların yaz tatilleri göz önüne alınarak, başvurucuya her Temmuz ve Ağustos ayında altmış gün boyunca çocuklarını ziyaret etme hakkı verilmelidir.

18 Kasım 1996'da Yargıtay bu kararı onamıştır. Yargıtay, başvurucunun 31 Mart 1997 tarihli karar düzelme talebi reddetmiştir.

Başvurucu, Halil Al'ın çocukların velisi olarak yetkilerini kötüye kullandığı gerekçesiyle Halil Al'a karşı velayetin nezi davası açmıştır.

5 Mayıs 1998 tarihinde yapılan bir duruşmada çocuklar Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'de duruşmaya çıkmışlardır.

V.A. şunları söylemiştir.

"Babamla birlikte yaşıyorum. Kardeşime ve bana bakıyor. Annemi görmeye razı olmuyorum, çünkü onu görmek istemiyorum. Annemden hoşlanmıyorum, çünkü çocukluğumda bana hiç ilgi ya da alaka göstermedi. Özel bir okulda okuyorum. Güvenlik nedeniyle adını açıklamak istemiyorum. Babamın velayetinde kalmak istiyorum. Annemin bizi görme talebine razı değilim. Annemi görmeyi reddetmemin ceza gerektiren bir suç olduğunun farkındayım. 1997 yılında polislerin isteği ile annemle buluştum. Kadri mezhebine dahil değilim."

A.A. şunları söylemiştir:

"Sekiz yıldır babamla birlikte yaşıyorum. Kız kardeşim de bizimle birlikte yaşıyor. Babam ebeveyn olarak sorumluluklarını her zaman yerine getirdi. Kardeşim ve ben, annemizle yaşamak istemiyoruz; çünkü onunla birlikte mutlu değildik. Hiçbir zaman bizimle ilgilenmedi. Babamla birlikte kalmak istiyorum. Eğitimime özel bir okulda devam ediyorum. Okulumun adını söylemeyeceğim. Eğer söylersem, annem bizi takip edebilir. 1992 ve 1997'de annemle buluştum, çünkü onu görmek istemiştim. Annem beni Bakırköy 8. Asliye Hukuk Mahkemesi önünde babamın aleyhinde ifade vermeye zorladı."

C. Kişisel ilişki kurma hakkıyla ilgili icra davası

Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi 12 Mart 1992'de geçici olarak başvurucuya her ayın ilk ve üçüncü Cumartesi gününde çocuklarıyla görüşme izni vermiştir. Ne var ki başvurucu, çocuklarını yalnızca iki sefer görebilmiştir. Daha sonraki girişimleri sonuç vermemiştir.

Halil Al 4 Haziran 1992'de, Bakırköy İcra Müdürüne kızlarının 6 Haziran 1992 ile 6 Eylül 1992 tarihleri arasında yaz tatili için Sivas'ta kalacaklarını bildirmiş ve ayrıca İstanbul ve Sivas'taki adreslerini vermiştir. Halil Al Sivas'ta oldukları dönemde, İcra Müdürüne V.A.'nın hastalanması nedeniyle, Sivas'ta kalacakları süreyi 4 Ekim 1992 tarihine kadar uzattıklarını bildirmiştir.

Bu arada Bakırköy Sulh Ceza Mahkemesi, Halil Al'ın şikayeti üzerine 17 Kasım 1991 tarihinde çocukları kaçırmaya teşebbüs etmekle suçlanan başvurucuyu 6 Ekim 1992'de beraat ettirmiştir.

Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi 12 Kasım 1992'de, başvurucunun boşanmasına ve çocukların velayetini babaya verilmesine karar vermiş, ayrıca başvurucuya kişisel ilişki kurma hakkı tanımıştır. Mahkeme çocukların annelerine olan ihtiyaçlarını, Türkiye ve

İzlanda arasındaki mesafeyi ve çocukların yaz tatillerini dikkate alarak, başvurucuya her Temmuz ayında otuz gün boyunca ziyaret hakkı tanınmasına karar vermiştir.

Bunun ardından Halil Al, Bakırköy İcra Tetkik Mercii Hakimliğine icranın durdurulması için başvurmuştur. Yargıtay'ın ilk derece mahkemesinin kararını bozduğunu ve bu nedenle icra işlemlerinin durdurulması gerektiğini belirtmiştir. Bu esnada başvurucu ise, Yargıtay'ın ilk derece mahkemesinin kararını bozması nedeniyle kızlarını ziyaret etmek için Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi 30 Temmuz 1993'te, başvurucuya geçici olarak her Cuma günü saat 17:00'den Cumartesi günü 17.00'ye kadar çocuklarını ziyaret hakkı tanımıştır. Mahkeme, çocukların annelerini annenin İstanbul'da kiraladığı evde görebileceklerini kaydetmiştir.

İcra memurları 2 Temmuz ve 10 Eylül 1993 tarihleri arasında on bir defa Halil Al'ın evine kez gitmişler, fakat hiçbirinde Halil Al'ı veya çocukları evde bulamamışlardır. Apartmanın kapıcısı memurlara iki defasında, Halil Al'ın tatil için kızlarıyla birlikte Sivas'a gittiğini söylemiştir.

Başvurucu çeşitli şikayetlerde bulunmuştur. Bakırköy Savcısı, mahkeme kararlarına uymadığı gerekçesiyle Halil Al aleyhinde ceza davası açmıştır. Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi 19 Ocak 1994'te, Halil Al'a üç ay on gün hapis cezası vermiş ve bu cezayı 500.000 Türk Lirası para cezasına çevirmiştir.

Başvurucunun 15 Temmuz 1994, 22 Temmuz 1994, 29 Temmuz 1994, 5 Ağustos 1994, 19 Ağustos 1994, 26 Ağustos 1994, 2 Eylül 1994 ve 9 Eylül 1994 tarihlerinde çocuklarını görme girişimleri başarısızlıkla sonuçlanmıştır. İcra memurları bu tarihlerin hiçbirinde çocukları evde bulamamışlardır.

İcra memurları 16 Eylül 1994'te Halil Al'ın evine zorla girmişler ve çocukların üvey annesiyle karşılaşmışlardır. Halil Al, eve daha sonra gelmiş ve memurlara sadece V.A.'nın evde olduğunu söylemiştir. İcra memurları, A.A. evde olmadığı için V.A.'yı da almaksızın evden ayrılmışlardır.

İcra memurları 23 Eylül 1994'te Halil Al'ın evine gittiklerinde, evde yine çocukların üvey annesini bulmuşlardır. Çocuklar ve babaları evde bulunmamıştır. Halil Al 30 Eylül 1994, 14 Ekim 1994, 21 Ekim 1994 ve 25 Kasım 1994 tarihlerinde yine kişisel ilişki kurmaya ilişkin karara uymamıştır.

10 Ekim 1994 tarihinde Yargıtay, Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi'nin 19 Ocak 1994 tarihli kararını onamıştır.

Halil Al 6 Ocak 1995, 20 Ocak 1995, 3 Şubat 1995, 10 Mart 1995, 24 Mart 1995 ve 7 Nisan 1995 tarihlerinde de kişisel ilişki kurmaya ilişkin karara uymamıştır. Bu tarihlerin hiçbirinde evde bulunmamıştır.

Başvurucu 14 Nisan 1995 tarihinde icra memurlarının eşliğinde Halil Al'ın evine gitmiştir. Evde olan çocukların dedesi, çocukların okulda olduklarını, fakat hangi okula gittiklerini bilmediğini söylemiştir. İcra memurları evi aramışlar, fakat çocukları bulamamışlardır.

Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesi 13 Haziran 1996'da, başvurucuya her Temmuz ve Ağustos ayında olmak üzere altmış günlük ziyaret hakkı tanımıştır.

Bakırköy İcra Müdürü 10 Temmuz 1996'da, Halil Al'a 12 Temmuz 1996 tarihinde saat 17.00'da evde hazır olmaya davet eden resmi bir yazı göndermiştir.

11 Temmuz 1996'da Halil Al, Bakırköy İcra Tetkik Mercii Hakimliği'nden kişisel ilişki kurma hakkının icrasına ilişkin kararı iptal etmesini talep etmiştir. Hakim 12 Temmuz

1996'da bu talebi reddetmiştir. Ne var ki, Halil Al'ın evine giden memurlar çocukları ya da Halil Al'ı bulamamışlardır.

Aynı gün Halil Al, yazılı olarak İcra Müdürlüğüne bir tatil için V.A.'nın Erzurum'da, A.A.'nın ise Sivas'ta olduğunu ve başvurucunun çocukları bu şehirlerde ziyaret edebileceğini bildirmiştir.

İcra memurları 19 Temmuz 1996'da yine Halil Al'ı evinde bulamamışlardır. Kapıcı, çocukların o sabah erkenden evden çıktıklarını söylemiştir.

Başvurucu 12 Temmuz 1996, 20 Ağustos 1996 ve 11 Eylül 1996 tarihlerinde Bakırköy Cumhuriyet Savcılığı'na üç şikayette bulunmuştur.

Bakırköy Cumhuriyet Savcısı, Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi'nde mahkeme kararlarına uymamasından ötürü Halil Al aleyhinde ceza davası açmıştır.

26 Temmuz 1996 tarihli bir yazıda Bakırköy İcra Müdürü aynı tarihte planlanan bir ziyaret hakkında polisi bilgilendirmiş ve ziyarette bir polisin icra memurlarına refakat etmesini istemiştir. Sonraki ziyaretlerde bir polis icra memurlarına refakat etmiştir.

Cumhuriyet Savcısı 4 Eylül 1996'da, Halil Al'a karşı yine mahkeme kararlarına uymamakla suçlayan bir ceza davası daha açmıştır.

İcra memurları 13 Eylül 1996'da binaya gittiklerinde çocukların dedesi çocukların Sivas'tan dönmediklerini söylemiştir. Memurlar, çocukların yataklarının yapılmış olduğunu kaydetmiştir.

İcra memurları 20 Eylül 1996'da Halil Al'ın evinde kimseyi bulamamışlardır. Bir komşuları, uzun bir süredir eve kimsenin girdiğini veya çıktığını görmediğini söylemişlerdir.

Başvurucu 5 Ekim 1996, 18 Ekim 1996, 26 Ekim 1996, 1 Kasım 1996, 8 Kasım 1996, 15 Kasım 1996, 22 Temmuz 1996 ve 29 Kasım 1996 tarihlerindeki ziyaretlerinde eli boş dönmüştür. Bu tarihlerin hiçbirisinde çocuklar babalarının evinde bulunmamışlardır.

İzlanda Hükümetine göre, Türk ve İzlanda makamları arasında yapılan görüşmeler ile İzlanda Dışişleri Bakanlığının ve görüşmede bizzat bulunan İzlanda'nın Türkiye Büyükelçisi tarafından Türk makamlarına yapılan baskılar sonucu, 1 Aralık 1996 tarihinde başvurucu ve çocuklar arasında istisnai bir buluşma ayarlanmıştır.

Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi 7 Mart 1997'de, Halil Al'ı mahkeme kararlarına uymama nedeniyle suçlu bulmuş ve üç ay yirmi altı gün hapis cezasına mahkum etmiştir.

Türk Dışişleri Bakanlığı 27 Mart 1997 tarihli bir yazıyla, Adalet Bakanlığına başvurucunun 29 ya da 30 Mart 1997'de Türkiye'ye geleceğini bildirmiş ve bakanlıktan başvurucunun hiçbir engel olmaksızın kişisel ilişki kurma haklarını kullanabilmesi için gerekli adımları atmasını talep etmiştir.

Başvurucu 10 Nisan 1997'de, Bakırköy Cunhuriyet Savcılığı'ndan ısrarla Halil Al'ı tutuklatmasını talep etmiştir.

Başvurucunun avukatı 21 Ağustos 1997'de, başvurucunun kızları ile görüşmek üzere Sivas'a bağlı olan Divriği'ye gitmiştir. Halil Al, buluşma noktasına kızlarıyla birlikte gelmiştir. Babalarından ayrıldıktan sonra kızlar, bağırmaya başlamışlar ve avukatla yolculuk etmek istememişlerdir. Anneleri kendilerine hiçbir zaman gerçek anlamda annelik etmediği için onu görmek istemediklerini söylemişlerdir. Avukat arabaya binmelerini istediğinde, bunu reddetmişlerdir. Avukat polislerden yardım istemiş ve Ankara'ya kadar kendilerine refakat etmelerini talep etmiştir. Polisler, kendilerine sadece Sivas il sınırına kadar refakat edeceklerini belirtip bu talebi reddetmişlerdir. Başvurucunun avukatı,

bölgedeki terörist eylemler nedeniyle çocukların güvenliğinden endişe duyduğu için çocuklarla seyahat etmemiştir.

Başvurucu, bir kez daha Bakırköy Cumhuriyet Savcılığı'na suç duyurusunda bulunmuştur. 24 Eylül 1997'de Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi, başvurucunun iddialarını reddetmiş ve Halil Al'ı beraat ettirmiştir. Mahkeme, çocukların tekrar tekrar annelerini görmek istemediklerini ifade ettiklerini ve onu görmekten kaçmak için tarihi belirlenmiş ziyaretler öncesinde arkadaşlarının evlerinde kaldıklarını kaydetmiştir. Bu mahkemeye göre çocuklar babalarının etkisi altında olmayıp, annelerini görmeyi istemediklerini açıkça söylemişlerdir. Mahkeme, Halil Al'ı suçlayabilecek bir delil bulunmadığına karar vermiştir.

Belirtilmeyen bir tarihte Adalet Bakanlığı Dışişleri Bakanlığı'na başvurucunun çocuklarını Sivas, Ankara veya Kayseri'de görebileceği ve bunun çocukların annelerine olan ihtiyaçlarını karşılamaları bakımından daha uygun olduğu hususunda bilgilendirildiğini bildirmiştir. Ne var ki başvurucu, çocuklarını bu şehirlerde ziyaret etmeyi kabul etmemiştir. Adalet Bakanlığı ayrıca, genel bir kural olarak, kişisel ilişki kurma haklarını kullanabilmek üzere hak iddia eden bir kimsenin uygun yasal usulleri kullanması ve yetkili makamlara başvurması gerektiğini vurgulamıştır. Ne var ki mevcut olayda başvurucu, herkese açık olan yasal usulleri kullanmamıştır.

Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi, 4 Eylül 1998'de başlatılan ceza yargılamasını neticelendirmiştir. 13 Ocak 1998 tarihli kararda Halil Al'ı mahkeme kararlarına uymamak nedeniyle suçlu bulmuş ve kendisine dört ay hapis cezası vermiştir. Bu ceza 1,200,000 Türk Lirası para cezasına çevrilmiştir.

Adalet Bakanlığı 8 Haziran 1998 ve 8 Temmuz 1998 tarihli yazılarıyla, Sivas ve Divriği cumhuriyet savcılıklarından Bakırköy Asliye Hukuk Mahkemesinin kararında belirlenen kişisel ilişki kurmaya ilişkin düzenlemenin gerçekleştirilmesi için gerekli tedbirleri almalarını istemiştir. Adalet Bakanlığı da, İçişleri Bakanlığına başvurucunun avukatının çocuklara ulaşma çabalarının güvenlik endişesi nedeniyle engellendiğini bildirmiş; gelecek Temmuz'da başvurucunun kızlarıyla buluşmasını sağlamak üzere gerekli tedbirleri almasını önermiştir.

15 Temmuz 1998'de Bakırköy Asliye Ceza Mahkemesi, Halil Al'ı yine bir ay ve beş günlük hapis cezasına çarptırmıştır. Ceza 350,000 Türk Lirasına çevrilmiştir.

Başvurucu 8 Temmuz 1998'de, Divriği'de dört gün boyunca kızlarıyla buluşmuştur. Ne var ki Halil Al, kızlarının annelerini daha uzun bir süre görmelerine izin vermemiştir. Başvurucu, İzlanda'ya geri dönmüştür.

Başvurucu 27 Ağustos 1998'de kızlarıyla buluşmak için Divriği'ye gelmiştir. Ne var ki onları görememiştir.

Türk hukuku uyarınca çocuklar 18 yaşına geldiklerinde yetişkin sayıldıklarından V.A.'nın Haziran 1999'da ve A.A.'nın Kasım 2000'de on sekiz yaşına gelmeleri nedeniyle kişisel ilişki kurma hakları icra edilemez hale gelmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiası

91. Başvurucu, Türk makamlarının Sözleşme'nin 8. maddesinden doğan pozitif yükümlülüklerine uygun olarak kendisinin çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakkını etkili bir şekilde yerine getiremediklerinden yakınmıştır.

A. Tarafların görüşleri

1. Başvurucu

92. Başvurucu, 1992 ve 1998 yılları arasında onları görmek için yaptığı çok sayıdaki girişime rağmen, Türk makamlarının kendisinin çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakkını etkili bir şekilde yerine getiremediklerinden yakınmıştır. Altı yıl içinde yüzden daha fazla kızlarını görmek amacıyla İzlanda'dan Türkiye'ye gelmiştir. Ne var ki, çabalarında başarısız olmuştur; çünkü eski kocası, çocuklarıyla kişisel ilişki kurmasına ilişkin düzenlemelere uymayı sürekli olarak reddetmiştir. Türk makamlarının, icra memurlarının her ziyaretinin öncesinde babaları tarafından saklanan kızlarının yerini tesbit etmek için etkili adımlar atamadıklarına işaret etmiştir.

Başvurucu, mahkeme kararlarına uymama nedeniyle eski kocasına karşı on sekiz kez ceza davası açıldığını ileri sürmüştür. Ne var ki eski kocası, küçük para cezaları ödemiş ve daha ağır cezalardan kurtulmuştur.

2. Hükümet

93. Hükümet, ulusal makamların başvurucunun ziyaret haklarından yararlanabilmesi için güçlerinin yettiği her şeyi yaptıklarını ileri sürmüştür. Hükümet, ziyaret haklarının yerine getirilmesini gerektiren her olayda, çocukların menfaatleri ile bir bütün olarak toplumun yarışan menfaatleri arasında adil bir dengenin kurulmasının gerektiğini belirtmiştir. Çocuklar, boşanma sırasında, velayet davasında ve başvurucunun avukatıyla yolculuk etmeyi mutlak surette reddettikleri 21 Ağustos 1997'de Divriği'deki buluşmada olduğu gibi, pek çok defa annelerini görmek hususundaki isteksizliklerini belirtmişlerdir. Bu koşullar altında yetkililer, yine Sözleşme'nin 8. maddesi uyarınca görüşlerinin dikkate alınmasını gerektirecek kadar yetişkin olan çocukların menfaatlerini de koruma yükümlülüğü altındadırlar. Kişisel ilişki kurma haklarının yerine getirilememesi, ilk olarak ve öncelikle babanın işbirliği yapmayı reddetmesinin bir sonucu olup, Hükümet onun bu davranışından sorumlu tutulamaz. Bu durum ikinci olarak çocukların başvurucuyu görmeyi reddetmelerinin bir sonucudur, ki bu da Hükümetin suçlanamayacağı bir meseledir.

Her halükarda başvurucu, polislerden eski kocasının evine zor kullanarak girmelerini talep edebilirdi; fakat sadece 16 Eylül 1994 tarihindeki ziyaretinde bunu yapmıştır. Hükümet ayrıca başvurucunun eski eşinin mahkeme kararlarına uymamama nedeniyle suçlu bulunduğuna ve mahkum edildiğine işaret etmiştir.

Hükümet, Türk makamlarının başvurucunun çocuklarıyla kişisel ilişki kurma hakkını yerine getirmek için olayın çetrefil şartları altında makul olarak kendilerinden beklenebilecek her şeyi yapmış olduklarını belirtmiştir.

3. Müdahil Hükümet

94. İzlanda Hükümeti başvurucuyla hemfikirdir. Türk mevzuatının başvurucunun Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından güvence altına alınan hakları bakımından yeterli koruma sağlamadığını ve bilhassa Türk makamlarının gerekli ve etkili tedbirleri alıp mahkeme kararlarına uygun olarak hızlı bir biçimde başvurucunun kişisel ilişki kurma haklarını yerine getiremediklerini belirtmişlerdir.

95. İzlanda Hükümetine göre Türk yetkililerinin aldığı tek tedbir, çocukların orda olup olmadıklarını ortaya çıkarmak üzere başurucunun eski eşinin evine yaptığı ziyaretlere eşlik etmek olmuştur. Çocukların nerede olduğunu tespit etmek ya da örneğin onların arasında bir buluşma ayarlamak ya da iletişim için bir zemin oluşturmak amacıyla başvurucu ve eski eşi arasında arabuluculuk etmek üzere hiçbir adım atılmamıştır. Türk makamları,

görüşmeyi sağlamak üzere sosyal yardım ya da benzeri makamların yargılamaya dahil edilmelerini sağlamak üzere hiçbir girişimde bulunmamışlardır.

B. Mahkeme'nin görüşü

96. Mahkeme ilk olarak, başvurucunun 1990 itibarıyla kızları V.A. ve A.A. ile kişisel ilişki kuramamış olmasına ilişkin şikayetlerini kaydetmiştir. Bu hususların Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında "aile yaşamı"na ilişkin oldukları tartışmasızdır.

97. Bu durumda başvurucunun aile yaşamına saygı hakkının ihlal edilip edilmediği belirlenmelidir. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin temel amacının, bireyi kamu makamlarının keyfi eylemlerine karşı korumak olduğunu hatırlatmıştır. Buna ilaveten aile yaşamına etkili bir biçimde "saygı gösterilmesi"ne içkin olan pozitif yükümlülükler bulunmaktadır (*Keegan, §49*). Bu bağlamda Mahkeme sürekli olarak Sözleşme'nin 8. maddesinin, ebeveynlerin çocuklarıyla yeniden biraraya gelmelerine imkan verecek tedbirlerin alınmasına ilişkin bir hakkı ve ulusal makamlar üzerinde bu tür bir harekette bulunma yükümlülüğü içerdiğine hükmetmiştir (*Eriksson, §71; Margareta ve Roger Andersson, §91; Olsson* (*no.2*)*, §90; Hokkanen, §55; Nuutinen, §127; Ignaccola-Zenide, §94; Sylvester, §58*).

98. Ne var ki, ulusal makamların yeniden biraraya gelmeyi sağlayacak tedbirler alma yükümlülüğü mutlak değildir; zira bir ebeveynin bir süredir diğer ebeveynle yaşamış olan çocuklarıyla yeniden biraraya gelmesi derhal gerçekleşmeyebilir ve hazırlık tedbirlerinin alınmasını gerektirebilir. Bu hazırlığın niteliği ve kapsamı, her bir olayın özel koşullarına bağlıdır; fakat tüm ilgililerin anlayış ve işbirliği, her zaman önemli bir unsurdur. Ulusal makamların böyle bir işbirliğini sağlamak için azami çaba sarf etmeleri gerekirken, bu alanda baskı uygulamaya ilişkin bir yükümlülük sınırlı olmalıdır; zira bütün ilgililerin hakları ve özgürlükleri gibi menfaatleri de ve bilhassa çocuğun üstün yararı ve onun Sözleşme'nin 8. maddesinden doğan hakları göz önünde bulundurulmalıdır. Ebeveynle temasın bu menfaatleri tehdit edebileceği ya da bu haklara müdahale edebileceği durumlarda, adil bir dengenin kurulması ulusal makamlara düşmektedir (*Hokkanen, §94*).

99. Bu nedenle Mahkeme'nin, ulusal makamların icrayı sağlamak üzere olayın özel koşulları altında kendilerinden istenmesi makul olan bütün bu adımları atıp atmadıklarını (*Hokkanen, §58; Nuutinen, §128; Ignaccola-Zenide, §96*) ve ulusal makamların bütün ilgililerin menfaatleri ve hukukun üstünlüğüne saygıyı güvence altına almaya ilişkin genel yarar arasında adil bir denge kurup kurmadıklarını araştırması gerekmektedir (*Nuutinen, §129*).

100. Bu doğrultuda Mahkeme ayrıca, mevcut olay gibi bir olayda bir tedbirin yeterliliğinin bu tedbirin icrasının çabukluğuyla ölçüleceğini hatırlatmıştır. Nihayetinde verilecek kararın icrası da dahil olmak üzere, velayet davalarında geçen zaman, çocuklar ve onlarla yaşamayan ebeveyn arasındaki ilişki bakımından telafi edilemez sonuçlar doğurabileceğinden, bu davaların acil olarak görülmesi gerekir (*Ignaccola-Zenide, §102*).

101. Mahkeme, başvurucunun 25 Ekim 1991'de boşanma ve çocuklarının velayeti için talepte bulunduğunu gözlemlemiştir. Yargılama altı yıl beş ay sonra 31 Mart 1997'de sona ermiştir. Bu süre içerisinde 12 Mart 1992'de başvurucuya geçici olarak her ayın birinci ve üçüncü Cumartesi günü kişisel ilişki kurma hakkı tanınmıştır. Ne var ki, başvurucu çocuklarını yalnızca 12 Mart ve 12 Kasım 1992 tarihleri arasında iki sefer görebilmiştir. Daha sonraki bir tarihte başvurucuya her Temmuz ayında otuz gün süreyle kişisel ilişki kurma imkanı veren ilk karar alınmıştır. Bu düzenleme, Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını bozunca geçersiz hale gelmiştir. 30 Temmuz 1993'te başvurucuya yine koşullu olarak Cuma günleri saat 17:00'den Pazar günleri 17:00'ye kadar kişisel ilişki kurma hakkı verilmiştir. Bu düzenleme, başvurucuya her Temmuz ve Ağustos ayında

60 gün süreyle kişisel ilişki kurma hakkının tanındığı 13 Temmuz 1996 tarihine kadar yürürlükte kalmıştır.

102. Mart 1992 ile Ağustos 1998 tarihleri arasında icra memurları ve başvurucu, ziyeret için çocukların evine en az elli kez gitmişlerse de, başvurucu çocuklarını sadece bunların dördünde görebilmiştir. İki kez başvurucu ve bir kez de başvurucunun avukatı, kızlarını görmek üzere Türkiye'nin doğusundaki bir ilçe olan Divriği'ye gitmişlerdir.

103. Yargılama süresince velayet ve boşanma davaları medyanın ve halkın ilgisini çektiği için çocuklar büyük bir baskıya maruz kalmışlardır. Bununla birlikte yetkililer, bu zor koşullar altında dahi başvurucunun bu uzun yargılama sürmekte iken kişisel ilişki haklarını kullanmasını sağlamak için herhangi bir tedbir almamışlardır. Bilhassa, başvurucunun kızlarıyla yeniden biraraya gelmesini ve başvurucu ile eski kocası arasında daha dayanışmacı bir atmosferin yaratılmasını sağlamak üzere, sosyal hizmetlerin tavsiyesini ya da psikolog veya çocuk psikiyatrlarının desteğini alamamışlardır (*Ignaccola-Zenide, §112*).

104. Bu doğrultuda Mahkeme, hem boşanma ve velayet davaları süresince hem de icra işlemleri sırasında çocukların çeşitli kereler annelerini görmek hususundaki isteksizliklerini belirttiklerini kaydetmiştir. Hükümet, ulusal makamların çocukların annelerini görmeyi reddetmelerinden ve babanın ziyaret kararlarına uymamasından sorumlu tutulamayacağına işaret etmiştir. Çocukların mutlak surette annelerini görmeyi reddettikleri zamanların olduğu doğru olsa dahi, özelikle Divriği'deki buluşmada, Mahkeme çocuklara herhangi bir dış baskı olmaksızın duygularını özgürce ifade edebilecekleri sakin bir ortamda anneleriyle ilişki kurmak üzere hiçbir gerçek fırsatın verilmediği görüşündedir.

105. Türk makamlarınca icra işlemlerinin idaresi bakımından Mahkeme, başvurucunun eski kocasının belirlenmiş her ziyarette icra memurları geldiğinde çocuklarla beraber evde bulunmamayı ayarladığını kaydetmiştir. Ne var ki yetkililer, başvurucuyla temaslarını sağlamak amacıyla çocukların yerini belirlemek üzere herhangi bir adım atmamışlardır. Halil Al'ın kişisel ilişki kurmaya ilişkin düzenlemelere uymayı sürekli olarak reddetmesi karşısında yetkililerin, eski kocasına karşı uyumu sağlayacak türde gerçekçi zorlayıcı tedbirler de dahil olmak üzere başvurucunun ziyaretlerini mümkün kılacak tedbirleri almaları gerekirdi.

106. Bu hassas alanda çocuklara karşı, onları ebeveynlerin biri ya da diğeriyle yeniden bir araya gelmeye zorlayan tedbirler alınması arzu edilir olmasa da, çocukların birlikte yaşadıkları ebeveynin uyumsuzluğu ya da hukuka aykırı davranışı halinde böyle bir hareketten kaçınılmamalıdır (*Ignaccola-Zenide, §106*).

107. Mahkeme, Hükümetin ulusal makamların başvurucunun ziyaret haklarından yararlanabilmesi için güçlerinin yettiği her şeyi yaptıklarına ilişkin iddiasına katılmamıştır. Başvurucunun eski kocasına verilen para cezalarının etkili ve yeterli olmadıklarına kanaat getirmiştir. Hükümetin başvurucunun icra memurları Halil Al'ın evine zor kullanarak girmelerini isteyebileceğine ilişkin önersine gelince, Mahkeme, öyle bile olsa, kamu gücünü uygulayanlar onlar olduklarından, bunun yetkilileri icra konusundaki yükümlülüklerinden kurtarmayacağını düşünmektedir (*Ignaccola-Zenide, §111*).

108. Yukarıda anlatılanları göz önünde tutan Mahkeme, Türk makamlarının başvurucunun çocuklarıyla kişisel ilişki kurma haklarının gereğini yerine getirecek yeterli ve etkili çabayı gösteremedikleri ve bu suretle Sözleşme'nin 8. maddesince güvence altına alındığı şekliyle başvurucunun aile yaşamına saygı hakkını ihlal ettikleri sonucuna ulaşır.

II. Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiği iddiası

110. Başvurucu, bilhassa Katolik olmasına ve İzlanda vatandaşı olmasına dayanan ayrımcılık neticesinde çocuklarını ziyaret hakkından mahrum bırakıldığını ileri sürmüştür.

111. Mahkeme, esasa geçmeden evvel başvurucunun şikayetlerinin temelsiz olduğunu ve dini ya da milliyeti nedeniyle ayrımcılığa maruz kaldığını gösterecek bir dayanağın bulunmadığını kabul etmiştir.

112. Dolayısıyla Sözleşme'nin 14. maddesi ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞYLE,

1. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline,
2. Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmediğine,
3. a) davalı devletin üç ay içerinde aşağıdaki miktarları ödemesine:
   (i) maddi tazminat olarak 50,000 Euro;
   (ii) manevi tazminat olarak 15,000 Euro;
   (iii) ücret ve masraflar için başvuruculara birlikte 10,000 Euro.
4. Adil karşılık ile ilgili diğer taleplerin reddine;

KARAR VERMİŞTİR.

19.10.2010 20999/04 ÖZPINAR - TÜRKİYE

♦ *hakimin meslekten çıkarılması* (kadın başvurucu hakimin giyimi, makyajı ve özel kişilerle ilişkileri konusunda müfettiş soruşturmasının ardından koruyuculardan yararlanamadığı bir usulle meslekten çıkarılması) ■ özel yaşama saygı hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Arzu Öpınar, 1972 doğumlu bir Türk vatandaşıdır. Başvurucu 22 Temmuz 1997 tarihinde hakimlik görevine başlamış, 1999 yılında Mersin'in Gülnar ilçesine tayin olmuş ve burada üç buçuk yıl çalışmıştır.

Mayıs 2002'de, 'bir grup yurtsever polis adına' Gülnar Savcılığına gönderilen imzasız bir şikayet mektubu üzerine, başvurucu hakkında soruşturma başlatıldığı anlaşılmaktadır. Müfettiş başvurucudan şu iddialara yanıt vermesini istemiştir:

1) Annesiyle tartışıp evden ayrıldıktan sonra tek başına, kirası evli ve dört çocuklu avukat G.A. tarafından ödenen bir daireye taşınmış olduğu. Bu avukat ile yakın ilişki içinde olduğu, adliyedeki odasına bu avukatın sıklıkla girmesine izin verdiği, mahkeme binasından avukatın otomobiliyle ayrıldığı ve avukatın bürosunda iki kez yemek yemiş olduğu. Bu nedenle avukatla iş ilişkisi kurduğuna dair yaygın bir inancın yerleşmiş olduğu. 2) Belediye Başkanı H.M., Belediye Meclis Üyesi S.Y., jandarma görevlisi H.A., Orman Müdürü ve yukarıda sözü edilen avukat ile yakın ilişki kurduğuna dair yaygın bir kanaatin oluştuğu, özellikle H.M.'nin çalışma odasına girmesine izin verdiği, onun arabasıyla mahkemeden çıktığı, yaz tatilinde veya hafta sonlarında belediye başkanının yazlık evinde kaldığı, jandarma görevlisi ile çalışma odasında kilitli olarak yalnız kaldığı. 3) Ayrı yaşadığı annesiyle mahkeme binasında yüksek sesle tartıştığı. 4) Söylentilere göre altı aydır adliyeye ücreti söz konusu avukat tarafından ödenen bir taksiyle geldiği. 5) Savcının tutuklama talebine rağmen, söz konusu avukatın müdafisi olduğu iki olayda sanığı tahliye etmiş olduğu. 6) Bazı günler hakimliğe uygun olmayacak tarzda ağır makyaj yaptığı ve mini etekle adliyeye geldiği. 7) Mazereti olmaksızın işe geç geldiği ve işten erken ayrıldığı, bazı günler gelmediği.

Müfettiş başvurucudan üç gün içinde savunmasını vermesini istemiştir. Başvurucu müfettişten savunma süresinin uzatılmasını istemiş, ancak müfettiş bu talebi reddetmiştir. Başvurucu iddiaları cevaplandırdığı yazılı bir savunma vermiştir.

Başvurucu, annesiyle yaptığı tartışma üzerine evi terk ettiğini, bir süre öğretmenevinde kaldığını, kiralık ev aradığını, G.A.'nın yardımıyla şehrin dışında bir ev bulduğunu, ev sahibinin kira istemediğini, annesine ve üniversitedeki kardeşine destek olduğu için bunun kendisine uygun geldiğini, beş ay sonra bu evden çıktığını, söz konusu avukatı bu dönemde tanıdığını ve kendisiyle özel bir ilişkisi bulunmadığını söylemiştir.

Başvurucu, söz konusu avukatın müdafisi olduğu sanıkların lehine karar verdiği iddiasıyla ilgili olarak, bu avukatın mahkemede çok az davası bulunduğunu ve dosyaların incelenmesi halinde lehine karar verilmediğinin görüleceğini söylemiştir.

Başvurucu, çalışma düzeniyle ilgili iddiaların tümüyle temelsiz olduğunu, çünkü aldığı 400 dosyadan sadece 156 tanesinin derdest olduğunu, Aralık 2001 tarihinde tercihli olarak terfi ettirildiğinin görüleceğini belirtmiştir.

Başvurucu adliyeye uygunsuz kıyafet ve makyaj ile geldiği iddialarının reddetmiş ve hiç bir zaman mini etek giymediğini söylemiştir.

Başvurucu bir çok kişiyle ilişkisi bulunduğu iddiasıyla ilgili şaşkınlığını belirtmiş ve bunun bir iftira olduğunu söylemiştir.

Başvurucu tutukluları tahliye ettiği konusundaki iddialara da karşı çıkmıştır. Başvurucu ilk olarak tutuklamanın hakimin takdirinde olan istisnai ve geçici bir tedbir olduğunu, ikinci olarak bu kararın özel ilişkinin bir sonucu olarak verildiğine dair dosyada bir delil bulunmadığını söylemiştir.

Başvurucu ayrıca şöyle demiştir:

"Bildiğim kadarıyla, hakimleri erkek ziyaretçi kabul etmekten men eden bir kural yoktur. (...) Ben hem hakim ve hem de yalnız yaşayan bir kadın olabilirim. (...) Fakat en başta ben bir insanım. Ben de herkes gibi sevebilirim, ziyaretçi kabul etme hakkım vardır. Adliyedeki odama gelen herkesle seks yaptığım şeklinde alçakça düşüncelere sahip olan olabilir. Sosyal ilişkilerim çerçevesinde adliyedeki odama giren ve çıkan kişilerin olması, yalnız yaşamakta oluşum ve annemle tartışmış olmam nedeniyle hakkımda soruşturma açılmasının hiç bir hukuki temeli olmadığı açıktır."

Müfettiş, aralarında vali yardımcısı, askeri birlik komutanı, savcılar, hakimler, jandarma görevlisi, kadastro memuru, adliye memurları, avukatlar, polis ve güvenlik görevlerinin de bulunduğu 40 tanık dinlemiştir. Tanıklar başvurucunun tutumuna ilişkin çelişkili ifadeler vermişlerdir. Ayrıca müfettiş başvurucunun baktığı dava dosyalarını da incelemiştir. Başvurucunun görevini iyi bir hakim olarak görevini zamanında yerine getirdiği, hakkında yolsuzluk gibi şikayetlerin bulunmadığı anlaşılmıştır.

Soruşturma dosyasında yer alan tanık ifadeleri, müfettiş dosya inceleme raporları gibi belgelerden hiçbiri başvurucuya gösterilmemiştir.

Başvurucu 27 Mayıs 2002 tarihinde görevinden uzaklaştırılmış, ancak itirazı üzerine 4 Haziran 2002 tarihinde görevine iade edilmiş ve daha sonra Konya Seydişehir'e tayin edilmiştir.

Müfettiş 31 Mart 2003 tarihinde soruşturma raporunu tamamlamıştır. Bu rapor başvurucuya iletilmemiştir. Müfettiş başvurucu aleyhindeki iddiaları dört başlık altında sıralamıştır: a) Kusurlu veya uygunsuz hareket ve ilişkileriyle mesleğin şeref ve nüfuzunu veya şahsi onur ve saygınlığını yitirmesi; b) kılık ve kıyafetinde mesleğin gerektirdiği saygınlığı gözetmemek; c) hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yaptığı kanısını uyandırmak; d) mazeretsiz olarak göreve geç gelmeyi veya erken ayrılmayı alışkanlık haline getirmek.

Adalet Bakanlığı bu raporu Hakimler ve Savcılar Yüksek Kuruluna göndermiştir. Kurul 6 Kasım 2003 tarihli toplantısında müfettişin raporunu oyçokluğu ile kabul ederek, 2802 sayılı Kanunun 69. maddesi gereğince başvurucunun meslekten çıkarılmasına karar vermiştir. Yedi üye karara muhalefet etmiştir. Kararın sadece meslekten çıkarma cezasının verildiği kısım başvurucuya iletilmiştir.

Başvurucu meslekten çıkarma kararının yeniden incelenmesi için başvurmuş ve bu arada aldığı 12 Kasım 2003 tarihli bekaret raporunu ertesi gün sunmuştur. 20 Kasım 2003 tarihinde bu başvuru Kurul tarafından reddedilmiştir. Başvurucu karara karşı itiraz etmiştir (2802 sayılı Kanun md. 73). 12 Ocak 2004 tarihinde beş üyeli İtiraz Kurulu başvurucuyu dinledikten sonra itirazı reddetmiştir. Başvurucuya 19 Ocak 2004 tarihinde itirazının reddedildiği gerekçesiz olarak tebliğ edilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Kabuledilebilirlik

[28-41]: Başvurucu Sözleşme'nin 6, 8, 13 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, başvurucunun Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarına karşı başvuru yolu bulunmaması nedeniyle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiği iddiasını, *Vilho Eskelinen – Finlandiya [BD]* kararındaki kriterlere (*§62*) dayanarak reddetmiştir. Öte yandan Mahkeme, başvurucunun savunulabilir bir iddiası bulunduğunu ve olayların hukuki nitelendirmesini kendisinin yapabileceğini (*Guerra ve Diğerleri, §44*) kaydederek, bu meseleyi Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından incelenmesinin uygun olacağını belirtmiştir.

Mahkeme, başvurucunun ek bir dilekçeyle ileri sürdüğü özel yaşama saygı hakkı konusunda cinsiyet yönünden ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasını altı aylık süre kabuledilemez bulmuştur. Mahkeme Hükümetin, başvurucunun iç hukuktaki disiplin soruşturması sırasında özel yaşama saygı hakkının ihlal edildiği iddiasını ileri sürmediğini belirterek iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazını reddetmiştir.

II. Sözleşme'nin 8 ve 13. maddelerinin ihlal edildiği iddiası

Başvurucu, yapılan disiplin soruşturmasının, kendisinin özel yaşamının çeşitli yönleriyle ilgili olduğunu ve daha sonra meslekten çıkarılmasının Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel yaşama saygı hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. Başvurucu ayrıca bu konuda etkili bir başvuru yolundan yararlanamadığı gerekçesiyle şikayetçi olmuştur.

A. Sözleşme'nin 8. maddesinin güvence altına aldığı bir hakka müdahalenin varlığı

[43-48]: Başvurucu, aleyhindeki disiplin soruşturmasının sadece görevi sırasındaki eylemleri hakkında olmadığını, ama soruşturmanın merkezinde, başkaları ile yakın ilişki sürdürmek, mini etek giymek, makyaj yapmak ve annesinden ayrı yaşamak gibi özel ve aile yaşamının çeşitli yönlerinin yer aldığını belirtmiştir. Başvurucu ayrıca, kendisinin şeref ve haysiyetine tecavüz eden suçlamalara ve dedikodulara dayanılarak meslekten çıkarıldığını kaydetmiştir. Hükümet Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilirliğine itiraz etmemiştir.

Mahkeme önce, özel yaşama saygı hakkının kapsamına ilişkin ilkeleri hatırlatmıştır. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 8. maddesinin güvence altına aldığı "özel yaşam" geniş bir kavram olup, bireyin sosyal kimliğini geliştirme imkanı bulduğu "sosyal özel yaşam"da hareket etme hakkını da içerir. Dolayısıyla konuyla ilgili içtihatlar, diğer insanlarla ilişkiler kurmak ve geliştirmek için başkalarıyla ilişkide bulunmayı da kabul etmektedir (*Campagnano, §53; Bigaeva, §22*).

Özel yaşamın mesleki faaliyetleri içermediğini kabul etmek için bir sebep yoktur. Çalışma yaşamı üzerindeki kısıtlamalar, bireyin başkalarıyla ilişkiler geliştirmesi yoluyla sosyal kimliğini oluşturması sırasında ortaya çıkması halinde, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamına girebilir. İnsanların büyük çoğunluğu, iş yaşamları sırasında dış dünya ile bağlarını güçlendirme fırsatı bulurlar (*Niemietz, §29*).

Mahkeme mevcut olayda başvurucunun sadece mesleki nedenlerle meslekten çıkarılmadığını gözlemlemiştir. Disiplin soruşturması ve meslekten çıkarma kararı, başvurucunun sadece mesleki yaşamı bağlamındaki eylem ve ilişkileriyle değil, fakat aynı zamanda doğrudan özel yaşamındaki eylemleri ve ilişkileriyle ilgilidir. Dahası, soruşturma sırasında başvurucuya yöneltilen eleştirilerin, başvurucunun itibarını da tehlikeye sokacak nitelikte olduğunu varsaymak makul görünmektedir. Bu noktada, Sözleşme içtihatlarında bireyin itibarını koruma hakkının Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel yaşama saygı hakkının bir parçası olduğu kabul edildiği hatırlatılmalıdır (*Haralambie, §29*).

Bu koşullarda Mahkeme, başvurucunun işi ve yaşamı hakkında müfettiş tarafından yapılan ve başvurucunun yaşamının her yönüyle ilgili tanıkların dinlendiği ve meslekten çıkarmayla sonuçlanan soruşturmanın, özel yaşama saygı hakkına bir müdahale oluşturduğu kanaatindedir (*Vogt, §44; Smith ve Grady, §71*).

B. Müdahalenin haklılığı

1. Hukuken öngörülmüş olma

[50-54]: Hükümet, başvurucunun 2802 sayılı Kanunun 87. maddesine göre disiplin soruşturmasına tabi tutulduğunu ve aynı Kanunun 69. maddesinin son fıkrasına göre meslekten çıkarıldığını söylemiştir. Başvurucu ise, Kanunun 69. maddesindeki "mesleğin şeref ve onurunu" gibi kelimelerin muğlak ve belirsiz olduğunu, bunların hukuki olmaktan çok ahlaki terimler olduğunu, herhalükarda hakimlerin özel yaşamlarındaki tutum ve davranışları nedeniyle meslekten çıkarılabileceklerini içermediğini savunmuştur.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki "hukuken öngörülmüş olma" deyimi, ilk olarak, söz konusu müdahalenin iç hukukta bir temeli bulunmasını, ama aynı zamanda söz konusu hukukun kaliteli olmasını, yani ilgili kişi tarafından 'erişilebilir' olmasını ve davranışlarının sonuçlarının 'önceden görebilirliğini' sağlamasını ve 'hukukun üstünlüğüne uygun' olmasını gerektirir. Soruşturma ve meslekten çıkarma ile sonuçlanan müdahalenin hukuki temeli bulunduğu (2802 sayılı Kanunun 69. maddesi) tartışmalı değildir.

Mahkeme'ye göre, iç hukukta bulunması gereken açıklık düzeyi, her türlü olayı içerecek şekilde olamaz; bu açıklık önemli ölçüde, söz konusu belgenin içeriğine, düzlendiği alana ve hitap ettiği kişilerin niteliğine bağlıdır. Bir yasa hükmü, sırf birden fazla yoruma elverişli olması nedeniyle "hukuken öngörülmüş olma" kavramının işaret ettiği gereklerle bağdaşmaz değildir. Son olarak, iç hukuku yorumlamak ve uygulamak öncelikle ulusal makamların görevidir (*Vogt, §48*).

Mahkeme mevcut olayda, disiplin soruşturmasının yukarıdaki koşullara göre yürütülmüş olmakla birlikte, meslekten çıkarma kararının yargısal denetime tabi olmadığını gözlemlemiştir. Ayrıca Hükümet, 2802 sayılı Kanunun 69. maddesinde geçen kavramları tanımlayan herhangi bir yargısal karar göstermemiştir. Dolayısıyla Mahkeme söz konusu "hukuk"un, kamu makamlarının bu alandaki yetkilerinin esaslı unsurlarını yeterince açıklıkla dile getirip getirmediği konusundaki şüphelerini ifade etmiştir (*krş. N.F. – İtalya, §31*). Bununla birlikte Mahkeme, aşağıda müdahalenin gerekliliği konusunda vardığı sonucu dikkate alarak, söz konusu disiplin cezasının yeterince öngörülebilir olup olmadığı sorunu hakkında bir karar vermeyi gerekli görmemiştir.

2. Meşru amaç

[55-56]: Hükümet, soruşturmayı ve meslekten çıkarma cezasını, esas itibarıyla hakimlerin sır saklama ödeviyle haklı göstermeye çalışırken, başvurucu sadece, giyinme ve makyajın nasıl olup da soruşturmaya konu olduğuna ilişkin kuşkularını dile getirmiştir.

Mahkeme, Sözleşmeci Devletlerin birçoğunda memurların ve yargı mensuplarının kısıtlı davranma ödevleri bulunduğunu kaydetmiştir. Mevcut olayda yargıçların ödevleri, yargı bağımsızlığına ve verecekleri kararların otoritesini koruma arzusuna dayandırılabilir. Mahkeme'ye göre müdahale, "düzensizliğin önlenmesi" ve "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" meşru amaçlarını izlediği kabul edilebilir.

3. Demokratik bir toplumda gereklilik

[57-68]: Mahkeme daha sonra bu müdahalenin yukarıda sözü edilen meşru amaçları gerçekleştirmek için "demokratik toplumda gerekli" olarak görülüp görülemeyeceğini incelemiştir. Mahkeme ilk önce Hükümeti ve başvurucunun iddia ve savunmalarını özetlemiş, ardından konuyla ilgili genel ilkeleri belirtmiştir.

69. Mevcut olayda Mahkeme, başvurucunun hakimlik statüsüne sahip olmasının, kendisini Sözleşme'nin 8. maddesinin korumasından yoksun bırakmadığını belirtir. Başvurucu meslekten çıkarıldığı tarihte, hakimlik kadrosundadır. Başvurucu bir hakim olarak, Türk Anayasasının 139. maddesine göre görevinden azledilemez.

70. Mahkeme, başvurucu aleyhindeki isnatların sadece göreviyle ilgili olmadığını, ama aynı zamanda daha çok çevresine verdiği izlenimle ilgili olduğunu gözlemlemektedir. Dolayısıyla tartışma konusu soruşturma, kaçınılmaz olarak mesleki yaşamın çerçevesini aşmıştır. Bu bağlamda, Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu meslekten çıkarma kararında üç kategori gerekçe göstermiştir: a) başvurucu uygunsuz hareket ve ilişkileriyle mesleğin şeref ve nüfuzuna ve şahsi onur ve saygınlığını yitirdiği ortaya çıkmıştır, b) hatır ve gönüle bakarak veya kişisel duygulara kapılarak görev yaptığı kanısını uyandırmıştır, c) mazeretsiz olarak göreve geç gelmeyi veya erken ayrılmayı alışkanlık haline getirmiştir.

71. Başvurucunun görevini yaptığı sırada davranışları konusundaki soruşturma, neden olduğu bazı sıkıntılara rağmen, başvurucunun Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel yaşamına saygı hakkına bir müdahale olarak görülemez. Mahkeme daha önce, kamu görevlilerinin veya hakimlerin konumları gereği, Sözleşme'nin 10. maddesi bağlamında ketum davranmaları (*Vogt, §26*) veya 9. madde bağlamında dinsel inançlarını halkın önünde ifade etmekten kaçınmaları gereğini (*Kurtulmuş – Türkiye [k.k.], no. 65500/01*) haklı görmüştür. Bu ilkeler, ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte Sözleşme'nin 8. maddesine de uygulanır. Bu bakımından Mahkeme, hakimin davranışlarının yargının görünümünü ve itibarını etkileyecek nitelikte olması halinde, etik kuralların onun özel yaşamına saygı hakkını sınırlayabileceği kanaatindedir.

72. Bununla birlikte Mahkeme, bu konumda bulunan kişilerin, her şeye rağmen Sözleşme'nin 8. maddesinin korumasından yararlanan bireyler olduklarını vurgulamıştır. Bu nedenle, söz konusu soruşturmanın başvurucunun özel yaşamındaki davranışlarıyla ilgili olduğu ölçüde, bu madde bakımından bir sorun doğabilir. Mevcut davada olayların 8. madde kapsamına girdiği konusunda bir tartışma yoktur.

Dolayısıyla Mahkeme, olayın şartlarını göz önünde tutarak, bireyin temel haklarından biri olan özel yaşama saygı hakkı ile demokratik bir toplumda Sözleşme'nin 8(2). fıkrasındaki meşru menfaatler arasındaki adil bir dengenin kurulup kurulmadığını incelemekle görevlidir (*mutatis mutandis, Rekvenyi [BD], §43*).

73. Mevcut olayda Mahkeme, başvurucunun kısa bir görev döneminden sonra, üç buçuk yıl çalıştığı küçük bir ilçeye atandığını gözlemlemektedir. Söz konusu olaylardan önce hakimlik görevini gereği gibi yerine getirmiş ve hatta Aralık 2001 tarihinde özel terfi almıştır. Dosyaya göre başvurucu, Karaçoban'daki görevi nedeniyle ve son çalıştığı yer olan Seydişehir'deki görevi nedeniyle herhangi bir disiplin soruşturmasına tabi tutulmamıştır.

74. Başvurucu aleyhindeki soruşturma, diğer görevlilerin şikayeti üzerine Mayıs 2002 tarihinde başlamıştır. Başvurucu soruşturma sırasında sadece göreviyle ilgili konular hakkında değil, ama aynı zamanda annesiyle ve tatilde başka kişilerle ilişkileri gibi, özel ve aile yaşamını ilgilendiren konularda sorulan sorulara cevap vermesi istenmiştir.

75. Dahası, soruşturma sırasında dinlenen tanık ifadelerinden, bir çok tanığa başvurucunun mesleki ve özel yaşamına, işe uygunluğuna, makyaj tarzına, iş saatlerine uyup uymadığına, tatillerde ne yaptığına ilişkin sorular sorulduğu anlaşılmaktadır. Müfettişin aldığı tanık ifadelerinden bazılarının çekinceden yoksun olması ilginçtir. Gerçekten bazı ifadeler, başvurucunun itibarını zedeleyici niteliktedir. Tabii ki bu ifadelerden müfettiş sorumlu tutulamaz. Ancak, başvurucunun sözü edilen dört kişi ile yakın ilişki kurduğuna dair yaygın bir kanaat oluşturmak istendiği şeklindeki eleştiriler göz önünde tutulacak olursa, müfettişin tanıkları bu konularda konuşmaya yönlendirdiğini düşünülebilir.

76. Mahkeme bir hakimin özel veya mesleki yaşamında, hakime duyulması gereken güven veya saygıyı engelleyecek nitelikte davranışlarda bulunmasının, yargı organının saygınlığı üzerinde bazı sonuçlar doğurabileceğini düşünmektedir. Bununla birlikte, bir çalışanın özel yaşamıyla ilgili konularda, özel yaşamındaki faaliyetlerinin sonuçlarını belirli bir ölçüde öngörebilmesi ve gerektiği taktirde uygun koruyuculardan yararlanabilmesi gerekir. Özellikle mesleki yaşam ile dar anlamıyla özel yaşamın örtüştüğü ve bazen bireyin hangi alanda hareket ettiğinin tespit edilmesinin zor olduğu hallerde, bu güvencelerin gerekliliği daha açıktır (*Bigaeva, §23*). Mahkeme'ye göre bu gibi durumlarda iç hukukta, bir hakimin özel yaşamına ilişkin iddialara karşı korunabilmesi için yeterli güvenceler sağlanmalıdır.

77. Mevcut olayda her ne kadar kişisel duyguların yönlendirmesiyle karar verme gibi başvurucuya isnat edilen bazı davranışlar, eğer olmuşsa, meslekten çıkarma şeklinde ağır bazı tedbirleri haklı kılsa bile, Mahkeme ulusal düzeyde yapılan soruşturmanın, söz konusu isnatları desteklemediğini tespit etmektedir. Dahası, ulusal düzeyde soruşturulan birçok davranış, başvurucunun mesleki faaliyetleriyle ilgili değildir. Ayrıca başvurucu, meslekten çıkarılmasıyla sonuçlanan disiplin soruşturması sırasında, çok az güvenceden yararlanabilmiştir. Disiplin soruşturmasının başlamasından sonra, sadece kendisine yönelik isnatlar başvurucuya bildirilmiştir. Müfettiş tarafından yürütülen soruşturma, gerekli asgari güvenceleri taşımamaktadır. Soruşturma sırasında dinlenen tanıkların ifadeleri veya müfettiş raporu başvurucuya iletilmemiştir. Tabii ki başvurucu müfettişe ve Kurula yazılı savunma verebilmiştir. Ancak meslekten çıkarma kararı verilmeden önce ne müfettiş ve ne de Kurul başvurucunun savunmasını kendisinden dinlemiştir. Özellikle bu disiplin yargılaması sırasında tek duruşmanın, son aşamada, yani HSYK'nın itirazları inceleme kurulu önünde yapılabilmiş olması, Mahkeme'ye çok çarpıcı gelmiştir.

78. Mahkeme, özel ve aile yaşamına ilişkin olaylar nedeniyle meslekten çıkarılmaya maruz kalan bir hakimin keyfiliğe karşı koruyuculara sahip olması gerektiği görüşündedir. Özellikle itiraz konusu tedbir, maddi ve hukuki bütün meseleleri incelemekle, tedbirin hukukiliği konusunda karar vermekle ve yetkinin kötüye kullanılmasını cezalandırmakla yetkili bağımsız ve tarafsız bir organ tarafından denetlenebilmelidir. İlgili kişi böyle bir denetim organı önünde kendi görüşünü savunabileceği ve yetkililerin iddialarını reddedebileceği bir yargılama usulüne sahip olmalıdır (*mutatis mutandis, Al-Nashif, §123 ve 124;*

ve Lupsa, §38). Bu koruyucular, başvurucunun meslekten çıkarılması üzerine avukatlık yapma imkanını da otomatik olarak kaybedecek olması nedeniyle kendisinin kariyeri ve geleceği üzerinde çok ağır sonuçlar doğuracağından, mevcut olayda daha da önemli hale gelmektedir.

79. Karar verme sürecini ve verilmiş olan kararların gerekçelerini inceleyen Mahkeme, başvurucunun özel yaşamına yapılan müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olmadığı sonucuna varmaktadır. Başvurucu özellikle, keyfiliğe karşı Sözleşme'nin 8. maddesinin gerektirdiği asgari korumadan yararlandırılmamıştır.

Buna göre, bu madde ihlal edilmiştir.

C. Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 13. maddesinin ihlal edildiği iddiası

Başvurucu, özel yaşama saygı hakkına müdahale eden HSYK kararına karşı etkili bir başvuru yoluna sahip olmadığını iddia etmiştir.

Mahkeme, daha önce *Kayasu – Türkiye* (*§117-123*) kararında, HSYK kararlarının yargısal denetime tabi olmaması durumunu incelediğini ve Sözleşme'nin 10. maddesiyle bağlantılı olarak 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna vardığını hatırlatmıştır.

Mahkeme bu davada da aynı sebeplerle, Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 8. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 8 ve 13. maddeler yönünden şikayetlerin kabuledilebilir olduğuna, diğer şikayetlerin kabuledilemez olduğuna;
2. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaline;
3. Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 13. maddenin ihlaline

KARAR VERMİŞTİR.

DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ

Madde 9 – Düşünce, din ve vicdan özgürlüğü

1. Herkes düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne sahiptir. Bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, açıkça veya özel tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.

2. Din veya inancını açıklama özgürlüğü ancak kamu güvenliğinin, kamu düzenin, genel sağlığın veya ahlakın ya da başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için demokratik bir toplumda zorunlu tedbirlerle ve yasayla sınırlanabilir.

AÇIKLAMA

Sözleşme'nin 9. maddesi düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Bu madde, "din ve inancını değiştirme" özgürlüğü ile "din veya inancını açığa vurma" özgürlüğünü de içerir. Bu özgürlükleri kullanmama hakkı da 9. maddenin koruması altındadır. Başka bir anlatımla, kişiler dini veya vicdani kanaatlerini açıklamaya ve herhangi bir tarzda ibadet etmeye, dini uygulamaya ve ayine katılmaya zorlanamazlar. Sözleşme'nin 9. maddesindeki bu haklar, Birinci Protokolün 2. maddesindeki "ana ve babanın çocuklarına kendi dini ve felsefi inançlarına göre eğitim ve öğretim verilmesini isteme" hakkı ile tamamlanmıştır. Ayrıca Sözleşme'nin 14. maddesi din kaynaklı ayrımcılığı yasaklamıştır.

Mahkeme, Sözleşme'nin 9. maddesindeki özgürlüğün çoğulcu demokratik toplum açısından önemini *Kokkinakis – Yunanistan* kararında (*§31*) şöyle belirtmiştir:

> "Sözleşme'nin 9. maddesinde yer alan düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, Sözleşme'deki anlamıyla demokratik bir toplumun temellerinden biridir. Bu özgürlük dini boyutuyla, inananların kimliklerini ve yaşam anlayışlarını oluşturmalarını sağlayan hayati unsurlardan birisidir; ama aynı zamanda ateist, agnostik, kuşkucu ve ilgisizler için de değerli bir kazanımdır. Demokratik toplumun vazgeçilmez bir öğesi olan ve yüzyıllarca süren mücadeleler sonucunda kazanılmış olan çoğulculuk, buna bağlıdır (…)."

Bu hak ilk olarak, bireysel vicdana yani kişilerin manevi iç dünyasına ilişkindir. Bu hak, *forum internum* olarak adlandırılan kişinin manevi iç dünyasını ilgilendiren boyutuyla, dokunulmaz bir haktır, herhangi bir sınırlamaya konu olamaz. Örneğin kişinin dini kanaatlerini açıklamama ya da dinini değiştirme özgürlüğü, herhangi bir şekilde sınırlanamaz.

Bu hakkın ikinci boyutu, tek başına veya topluca, kapalı veya aleni olarak, dinini ya da inancını açığa vurma özgürlüğüdür. '*Forum externum*' olarak adlandırılan bu boyutu, din ve vicdan özgürlüğünün dışsal boyutudur. Sözleşme'nin 9. maddesi, kişinin dinini veya inancını hangi şekillerde dışa vurabileceğini göstermektedir; bunlar ibadet etme, öğretme, kabul edilen uygulamaları ve dini ritüelleri yerine getirmedir (*Cha'are Shalom*

ve Tsedek, §73). Özgürlüğün dışsal boyutu, ilk boyutundan farklı olarak mutlak değildir, sınırlandırılabilir. Sözleşme'nin 9(2). fıkrası bu sınırlamanın hangi şartlarla yapılabileceğini göstermiştir.

Strazburg organları uzun yıllar, Sözleşme'nin 9. maddesinin, bir din veya inançtan kaynaklanan ya da esinlenilen bütün eylemleri korumadığını ve her durumda kamu alanında bir inancın emrettiği şekilde davranma hakkını güvence altına almadığını belirtmişlerdir (*Kalaç*, *§27*; *Arrowsmith – Birleşik Krallık Komisyon [k.k.]*; *C. – Birleşik Krallık, Komisyon [k.k.]*). Ancak Mahkeme *Leyla Şahin – Türkiye [BD]* kararıyla (*§78*), din veya inançtan kaynaklanan ya da esinlenilen bir davranışın da (olayda üniversitede İslami başörtüsü takmak) 9. maddenin tanıdığı güvenceden yararlanabileceğini, ancak bu özgürlüğün sınırlanmasında devletlerin geniş bir takdir alanına sahip olduklarını belirtmiştir. Din veya inançtan esinlenen alan, din ve vicdan özgürlüğün üçüncü boyutu olarak nitelendirilebilir.

Sözleşme'nin 9. maddesindeki özgürlüğün üç boyutu (kişinin manevi iç dünyası; din ya da inancını ibadet, ayin, öğretim vb. biçimlerde dışa vurma; ve din ve inançtan esinlenen eylem ve davranışlar) farklı hukuki rejimlere tabidir.

Sözleşme'nin 9. maddesindeki özgürlükten kimler yararlanabilir? Bu özgürlükten Taraf Devletin yargı yetkisi içinde bulunan herkes yararlanabilir. Bu özgürlükten gerçek kişiler gibi, dini kuruluşlar ya da dini amaç güden dernek veya vakıflar (*Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfı, §56*) da yararlanabilir.

Kilise gibi bir dini kuruluşun Sözleşme'nin tanıdığı haklardan yararlanması için mutlaka tüzel kişiliğinin bulunması gerekmez (*Canea Katolik Kilisesi, §47*). Mahkeme, dini etkinliklerde bulunmak için hükümet tarafından tanınma usulü öngören bir hukuk sisteminde, bir kilisenin dini kuruluş olarak tanınmamasını 9. maddeye aykırı bulmuştur (*Bessarabia Metropoliten Kilisesi, §130*). Ayrıca *Cha're Shalom ve Tsedek – Fransa* kararında Mahkeme, dinsel kurum veya kilise gibi organların, bir dine inananlar adına 9. maddenin tanıdığı haklardan yaralanabileceklerini belirtmiş ve dini bir dernek olan başvurucunun mağdur sıfatını tanımıştır (*Cha're Shalom Ve Tsedek, §72*).

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu 1988 tarihli bir kararında, din özgürlüğünün aksine, vicdan özgürlüğünün tüzel kişiler tarafından kullanılamayacağını belirtmiştir (*Verein "Kontakt-İnformation-Therapie" ve Siegfield Hagen – Avusturya, no 11921/86*). Ancak bu eski kararın günümüz gerçekleriyle uyuşmadığı ortadadır. Bu çerçevede, *Folgero ve Diğerleri – Norveç* davasında, ilk aşamada başvurucu olan Norveç Humanist Derneği'nin Birinci Protokolün 2. maddesi ve Sözleşme'nin 9. maddesi bakımından yaptığı başvuru, başvurucunun bu haklardan yararlanamayacağı gerekçesiyle değil, başka bir uluslararası çözüm kuruluşuna Mahkeme'ye sundukları başvuru ile aynı içerikte bir başvuru sundukları için reddedilmiştir (*Folgero ve Diğerleri,* (*k.k.*)).

Kavramlar

Sözleşme'nin 9. maddesinin bir olayda uygulanabilir olması için, bireyin kullanmakta olduğu bir hak bulunmalıdır. Maddede bu haklar düşünce, din ve vicdan kavramlarıyla ifade edilmiştir.

Maddenin ilk fıkrasında 'düşünce', 'vicdan' ve 'din' kavramlarının kullanılması, ikinci fıkrasında 'din ve inanç' kavramlarına yer verilmiş olması, bu maddenin kapsamının çok geniş yorumlanabileceğini düşündürmektedir. Ancak Sözleşme içtihadı bunun aksini göstermekte ve bu kavramlar dar yorumlanmaktadır.

Bir dini inancın veya vicdani kanaatin Sözleşme'nin 9. maddesinin korumasından yararlanabilmesi için, o inancın veya kanaatin "belirli bir düzeyde güce, ciddiyete ve tutarlılığa" ulaşmış olması ve ayrıca "insan onuru ile bağdaşır olması" gereklidir. Söz konusu inanç, yaşamın ve kişinin davranışlarının önemli bir yönü ile ilgili olmalıdır (*Campbell ve Cosans, §36*). Bu nedenle, örneğin ötenazi (*Pretty – Birleşik Krallık*), resmi olmayan evlilik hakkındaki görüşler (*X. – Almanya, Komisyon [k.k.], no. 6167/73*) veya dil tercihleri (*"Belçika'da Eğitim Dili Davası", §6*), Sözleşme'nin 9. maddesi anlamında 'inanç' olarak kabul edilmemiştir. Buna karşılık, pasifizm, ateizm (*Angeleni – İsveç, Komisyon [k.k.], no. 10491/83*), vejetalizm (sert bir vejetarizm anlayışı) ya da laiklik taraftarlığı (*Lautsi, §58*) gibi kişisel kanaatler, bir değerler sistemi olarak 9. maddenin kapsamında yer almaktadır.

Düşünce

Mahkeme, "düşünce" ile ilgili başvuruları, Sözleşme'nin 10. maddesinin koruduğu ifade özgürlüğü kapsamında incelemektedir. Bu nedenle, bu kavram 9. madde kapsamında en az gelişen kavramdır. Bu konuda verilmiş az sayıda kararlardan birisi olan *Salonen – Finlandiya* kararında (*no.27868/95*) Komisyon, çocuklarına Ainut Vain Marjaana ismini vermek isteyen başvurucuların bu dileklerini bir "düşünce" ve bu nedenle 9. maddeden yararlanan bir "kanaat" olarak kabul etmiştir. Buna karşılık Komisyona göre bu dilek, bir kanaatin bir uygulama ile açıklanması anlamına gelmemektedir. Çünkü her ne kadar çok kuvvetli bir motivasyona dayansa da, bu dilek temel sorunlara ilişkin tutarlı bir dünya görüşü içermediği için kanaatini açıklama özgürlüğünden yararlanmaz.

Komisyon, bir mimarın Mimarlar Odasına üyeliğin zorunlu tutulmasını, düşünce özgürlüğüne müdahale oluşturduğu iddiasını incelemiştir. Komisyona göre, bütün mimarlar genel olarak bu yükümlülüğe uymak zorundadır ve bu durum kişilerin kişisel kanaatleriyle doğrudan bağlantılı değildir. Başvurucunun başka araçlarla kişisel kanatlarını açıklama özgürlüğü bulunduğunun altını çizen Komisyon, bu durumu düşünce özgürlüğü ile bağlantılı görmemiştir (*Revert ve Legallais – Fransa, no. 14331/88*).

O halde belirli bir tutarlığa sahip düşünce ve vicdani kanaatler ve bunların ortaya konma tarzı 9. maddeden yararlanabilir. Komisyon 'pasifizm' konusunda verdiği kararında (*Arrowsmith - Birleşik Krallık [k.k.], no. 7050/75*), İngiliz askerlerinin Kuzey İrlanda'dan çekilmesini talep eden bir bildiriyi pasifizmle ilgili görmediği için, konuyu kanaatleri açıklama özgürlüğü açısından değil, ifade özgürlüğü açısından incelemiştir. Komisyona göre 9. madde çerçevesinde gerçekleştirilen bir kanaat açıklaması ile söz konusu kanaat arasında gerçek ve nesnel ölçütlere göre tanımlanabilen bir ilişki olmalıdır.

Din

Bu güne kadar Strazburg organları din kavramını tanımlamayı gerekli görmemiştir. Mahkeme, Venedik Komisyonun belgelerine dayanarak *Işık – Türkiye* kararında "din" kavramını belirlemenin güçlüklerine dikkat çekmiştir. 18 ve 19 Haziran 2004 tarihinde Venedik Komisyonu tarafından kabul edilen "Din ve dinsel kanaatleri etkileyen yasaların incelenmesinde temel çizgiler" belgesinde[1], Avrupa ülkelerinin mevzuatında "din" kavramı konusunda ortak bir bakış açısının olmadığı saptanmıştır. Genel bir hatanın din ile "Tanrı inancı"nın aynı kavram gibi düşünülmesi olduğu belirtilirken, klasik Budizm ve Hinduizm inançlarında Tanrı inancının bulunmadığının altı çizilmiştir. Ayrıca yasaların genellikle, "din" ve "kanaat" kavramlarını birlikte kullandığına dikkat çekilmiştir.

1 http://www.venice.coe.int/docs/2004/CDL-AD(2004)028-f.asp

Mahkeme içtihadında, Müslümanlık, Hıristiyanlık, Musevilik, Budizm gibi dinler ile Yehova Şahitliği, Moon Cemaati gibi yeni dinsel hareketleri de din kavramı kapsamında değerlendirmiştir. *Kimlya – Rusya* kararında Mahkeme, Scientoloji kilisesinin 9. madde anlamında bir "din" olarak nitelenip nitelenemeyeceği konusunda, ilk olarak o inanç hakkında bir Avrupa ortak standardı olup olmadığını incelemiştir. Böyle bir ortak standardın olmamasını ve Rus makamlarının söz konusu inancı bir din olarak kabul ettiğini dikkate alarak, bu kilisenin 9. maddeden yararlanabileceğine karar vermiştir.

Din konusunda bir diğer örnek, Wicca adında tanınmayan bir dinin üyesi olduğunu iddia eden bir mahkûmun davasında Komisyonun din kavramına yaklaşımıdır (*X. – Birleşik Krallık, no. 7291/75*). Bir mahkûm, eğer bir dinin üyesi olduğunu kanıtlayabilirse, cezaevinde o dinin uygulamalarına tanınan kimi kolaylıklardan yararlanmaktadır. Bu olayda başvurucu mahkûm, söz konusu dinin varlığını kanıtlayamadığı için Birleşik Krallık makamları bu dini kayda almayı reddetmişlerdir. Komisyon, bu yaklaşımı Sözleşmenin 9. maddesine aykırı görmemiştir; çünkü başvurucu üyesi olduğunu iddia ettiği dinin varlığı konusunda en ufak bir kanıtı ulusal makamlar veya Komisyon önünde sunamamıştır.

Bir dinin sadece egemen yorumu değil, belirli bir azınlık tarafından benimsenen yorumlarının da 9. maddeden yararlanacağına kuşku yoktur (*Cha'are Shalom Ve Tsedek*, §26). Bu çerçevede, Mahkeme örneğin Sünni İslam'dan farklı olan Alevilik inancının Türk toplumuna ve tarihine sıkıca nüfuz etmiş olduğundan hareketle bir inanç ya da kanaat olarak nitelendirmiştir (*Hasan ve Eylem Zengin, §66*). Ayrıca *Sinan Işık* kararında, kişinin inancına ilişkin bir açıklama yapmaması tavrı da inanç alanına ilişkin bir değer ya da davranış olarak nitelendirilmiştir (*Sinan Işık*, §51).

Vicdan

Vicdan özgürlüğü konusu, henüz Sözleşme içtihadında yeterince yer bulmamıştır. Bir yükümlülükten vicdani nedenlerle kaçınma olarak tanımlanabilecek vicdani ret hakkı, Sözleşme'nin 9. maddesi tarafından tanınmamıştı. Bu konu, askerlik hizmetini yapmaktan kaçınma konusuyla ilgili olarak Sözleşme organları önüne gelmiştir. *Bayatyan – Ermenistan* kararında Mahkeme, Komisyonun yerleşik içtihadını değiştirerek, askerlik hizmetinden kaçınma kapsamında vicdani ret hakkının Sözleşme'nin 9. maddesi tarafından korunduğu sonucuna varmıştır. Bu çerçevede *Bayatyan* kararı vicdan özgürlüğü bakımından çok önemli bir içtihat değişikliğidir.

Bayatyan kararından önce verilmiş olan *Ülke – Türkiye* kararında Mahkeme, başvurucunun askeri üniforma giymeyi reddetmesi nedeniyle 8 defa çeşitli hapis cezalarına mahkûm edilmesini ve sürekli ceza tehdidi altında kalmasını incelemiştir. Mahkeme'ye göre bu durum, başvurucunun entelektüel kişiliğini ezmeyi, başvurucuyu aşağılayan ve onu alçaltan korku ve tedirginlik hislerinin doğmasına neden olmayı, ret konusundaki kararlılığını kırmayı amaçladığı için, hemen hemen "sivil ölüm" olarak tabir edilebilecek gizli bir yaşamı sürmeye zorlamaktadır. Bu nedenle, Mahkeme tarafından söz konusu yaptırımlar bütünü, aşağılayıcı ve onur kırıcı davranış olarak nitelendirilmiş ve bu şikâyeti sadece Sözleşme'nin 3. maddesi açısından incelemekle yetinmiştir.

Bayatyan kararının ardından Mahkeme, Türkiye'den gelen vicdani ret şikâyetlerini 9. madde yönünden incelemeye başlamıştır. İlk olarak, *Ercep – Türkiye* davasında Mahkeme Türkiye'nin vicdani ret hakkını tanımayarak Sözleşme'nin 9. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu içtihadını *Feti Demirtaş – Türkiye* kararında yenilemiştir. *Bayatyan*, *Ercep* ve *Demirtaş* davalarının ortak özelliği, üç başvurucunun da Yehova Şahidi olmasıdır. Yehova Şahitliği dini inancının her türlü savaşı reddettiği konusunda bir tartışma olmadığı için, Mahkeme'nin bu kişilerin vicdani ret hakkından yararlanmaları konusunda detaylı bir değerlendirme yapmamıştır.

Ancak, acaba bir kişi hangi tarz bir inanca dayanarak vicdani ret hakkını öne sürebilir? Mahkeme *Bayatyan [BD]* kararında (*§110*) bu soruya kısmen cevap vermiştir:

> "… askerlik hizmetine karşı çıkış, kişinin vicdanı veya içtenlikle ve gerçekten sahip olduğu dini veya diğer inançları ile askerlik hizmeti arasında ciddi ve üstesinden gelinemez bir çelişkiden kaynaklanıyorsa, o takdirde askerliğe karşı çıkış, 9. maddenin teminatlarından yararlanmak için yeterli derecede inandırıcı, ciddi, tutarlı ve önemli bir kanaat ya da inanç oluşturur. …". O halde, "askerlik hizmetine karşı çıkışın, bu maddenin kapsamına girip girmediğini ve hangi ölçüde girdiğini, olayın özgül koşullarına göre değerlendirmek … gerekir.

Nitekim *Savda – Türkiye* davasında Mahkeme, ilk kez Yehova Şahidi olmayan bir vicdani retçinin talebini 9. madde çerçevesinde inceleyerek ihlal bulmuştur. Bu kararın önemli özelliği, vicdani ret talebini sadece devletin negatif yükümlülükleri (vicdani ret talebinde bulunan kişiye ceza verme) açısından değil, aynı zamanda bu maddenin pozitif yükümlülükleri açısından incelemesidir.

Savda – Türkiye davasında Mahkeme, Savda'nın hem devlet tarafından gerçekleştirilen belirli eylemler hususunda hem de devletin vicdani ret hakkına ilişkin bir yasa çıkarmamış olması hususunda şikâyette bulunduğuna dikkate çekmiştir. Mahkeme ayrıca Hükümet'in bu eksiklik konusunda ikna edici veya açıklayıcı hiçbir sebep ileri sürmediğini de kaydetmiştir. Hükümet, çağımızda vicdani ret hakkının tanınmasının, devletin, toprak bütünlüğü, kamu güvenliği, karışıklığın önlenmesi ve diğer insanların haklarının korunmasına ilişkin görevlerine neden ters düştüğünü açıklayamamıştır (*Savda*, §94).

Mahkeme, *Savda – Türkiye* davasının temel özelliğinin, diğer davalardan farklı olarak, başvurucunun vicdani reddini dini bir inanca dayandırmamış olması olduğunu belirtmiştir. Başvurucu pasifist ve anti militarist görüşler ileri sürmekte, Hükümet ise başvurucunun bu iddiasını kabul etmemektedir (*Savda, §96*). Sadece askerlik görevini yapmayı reddedenleri cezalandıran ceza hukuku hükümlerini esas alan yetkililer, Savda'nın başvurusunu hiçbir zaman incelememiştir. Mahkeme, devletin, bireylerin haklarını korumakla yükümlü bir mekanizma sunan düzenlemelerden oluşan bir ortam sağlama zorunluluğunu hatırlatmıştır. Mahkeme'ye göre, vicdani retçi statüsünden yararlanma amacına yönelik talepleri inceleyen bir usulün olmaması durumunda, askeri hizmeti yerine getirme yükümlülüğü, kişinin vicdanı ile ciddi ve dayanılmaz bir çelişkiye neden olmaktadır. Bu nedenle, Mahkeme'ye göre, kamu makamlarının başvurucunun talep ettiği üzere vicdani retçi statüsüne sahip olup olmadığını öğrenebileceği etkin ve erişilebilir bir usul temin etmek ile ilgili pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır (*Savda, §99*).

Savda kararında Mahkeme, ilgili kişinin vicdani ret hakkından faydalanıp faydalanamayacağı sorununun incelenebileceği etkin ve erişilebilir bir usul ve hiçbir alternatif hizmet öngörmeyen bir sistemin, toplumun ve vicdani retçilerin menfaatleri arasındaki uygun dengeyi sağlayamadığını belirtmiş ve 9. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Korunan haklar

Manevi iç dünya

Bireyin bir din veya inanca sahip olması ya da olmaması, bunları kendi isteğiyle değiştirmesi ve bunları açığa vurmak zorunda bırakılmaması gibi konular, kişinin manevi iç dünyası (*forum interium*) ile ilgilidir. Bu manevi iç dünyaya konu olan din ve vicdan özgürlüğü sınırlandırılamaz, yani mutlaktır. Böylece bireyler inançlarını değiştirmeye veya açıklamaya ya da bir inancı benimsemeye zorlanamayacak, kendi özgür iradesi ile inancını değiştirebilecektir.

Kişinin dini veya felsefi inançlarını açığa vurmak zorunda bırakılmaması, kuşkusuz manevi iç dünyasının korunmasının en önemli öğesidir. *Buscarini - San Marino* kararında Mahkeme, San Marino parlamentosuna seçilen bir milletvekilinin yemin metninde "İncil üzerine" ifadesi bulunmasının 9. maddeye aykırı olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, toplumun farklı kesimlerinin temsil edildiği parlamentoya seçilen bir kişinin belirli bir dine sadakat yemini etmek zorunda bırakılmasını, kişinin dini inancını açıklanmaya zorlanması olarak değerlendirmiştir. Oysa 9. madde kişiyi dini veya felsefi kanaatini açıklamak zorunda bırakmaya izin vermemektedir. Mahkeme *Alexandridis - Yunanistan* kararında, yukarıdaki içtihadını yinelemiş ve geliştirmiştir. Bu davada, avukatlık mesleğini yapabilmek için İncil üzerine yemin etme zorunluluğu Sözleşme'nin 9. maddesine aykırı bulunmuştur.

İnancın açığa vurulması ile ilgili en önemli davalar, nüfus cüzdanı gibi kişinin sürekli taşıdığı ve birçok idari işlem yaparken yetkililere göstermek zorunda olduğu resmi belgelerde dinin belirtilmesidir. Bu konu, *Sinan Işık – Türkiye* davası ile Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Alevi olan başvurucu, yetkili makamlara başvurarak, ya nüfus cüzdanındaki din ibaresinin tamamen silinmesini ya da burada yazılı "İslam" yerine "Alevi" yazılmasını talep etmiştir. Ancak her iki talebi de kabul edilmemiştir. Konu, Mahkeme'nin önüne geldikten sonra Türkiye konu ile ilgili mevzuatını değiştirmiş, nüfus cüzdanlarında din ibaresini zorunlu olmaktan çıkarmış ve kişilere istedikleri inancı yazma imkânını tanınmıştır.

Bu kararında Mahkeme, dinini açıklamaya zorlanmama ilkesinin din ve vicdan özgürlüğünün ayrılmaz bir öğesi olduğunu şu ifadelerle belirtmiştir:

> "41. Mahkeme, *Sofianopoulos ve Diğerleri – Yunanistan* kararında bir kimlik kartının, kişinin herhangi bir tarzda din veya inancını uygulama ya da dışa vurma aracı olarak değerlendirilemeyeceğini belirtmiştir. Buna karşılık, din veya inancını açıklama özgürlüğü aynı zamanda olumsuz bir anlam da taşır: Kişiler din veya inancını açığa vurmaya ya da din veya inançlarını açıklama anlamına gelecek davranışlarda bulunmaya zorlanamazlar. O halde, devlet organları vicdan özgürlüğü alanına müdahale edemezler ve kişilerin dinsel inançlarını araştıramaz ya da tanrısallık karşısında kanaatlerini dışa vurmak zorunda bırakamazlar. …
>
> Mahkeme, bu davayı din ve vicdan özgürlüğünün negatif anlamı olan din veya vicdani kanaatini açıklamak zorunda bırakılmamak açısından inceleyecektir.
>
> 42. Bu bakımdan Mahkeme, Taraf Devletin söz konusu ibare Türkiye Cumhuriyeti yurttaşlarının dinsel inanç veya kanaatlerini ifşa etmek zorunda bırakan bir önlem olmadığı iddiasına katılmamaktadır. Burada din veya kanaatini açıklamama gibi kişinin manevi iç dünyası ile ilgili bir konu söz konusudur. Bu hak, din ve vicdan özgürlüğünün esaslı bir öğesidir. Sözleşme'nin 9. maddesinin bireyin din veya inancını dışa vurmaya zorlama imkânı verecek tarzda yorumlanması, bu maddenin koruduğu hakkın özüne zarar verir."

Ayrıca Mahkeme, din ibaresinin isteğe bağlı kılınması önlemini de yetersiz bulmuştur. Mahkeme asıl sorunun nüfus cüzdanlarında dine yer ayrılmasının olduğunu, din hanesinin bizzat varlığının sorun oluşturduğunu belirtmiştir. İlk olarak Mahkeme'ye göre kişileri din hanesinin boş bırakılması için öngörülen usulün, kişinin tanrısallık karşısında tavrını açıklamaya zorlama ihtimali olduğunu belirtmiştir. İkinci olarak Mahkeme, nüfus cüzdanlarında din hanesinin bulunmasının, bu hanenin boş bırakıldığı kişiler ile bir din belirten kişiler arasında bir ayrımcılığa da yol açabileceğine dikkat çekmiştir. Mahkeme'ye göre:

> "51. Her ne olursa olsun, kimlik kartları dine ilişkin bir hane içerdiği takdirde, bu hanenin boş bırakılmasının kaçınılmaz olarak özel bir anlamı olacaktır. Kimlik kartlarında dine ilişkin hiçbir bilgi olmayan kişiler, istekleri dışında ve kamu makamlarının bir müdahalesi ile kimlik kartlarında dinsel kanaatleri belirtilenlerden farklı algılanacaklardır. Diğer yandan, kimlik kartında herhangi bir ibarenin olmaması tavrı da kişinin en derin ve mahrem kanaat alanının

bir öğesidir. O halde, halen kişinin manevi alanına ilişkin bir görünümün ifşa edilmesi söz konusudur."

Ancak kimi durumlarda kişilerin dini inanç veya kanaatlerini dolaylı da olsa ortaya koyabilecek mahiyette bilgiler vermeleri 9. maddenin ihlalini oluşturmayabilir. *Wasmuth – Almanya* davasında Alman yurttaşı olan Wasmuth maaş bordrosunda, "inanca dayalı vergi tarhı" bölümünün iki çizgi çekilerek boş bırakılmasının 9. maddenin ihlalini oluşturduğunu iddia etmiştir. Mahkeme ise, bu davada 9. maddenin ihlal edilmediği sonuca varmıştır. Mahkemeye göre, ilk olarak, bu bölümün boş bırakılmasının anlamı çok sınırlıdır ve sadece kişinin dinsel vergi alma yetkisi tanınmış bir topluluğa bağlı olmadığını göstermekte olup, kişinin dinsel veya felsefi kanaatlerinin ne olduğunu saptamaya izin verecek nitelikte değildir (*Wasmuth. §58*). İkinci olarak bu belge, çok kısıtlı bir çevre tarafından görülmektedir. Bu kararında Mahkeme, Almanya'da dinsel etkinliklerin ilgili dinsel grubun mali katkıları ile karşılanması hususunu da dikkate almıştır.

Dini veya inancı açığa vurma

Sözleşme'nin 9(1). fıkrasının ikinci cümlesi, din veya inancını açığa vurma özgürlüğünü kapsar. Bireyler "tek başına, topluca, açıkça veya özel bir tarzda ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açığa vurma" özgürlüğüne sahiptirler. Sözleşme'nin 9(2). fıkrası, işte bu özgürlüğün sınırlama rejimini belirlemektedir.

Strazburg organları din ya da inancı açığa vurma özgürlüğünün kapsamı konusunda açık bir tanım vermemişlerdir. Komisyon ve Mahkeme bazı kararlarda belirli unsurlara yer vermekle birlikte, bunlar Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi 22 nolu Genel Görüşlerinde[2] tanımlandığı kadar geniş değildir. BM İnsan Hakları Komitesi, din veya inancını açıklama özgürlüğü konusunda çok geniş bir tanım vermiştir:

> "Din veya inancını açıklama özgürlüğü, gerek aleni olarak gerekse özel alanda, bireysel olarak veya topluca kullanılabilir. Dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğü, ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulamalar ve öğretim gibi çok çeşitli davranışları kapsar.
>
> Ritüel kavramı, bir inancı doğrudan ifade etmeye yarayan dinsel ve törensel ritüel eylemleri kapsadığı gibi, bu eylemlere özgü farklı uygulamaları, ibadet yerlerinin inşasını, ritüele dayalı kalıp ifade ve nesnelerin kullanılmasını, sembollerin sunulmasını ve bayram ya da dinlenme günlerine uyulmasını da kapsar.
>
> Din veya inanca dayalı ritüellerin ya da uygulamaların yerine getirilmesi sadece törensel davranışları kapsamayabilir; ama aynı zamanda yiyeceklerle, genelden ayırıcı giyecekler veya başlıklarla ilgili emirlere uyma, yaşamın kimi merhalelerine eşlik eden ritüellere katılma ve bir grup tarafından ortaklaşa konuşulan özel bir dili kullanmayı da içerebilir.
>
> Ayrıca, din veya inancın uygulama veya öğretimi, dinsel sorumluları, din adamlarını, öğretmenleri seçme, dinsel eğitim kurumları ya da okulları kurma, dinsel içerikli metin veya ilan hazırlama ve dağıtma gibi dinsel grupların temel etkinliklerini sürdürebilmeleri için varlığı için gerekli davranışları kapsar."

Dinsel ritüel ve uygulamalar

Mahkeme, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin aksine, ritüel ya da dini uygulama kavramlarına açık bir tanım vermemiştir. Ritüel kavramını *Cha'ra Shalom Ve Tsedek – Fransa* kararında görebiliriz. Bu kararda Mahkeme, Musevi emirlerine göre hayvan kesilmesi âdetini bir ritüel olarak nitelendirmiş; ancak bu ritüelin belirli bir düzenlemeye konu olmasını, dindar Musevilerin bu eti tüketmelerine engel oluşturmadığı

2 http://www1.umn.edu/humanrts/gencomm/french/f-HRC-comment22.htm

ve bu eti başka kaynaklardan bulabildikleri gerekçesiyle dini açıklama özgürlüğüne aykırı görmemiştir.

Mahkeme'nin dinsel uygulama ya ritüel kavramlarına açık tanım vermekten kaçınmasının bir nedeni, dinsel kurallarla Sözleşme'de öngörülen haklar arasında bir çatışma çıkması halinde, kendi içtihadında bağlayıcı bir ilke koymaktan kaçınması ve bu konuların ciddi bir uzmanlık gerektirmesidir.

Komisyon, *Khan – Birleşik Krallık* (*no. 11579/85*) başvurusunda, 21 yaşında Müslüman bir İngiliz erkek ile 16 yaşından küçük bir Müslüman kızın (olay tarihinde 14 buçuk yaşında), kızın ailesinin istememesine karşın, dini nikâhla evlenme konusunu incelemiştir. Başvurucu erkek dini nikâhla evlendikten sonra, 16 yaşından küçük kızla cinsel ilişkiyi yasaklayan İngiliz kanunlarına göre ceza almıştır. Başvurucu Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürerek İnsan Hakları Komisyonu'na başvurmuştur. Başvurucu, İslam dininin buluğ yaşından itibaren genç kızlara evlilik izni verilmesi kuralına sahip olduğunu ileri sürmüş ve İngiltere'de 16 yaşından küçük kızlarla cinsel ilişkiyi yasaklayan kuralın ve kendisinin çarptırıldığı cezanın, dini açığa vurma özgürlüğünü ihlal ettiğini belirtmiştir. Komisyon ise, konuyu sadece Sözleşme'nin 9. maddesi açısından değil, ama aynı zamanda evlilik hakkını düzenleyen 12. maddesi açısından incelemiştir. Komisyon bu iki madde bakımından başvuruyu açıkça temelsiz görerek kabuledilemez bulmuştur. Komisyona göre, 9. madde din tarafından belirlenen her davranışı güvence altına almadığı gibi, 12. madde, devletlere evlilik kurumunu kurallarını belirlemek konusunda takdir yetkisi tanımaktadır.

İbadet yeri

Sözleşme'nin 9. maddesi ibadet yeri konusunda devletlere imar hukuku ya da yer seçme bakımından bir takdir alanı tanır; ancak devletlere bir dinsel topluluğun dinsel etkinliklerinin meşruiyetini sorgulama yetkisi tanımaz.

Mahkeme, *Manoussakis ve Diğerleri – Yunanistan* kararında, Yehova Şahitlerinin izinsiz yerde ibadet açtıkları için cezalandırılmaları konusunu incelenmiştir. Mahkeme, Yunanistan'da ibadet yeri kavramının tanımlanmasında Ortodoks Kilisesine tanınan rolü ve bu çoğunluk dinine bağlı olmayanların ibadet yeri açmalarına getirilen sınırlamaları eleştirmiştir. Mahkeme " Sözleşme'nin 9. maddesi ile güvence altına alınmış inanç özgürlüğü, dinsel inançların ya da bu gibi inançları açığa vurmak için kullanılan araçların meşru olup olmadığını belirleme konusunda bir takdir yetkisi tanımaz" demiş ve böylece kamu makamlarının tarafsızlığının altını çizmiştir (*Manoussakis ve Diğerleri, §73*).

Fakat dinsel topluluklar ibadet yeri açma konusunda sınırsız bir özgürlüğe sahip değildir. *Zekai Tanyar ve Diğerleri – Türkiye* kabuledilebilirlik kararında Mahkeme, konut olarak belirlenmiş bir dairede, kat mülkiyeti kanununa aykırı olarak diğer maliklerin onayı alınmadan dinsel faaliyetlerde bulunulmasının yasaklanmasını, 9. maddeye aykırı görmemiştir. Bu davada Mahkeme, Türk Hukukunda bir konutun ibadet yeri olarak kullanılması için diğer kat maliklerinin onayının alınması gerekliliği şeklinde öngörülen sınırlamanın, başkalarının haklarını koruma gibi bir meşru amaç izlediğini belirtmiştir.

Masaev – Moldova kararında Mahkeme, devlet tarafından tanınmayan bir dinin ibadetinin yapılmasından ötürü ceza alan başvuruların davasını incelemiştir. Bu davaya konu olan olayda Müslüman olan başvurular, hükümet dışı bir kuruluş tarafından kiralanan bir evde topluca ibadet ettikleri için para cezasına çarptırılmışlardır. Mahkeme, devletlerin dinleri kayıt rejimi konusunda takdir yetkilerinin olduğu kabul edilse dahi, dinleri sırf resmi olarak tanınan bir din olmadığı için kişilerin ibadet etmeleri nedeniyle

cezalandırılamayacakları vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre bunun aksi sonucuna varmak, devlet tarafından tanınmayan azınlık dinlerinin dışlanması ve devletin bireylere nelere inanacaklarını belirlemesi anlamına gelir (*Masaev, §26*). Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Dinsel topluluk hayatı ve yönetimi

Mahkeme dinsel topluluk hayatı ve yönetimi konusunda önemli kararlar vermiştir. Bu konudaki ilk kararlar, Yunanistan ve Bulgaristan'daki Müslüman azınlığın dinsel hayatı konusundadır. Bu içtihat son yıllarda diğer dinsel gruplarla ilgili verilen kararlarla zenginleşmiştir.

Şerif – Yunanistan davasında, İbrahim Şerif, eski müftünün vefatından sonra, bir Cuma namazının ardından Rodop'taki Müslümanlar tarafından gayri resmi olarak müftü seçilmiştir. Ancak bu arada Yunanistan Hükümeti, mevzuata uygun olarak başka bir kişiyi müftü olarak atamış, İbrahim Şerif de dini bir sıfatı yasalara aykırı olarak kullandığı gerekçesiyle cezalandırılmıştır. Mahkeme, bu davada Yunanistan'ın din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Buna gerekçe olarak Mahkeme, ilk olarak başvurucunun Rodop'ta belirli bir toplumsal desteğe sahip olduğunu ve hukuki sonuçlar doğurabilecek işlemler yapmamış olduğunu belirtmiştir (*Şerif, §51*). Mahkeme'ye göre, "bir kişiyi sadece onu serbest iradesi ile izleyen bir grubun dini lideri gibi davrandığı için cezalandırmak, demokratik bir toplumda dinsel çoğulculuk ilkesi ile bağdaşmamaktadır" (*Şerif, §51*). Ayrıca Mahkeme, başvurucu Şerif'in müftülere tanınan yargısal ya da idari görevlerden herhangi birisini kullanmadığını saptadıktan sonra, daha sonraki kararlarında sıklıkla kullanacağı çok önemli bir ilkeyi ortaya koymuştur:

> "Demokratik bir toplumda devletin, dinsel toplulukların tek bir yönetim altında kalmalarını veya tek bir yönetim tarafından idare edilmelerini sağlayacak tedbirler almalarına gerek yoktur.
> …
>
> 53. Bu davanın özel koşulları içinde Hükümet, yetkili makamların Rodop'taki Müslümanların kendi aralarında, Müslümanlar ile Hıristiyanlar arasında veya Yunanistan ile Türkiye arasında gerilim çıkmaması için müdahale etmeleri gerektiğini savunmuştur. Mahkeme, bir dinsel topluluk bölündüğü takdirde gerilim doğabileceğini kabul etmekle birlikte, bu durumun çoğulculuğun doğal bir sonucu olduğunu vurgular. Bu koşullarda yetkili makamların görevi, gerilimin kaynağını çoğulculuğu yok ederek ortadan kaldırmak değil, rekabet içindeki grupların birbirlerine hoşgörü göstermelerini gözetmektir."

Hassan ve Tchaouch – Bulgaristan davası, 1992'de seçilmiş büyük müftü olan Fikret Sali Hasan ve ilahiyatçı İsmail Ahmet Çavuş'un Mahkeme'ye yaptığı bir başvurudan kaynaklanmıştır. Berlin duvarının yıkılmasının ardından Bulgaristan'daki Müslüman azınlık bölünmüş ve 1992 yılında Büyük Müftü olarak F.S. Hasan seçilmiş; ancak daha sonra bu göreve eski Büyük Müftü atanmıştır. Bu süreçte Bulgaristan Hükümeti Müslüman toplumun yönetimine birçok kez müdahale etmiştir. Bu davada Mahkeme, dinsel toplulukların örgütlenmesi konusunda aşağıdaki temel ilkeleri belirlemiştir:

> "62. Mahkeme, dinsel toplulukların geleneksel ve evrensel olarak örgütlü yapılar olarak varlığını sürdürdüğünü hatırlatır. Bu topluluklar, üyeleri tarafından genellikle tanrısal kaynaklı kabul edilen kurallara uyarlar. Bu kurallara göre görev alan dinsel sıfatlı kişiler tarafından düzenlenen dinsel törenlerin inananlar bakımından bir anlamı ve kutsal bir değeri vardır. Topluluğun aktif bütün üyeleri için bu dinsel sıfatlı görevlinin kimliği mutlaka ciddi bir önem taşır. O halde, topluluğun hayatına katılmak bir dinsel ifade tarzı olup, 9. madde tarafından güvence altına alınmıştır.
>
> Dinsel topluluğun örgütlenmesi söz konusu olduğunda, 9. madde, devletin haksız müdahalelerine karşı örgütlenme hakkını güvence altına alan Sözleşme'nin 11. maddesinin ışığında yorumlanmalıdır. Bu açıdan inananların din özgürlüğü, topluluğun barış içinde ve devletin

keyfi müdahalesi olmadan varlığını sürdürebilmesi gerektiğini varsayar. Gerçekten de dinsel toplulukların özerkliği, demokratik bir toplumun bünyesindeki çoğulculuk için zorunlu olup, 9. maddenin sağladığı korumanın tam da kalbinde yer alır. Bu sadece bizzat topluluğun doğrudan örgütlenmesi için değil, ama aynı zamanda din özgürlüğünün aktif üyelerinin tamamının haklarını etkili kullanabilmeleri bakımından da önemlidir. Eğer topluluğun örgütlenmesi ile ilgili bu haklar 9. madde tarafından korunmazsa, bireyin din özgürlüğünün diğer görünümleri de zayıflar."

Hassan ve Tchaouch kararında Mahkeme, Bulgaristan'ın din özgürlüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu sonucun temel gerekçesi, devlete tanınan müdahale yetkisinin "hukuken öngörülmüş olma" koşulunu taşımaması ve bu nedenle keyfi kullanıma imkân tanımasıdır.

Mahkeme, daha sonra birçok kararında yukarıdaki içtihadını yinelemiş ve dinsel toplukları tanıma koşullarındaki keyfilik nedeniyle 9. maddenin ihlal edildiğini saptamıştır. *Bessarabie Metropoliten Kilisesi ve Diğerleri – Moldova* kararında Mahkeme, bir kilisenin tanınmama gerekçelerini incelemiş ve yerinde bulmamıştır. Bu kararında Mahkeme, dinsel toplulukların resmi olarak tanınması ile hukuki korumadan yararlanabilmeleri arasındaki bağlantıya dikkat çekmiştir. Dinsel toplulukların hukuken korunması söz konusu olduğunda, Mahkeme din özgürlüğünü, Sözleşme'nin adil yargılanma hakkını düzenleyen 6. maddesinin ışığında yorumlamak gerektiğini belirtmiştir (*Bessarabie Metropoliten Kilisesi ve Diğerleri, §118*).

Moskova Yehova Şahitleri – Rusya kararında Mahkeme, Yehova Şahitlerinin Moskova biriminin feshedilmesini ve yeniden kaydedilme taleplerinin reddi konusunda yapılan bir başvuruyu incelemiş ve 9. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu kararında, Yehova Şahitlerinin Moskova biriminin feshedilmesini ağır bir yaptırım olarak nitelendirmiş ve fesih ile yeniden kaydedilme talebinin reddi kararlarının dayandığı gerekçeleri yetersiz bulmuştur. Mahkeme'ye göre, söz konusu dinin, bu dine inanlara geleneksel dinlere benzer yükümlülükler yüklediğini, kişileri intihara sürükleyici olduğu şeklindeki iddiaların kanıtlanamadığını belirtmiştir.

Kimlya – Rusya kararında ise Mahkeme, Scientoloji kilisesinin tanınması talebinin reddi nedeniyle 9. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, dinsel toplulukların tanınarak tüzel kişilik kazanmalarının, onların dinini açıklama özgürlüğünün temel bir öğesi olduğunu hatırlatmış ve bir dinsel topluluğun tanınmış bir topluluk olabilmesi için Rus hukukunda öngörülen 15 yıl süreyle Rusya'da varlığını sürdürmüş olma kuralının uygulanmasını çok sert bulmuştur. Ayrıca Mahkeme, söz konusu kilisenin veya bu kiliseye bağlı kişilerin yasadışı etkinliklerde bulundukları ya da dinsel etkinlik yapmak dışında başka amaçlar güttükleri de ortaya konamamıştır.

Mirolubovs ve Diğerleri – Letonya kararında Mahkeme, Ortodoks Hıristiyan dinsel örgütlenmeden ayrılıp farklı bir kilise kurmaya yönelen topluluğa devletin müdahalesini 9. maddeye aykırı bulmuştur. RGVD olarak anılan eski Ortodoks inancına dayalı bir dini akım içinde bölünme ortaya çıkmış ve daha sonra Letonya Devleti bu ayrılmaya, ayrılmanın taraflarından birinin sıfatlarını ortadan kaldırarak müdahale etmiştir. Mahkeme bu müdahalenin çoğulculuk ilkesi ve devletin tarafsızlık rolü ile bağdaşmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, özellikle RGVD organlarına verilen tanıma işleminin geri alınmasını haklı gösterecek önemli bir gerekçe sunulmadığını ve inanç yapısının yapısal heterojen karakteristiğinin dikkate alınmadığını belirtmiştir.

Perry – Letonya davasında Mahkeme, Evanjelik Protestan inancına bağlı ve pastör sıfatlı bir din adamının "totaliter veya terörist bir örgütlenme içinde militan" olarak etkinlikte bulunduğu gerekçesiyle oturma izninin uzatılmayıp, sıradan bir kişi olarak oturum

verilmesi konusunda bir başvuruyu incelemiştir. Oturum izninin sade kişi olarak verilmesi nedeniyle bu kişi, dinsel etkinlikleri pastör sıfatıyla yapma imkânını kaybetmiştir. Mahkeme, yetkili makamların yukarıdaki işlemini yasal temeli olmayan dinini açıklama özgürlüğüne bir müdahale olarak değerlendirmiştir. Mahkeme bu sonuca varırken Leton hukukuna göre, bir kişinin dinsel etkinliklerinden ötürü oturum izninin kaldırılması mümkün olmamasını dikkate almıştır.

Dinsel kıyafetler, örtü, başlık ve semboller

Mahkeme dinsel kıyafet giymeyi, başlık veya örtü takmayı ya da semboller taşımayı, kişilerin dini kaynaklı davranışları olarak değerlendirilmiş, bu faaliyetleri "ibadet" ya da dar anlamda "dini uygulama" olarak nitelendirmemiştir. Bu nedenle, kişinin kendi isteğiyle ve dini emirlere sıkı sıkıya bağlı olma isteği ile örtünmesi ya da bir dinsel sembol taşıması kuvvetli bir güvence rejimine tabi tutulmamış, bu alanda devletlerin takdir yetkisi geniş tutulmuştur.

Dinsel başlık konusu Mahkeme önüne, iki tarz başlık nedeniyle gelmiştir: İslami başörtüsü ve Sih inancındaki erkeklerin taşıdığı türban.

Leyla Şahin – Türkiye [BD] kararında Mahkeme, başörtüsünün dinsel bir emirden kaynaklanıp kaynaklanmadığı tartışmasına girmekten kaçınmış ve kişinin bu konudaki beyanını temel alan öznel bir değerlendirme yapmayı tercih etmiştir (*§78*):

> "... Başvurucu, başörtüsü takmakla dini bir buyruğa uyduğunu ve bu nedenle İslam inancının yapılmasını istediği görevlere sıkıca bağlı olma arzusunu dışa vurmakta olduğunu bildirmiştir. Buna göre, başvurucunun başörtüsü takma kararının bir din veya inançtan kaynaklandığı ya da esinlendiği kabul edilebilir. Mahkeme, kişilerin bu tür kararların her durumda bir dini vecibeyi yerine getirmek için alınıp alınmadığına karar vermeksizin, üniversitelerde İslami başörtüsü takılmasının yer ve usulüne ilişkin kısıtlama getiren söz konusu düzenlemelerin, başvurucunun dinini açığa vurma özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğu varsayımı üzerinden hareket etmektedir."

Mahkeme bu sonuca varırken, İslami başörtüsünün İslam dininin "bilinen ibadet şekillerinden birisi" olmadığını dolaylı olarak değerlendirdiğini de belirtmiştir. Kararın 118. paragrafında Mahkeme, "Türk üniversitelerinde ibadet etmek isteyen Müslüman öğrencilerin, eğitim örgütlenmesinin sınırları içinde, Müslümanlığın alışılmış ibadet şekilleri ile uyumlu olarak dini vecibelerini yerine getirmekte serbest olduklarını kaydeder". İslam dininin alışılmış ibadet şekilleri ifadesi ilk olarak *Kalaç – Türkiye* kararında ortaya konmuştur. Bu kararda beş vakit namaz, Ramazan orucu ya da cuma namazı gibi diğer dinsel görevlerin yapılması bu bağlamda değerlendirilmiştir. Elbette bu ibadetlere, hac görevi, zekât verme gibi diğer ibadet şekilleri de eklenebilir.

Leyla Şahin – Türkiye [BD] kararının genel ilkelerinden, kararın üç temel ayağı olduğu belirtilebilir: İlk olarak Mahkeme'ye göre, demokratik toplum bir uzlaşma rejimidir. Demokratik toplumun bir uzlaşma rejimi olması, bazen kişilerin haklarını kullanırken fedakârlıkta bulunmalarının istenebilmesi anlamına gelir. Mahkeme ikinci olarak, din-devlet ilişkileri söz konusu olduğunda, ulusal karar verici organın takdir yetkisinin geniş olduğunu hatırlatmıştır. Üçüncü olarak Mahkeme, ulusal mahkemelerin içtihadına, Türkiye'de laiklik ilkesine verilen öneme ve İslami başörtüsünün belirli bir tarihsel bağlamda nasıl bir anlam kazandığına dikkat çekmiştir. Mahkeme'ye göre, özgürlük ve eşitliğin buluşma noktası olarak laiklik ilkesi, devletin tarafsızlığının ve din özgürlüğünün güvencesi olarak anlaşıldığı sürece, Sözleşme'nin değerleri ile uyum içindedir (*Leyla Şahin [BD], §113*). Ancak, Mahkeme'ye göre bu ilke "ayrıca, bireyi sadece devlet tarafından yapılan keyfi müdahalelere karşı değil, ama aynı zamanda radikal hareketlerden

gelen dış baskılara karşı da korumaya hizmet" etmek olarak anlaşılabilir; bu çerçevede "kişinin dinini açığa vurma hakkının bu değer ve ilkeleri korumak için kısıtlanabileceği" kabul edilebilir.

Bu çerçevede Mahkeme, Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın yerleşik içtihat haline gelmiş kararlarına atıf yaparak, İslami başörtüsü kullanılmasına getirilen yer sınırlamasının belirli bir siyasal ve tarihi bağlama oturduğunu vurgulamıştır (*Leyla Şahin [BD], §115*):

> "Türk mahkemelerinin belirttiği gibi, bu dini sembol özellikle son yıllarda Türkiye'de siyasi bir anlam kazanmış olduğundan, bu alandaki özgürlüklere bu iki meşru amacı sağlamak için kısıtlamalar getirilmesi, toplumsal ihtiyaç baskısını karşılayacağı düşünülebilir.
>
> Mahkeme, Türkiye'de din kuralları üzerine kurulu bir toplum anlayışını ve dini sembollerini toplumun bütününe zorla kabul ettirmeye çalışan aşırı politik hareketler olduğunu da göz ardı etmemektedir. ... Mahkeme daha önce de her bir Taraf Devletin, Sözleşme hükümlerine uygun olarak ve kendi tarihi deneyimine dayanarak böylesi politik hareketlere karşı tavır alabileceğini ifade etmiştir. ... İlgili düzenlemeler de bu bağlamda değerlendirilmeli ve bu düzenlemeler yukarıda işaret edilen meşru amaçlara ulaşmaya ve bu sayede üniversitedeki çoğulculuğu korumaya yönelik bir önlem görevi görmelidir."

Mahkeme'nin *Leyla Şahin – Türkiye [BD]* kararında, üniversitelerde İslami başörtüsü kullanılmasına getirilen yer sınırlamasının meşru bir amaca dayalı olduğu ve orantılı olduğu sürece Sözleşme'yi ihlal etmeyeceğini belirtmiş olması, elbette bu sınırlamanın kaldırılamaz olduğu anlamına gelmemektedir. Mahkeme'nin de belirttiği gibi bu sınırlama belirli bir dönemde, uzun yıllar süren tartışmalar sonucunda alınmıştır. Mahkeme, bu noktanın altını çizerken, üniversite yetkililerinin "başörtüsü takan öğrencilerin üniversiteye girişlerini engellemeyecek şekilde" davranmalarını önemli bulduğunu kararında iki kez belirtmiştir:

> "120. Ayrıca, 9 Temmuz 1998 tarihli karara yol açan düzenlemelerin uygulandığı süreç birkaç yıl sürmüş ve Türk toplumu ile eğitim dünyası içinde geniş bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir. … En yüksek iki mahkeme olan Danıştay ve Anayasa Mahkemesi, bu konuda yerleşik bir içtihat oluşturmuştur. … Bu karar verme süreci boyunca, üniversite yetkililerinin gelişen duruma, ilgili kişilerle sürekli diyalog yoluyla, başörtüsü takan öğrencilerin üniversiteye girişlerini engellemeyecek şekilde, ama aynı zamanda düzenin korunmasını sağlayacak ve özellikle ilgili dersin niteliğinin gereklerine uyulacak şekilde uyum sağlamaya çalıştıkları oldukça açıktır.
>
> 159. … Mahkeme (orantılık konusunda) bir sonuca varırken … Şu faktörlere dayanmıştır. İlk olarak söz konusu önlemler, öğrencilerin dini adetlerin alışılagelmiş biçimlerinin yüklediği görevleri yerine getirmelerini engellememiştir. İkinci olarak, ilgili yönetmeliğin uygulanması sırasında karar verme sürecinde çeşitli menfaatler mümkün olduğu kadar dengelenmeye çalışılmıştır. Üniversite yetkilileri, gayet doğru olarak, bir yandan İslami başörtüsü takan öğrencilere üniversite kapısını kapatmamak için yöntem bulmaya çalışmışlar; diğer yandan başkalarının haklarını ve eğitim sisteminin gereklerini koruma yükümlülüklerini yerine getirebilmek için makul bir yol aramışlardır. Son olarak bu süreci, öğrencilerin çıkarlarını korumaya elverişli tedbirler, yani kanuna ve yargısal denetime uygunluğu gerektiren kurallar tamamlamıştır. …".

Fransız okullarında İslami başörtüsü konusu, ortaöğretimde spor derslerini İslami başörtüsü ile yapmak isteyen kız öğrenciler hakkında verilen okuldan atma disiplin cezası nedeniyle gündeme gelmiştir. *Kervancı – Fransa* ile *Doğru – Fransa* kararlarında Mahkeme, *Leyla Şahin – Türkiye [BD]* kararında geliştirdiği ilkeleri uygulamış ve 9. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, İmam-Hatip Okullarında mevcut olan sınırlı İslami başörtüsü yasağını *Köse ve Diğer 93 Başvurucu – Türkiye* kararında Birinci Protokolün 2. maddesi açısından incelemiştir. Bu okullarda kız öğrencilere Kuran öğretimi ile ilgili derslerde başörtüsü

takma imkânı tanınmışken, diğer derslerde başörtüsü takma imkânı tanınmamıştır. Bu sınırlama, 2002 yılında birçok gösteriye konu olmuş ve gerek öğrencilerin bir kısmı gerekse veliler, bütün müfredat eğitimi sırasında İslami başörtüsünün serbest bırakılması talebini dile getirmişlerdir. Mahkeme, başvurucuların bu talebinin kabul edilmemesini Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. Mahkemeye göre, ortaöğretim yaş grubu için bu tarz önlemlerin alınması ve okul ortamının 'tarafsız' kalmasının sağlanması yerinde tedbirlerdir.

Devlet memurlarının kıyafetleri bakımından da Mahkeme, yukarıdaki içtihadını uygulamıştır. *Kurtulmuş – Türkiye* kararında Mahkeme, İslami başörtüsü takan bir öğretim üyesinin başvurusunu kabul edilemez bulmuştur. Bu kararında Mahkeme, devlet memurları hakkında Sözleşme'nin 10 ve 11. maddelerinde geliştirdiği içtihadını, 9. madde açısından uygulamış ve devlet memurlarına dini inançlarını açığa vuran davranışlar konusunda ketum olmalarını gerektirecek kurallar koyma yetkisini, devletlerin takdir alanı içinde değerlendirmiştir.

Dinsel giyim ya da başlıklar konusunda Mahkeme'nin yaklaşımının BM İnsan Hakları Komitesinin yaklaşımından daha sınırlayıcı olduğu belirtilebilir. *Hudoyberganoca – Özbekistan* kararında[3] İnsan Hakları Komitesi, dinsel bir kıyafet giyme ya da başörtüsü takmanın dinini açığa vurma özgürlüğünün bir parçası olduğunu açıkça belirtmiştir. Bu bağlamda, İnsan Hakları Komitesine göre, eğer meşru bir sınırlama nedenine dayalı değilse, aleni olarak ya da özel alanda bir dinsel kıyafetin giyilmesinin yasaklanması dinini açıklama özgürlüğünün ihlali olarak nitelendirilebilir. Nitekim Komite, üniversitelerde İslami başörtüsünü yasaklayan Özbekistan'ın bu müdahalesinin, dini açıklama özgürlüğünün ihlali olduğu sonucuna varmıştır.

İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi ile BM İnsan Hakları Komitesi arasında bu yaklaşım farkının temelinde, BM ve Avrupa Konseyi'nin yapıları arasında farklar yatmaktadır. BM, çok kültürlü bir dünyada bütün dünyayı ilgilendiren bir insan hakları standardı koymayı amaçlarken, Avrupa Konseyi'nin bir kurumu olan Mahkeme, daha çok Avrupa merkezli bir insan hakları anlayışına sahiptir. Bu nedenle, dinsel bir sembolün değerlendirilmesi bir kurumdan diğerine değişebilmektedir.

Mahkeme'nin dinsel başlıklar hakkında karar verdiği ikinci konu, Sih inanışına sahip erkeklerin başlarına taktıkları türbandır. *Phull – Fransa* kararında Mahkeme, Strazburg havaalanında güvenlik kontrolü sırasında türbanını çıkartmak zorunda kalan bir Sih başvurucunun şikâyetini kabul edilemez bulmuştur. Bu kararında Mahkeme ilk olarak Sih dinine göre erkeklerin başlarına türban takmak zorunda olduklarını ve bu nedenle türbanını çıkartmak zorunda kalmanın bu kişi bakımından dinini açığa vurma özgürlüğüne müdahale olarak kabul edilebileceğini belirtir. Ancak Mahkeme'ye göre kamu güvenliği gerekçesine dayalı bu müdahale haklı bir müdahaledir. Mahkeme bu sonuca varırken, Komisyonun *X. - Birleşik Krallık* (*no. 7992/77*) kararına atıf yapmıştır. Bu davada Komisyon, motosiklet kullanan bir Sih'in başındaki türban nedeniyle kask takmadığı için para cezasına çarptırılmasını, sağlık gerekçesine dayandığı için haklı bulmuştur. Mahkeme bu içtihadını, ehliyet almak için başı açık bir fotoğraf vermek zorunda olan bir Sih'in davasında da izlemiştir.

Mahkeme, Sihlerle ilgili olarak geliştirdiği kamu güvenliği gerekçesiyle getirilen sınırlamalarla ilgili içtihadını, İslami başörtüsü için de uygulamıştır. *Fatima El Morsli – Fransa* kararında Mahkeme, Marakeş'te Fransız Konsolosluğunda güvenlik kontrolü

3 Hudoyberganoca – Özbekistan, 8 Aralık 2004.
http://www.bayefsky.com/docs.php/area/jurisprudence/treaty/ccpr/opt/0/node/4/filename/uzbekistan_t5_iccpr_931_2000

sırasında İslami başörtüsünü çıkartmak istemeyen bir başvurucunun şikâyetini kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme, bu sınırlamanın kamu güvenliğine dayalı olduğunu belirtmiştir. Bu kadının başörtüsünü ancak bir kadın güvenlik görevlisinin bulunduğu ortamda çıkartma beyanı hakkında ise Mahkeme, devletlerin güvenlik kontrolünü yapacak bir kadın görevli atamak konusunda takdir yetkileri olduğunu belirterek, bunu belirleyici bir öğe olarak değerlendirmemiştir.

Diğer yandan bir Sih öğrencinin derslere türban yerine, türbanın altına takılan ve "keski" adı verilen bir başlıkla gitmesi de, Fransız okullarında kuvvetli dinsel sembol yasağıyla karşılaşmasına engel olmamıştır. *Singh – Fransa* kararında Mahkeme, bir dinsel sembolün o toplumda nasıl algılandığı konusunun ulusal makamların takdirinde olduğunu hatırlatarak; "keski "nin bu makamlar tarafından kuvvetli bir sembol olarak değerlendirildiğini belirtmiş ve sınırlamayı haklı bulmuştur.

Mahkeme *Ahmet Arslan ve Diğerleri – Türkiye* kararında, Aczimendiler grubunun dinsel kıyafetleri ile Ankara Kocatepe Camii önünde dinsel bir ayin yaptıkları için Şapka Kanunu ve dini kisveler hakkında mevzuata aykırılıktan ötürü ceza almalarını, Sözleşme'nin 9. maddesinde güvence altına alınan dini açığa vurma özgürlüğüne bir müdahale olarak değerlendirmiştir (*Ahmet Arslan ve Diğerleri, §35*). Mahkeme resmi sıfatı olmayan ve kamuya açık bir alanda bu kıyafeti giyen bir grubun cezalandırılmasının gerekçelerini yeterli bulmamış ve 9. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme'ye göre, özellikle bu tarz bir kıyafetin başkaları üzerinde nasıl bir baskı oluşturacağı ya da kamu düzeninin bozulacağı ya da bozulma riski taşıdığı dosyadaki bilgiler ışığında ortaya çıkmamaktadır. Mahkeme'ye göre, bir camiin önünde kendilerine özgü kıyafetlerle dinsel bir ayin yapan bir grup sadece meraklı bakışları kendine çekmiştir (*Ahmet Arslan ve Diğerleri, §50 ve 51*).

Dinsel semboller konusunda Mahkeme'nin önemli bir kararı *Lautsi ve Diğerleri – İtalya* davasıdır. İtalya'da sınıflarda çarmıha gerilmiş İsa figürlü haçın (crusifix) duvarlara asılı bulunmasını tartışma konusu yapan bir grup velinin açtığı bu davada, ilk olarak Mahkeme'nin II. Dairesi Sözleşmenin 9. maddesinin ve Sözleşmeye Ek Birinci Protokolün 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ancak bu karar, Mahkeme'nin Büyük Dairesi tarafından bozulmuş ve 18 Mart 2011 tarihli kararı ile Mahkeme, ilköğretim sınıflarında bu dini sembolün bulunması konusunu devletlerin takdir yetkisi çerçevesinde gördüğünü belirterek, Birinci Protokolün eğitim hakkını düzenleyen 2. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bu kararında Mahkeme, her ne kadar yukarıda belirtilen maddeyi 9. madde ışığında incelemiş olsa da, 9. madde bakımından ayrı bir inceleme yapmaya gerek olmadığını belirtmiştir.

Lautsi ve Diğerleri kararında Mahkeme ilk olarak, laiklik taraftarı olmanın 9. madde ve Birinci Protokolün 2. maddesinin güvence altına aldığı anlamda ciddi bir "kanaat" olduğunu saptamış, ancak davadaki sorunun, okullarda duvarlara çarmıha gerilmiş İsa figürlü haç konmasının laiklik ilkesi ile bağdaşmazlığı sorunu olmadığını belirterek incelemeye başlamıştır (*Lautsi ve Diğerleri, §57*). Bu çerçevede İtalya'da laiklik ilkesine 1989 yılında anayasal bir değer tanındığını, ancak bu ilkenin devletin dinlere karşı kayıtsız kalması anlamına gelmediği, dinsel ve kültürel çoğulculuk çerçevesi içinde din özgürlüğünün korunması olarak tanımlanmakta olduğu hatırlatılmalıdır.

Lautsi ve Diğerleri kararının ilginç yanı, konunun öncelikle din ve vicdan özgürlüğü bakımından değil, eğitim ve öğretimde ebeveynin dinsel ve felsefi kanaatlerine saygı hakkı açısından incelenmiş olmasıdır. Birinci Protokolün 2. maddesi devletlere bu konuda, 9. maddeye oranla çok daha geniş bir takdir alanı tanıdığı hatırlatılmalıdır. Mahkeme ebeveynin bu hakkının öncelikle ders programının içeriği ile ilgili olduğunu ve esas

itibarıyla sistematik telkin ya da ideolojik aşılama (endoctrinement) yasağı getirdiğini, ancak tek yanlı dinsel telkinden uzak, dinsel olguya eleştirel gözle bakmayı da içeren çoğulcu ve tarafsız bir müfredat izleme yükümlülüğünü öngördüğünü de hatırlatmıştır (*Lautsi ve Diğerleri, §62*). Mahkeme, ilke olarak sınıflarda çarmıha gerilmiş İsa figürlü haç bulundurma ya da bulundurmama konusunun devletlerin takdirinde olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu takdir hakkını değerlendirirken, *Folgero* ile *Hasan ve Eylem Zengin* kararlarında din kültürü derslerinde diğer dinlere göre çoğunluk dinine daha geniş yer verilmesinin sorun oluşturmadığı değerlendirmesini temel almıştır. Mahkeme'ye göre çarmıha gerilmiş İsa figürlü haç, "esas olarak pasif bir semboldür" ve öğrenciler üzerinde dinsel etkinliklere katılmak ya da bu konuda didaktik bir söyleme maruz kalmak gibi bir etkiye sahip değildir (*Lautsi ve Diğerleri, §72*). Bu bağlamda Mahkeme, *Dahlab* kararında anaokulu sınıflarında bir öğretmenin İslami başörtüsü ile derse gelmesi ile sınıflarda çarmıha gerilmiş İsa figürlü haç olması konularının birbirinden farklı durumlar olduğunu belirtmiştir (*Lautsi ve Diğerleri, §73*). Bu sonuca varırken Mahkeme, İtalya'da diğer dinlere karşı hoşgörü ortamının olduğunu, İslami başörtüsünün öğrenciler bakımından yasak olmadığını, diğer dinlerin genellikle bayramlarının kutlandığı gibi hususları da dikkate almıştır (*Lautsi ve Diğerleri, §74*).

Dinsel semboller (Hıristiyanlar için haç ya da çarmıha gerilmiş İsa figürlü haç, Sihler için hançer) ya da dinsel kıyafet ya da başlıklar (Sihler için türban, Müslümanlar için İslami başörtüsü, Museviler için kippa) bakımından Mahkeme'nin devletlere geniş bir takdir alanı tanıdığı söylenebilir. Öte yandan, Mahkeme'nin çoğunluk dininin iç sorunları (İslami başörtüsünün toplumsal ya da siyasal anlamı) ya da dinsel sembolleri (haç ya da çarmıha gerilmiş İsa figürlü haç) söz konusu olduğunda, ulusal mahkemeleri izlediği ve bu tartışmalara fazla girmek istemediği sonucuna varılabilir. Ancak başka bir açıdan, Mahkeme'nin bu kıyafet, başlık ya da semboller hakkında "pasif" (*Lautsi ve Diğerleri*) ya da "kuvvetli dış sembol" (*Dahlab*) gibi değerlendirmeler yapması, sübjektif bir tartışma alanına girdiğini de göstermektedir. Bu değerlendirmeler ağırlıklı olarak belirli bir kültürel aidiyete bağlı olarak kişinin bakış açısı ile ilgili konular olduğu için, bunlar Mahkeme'nin geliştirdiği gerekçelerin ve ulaştığı sonuçların tartışma konusu olmasına neden olmaktadır.

Açığa vurmanın sınırlandırılması

Sözleşme'nin 9(2). fıkrası din veya inancını açığa vurma özgürlüğünü sınırlama rejimini düzenlemektedir. Bu fıkranın sadece 'din veya inancını açığa vurma özgürlüğü'nü belirtmesi kişinin manevi iç dünyasına ilişkin düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün sınırlandırılamayacağı anlamına gelmektedir.

Sözleşme'nin 9(2). fıkrasındaki sınırlama rejimi, Sözleşme'nin 8, 10 ve 11. maddelerinin öngördüğü sınırlama rejiminin benzeridir. Bu çerçevede, bu maddelerde de öngörülen kriterler ve yorumlar burada da geçerlidir. Bu rejime göre, öncelikle bu özgürlüğe bir müdahalenin yapılmış olması ve bu müdahalenin kamu makamlarına yüklenebilir nitelikte olması gerekir.

Eğer bu özgürlüğe kamu makamına yüklenebilecek bir müdahale varsa, müdahalenin 9. maddeyi ihlal etmemesi için üç temel koşulu yerine getirmiş olmalıdır: Bu müdahale "hukuken öngörülmüş" olmalı ve 9(2). fıkrasında sınırlı sayıda gösterilen meşru amaçlardan en az birisine dayalı olmalıdır. Nihayet bu müdahale "demokratik bir toplumda gerekli" olmalıdır.

Müdahalenin varlığı

Özgürlüğe bir müdahaleden söz edebilmek için, öncelikle 9. madde tarafından korunan bireyin kullanmakta olduğu bir özgürlük alanının bulunması gerekir. Eğer 9. madde tarafından korunan bir özgürlük alanı bulunmuyorsa, bireyin açığa vurma davranışına kamu makamının müdahalesi olsa da, bu müdahale Sözleşme'nin 9. maddesi anlamında bir sorun oluşturmaz.

Bu konuda en çarpıcı örnek kişinin ötenazi konusunda yaklaşımıdır. Ölümü seçmek bakımından yapılan bir tercihin kişinin vicdanını doğrudan ilgilendirdiğinden kuşku duymamak gerekir. Ancak Mahkeme, 43 yaşında çaresi bilinmeyen bir hastalık nedeniyle ağır hasta olan ve bu nedenle denetimli intiharla (ötenazi) ölmek isteyen Diane Pretty'nin davasında, başvurucunun bu talebini, dini açığa vurması hakkı kapsamında değerlendirmemiştir (*Pretty,* §82). Mahkeme, başvurucunun bu tutumunu "kişisel özerklik" kavramı ile bağlantılı olarak özel yaşamla ilgili görmüş ve 8. madde açısından tartışmıştır.

Sözleşme'nin öngördüğü özgürlük alanı kapalı bir alan olmayıp, genişleme eğilimindedir. Bu konuda en önemli örnek, İslami başörtüsü konusunda Strazburg organlarının geçirdiği evrimdir. *Karaduman – Türkiye* (*no. 16278/90*) kararında Komisyon, üniversite öğrencilerinin kıyafetlerine ilişkin düzenlemeyi ve bu nedenle İslami başörtülü bir fotoğrafla diploma verilmemesini 9. maddeye müdahale olarak görmemişti. Ancak Mahkeme *Leyla Şahin [BD]* kararı ile bu görüşü kısmen değiştirmiştir. Artık okul ya da üniversitelerde kılık kıyafet konusunda kabul edilen düzenlemeler ile kişilerin dinsel inancı ile çatışıyorsa, Mahkeme bu sorunu Sözleşme'nin 9. maddesi açısından incelemektedir.

Diğer yandan kişinin dini inancına yapılan müdahalenin bir kamu makamına yüklenebilir gerekir. Bu bağlamda, müdahale kavramı devletin işlem, karar veya eylem şeklinde aldığı bir tedbir olabileceği gibi, belirli bir alanda hareketsiz kalmasını da kapsar. Devletin pozitif yükümlülüklerinin söz konusu olduğu bu alanda kamu makamlarının gerekli tedbirleri almaması, Sözleşme'nin 9. maddesi bakımından sorunun kaynağı olabilir. Her ne kadar devletin pozitif yükümlülükleri kavramının en az geliştiği alan Sözleşme'nin 9. maddesi olsa da, köktendinci akımların toplumda dinsel çoğulculuğu ortadan kaldırarak belirli bir dini anlayışı zorla kabul ettirmeleri durumunda kamu makamlarının hareketsiz kalmaları, bu bağlamda değerlendirilebilir.

Şerif – Yunanistan davasında Mahkeme, devleti dinsel çoğulculuğun güvencesi olarak tanımlamıştır:

> "53. … Mahkeme, bir dinsel topluluk bölündüğü takdirde gerilim doğabileceğini kabul etmekle birlikte, bu durumun çoğulculuğun doğal bir sonucu olduğunu vurgular. Bu koşullarda yetkili makamların görevi, gerilimin kaynağını çoğulculuğu yok ederek ortadan kaldırmak değil, rekabet içindeki grupların birbirlerine hoşgörü göstermelerini gözetmektir."

O halde, devletin nesnel ve tarafsız olma rolü, kamu makamlarının inançlar karşısında hiçbir zorlayıcı tutum takınmadan, gerektiğinde uzlaştırıcı bir görev üstlenerek, farklı inanç toplulukları arasında hoşgörü ortamını sağlamaları gerektiği anlamına gelmektedir.

Hassan ve Tchaouch – Bulgaristan davasında Mahkeme, Bulgaristan'daki Diyanet İşleri Müdürlüğü'nün seçilmiş müftünün işlemlerini tanımama ve Müslüman toplumun kendini yönetmesi sürecine birçok kez müdahalesi konusunu incelemiştir. Bu olayda, devletin müdahalesi son derece dolaylıdır; ancak, alınan kararlar sonucunda seçilmiş müftü Müslüman toplumun yönetimi için hukuki korumadan mahrum kalmıştır. Mahkeme, bu davada devletin tarafsız kalma görevinden sapma bulunduğunu saptarken, bir dinsel makamı diğerine üstün tutma yönündeki bir girişimin, dini açığa vurma özgürlüğüne bir müdahale olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir (*Hassan ve Tchaouch, §78*).

İnsan haklarının yatay ilişkilerdeki etkisi konusu da, devletin pozitif yükümlülükleri bakımından önemlidir. Kamu makamları sadece dini açıklama özgürlüğüne haksız müdahalede bulunmamakla yükümlü değillerdir; aynı zamanda, tarafsız bir devlet olmanın bir sonucu olarak, özellikle azınlık grupları bakımından bu özgürlüğün gerçekleşme koşullarını sağlamak ve diğer kişi ya da gruplardan gelecek müdahaleleri önlemek için tedbir almaları da beklenebilir.

Hukuken öngörülmüş olması

Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerin ortak öğesi olan ve Mahkeme içtihadında diğer maddelerde düzenlenen hakların da temel bir güvencesine dönüşen "yasayla sınırlama" kavramı, bir hukukilik koşuludur. Başka bir anlatımla, kamu makamlarının müdahaleleri hukuken öngörülmüş olma koşuluna uygun olmalıdır. Hukuken öngörülmüş olma koşulu, *Hassan ve Tchaouch – Bulgaristan* kararında (*§84*) aşağıdaki gibi tanımlanmıştır:

> "Mahkeme, Sözleşme'nin 8 ilâ 11. maddelerinde yer alan 'hukuken öngörülmüş olma" deyiminin, dava konusu tedbirin sadece iç hukukta bir temeli bulunması anlamına gelmediğini, ama aynı zamanda hukukun kalitesiyle ilgili olduğu yönündeki yerleşik içtihadını hatırlatır. Bu açıdan hukuk, yeterince erişilebilir ve önceden görülebilir olmalıdır; başka bir anlatımla, hukuk kişiye –uygun bir danışmaya da başvurarak- davranışlarını yeterince kesinlikle belirleme imkânı verecek tarzda olmalıdır. …
>
> İç hukuk, bu koşulları yerine getirebilmek için, Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklara kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı belirli bir koruma sunmalıdır. Temel hakları ilgilendiren bir sorun söz konusu olduğunda eğer yürütmeye tanınan takdir yetkisi sınırsız olursa, söz konusu hukuk demokratik bir toplumun temel ilkelerinden hukukun üstünlüğü ilkesinin ihlal eder. Bu nedenle hukuk, böyle bir takdir yetkisinin kapsamını ve uygulama koşullarını yeterli açıklıkla tanımlamalıdır.
>
> Bütün ihtimalleri kesin olarak önceden görebilmek olmadığından, iç hukukun açıklığının seviyesi önemli ölçüde söz konusu aracın içeriği, kapsadığı varsayılan alan ve yöneldikleri kişilerin sayına ve statüsüne bağlıdır."

Yukarıdaki kararında Mahkeme, uygulanan kuralın Bakanlar Kurulu işlemleri için maddi bir ölçüt ve yürütmenin takdir yetkisini keyfi olarak kullanmasına karşın usulî bir güvence getirmediğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, idarenin kararlarının gerekçesiz olmasını da dikkate alarak, müdahalenin hukuken öngörülmüş olma koşulunu yerine getirmediği sonucuna varmıştır.

Hukuken öngörülmüş olma koşulu ile ilgili diğer bir tartışma ise, uygulanan kuralın niteliğidir. Mahkeme'ye göre hukuken öngörülmüş olma ifadesindeki yasa ya da hukuk sözcüğü sadece yazılı hukuku değil, içtihadî hukuku da kapsamaktadır. Mahkeme, *Leyla Şahin – Türkiye [BD]* kararında, hukuken öngörülmüş olma koşulunu kendi özerk yorum ilkeleri ışığında incelemiştir:

> "88. … Mahkeme, Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde kullanılan "hukuken öngörülmüş olma" ve "hukuka göre" kelimeleriyle ilgili olarak, buradaki "hukuk" terimini "şekli" değil ama her zaman "maddi" anlamıyla anladığını vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre buradaki hukuk kavramının içinde, yasalardan daha alt düzeydeki kararnameleri … ve parlamento tarafından kendilerine tanınan bağımsız kural koyma yetkilerine dayanarak meslek örgütlerince çıkarılan kurulları da … kapsayan yazılı hukuk ile yazılı olmayan hukuk da yer almaktadır. "Hukuk" sözünden hem yazılı hukuk hem de yargıcın yarattığı içtihat "hukuku" anlaşılmalıdır. … Yargıcın yarattığı hukuk, Türk hukukunda geçerli bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir. … Özetle söylemek gerekirse, "hukuk" yetkili mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükte olan hükümlerdir.
>
> 89. Buna göre, konu sadece 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun ek 17. maddesinin lafzından hareketle değil, içtihat hukuku da esas alınarak incelenmelidir.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin 9 Nisan 1991 tarihli kararında belirttiği gibi …, bu maddenin ifade tarzı, yükseköğrenim kurumlarındaki kılık kıyafet serbestliğinin mutlak olmadığını göstermektedir. Bu madde hükümlerine göre, "yürürlükteki yasalara aykırı olmamak şartıyla" öğrenciler istedikleri gibi giyinmekte serbesttirler. …

92. Mahkeme, bu açıdan, Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda belirtilen kararında "yürürlükteki yasalar" ifadesinin kaçınılmaz olarak Anayasa'yı kapsadığını tespit ettiğini belirtir. Bu kararda, ayrıca, üniversitelerde öğrencilere "dini inanç nedeniyle boyun ve saçı peçe veya başörtüsü ile örtmek" için izin vermenin Anayasa'ya aykırı olduğu açıkça belirtilmiştir. …"

Ayrıca Mahkeme, bir kuralın uygulanmasında kimi farklılıkların olmasının, özellikle kuralları esnek uygulamak yönünde bir davranışın, bir yasayı mutlaka öngörülebilir olma koşulunu ihlal eder anlamına gelmediğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, sınırlamaların yasallığı ilkesi ve yargı denetimi, üniversite makamlarının keyfi kararlar almaları önünde birer güvence olarak nitelendirmiştir:

"95. … İstanbul Üniversitesi veya diğer üniversitelerin her dersin içeriğini ve özel niteliklerini göz önünde tutarak 2547 sayılı Kanunun geçici 17. maddesini ilgili içtihatlar ışığında çok yoğun bir biçimde uygulamamış olmaları, söz konusu kuralı önceden görülemez kılmaz. Türk Anayasa sisteminde üniversite yetkilileri, hukuki bir dayanak olmadan hiçbir konuda temel haklara kısıtlama getiremezler. … Üniversite yetkililerinin rolü, idare mahkemelerinin denetimine tabi olarak, yasalara uygunluğu gerektiren kurallara göre öğretim kurumunun iç kurallarını belirlemekle sınırlıdır.

96. Ayrıca Mahkeme, üniversitenin iç işleyişi gibi konuları çok açık yasa hükümleriyle düzenlemenin zor olabileceğini ve katı kurallar oluşturmanın uygun olmayabileceğini kabul eder. …"

Meşru amaç izlemesi

Bir müdahale hukuken öngörülme koşulunu yerine getiriyor ise, bu müdahalenin 9(2). fıkradaki meşru amaçları izleyip izlemediği, bir başka deyişle bu fıkradaki sınırlama sebeplerine dayalı olup olmadığı araştırılır. Bir müdahale "kamu güvenliği", "kamu düzeni", "genel sağlık veya ahlak", "başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması" olarak belirlenen meşru amaçlardan en az birini gerçekleştirmek için yapılmış olmalıdır. Bu meşru amaçlar sınırlı sayıdadır; kamu makamları bu maddede belirtilenler dışında başka amaçlara dayanarak dini açığa vurma özgürlüğüne müdahalede bulunamazlar.

Kamu düzeni ve kamu güvenliği kavramları kuşkusuz Strazburg organları tarafından en çok başvurulan meşru amaçlardır. Devletler bu meşru amaçları ileri sürdüklerinde genellikle çok tartışma olmaksızın Mahkeme tarafından kabul edilmektedir.

Strazburg organları kamu güvenliği ve kamu düzeni, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması kavramlarını sık sık meşru amaçlar çerçevesinde kullanırken, genel sağlık ve ahlak konularında fazla sayıda karar vermemişlerdir.

Genel sağlık konusunda Komisyonun ender kararlarından birisi, bir Sih mahkûmun hücresini temizleme yükümlüğü ile dini inançlarının çatıştığını iddia ettiği bir başvuruyu incelediği *X – Birleşik Krallık* kararıdır (*no. 8231/78*). Komisyon bu kararında, üst kasta ait bir Sih'in hücresini süpürmesinin dini emirler ile çatıştığını saptamıştır. Ancak Komisyon, bu müdahalenin başvurucunun ve diğer tutuklu kişilerin sağlığı için gerekli bir önlem olduğunu belirterek, bu başvuruyu kabuledilemez bulmuştur.

Başka bir Sih'in başvurusunda Komisyon, dini inançları nedeniyle kask takılmasının reddedilmesi de yine genel sağlık gerekçesine dayanarak reddetmiştir (*X – Birleşik Krallık* (*no. 7992/77*).

Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacı ise, özellikle devletin müdahalelerinde başkalarının haklarını korumak için aldığı önlemlerle ilgilidir. Komisyon *X – Birleşik Krallık* kararında (*no. 6886/75*), cezaevinde bir doğu dinini kabul eden mahkûmun, dövüş sanatlarıyla ilgili ve dini yönü de olan bir kitabına el konulması ile ilgili şikâyeti incelemiştir. Komisyon, bu kitaba el konmasının nedeninin söz konusu dövüş sporlarının cezaevinde yayılmasının önlenmesi olduğunu belirterek haklı görmüştür. Komisyona göre bu sınırlama başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amacını izlemiştir.

İslami başörtüsü davalarında, bu dini emre uymak isteyen kişilere getirilen sınırlamaları da Mahkeme başkalarının hak ve özgürlükleri sınırlama amacı açısından haklı görmektedir. Mahkeme, İsviçre'de bir anaokulunda görevini İslami başörtüsü ile yapmak isteyen bir öğretmenin davasında, başvurucunun görevine son verilmesini, başkalarının hak ve özgürlüklerini korunması açısından haklı görmüştür. Bu kararda korunan yarar, etkilenmeye çok açık bir yaşta olan küçük çocuklardır.

Bu konuda diğer önemli karar, Komisyon'un *Karaduman – Türkiye* kabuledilebilirlik kararıdır. Komisyon daha sonra Mahkeme'nin bu konudaki kararlarının temel gerekçelerinden birisini oluşturacak bir saptamayı ilk olarak bu kararında yapmıştır:

> "Özellikle büyük çoğunluğu belirli bir dine mensup toplumlarda, bu dinin ritüellerinin ya da sembollerinin herhangi bir yer ve biçim sınırlaması olmadan dışa vurulması, bu dinin vecibelerini yerine getirmeyen ya da başka dine mensup olan öğrenciler üzerinde baskı oluşturabilir."

Bu çerçevede, İslami başörtüsüne getirilen yer sınırlamaları, başkalarının hak ve özgürlükleri açısından değerlendirilmiştir.

Yukarıda incelenen *Zekai Tanyar ve Diğerleri – Türkiye* kabuledilebilirlik kararında da Mahkeme, başkalarının hak ve özgürlükleri sınırlama amacını kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre, kat mülkiyeti kanununa aykırı olarak diğer maliklerin onayı alınmadan konut olarak belirlenen bir dairede dinsel faaliyetlerin yapılmasının yasaklanması, başkalarının hak ve özgürlüklerini korumaya dönük haklı bir müdahaledir.

Demokratik toplumda gereklilik

Mahkeme, bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli bir müdahale olup olmadığını incelerken, bazı ölçütler kullanmaktadır. Bu ölçütler sınırlı sayıda olmayıp, yeni kararlarla artmaktadır. Ancak mevcut kararların incelenmesinden şu ana çizgiler ortaya çıkmaktadır: Farklı grupların yararlarını uzlaştırmak ve herkesin inancına saygıyı sağlamak, Mahkeme için temel bir ölçüt ve değerdir. İkinci olarak Mahkeme, toplumların içinde dinsel olguya bakış farklılıkları olduğu gerçeğini de her zaman dikkate almakta ve bu bağlamda devletlere geniş takdir alanı tanımaktadır.

Farklı grupların yararlarını uzlaştırmak

Mahkeme'nin Sözleşme'nin 9. maddesindeki sınırlama rejimini uygularken dayandığı temellerden ilki dinsel çoğulculuktur. Mahkeme, bu ilkeyi *Kokkinakis –Yunanistan* kararında şöyle açıklamıştır (*§33*):

> "Sözleşme'nin 9(1). fıkrasının güvence altına aldığı hakların en temel haklardan biri olma özelliği, aynı zamanda bu maddenin sınırlama sisteminin ifade tarzında da ortaya çıkmaktadır. Sözleşme'nin 8, 10 ve 11. maddelerinin ikinci fıkraları, o maddelerin ilk fıkralarında sözü edilen bütün hakları kapsar. Buna karşılık, 9(1). fıkrası sadece "din veya inancını açıklama özgürlüğü"nden söz etmektedir. Birçok dinin aynı toplumda var olduğu demokratik bir

toplumda, farklı grupların yararlarını uzlaştırmak ve herkesin inancına saygıyı sağlamak amacıyla, bu özgürlüğün bir sınırlandırma rejimine tabi tutulması gerekli olabilir."

Bu paragrafta açıklanan sınırlama rejiminin temel felsefesi, Mahkeme'nin bu konudaki bütün içtihadına hâkimdir. Farklı grupların yararlarını uzlaştırmak ve herkesin inancına saygıyı sağlamak hassas bir dengedir. Mahkeme, bu çerçevede demokratik toplumun bir uzlaşma rejimi olduğunu vurgular. Demokratik toplumun bir uzlaşma rejimi olması, bazen kişilerin haklarını kullanırken fedakârlıkta bulunmalarının istenebilmesi anlamına gelir (*Leyla Şahin [BD], §108*).

"Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik 'demokratik toplum'un köşe taşlarıdır. Kişisel çıkarlar, bazen grubun çıkarlarına tabi olmalı ise de, demokrasi her zaman çoğunluğun görüşlerinin üstün tutulması gerektiği anlamına gelmez. Azınlıktan olan kişilere adil ve düzgün muamelede bulunulmasını ve hâkim bir pozisyonun kötüye kullanılmamasını sağlayan bir denge kurulmalıdır. … Çoğulculuk ve demokrasi aynı zamanda, demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini muhafaza etmek ve geliştirmek amacıyla bireyler veya gruplar arasında çeşitli tavizler verilmesini beraberinde getiren bir diyalog ve uzlaşma ruhuna dayanmalıdır. … Bu "haklar ve özgürlükler" Sözleşme veya Protokoller tarafından güvence altına alınmış haklar ve özgürlükler ise, onları koruma gerekliliğinin devletleri yine aynı şekilde Sözleşme'de öngörülen diğer hak ve özgürlükleri kısıtlamaya götürebileceği kabul edilmelidir. Her bireyin temel hakları arasındaki bu sürekli denge arayışı 'demokratik toplum'un temelini oluşturur. …"

Ulusal takdir alanı

Ayrıca toplumların dine, dinsel olguya yaklaşımları çok ciddi farklılıklar gösterir. Mahkeme, bu nedenle toplumlardaki bu yaklaşım farklarını dikkate alırken karar veren ulusal makama geniş bir takdir yetkisi tanır. *Otto-Preminger-Institut – Avusturya* kararında Mahkeme, Avrupa toplumlarında birörnek bir din tanımı vermenin imkânsızlığını vurgulamıştır (*§50*):

"'Ahlak' kavramında olduğu gibi, Avrupa'da dinin anlamı konusunda birörnek bir kavrayış ortaya koymak mümkün değildir. Benzer kavrayışlar bir ülkenin kendi içinde dahi farklılaşabilir. Bu nedenle, diğerlerinin dinsel duygularına karşı kullanılması söz konusu olduğunda, ifade özgürlüğüne karşı kabul edilebilir müdahalenin her şeyi kapsayan bir tanımına ulaşmak mümkün değildir. Bu nedenle, ulusal makamlar böyle bir müdahalenin varlığını ve genişliğini belirlemek konusunda belirli bir takdir alanına sahip olmalıdırlar."

Mahkeme, bu ilkeleri birçok kararında yenilemiştir (*Leyla Şahin [BD]*):

"109. Din ile devlet ilişkileri hakkında sorunlar söz konusu olduğunda, ki demokratik bir toplumda bu ilişki konusunda görüşler çok farklılaşabilir, ulusal karar verici organının rolüne özel bir önem verilmelidir. … Karşılaştırmalı hukuk belgelerinin de gösterdiği gibi … özellikle ulusal makamların konuya yaklaşımlarındaki farklılık açısından, öğrenim kurumlarında dini sembollerin kullanılmasını düzenleme söz konusu olduğunda durum tam da böyledir. Avrupa'da toplumda dinin taşıdığı anlam konusunda tek tip bir anlayış belirlemek mümkün değildir … ve bir dinsel kanaatin dışa dönük davranışlarının anlamı ve etkisi zamana ve duruma göre değişiklik gösterecektir. … Bu nedenle, bu alandaki kurallar ulusal gelenekler ile kamu düzenini sağlama ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacının getirdiği gerekliliklere göre, bir ülkeden başka bir ülkeye değişiklik gösterir. … O halde, bu konuya ilişkin düzenlemelerin kapsam ve koşullarının seçimi, kaçınılmaz olarak o ülkenin kendi bağlamı içinde değerlendirileceği için, bir dereceye kadar, söz konusu devlete bırakılmalıdır.

110. Bu takdir alanı, hem yasayı hem de yasayı uygulayan kararları kapsayan Avrupa denetimi ile el ele gider. Mahkeme'nin görevi, ulusal düzeyde alınan önlemlerin, ilke olarak haklı ve orantılı olup olmadığını belirlemektir. ... Mahkeme, bu davada takdir alanının sınırlarını çizerken, söz konusu olan hususu, yani demokratik bir toplumun yaşaması için hayati önem taşıyan başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma, kamu düzenini muhafaza etme ve iç barışı ve gerçekten dini çoğulculuğu sağlama ihtiyacını göz önünde tutmalıdır. ..."

Fakat bu takdir yetkisinin bir sınırı vardır. Bu sınırlardan en önemlileri dinsel çoğulculuğun ortadan kalkması ve devletin tarafsız ve nesnel davranmaktan uzaklaşmasıdır.

Ayrıca din ve inancını açıklama özgürlüğüne demokratik toplumda getirilen sınırlamalar, kişinin bağlı olduğu statüye göre değişmekte ve devletlerin takdir yetkisi bu bağlamda azalmakta ya da çoğalmaktadır. Örnek olarak küçüklerin korunması, askeri disiplin ve memurlarla ilgili alanlar söz konusu olduğunda devletlerin takdir yetkisi geniştir.

Çiftçi – Türkiye (*no. 71860/01*) kabul edilebilirlik kararında Mahkeme, Kuran kurslarını izleyebilmek için idarenin kabul ettiği ilkokul mezunu olma kuralını Sözleşme'nin 9. maddesine ve Sözleşme'ye ve öğretim hakkına aykırı görmemiş ve devletin takdir alanı içinde değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre:

> "söz konusu sınırlama Kuran kurslarını izlemek isteyen küçüklerin, ilköğretimin kendilerine sunduğu belirli bir olgunlukta olmalarını amaçlamaktadır. ... Ayrıca küçükler milli eğitimin kendilerine ilköğretimde verdiği dersleri de izleyebilmektedirler. Bu çerçevede, söz konusu sınırlama, yaşları gereği etkiye çok açık olan küçüklerin muhtemel bir tek yanlı sıkı bir dini telkine (endoctrinement) maruz kalmamalarını amaçlamaktadır (…)".

Kalaç – Türkiye kararında Mahkeme, "köktendinci" etkinlikleri gerekçesiyle askeri hâkimlik görevinden resen erken emekli edilen bir kişinin durumunu incelerken, 9. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bu kararında Mahkeme iki noktanın altını çizmiştir: Askerlik mesleğinin özellikleri ve kişinin dininin olağan vecibelerini yerine getirme imkânının olması. Mahkeme'ye göre:

> "27. ... Bireyler dini inançlarını dışa vururken kendi statülerini de dikkate almalıdırlar.
>
> 28. Kalaç, askeri bir kariyer yaparak, kendi isteğiyle askeri disipline tabi olmayı seçmiştir. Bu sistem, doğası gereği, sivillerin zorunlu tutulamayacağı bazı hak ve özgürlük sınırlamaları getirme imkânını içermektedir. Devletler ordularında şu ya da bu davranış tarzını, askeri hizmetinin gereklerine yanıt veren kurulu düzenlerini korumak amacıyla yasaklayıcı disiplin kuralları kabul edebilirler.
>
> 29. Başvurucunun, askeri hizmetin gereklerinin ortaya koyduğu sınırlarla çatışmayacak ölçüde bir Müslüman'ın olağan dinsel vecibelerini yerine getirebildiğinde şüphe yoktur. Bu çerçeve, günde beş kez namaz kılabilmekte ve özellikle Ramazan orucu veya Cuma namazı gibi, dinsel görevlerini yerine getirebilmektedir."

Kurtulmuş – Türkiye (*no. 65500/01*) kabul edilebilirlik kararında Mahkeme, devlet memurluğu ile kişilerin dinlerini açıklama özgürlüğü konusunu incelemiştir. Bu davada, bir üniversite öğretim üyesi, kılık kıyafet kurallarına uymadığı ve İslami başörtüsü taktığı gerekçesiyle görevinden istifa etmiş sayılmıştır. Mahkeme, bu davada söz konusu işlemi, Sözleşme'nin 9. maddesine aykırı görmemiştir. Bu sonuca varırken Mahkeme özellikle kamu hizmeti ve memurluk statüsünü dikkate almıştır. Mahkeme'ye göre:

> "(din özgürlüğü hakkında) bu ilkeler, kamu çalışanları bakımından da uygulanmaktadır. Her ne kadar devletlerin memurlarına, statülerinden ötürü, dinsel inançlarını ortaya koyarken ketum olma zorunluluğu yüklemesi mümkün olsa da, bu kişiler de bireydir ve bu sıfatla din özgürlüğünden yararlanırlar. Bu durumda Mahkeme'ye, her davanın koşullarını dikkate alarak, kişinin temel bir hakkı olan din özgürlüğü ile devletin meşru bir yetkisi olan kamu hizmetinin 9. maddenin 2. fıkrasının öngördüğü ilkelere uygun görülmesini gözetme yetkisi arasında adil dengenin kurulup kurulmadığını incelemek düşer."

Francesco Sessa – İtalya kararında Mahkeme, Yahudilerin dini bir gününe denk gelen bir duruşmanın ertelenmesinin reddedilmesi nedeniyle yapılan bir başvuruyu incelemiştir. Avukat ve Yahudi olan başvurucu, müşteki şikâyetçilerden birinin temsilcisi sıfatıyla hazırlık soruşturması hâkiminin önündeki delil tespiti ile ilgili bir duruşmaya katılmıştır. Davanın asıl hâkimi gelemediğinden, onun yerine geçen hâkim duruşma tarihini iki

muhtemel tarihten birine ertelemeye davet edilmiştir. Bu iki tarih olan 13 ve 18 Ekim 2005 tarihleri, davanın asıl hâkimi tarafından oluşturulan takvime göre tespit edilmiştir. Başvurucu, bu iki tarihin Yom Kippour ve Souccot adında Yahudilerin bayramlarına denk geldiğini belirtmiş ve dini gerekleri nedeniyle bu iki duruşmada hazır bulunmasının imkânsız olduğunu ifade etmiştir. Hâkim duruşma tarihini, 13 Ekim 2005 tarihi olarak belirlemiştir. Başvurucu davanın asıl hâkiminden duruşmanın ertelenmesi talebinde bulunmuş ve onun aleyhine suç duyurusunda bulunmuştur. Başvurucunun talebi reddedilmiştir. Başvurucunun suç duyurusu ise, dosyada başvurucunun kendi dinini özgürce yerine getirme hakkına saldırı olan ve dini inancından dolayı kendi onurunu çiğneyen herhangi bir durumun olmadığı gerekçesiyle takipsizlik ile sonuçlanmıştır.

Francesco Sessa - İtalya kararında Mahkeme, Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Hazırlık soruşturması hâkimi, Ceza Muhakemeleri Kanununun hükümlerine dayanarak başvurucunun duruşmanın ertelenmesi talebini reddetmiştir. Bu hükümlere göre sadece savcılık makamının ve şüphelinin temsilcisinin yokluğu, delil tespiti ile ilgili duruşmanın ertelenmesini haklı gösterebilmektedir. Buna karşın bu duruşmada müştekinin temsilcisinin bulunması zorunlu değildir. Mahkeme, bir Yahudi bayramına denk gelen söz konusu duruşma tarihinin belirlenmesi ve bu duruşmanın ileri bir tarihe ertelenmesinin reddedilmesinin, başvurucunun kendi dinini özgürce yerine getirme hakkına müdahale oluşturduğu konusunda ikna olmamıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucunun herhangi bir engelle karşılaşmaksızın dini ödevlerini yerine getirdiği konusuna itiraz edilmemiştir. Ayrıca Mahkeme, yürürlükteki yasanın hükümlerine göre talebinin reddedilmesini beklemesi gereken başvurucu, mesleki yükümlülüklerini yerine getirmek için söz konusu duruşmada hazır bulunması için kendi yerine bir başkasını görevlendirebilmesi ihtimalini de göz önüne almıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucunun Sözleşme'nin 9(1). fıkrası ile korunan haklarına bir müdahalenin var olduğu kabul edilse bile, bu müdahale yasa ile öngörülmüştür, bunun sınırlanması başkasının haklarını koruma ve özellikle, hak arayanların yargının iyi işlemesi ve yargılamanın makul sürede bitmesi ilkesi nedeniyle yerindedir. Mahkeme, kullanılan yöntemler ile ulaşılmak istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin var olduğu sonucuna varmıştır.

ÖNEMLİ KARARLAR

25.05.1993 14307/88 KOKKİNAKİS - YUNANİSTAN

♦ *kendi dinine çekme yasağı* (Yehova Şahidi olan başvurucunun Ortodoks Hırıstiyan kişiyi kendi dinine çekme için propaganda yaptığı gerekçesiyle cezalandırılması), *kanunsuz suç* (proselytism suçunun belirsizliği) ■ düşünce, din ve vicdan özgülüğü—kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi

DAVANIN ESASI

Emekli bir işadamı olan başvurucu 1919 yılında Ortodoks bir ailede dünyaya gelmiş, 1936 yılında Yehova Şahidi olduktan sonra proselytism (mühtedilik, başkalarını kendi dinine sokmaya çalışma) faaliyetleri nedeniyle 60 kereden fazla gözaltına alınmıştır. Başvurucu bu faaliyetleri nedeniyle birçok kez hapis yatmıştır. Başvurucu 1960 ile 1970 yılları arasında dört kez gözaltına alınmış, kovuşturma geçirmiş fakat mahkûm edilmemiştir.

Başvurucu 2 Mart 1986 günü eşi ile birlikte Ortodoks kilisesinde hizmetli olan komşularının kapısını çalarak içeriye girmişler ve hemen dinsel konuları tartışmaya başlamışlardır. Başvurucunun komşusunun polise şikâyeti üzerine başvurucu ve eşi gözaltına alınmış, polis kendilerini bir gece karakolda tutmuştur. Proselytismi suç sayan 1938 tarihli yasa hükümleri gereğince başvurucu ve eşi hakkında açılan ceza davası sonunda başvurucu üç ay hapis cezasına mahkûm edilmiş, bu ceza günlüğü 400 Drahmiden para cezasına çevrilmiştir. Başvurucu ulusal mahkemeler önündeki yargılamalar sırasında proselytismi suç sayan iç hukuk hükümlerinin 1975 tarihli Yunanistan Anayasasına aykırı olduğu itirazında bulunmuş, ancak ulusal mahkemeler bu itirazı reddetmişlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlali iddiası

A. Genel ilkeler

31. Din ve vicdan özgürlüğü demokratik bir toplumun temel taşlarından biridir. Dini boyutuyla, sadece inananların kimliği ve yaşam anlayışlarının en temel unsurlarından birisi değil; aynı zamanda ateist, agnostik, kuşkucu ve ilgisizler için de değerli bir kazanımdır. Demokratik bir toplumun vazgeçilmez bir öğesi olan ve yüzyıllarca süren mücadeleler sonucunda kazanılmış olan çoğulculuk buna bağlıdır.

Din özgürlüğü esas olarak bireyin vicdanı ile ilgili bir husus olmakla birlikte, aynı zamanda, diğer hususların yanı sıra "dinini açıklama" özgürlüğünü de içerir. Sözcükler ve hareketler ile açığa vurma dini inançların varlığı ile bağlantılı bir olgudur.

Sözleşme'nin 9. maddesine göre kişinin dinini açığa vurma özgürlüğü yalnızca başkalarıyla birlikte, "alenen" ve aynı inancı paylaşan insanların oluşturduğu çevrede değil, aynı zamanda "tek başına" veya "özel mekânda" da geçerlidir. Ayrıca, ilke olarak, kişinin komşusunu, örneğin "öğretim" yoluyla ikna etmeye çalışma hakkını da içerir; üstelik bu olmadığı takdirde, 9. maddenin güvence altına almış olduğu din veya inanç değiştirme özgürlüğü muhtemelen kâğıt üstünde kalacaktır. (...)

33. Sözleşme'nin 9(1). fıkrasında güvence altına alınan hakların temel özellikleri, bu haklara sınırlama getiren bu fıkranın lafzına da yansımıştır. Sözleşme'nin 8, 10 ve 11. maddelerinin ikinci fıkraları, o maddelerin ilk fıkralarında sözü edilen bütün hakları kapsar. Buna karşılık, 9(1). fıkrası sadece "din veya inancını açıklama özgürlüğü"nden söz etmektedir. Bu fıkra, bu şekilde, aynı halk içinde birkaç dinin yan yana varlığını sürdürdüğü

demokratik toplumlarda farklı grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inançlarının saygı görmesini sağlamak için bu özgürlüğe sınırlama getirilebileceğini kabul etmiş olur.

B. Bu ilkelerin olayda uygulanması

49. Mahkeme, (...) Yunan mahkemelerinin gerekçelerinde başvurucunun sorumluluğunu, yalnızca ilgili yasanın 4. Kısmının lafzını tekrarlama yoluyla sabit bulduğunu ve sanığın komşusunu ikna etmek amacıyla uygun olmayan yöntemler kullandığını somut olarak göstermemiş olduğunu saptamaktadır. Ortaya koydukları maddi olayların hiçbiri, varılan hükmü haklı göstermemektedir. Böylece, başvurucunun mahkûmiyetinin davaya esas teşkil eden olaylar çerçevesinde gerekli bir toplumsal ihtiyaç açısından haklı olduğu gösterilememiştir. Bu nedenle, tartışma konusu tedbir, izlenmekte olan meşru amaçla orantılı görünmemekte, bunun sonucu olarak da "demokratik bir toplumda (...) başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli" olduğu söylenememektedir.

50. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 9. maddesi ihlal edilmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME

1. Üçe karşı altı oyla, Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlaline;
2. Bire karşı sekiz oyla, Sözleşme'nin 7. maddesinin ihlal edilmediğine;
3. Oybirliğiyle, olayı Sözleşme'nin 10. maddesi veya 9. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddesi bakımından incelemenin gerekli olmadığına;
4. (...) ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

01.07.1997 20704/92 KALAÇ - TÜRKİYE

♦ *tarikat üyeliği gerekçesiyle ordudan ihraç* (askeri hakimin dinsel tarikatlara mensup olmak suretiyle disiplinsizlik nedeniyle Yüksek Askeri Şura kararıyla ordudaki görevine son verilmesi) ■ düşünce, din ve vicdan özgülüğü

DAVANIN ESASI

1939 doğumlu bir Türk vatandaşı olan Faruk Kalaç, Hava Kuvvetlerinde hâkimdir. Başvurucu Kalaç, 1990 yılında yüzbaşı rütbesinde askeri adalet işleri başkanlığında görevlidir.

Başbakan, Savunma Bakanı, Genelkurmay Başkanı ve Silahlı Kuvvetlerin 11 üst rütbeli generalinden oluşan Yüksek Askeri Şura, 1 Ağustos 1990 tarihinde, Faruk Kalaç ile birlikte 3 subay ve 28 astsubay hakkında, askeri disiplini ihlal ettikleri ve küçük düşürücü hareketlerde bulundukları gerekçesiyle zorunlu emeklilik kararı vermiştir. Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanununun 50. maddesinin (c) bendine, Askeri Hâkimler Kanununun 22. maddesinin (c) bendine ve Subay Sicil Yönetmeliğinin 99. maddesinin (e) dayanan bu kararın başvurucuyla ilgili bölümünde, kendisinin "yasadışı köktenci (fundamentalist) fikirleri benimsediğini gösteren" hal ve tavırlar içinde olduğu belirtilmiştir.

Yüksek Askeri Şuranın söz konusu kararı, Cumhurbaşkanı, Başbakan ve Milli Savunma Bakanı tarafından 22 Ağustos 1990 tarihinde onaylanmıştır. Bu karar 3 Eylülde başvurucuya tebliğ edilmiştir. Ayrıca Milli Savunma Bakanı, başvurucunun sosyal güvenlik kartının (sağlık sigortası), askeri kimlik kartının ve silah taşıma ruhsatının iptaline karar vermiştir.

21 Eylül 1990 tarihinde Faruk Kalaç, 1 Ağustos 1990 tarihli karar ile Milli Savunma Bakanlığı tasarruflarının iptali için Askeri Yüksek İdare Mahkemesine dava açmıştır.

Askeri Yüksek İdare Mahkemesi 30 Mayıs 1991 tarihinde üçe karşı dört oyla, Anayasa'nın 125. maddesine göre Yüksek Askeri Şura kararlarının kesin olduğu ve yargı denetimine tabi olmadığı gerekçesiyle, 1 Ağustos 1990 tarihli kararı iptal yetkisi bulunmadığına karar vermiştir. Bu bağlamda mahkeme, Askeri Hâkimler Kanununa göre, askeri yargıçların askeri personel statüsünde olduklarını tespit etmiştir. Askeri yargıçların disiplini ihlal nedeniyle zorunlu emekliliğe sevk edilmeleri, ordudaki diğer subaylarla aynı usulde düzenlenmiştir.

Azınlıkta kalan üç üye ise karşı oylarında, Anayasa'nın 139. maddesinde yer alan yargı bağımsızlığı ilkesine dayanmışlardır. Azınlığın görüşüne göre sivil ve askeri hâkimlerin görev sürelerini teminat altına alan Anayasa'nın 139. maddesi Anayasa'nın diğer maddelerine göre özel hüküm niteliğinde olduğundan, Yüksek Askeri Şuranın bu prensibi ihlal eden söz konusu kararları Askeri Yüksek İdare Mahkemesinin denetimine tabi tutulmalıdır.

Öte yandan Askeri Yüksek İdare Mahkemesi, başvurucunun ve ailesinin sosyal güvenlik kartlarını iptal eden kararı kaldırmıştır.

Askeri Yüksek İdare mahkemesi, Faruk Kalaç'ın karar düzeltme talebini 9 Ocak 1992 tarihli kararıyla reddetmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Davanın Kapsamı

19. Başvurucu Mahkeme'ye verdiği dilekçede Sözleşme'nin 9. maddesiyle ilgili şikayetinin yanı sıra, hakkındaki olaylarla ilgili olarak bir yargı yeri tarafından yargılanmadığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına da dayandırmıştır.

20. Mahkeme, bu son şikayetin Komisyon'un kabuledilebilirlik kararıyla sınırlanmış olan davanın kapsamı dışında kaldığını (*Scollo, §24, Hussain, §44*), çünkü Komisyon'un kabuledilebilirlik kararında veya raporunda bu şikayetin ele alınmadığını belirtir.

Bu nedenle davanın kapsamı 9. madde çerçevesinde ortaya çıkan sorunlarla sınırlandırılmıştır.

II. Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlali iddiası

A. Hükümetin ilk itirazı

…

B. Şikâyetin Esası

24. Başvurucu, yargıçlık görevinden zorunlu emekliliğe sevk kararının dini inanç ve ibadet sebebine dayandığı için, din özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu Sözleşme'nin 9. maddesine dayanmıştır.

Başvurucu, zorunlu emekliliğinin gerekçesi olarak gösterilen "hukuka aykırı köktenci fikirler" ifadesinden ne anlaşılması gerektiğine dair iç hukukta bir açıklık bulunmadığını ileri sürmüştür. Bir Müslüman olarak günde beş vakit namaz kılmakta ve Ramazanda oruç tutmaktadır. Hükümet tarafından ilk defa Mahkeme önündeki yargılama sırasında sunulan belgeler, kendisinin varlığından bile haberdar olmadığı Müslüman köktenci Süleymancılık tarikatının üyesi olduğuna delil teşkil etmez. Ayrıca Yüksek Askeri Şuranın kararı, Anayasanın 139. maddesinde yer alan yargıçlık teminatı prensibini de ihlal etmektedir.

25. Hükümet, Mahkeme'nin önündeki temel sorunun, Faruk Kalaç'ın Silahlı Kuvvetler mensubu olarak kalmasına izin verilip verilemeyeceği olduğunu ileri sürmüştür. Hükümete göre Kalaç'ın zorunlu emekliliğe sevk edilmesi, düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahale değildir. Kalaç'ın zorunlu emekliliğe sevk edilmesinin nedeni, Silahlı Kuvvetlerin korumakla görevli olduğu Türk milletinin temeline, yani laikliğe sadakatsizliğini gösteren bir kişinin askeri yargıçlıktan uzaklaştırılmasıdır. Başvurucu resmen olmasa da fiilen Süleymancılık tarikatı mensubu olup, yasadışı köktenci eğilimlere sahip olduğu bilinen Süleymancılık cemaatinin faaliyetlerine katılmıştır. Mahkeme'ye sunulan yazıya ekli çeşitli dokümanlar, başvurucunun tarikata hukuki yardımda bulunduğunu, eğitim toplantılarında yer aldığını ve tarikat üyesi olan erlerin tayinlerine pek çok kez yardımcı olduğunu göstermektedir. Yüksek rütbeli 5 subaydan oluşan bir komite, bu dokümanlara dayanarak, Yüzbaşı Kalaç'ın tarikat liderlerinden emir alıp bunları yerine getirmek suretiyle askeri disiplini bozduğuna ve Türk Silahlı Kuvvetleri Personel Kanunu 50. maddesinin (c) bendi gereğince zorunlu emekliliğe sevk edilmesi gerektiği sonucuna varmıştır. Yüksek Askeri Şura kararı, Hava Kuvvetleri Komutanı ve Genelkurmay Başkanı tarafından da kabul gören bu görüşe dayandırılmıştır.

Son olarak, Türkiye'de Silahlı Kuvvetler bünyesindeki kişilerin dini inançlarını yerine getirebilmeleri için gerekli imkânlar, hem Müslümanlar hem de diğer dinlerin mensupları için sağlanmıştır. Ancak, Sözleşme'nin 9. maddesinin koruma alanı, bir askerin, üyelerinin faaliyetleri ordunun hiyerarşik düzenini bozabilecek köktenci bir harekete mensubu olmasını kapsayacak şekilde genişletilemez.

26. Komisyon, Hükümet tarafından sunulan belgelere dayandırdığı görüşünde, başvurucunun zorunlu emekliliğe sevk edilmesinin, Sözleşme'nin 9. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınan hakka bir müdahale oluşturduğu görüşüyle, bu hükmün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Komisyon'a göre söz konusu müdahale, ikinci fıkra bakımından hukuken öngörülebilir bir müdahale değildir; iç hukukun ilgili hükümleri keyfi kararlara karşı yeterli bir koruma sağlamamaktadır. Komisyon temsilcisi Hükümetin, Komisyon önündeki yargılamada "ulusal güvenlik bakımından gizli" dediği bazı belgeleri, Mahkeme önündeki mütalaasını desteklemek amacıyla sunduğunu belirtmiştir. Bu belgeler bile, Kalaç'ın bir tarikatla bağlantısı olduğunu göstermemektedir.

27. Mahkeme, din özgürlüğünün öncelikle bir kişisel vicdan sorunu olduğunu, ama ayrıca bir kimsenin dinini yalnızca toplum içinde, halk arasında ve aynı inancı paylaşanlar arasında değil, ama tek başına ve özel olarak da açığa vurma özgürlüğünü ifade ettiğini hatırlatır (*Kokkinakis, §31*). Sözleşme'nin 9. maddesi, bir kimsenin din ve inancını açığa vurma şekillerinden ibadet, öğrenme, uygulama ve yerine getirmeyi sıralamıştır. Bununla birlikte 9. madde, bir din veya inancın gerektirdiği veya esinlediği her hareketi korumamaktadır. Ayrıca, bir kimsenin dinini açığa vurma özgürlüğünü kullanırken, kendi özel durumunu dikkate alması gerekebilir.

28. Faruk Kalaç askerlik mesleğini seçerken, sivillere uygulanması mümkün olmayan, ama Silahlı Kuvvetler üyelerinin hak ve özgürlüklerinin kısıtlanma ihtimaline niteliği gereği yer veren askeri disiplin sistemini kendi iradesiyle kabul ediyordu (*Engel ve Diğerleri, §57*). Devletler, orduları için şu veya bu şekilde davranmayı gerektiren, özellikle askeri hizmetin gereklerini yansıtan kurulu bir düzene karşı bir davranışı yasaklayan disiplin niteliğinde düzenlemeler yapabilir.

29. Başvurucunun askeri hayatın icaplarının sınırları içinde, bir Müslüman'ın dini ibadetinin normal şeklini oluşturan görevlerini yerine getirebildiği itiraz konusu değildir. Başvurucunun özellikle günde beş vakit namaz kılması ve oruç tutması, cuma namazlarını camide kılması gibi diğer dini görevlerini yerine getirmesine izin verilmiştir.

30. Yüksek Askeri Şuranın kararı, Yüzbaşı Kalaç'ın dini fikir ve inançlarına veya dini görevlerini yerine getirmesine değil, fakat hal ve tavırlarına dayandırılmıştır. Türk makamlarına göre bu davranış askeri disiplini bozmuş ve laiklik ilkesini ihlal etmiştir.

31. Buna göre emekliliğe sevk kararına yol açan şey başvurucunun dinini açığa vurma şekli olmadığından, Mahkeme bu kararın, Sözleşme'nin 9. maddesinde güvence altına alınan hakka müdahale oluşturmadığı sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Hükümetin ilk itirazının reddine;
2. Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

20.11.2005 44774/98 LEYLA ŞAHİN - TÜRKİYE [BD]

♦ *Üniversitede İslami başörtüsü takma yasağı* (İslami başörtüsü kullanan başvurucunun İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi 5. sınıf öğrencisi bulunduğu sırada Şubat 1998'da Rektör Yardımcısının başörtülü ve sakallı öğrencilerin üniversiteye alınmamalarına dair genelgesi doğrultusunda derslere ve sınavlara alınmaması, başvurucunun yüksek öğretim kurumlarındaki İslami başörtüsü yasağı nedeniyle şikayet ettiği müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması), *eğitim hakkı* (düzenlemenin yüksek öğrenime uygulanabilirliği) ■ düşünce, din ve vicdan özgülüğü—eğitim hakkı

DAVANIN ESASI

1973 doğumlu olan kadın başvurucu, Müslümanlığın gereklerini yerine getiren geleneksel bir aileden gelmekte ve İslami başörtüsü takmasının dini bir görevi olduğunu düşünmektedir.

Başvurucu, Bursa Uludağ Üniversitesi Tıp Fakültesinde beşinci sınıfına geçtikten sonra 26 Ağustos 1997 tarihinde İstanbul Üniversitesi Cerrahpaşa Tıp Fakültesine kaydını yaptırmıştır. Başvurucu Bursa Uludağ Üniversitesinde tıp eğitimi aldığı dört yıl boyunca İslami başörtüsü taktığını ve 1998'in Şubat ayına kadar takmaya devam ettiğini ifade etmektedir.

23 Şubat 1998 tarihinde İstanbul Üniversitesi Rektör Yardımcısı öğrencilerin üniversite kampüsüne alınmalarını düzenleyen bir genelge yayınlamıştır. Genelgenin ilgili kısmı şu hükümleri içermektedir:

"Anayasa, yasa, yönetmelikler, Danıştay ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu ile Üniversite Yönetim Kurulu Kararları doğrultusunda, (yabancı uyruklu öğrenciler dâhil) bayan öğrencilerin başları bağlı olarak (başörtülü olarak), erkek öğrencilerin sakallı olarak ders, staj ve uygulamalara alınmamaları gerekmektedir. Bu nedenle öğrencilere ait yoklama listelerine, başları bağlı veya sakallı öğrencilerin numara ve adı yazılmamalı, numaraları ve adları listede olmadığı halde pratik çalışmalara ve dershaneye girip orada bulunmakta ısrar eden öğrenciler uyarılmalı ve dershaneden çıkmıyorsa, isim ve numaraları alınarak, dersin yapılmayacağı kendilerine bildirilmeli ve dershaneden çıkmamakta direniyorlarsa, öğretim üyesi tarafından tutanakla durum saptanarak, dersin engellendiği belirtilmeli ve ders yapılmayarak, durum öğrenciler hakkında cezai işlem yapılmak üzere ilgili Anabilim Dalı, Bölüm ve Dekanlığa ivedi olarak bildirilmelidir."

12 Mart 1998 tarihinde, yukarıda geçen genelgeye dayanarak sınav görevlilerince başvurucunun onkoloji dersi için yapılan yazılı sınava girmesine İslami başörtüsü taktığı gerekçesiyle izin verilmemiştir. 20 Mart 1998 tarihinde ise ortopedik travmatoloji bölüm

başkanlığı bu derse kayıt olmasına başörtüsü taktığı için izin vermemiştir. Yine aynı gerekçeyle, 16 Nisan 1998 tarihinde nöroloji dersine girmesine ve 10 Haziran 1998 tarihinde de kamu sağlığı sınavına girmesine izin verilmemiştir.

29 Temmuz 1998 tarihinde başvurucu, 23 Şubat 1998 tarihli genelgenin iptali için mahkemeye başvurmuştur. Dava dilekçesinde bu genelgenin ve uygulanmasının Sözleşme'nin 8, 9 ve 14. maddeleriyle ve 1 Numaralı Protokolün 2. maddesinde güvence altına alınan haklarının ihlal edildiğini ve ayrıca genelgenin yasal dayanağı olmadığını ve eğitim kurumlarının bu alanda bir düzenleme yapma yetkisinin bulunmadığını ileri sürmüştür.

İstanbul İdari Mahkemesi, 19 Mart 1999 tarihinde verdiği kararda 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanununun 13/b maddesi uyarınca üniversitenin idari makamı olan rektör yardımcısının düzeni sağlamak için öğrencilerin kılık kıyafetlerini düzenleme yetkisine sahip olduğu hükmünü gerekçe göstererek davayı reddetmiştir. İdare Mahkemesi, bu düzenleme yetkisinin ilgili kanunlar ile Anayasa Mahkemesi ve Danıştay'ın kararlarına uygunluk arz edecek şekilde yerine getirilmesinin gerekliliğine de işaret eden söz konusu mahkemelerin yerleşik kararlarına dayanarak, bu düzenlemenin veya içerdiği önlemlerin herhangi birisinin hukuka aykırı görülemeyeceği sonucuna varmıştır.

19 Nisan 2001 tarihinde Danıştay, bu kararı hukuka uygun bulurak başvurucunun temyiz istemini reddetmiştir.

1998 Mayıs ayında Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 6(a) maddesi uyarınca, başvurucunun kılık kıyafet kurallarına uymaması nedeniyle hakkında disiplin soruşturması başlatılmıştır.

26 Mayıs 1998'de, başvurucunun davranışlarıyla derslere ve/veya uygulamalı çalışmalara başörtülü olarak girmeyi sürdürmede kararlı olduğunu gösterdiğini düşünen fakülte dekanı, başvurucunun bu tutumunun ve kılık-kıyafet kurallarına uymamasının öğrenciye yakışan bir davranış olmadığını belirlemiş ve bu sebeple dekan kendisine uyarma cezası vermiştir.

15 Şubat 1999 tarihinde, Cerrahpaşa Tıp Fakültesi Dekanlığı binası önünde kılık kıyafet kurallarını protesto etmek amacıyla izinsiz bir gösteri düzenlenmiştir.

26 Şubat 1999 tarihinde, fakülte dekanı gösteriye iştirak ettikleri için aralarında başvurucunun da yer aldığı bir kısım öğrenci hakkında disiplin soruşturması başlatmıştır. 13 Nisan 1999 tarihinde, fakülte dekanı başvurucunun ifadelerini dinledikten sonra, Öğrenci Disiplin Yönetmeliğinin 9(j) maddesi uyarınca kendisinin bir dönem okuldan uzaklaştırılmasına karar vermiştir.

10 Haziran 1999 tarihinde başvurucu, okuldan uzaklaştırılma cezasının iptali istemiyle İstanbul İdare Mahkemesinde dava açmıştır. Bu mahkeme 30 Kasım 1999 tarihinde, dava dosyasının içeriği ve konuya ilişkin yerleşik içtihadın ışığında, uygulanan cezanın hukuka uygun olduğu gerekçesiyle davayı reddetmiştir.

28 Haziran 2000 tarihli ve (öğrencilerin disiplin suçlarını ve bunlardan doğan cezalara ve kısıtlamalara af getiren) 4584 sayılı Kanunun yürürlüğe girmesinin ardından, başvurucunun tüm disiplin cezaları ve sonuçları gelen afla ortadan kalkmıştır.

28 Eylül 2000 tarihinde Danıştay, 4584 sayılı Yasanın, başvurucunun 30 Kasım 1998 tarihli karar aleyhine yaptığı temyiz isteminin esastan incelenmesini gereksiz hale getirdiğine karar vermiştir.

Bu arada başvurucu, 16 Eylül 1999 tarihinde, Türkiye'deki eğitimini bırakmış ve Viyana Üniversitesine kaydolmuş ve üniversite eğitimini orada sürdürmüştür.

Karşılaştırmalı Hukuk: Yirmi yıldan daha uzun bir süredir, devlet öğretim kurumlarında İslami başörtüsünün yeri sorunu Avrupa'da tartışma konusu olmuştur. Avrupa ülkelerinin birçoğunda tartışma, özellikle ilk ve orta öğretim kurumları üzerinde yoğunlaşmıştır. Ancak Türkiye, Azerbaycan ve Arnavutluk'ta bu tartışma, sadece bireysel özgürlüklerle değil, ama aynı zamanda İslami başörtüsünün siyasi anlamıyla ilgilidir. Üye ülkelerden sadece bunlar üniversitelerde İslami başörtüsü takılmasına düzenleme getirmiştir.

Laikliğin cumhuriyetçi değerlerin yapıtaşı sayıldığı Fransa'da, laiklik ilkesi gereğince ilk ve orta dereceli devlet okullarında dini tercihi yansıtan işaret taşıma veya kıyafet giymeyi düzenleyen 15 Mart 2004 tarihli yasa kabul edilmiştir. Bu yasayla, Eğitim Kanununa L. 141-5-1 sayılı madde eklenmiştir: Buna göre: "İlk ve orta dereceli Devlet okullarında öğrencilerin bir dini eğilimi açıkça ortaya koyan işaretleri taşımaları ve kıyafetleri giymeleri yasaktır. Okul yönetmeliğinde, disiplin işlemlerinin öğrenciyle yapılan görüşme sonrasında uygulanacağı belirtilmelidir."

Bu yasa, lise sonrası kurslar (grandes écoles olarak nitelendirilen okullara hazırlık sınıfları, mesleki eğitim kursları) dâhil, devletin bütün okulları ve eğitim kurumları için geçerlidir Bu yasa devlet üniversitelerinde uygulanmaz. Ayrıca, 18 Mayıs 2004 tarihli genelgenin de belirttiği gibi, yasa sadece "kippa veya aşırı büyük boyutta bir haç gibi, adı her ne olursa olsun dini eğiliminin kolaylıkla tanınmasını sağlayan işaretlerle" ilgilidir.

Belçika'da, okulda dini işaretlerin taşınmasına ilişkin genel bir yasak yoktur. Fransız toplumunun çıkardığı 13 Mart 1994 tarihli kararname, eğitim ve öğretimin tarafsız olduğunu belirtmektedir. İlke olarak öğrenciler dini işaretleri taşıyabilir. Ancak öğrenciler sadece insan hakları, başkalarının hakları, milli güvenlik, kamu düzeni, kamu sağlığı ve ahlakı koruduğu ve içtüzüğe uyduğu sürece bu özgürlükten yararlanabilir. Dahası öğretmenler, öğrenciler tarafından veya öğrenciler adına, dini veya felsefi inanca çekme faaliyetlerine veya siyasi militanlığın örgütlenmesine izin vermemelidir. Kararname, okul yönetmelikleriyle kısıtlamalar konabileceğini öngörmektedir. Ayrıca, 19 Mayıs 2004 tarihinde Fransız toplumu, eşit muamele kararnamesini çıkarmıştır. Flaman toplumunda ise, okullar arasında dini ve felsefi işaretlerin taşınmasına izin verilmesi ya da verilmemesi konusunda ortak bir politika bulunmamaktadır. Bazı kurumlar yasaklamakta, bazıları da izin vermektedir. İzin verilen kurumlarda, hijyen ve güvenlik kriterleriyle kısıtlamalar getirilebilmektedir.

Almanya, Avusturya, İspanya, Hollanda, İngiltere, İsveç ve İsviçre gibi diğer ülkelerde ise, bazen uzun hukuki tartışmalardan sonra, devlet eğitim kurumları ilke olarak İslami başörtüsü takan Müslüman öğrencileri kabul etmektedir.

Öğretmenlerin İslami başörtüsü takması konusunda tartışmanın yoğunlaştığı Almanya'da Anayasa Mahkemesi, 24 Eylül 2003 tarihinde, Baden-Württemberg eyaletini bir öğretmenle karşı karşıya getiren davada, açık bir kanuni yasağın bulunmamasının, öğretmenlerin başörtüsü takabilecekleri anlamına geldiğini belirtmiştir. Böylelikle Anayasa Mahkemesi, devlet okullarında İslami başörtüsünün takılmasını yasaklamak istediklerinde, eyaletlere (Länder), bunu kurala bağlama zorunluluğu getirmiştir.

Avusturya'da başörtüsü, türban ve kippa takılmasına ilişkin özel bir mevzuat bulunmamaktadır. Genel olarak başörtüsü takma yasağının öğrencilerin sağlığı veya güvenliği söz konusu olduğunda haklı gösterilebileceği düşünülmektedir.

İngiltere'de, öğrenciler tarafından dini işaretlerin takılmasına hoşgörülü bir yaklaşım gösterilmektedir. İslami başörtüsü takılmasına ilişkin zorluklar nadiren meydana gelmektedir. Konu, eğitim kurumlarında çok kültürlülüğü korumak amacıyla, okullardaki ırkçı ayrımcılığı ortadan kaldırma ilkesi çerçevesinde de tartışılmıştır (bk. özellikle Mandla - Dowell "The Law Reports" 1983, 548-570). Görüşleri yalnızca tavsiye niteliğinde olan

Irk Eşitliği Komisyonu 1988 yılında, özel bir okulda başörtüsü takmak isteyen iki kız kardeşin ailesi ve okul arasında anlaşma sağlanarak sonuçlanan Grammar School of Altrincham davası vesilesiyle, İslami başörtüsü sorununu ele almıştır. Okul, başörtüsünün takılmasını sade ve lacivert olması (okul üniformasının rengi) ve boyun hizasında bağlanması koşuluyla kabul etmiştir.

R. (On the application of Begum) v. Headteacher and Governors of Denbigh High School davasında [2004] Yüksek Mahkeme, okulda jilbab (bütün vücudu örten ve topuklara uzanan giysi) giymek isteyen Müslüman bir öğrenci ile okul arasındaki anlaşmazlıkta karar vermek zorunda kalmıştır. Okul, öğrencilerin bir üniforma giymelerini istemektedir. Bunun bir alternatifi, başörtüsü ve Hindistan bölgesinin geleneksel uzun kıyafetidir (shalwar kameeze). Mahkeme Haziran 2004'de öğrencinin başvurusunu reddetmiş ve din özgürlüğünün ihlal edilmediğini belirtmiştir. Ancak Üst Mahkeme Mart 2005'te, İngiltere'deki bir grup Müslüman azınlık kızın ergenlik yaşlarından itibaren jilbab giymeyi dini bir ödev olarak gördüklerini ve öğrencilerin de içtenlikle bu görüş olduklarını belirterek, öğrencinin din özgürlüğüne bir müdahale bulunduğunu kabul ederek bu kararı bozulmuştur. Bu mahkemeye göre karar verme süreci din özgürlüğüyle bağdaşmadığından, okul yetkilileri tarafından müdahalenin haklı olduğu kanıtlanamamıştır.

İspanya'da devlet okullarında öğrencilerin dini başlık giymelerini açıkça yasaklayan bir mevzuat yoktur. Konu hakkında yetkili makam -özerk topluluk- tarafından özel tedbir alınmadığı sürece, ilk ve orta dereceli okullarda uygulanan 26 Ocak 1996 tarihli iki kraliyet kararnamesi, okul yöneticilerine kıyafete ilişkin hükümleri içeren bir düzenleme yapma yetkisi vermektedir. Genel olarak devlet okulları başörtüsü kullanılmasına izin vermektedir.

Finlandiya ve İsveç'te, okulda başörtüsü takılabilmektedir. Ancak burka (vücudun ve yüzün tamamını kapatan örtü) ve niqab (gözler dışında vücudun üst kısmını örten örtü) arasında ayrım yapılmaktadır. Özellikle İsveç'te, Milli Eğitim Ajansı tarafından 2003 yılında, yaptırımı olan yönergeler kabul edilmiştir. Bu yönergeler, kadın erkek eşitliği gibi ortak değerler konusunda diyalog kurma anlayışı içinde ve eğitim sisteminin dayandığı demokratik ilkelere riayet etme koşuluyla, okullara burka ve niqab'ı yasaklama yetkisi vermektedir.

İslami başörtüsü sorununun din özgürlüğü açısından değil, ayrımcılık açısından ele alındığı Hollanda'da, başörtüsü genel olarak hoş görülmektedir. 2003 yılında, bağlayıcı olmayan bir yönerge çıkarılmıştır. Okullar, ayrımcı olmaması, okul rehberinde bulunması ve zorunluluğa uyulmamasının orantısız bir şekilde cezalandırılmaması koşuluyla, öğrencilerine üniforma giyme zorunluluğu getirebilir. Burka'nın yasaklanması, öğrencilerin tanınması ve onlarla iletişimin sağlanması amacıyla haklı gösterilebilir. Bunun yanı sıra, Eşit Muamele Komisyonu, 1997'de güvenlik gerekçesiyle genel derslerde kapalı olmayı yasaklamanın ayrımcılık oluşturmadığına kanaat getirmiştir.

Diğer birçok ülkede, (Romanya, Macaristan, Yunanistan, Çek Cumhuriyeti, Slovakya, Polonya) başörtüsü konusunun henüz ayrıntılı bir hukuki tartışma konusu olmadığı ortaya çıkmaktadır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiği iddiası

70. Başvurucu, yükseköğretim kurumlarında İslami başörtüsünün takılmasına getirilen yasağın, din özgürlüğünü ve özellikle dini açığa vurma hakkına haksız bir müdahale oluşturduğunu ileri sürmüştür.

A. Daire kararı

71. Daire, İslami başörtüsünün takma hakkına kısıtlamalar getiren İstanbul Üniversitesi yönetmeliklerinin ve buna bağlı olarak alınan uygulama tedbirlerinin başvurucunun dinini açığa vurma hakkına müdahale oluşturduğunu saptamıştır. Daire, bu müdahalenin hukuk tarafından öngörülmüş olduğunu ve 9. maddenin ikinci fıkrasındaki meşru amaçlardan birini güttüğünü belirterek devam etmiştir. Daire bu müdahaleyi izlenen amaçla orantılı ve kural olarak haklı bulmuş ve dolayısıyla müdahalenin "demokratik toplumda gerekli" bir müdahale olarak görülebileceğini belirtmiştir (*bk. Daire kararı parag. 66-116*).

B. Tarafların Büyük Daire önündeki iddia ve savunmaları

72. Başvurucu, davayı Büyük Daire'ye götürmeye ilişkin 27 Eylül 2004 tarihli talebinde ve daha sonra duruşmadaki beyanlarında, Daire'nin Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edilmediğine hükmetmesine karşı çıkmıştır.

73. Bununla birlikte başvurucu, 27 Ocak 2005 tarihinde Büyük Daire'ye sunduğu dilekçesinde, bütün kadınlara her yerde İslami başörtü takma hakkının hukuken tanınmasını istemiş olmadığını, başka şeylerin yanında, şu sözlerle dile getirmiştir: "Daire kararı, din özgürlüğünün her zaman başörtüsü takmayı korumayacağı fikrini zımnen içermektedir. Bu yaklaşıma itiraz etmiyorum."

74. Hükümet ise Büyük Daireden, Daire'nin Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edilmediğine ilişkin tespitini onaylamasını talep etmiştir.

C. Mahkeme'nin Değerlendirmesi

75. Mahkeme'nin, başvurucunun Sözleşme'nin 9. maddesinde güvence altına alınan hakkına müdahale olup olmadığını ve müdahale varsa, bu müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olup olmadığını, müdahalenin meşru bir amaç izleyip izlemediğini ve müdahalenin "demokratik toplumda gerekli" olup olmadığını, Sözleşme'nin 9(2). fıkrası bakımından incelemesi gerekmektedir.

1. Müdahale bulunup bulunmadığı

76. Başvurucu giyim tarzının "kabul edilmiş bir uygulama" olarak dini bir kuralın yerine getirilmesi şeklinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Üniversite içinde İslami başörtüsünün takılmasının kısıtlanmasının, dinini açığa vurma özgürlüğüne yapılmış açık bir müdahale oluşturduğunu savunmaktadır.

77. Hükümet, Büyük Daire önünde bu husus hakkında görüş bildirmemiştir.

78. Büyük Daire, müdahale bulunup bulunmadığı konusunda Daire'nin aşağıdaki tespitlerini benimsemiştir (bk. Daire kararı parag. 71):

"Başvurucu, başörtüsü takmakla dini bir buyruğa uyduğunu ve Bu nedenle da İslam inancının yapılmasını istediği görevlere sıkıca bağlı olma arzusunu dışa vurmakta olduğunu bildirmiştir. Buna göre, başvurucunun başörtüsü takma kararının bir din veya inançtan kaynaklandığı ya da esinlendiği kabul edilebilir; Mahkeme, bu tür kararların her durumda bir dini vecibeyi yerine getirmek için alınıp alınmadığına karar vermeksizin, üniversitelerde İslami başörtüsü takılmasının yerine ve usulüne ilişkin kısıtlama getiren söz konusu düzenlemelerin, başvurucunun dinini açığa vurma özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğu varsayımı üzerinden hareket etmektedir."

2. Hukuken öngörülmüş olma

a) Tarafların iddia ve savunmaları

…

b) Mahkeme'nin değerlendirmesi

84. Mahkeme, "hukuken öngörülmüş" olma deyiminin ilk olarak, itiraz konusu tedbirin iç hukukta bir temeli bulunması gerektiği yönündeki yerleşik içtihadını hatırlatır. Mahkeme ayrıca, söz konusu hukukun, ilgili kişiler için ulaşılabilir olması ve bir fiilin sonuçlarını gerektiğinde uygun bir danışmayla mevcut koşullar içinde makul ölçüde önceden görebilmeye imkân verecek yeterli açıklıkta formüle edilmiş bulunması gerektiğini belirtmiştir (*Gorzelik ve Diğerleri [BD], §64*).

85. Mahkeme, başvurucunun Türk hukukunun önceden görülemezliğine ilişkin argümanlarının, örtülü öğrencilerin ders, staj ve uygulamalara girmelerini yasaklayan 23 Şubat 1998 tarihli genelgeyle bir ilgisi olmadığını gözlemlemektedir. Bu genelge, temel karar verme yetkisine sahip yetkili kişi olarak, üniversitenin işleyişinin idari ve bilimsel yönlerinin idare ve kontrolünden sorumlu İstanbul Üniversitesi Rektör Yardımcısı tarafından çıkarılmıştır. Rektör Yardımcısı bu genelgeyi, 2547 sayılı Kanun'un 13. maddesinde gösterilen hukuki çerçevede ve daha önce kabul edilmiş olan düzenleyici hükümlere uygun olarak çıkarmıştır.

86. Ancak başvurucuya göre genelge, 2547 sayılı Kanun'un geçici 17. maddesine aykırıdır; çünkü bu madde, İslami başörtüsünü yasaklamamaktadır; düzenleyici hükme yasal dayanak oluşturabilecek hiçbir yasa kuralı mevcut değildir.

87. Mahkeme bu nedenle, 2547 sayılı Kanun'un geçici 17. maddesinin genelgeye yasal bir dayanak oluşturup oluşturamayacağını incelemek zorundadır. Bu bağlamda Mahkeme, iç hukuku yorumlamanın ve uygulamanın öncelikle ulusal makamların, özellikle de mahkemelerin görevi olduğunu hatırlatır (*Kruslin, §29*) ve idare mahkemelerinin genelgenin hukuka uygun olmadığı iddiasını reddederken, Danıştay'ın ve Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına dayandıklarını belirtir.

88. Ayrıca Mahkeme, Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde kullanılan "hukuken öngörülmüş olma" ve "hukuka göre" kelimeleriyle ilgili olarak, buradaki "hukuk" terimini "şekli" değil ama her zaman "maddi" anlamıyla anladığını vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre bu hukuk kavramının içinde, yasalardan daha alt düzeydeki kararnameleri (*De Wilde, Ooms ve Versyp, §93*) ve parlamento tarafından kendilerine tanınan bağımsız kural koyma yetkilerine dayanarak meslek örgütlerince çıkarılan kurulları (*Bartold, §46*) da kapsayan yazılı hukuk ve yazılı olmayan hukuk da yer almaktadır. "Hukuk" sözcüğünden hem yazılı hukuk hem de yargıcın yarattığı içtihat "hukuku" anlaşılmalıdır (*Sunday Times, §47; Casado Coca, §43*). Yargıcın yarattığı hukuk, Türk hukukunda geçerli bir hukuk kaynağı olarak kabul edilmektedir. Özetle söylemek gerekirse, "hukuk" yetkili mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükte olan hükümlerdir.

89. Buna göre, konu sadece 2547 sayılı Yüksek Öğretim Kanunu'nun ek 17. maddesinin lafzından hareketle değil, içtihat hukuku da esas alınarak incelenmelidir.

Bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin 9 Nisan 1991 tarihli kararında belirttiği gibi, bu maddenin ifade tarzı, yüksek öğrenim kurumlarındaki kılık kıyafet serbestliğinin mutlak olmadığını göstermektedir. Bu madde hükümlerine göre, "yürürlükteki yasalara aykırı olmamak şartıyla" öğrenciler istedikleri gibi giyinmekte serbesttirler.

90. Bu nedenle tartışma, yukarıda belirtilen hükümdeki "yürürlükteki yasalar" deyiminin anlamıyla ilgilidir.

91. Mahkeme, önceden görülebilirliğin kapsamının, önemli ölçüde söz konusu mevzuatın içeriğine, kapsaması amaçlanan alana ve hitap ettiği kişilerin sayısına ve konumlarına bağlı olduğunu hatırlatır. Ayrıca, bir yasa hükmü ne kadar açık bir şekilde yazılmış olursa olsun, yasanın uygulanması kaçınılmaz bir şekilde yargısal yorumu gerektireceği akılda

tutulmalıdır; çünkü her zaman tereddütlü noktaların açıklığa kavuşturulması ve yasanın özel durumlara uyarlanması ihtiyacı mevcut olacaktır. Bıçak sırtı olaylarla ilgili tereddütlü bir alan kendiliğinden, bir yasa hükmünün uygulanışını önceden görülemez hale getirmediği gibi, böyle bir hükmün sırf birden fazla şekilde yorumlanabilmesi de bu hükmün Sözleşme bakımından "önceden görülebilirlik" koşulunu karşılayamadığı anlamına gelmez. Mahkemelere verilen yargılama yetkisinin rolü, günlük pratikteki değişiklikleri dikkate alarak, böyle yorumdan kaynaklanan tereddütleri dağıtmaktır (*Gorzelik ve Diğerleri [BD], §65*).

92. Mahkeme, bu bağlamda, Anayasa Mahkemesi'nin, yukarıda belirtilen kararında "yürürlükteki yasalar" ifadesinin kaçınılmaz olarak Anayasa'yı kapsadığını tespit ettiğini belirtir. Bu kararda, ayrıca, üniversitelerde öğrencilere "dini inanç nedeniyle boyun ve saçı peçe veya başörtüsü ile örtmek" için izin vermenin Anayasa'ya aykırı olduğu açıkça belirtilmiştir.

93. Hem bağlayıcı ve hem de 31 Temmuz 1991 tarihli Resmi Gazete'de yayınlanmış olması nedeniyle ulaşılabilir olan Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı geçici 17. maddenin lafzını tamamlamakta ve Anayasa Mahkemesi'nin önceki içtihadını sürdürmektedir. Ayrıca Danıştay, o zamana kadar birkaç yıl boyunca sürekli olarak, başörtüsünün kadın özgürlüklerine ve Cumhuriyet'in temel ilkelerine aykırı bir görüşün sembolü haline gelme sürecinde olduğu için, üniversitede İslami başörtüsü takmanın Cumhuriyet'in temel ilkeleriyle bağdaşmadığı sonucuna varmıştır.

94. Yasama organının hiçbir zaman başörtüsü takmaya yasak getirmediğine dair başvurucunun iddiasıyla ilgili olarak Mahkeme, belirli bir alanda düzenleme yapmak için davalı Devletin yasama organı tarafından seçilen yöntemlerin uygunluğu hakkında görüş ifade etmenin kendisine düşmediğini hatırlatır. Mahkeme'nin görevi, kullanılan yöntemlerin ve onların yol açtığı etkilerin Sözleşme ile uyum içinde olup olmadığını belirlemekle sınırlıdır (*Gorzelik ve Diğerleri kararı [BD], §67*).

95. Ayrıca, İstanbul Üniversitesi veya diğer üniversitelerin her dersin içeriğini ve özel niteliklerini göz önünde tutarak 2547 sayılı Kanunun geçici 17. maddesini ilgili içtihatlar ışığında çok yoğun bir biçimde uygulamamış olmaları, söz konusu kuralı önceden görülemez kılmaz. Türk Anayasa sisteminde üniversite yetkilileri, hukuki bir dayanak olmadan hiçbir konuda temel haklara kısıtlama getiremezler (Anayasa md. 13). Üniversite yetkililerinin rolü, idare mahkemelerinin denetimine tabi olarak, yasalara uygunluğu gerektiren kurallara göre öğretim kurumunun iç kurallarını belirlemekle sınırlıdır.96. Ayrıca Mahkeme, üniversitenin iç işleyişi gibi konuları çok açık yasa hükümleriyle düzenlemenin zor olabileceğini ve katı kurallar oluşturmanın uygun olmayabileceğini kabul eder (*Gorzelik ve Diğerleri [BD], §67*).

97. Bunun gibi İslami başörtüsü takılmasına ilişkin düzenlemelerin, İstanbul Üniversitesi'nde 1994 yılından bu yana, başvurucunun üniversiteye kaydını yaptırmasından çok önce mevcut olduğu kuşkusuzdur.

98. Bu şartlarda Mahkeme, müdahalenin Türk Hukukunda dayanağı olduğunu tespit eder. Aynı zamanda bu hukuk ulaşılabilir olup, önceden görülebilirlik şartını yerine getirmek anlamında yeterince açıktır. Üniversiteye girdiği andan itibaren İslami başörtüsünün kullanılmasına dair bazı düzenlemelerin bulunduğu ve 23 Şubat 1998 tarihinden itibaren ise başörtüsünü kullanmaya devam ettiği takdirde derslere alınmayacağı başvurucu için de açıktır.

3. Meşru amaç

99. Mahkeme, olayın şartlarını ve ulusal mahkeme kararlarının içeriğini dikkate alarak, itiraz konusu müdahalenin öncelikle başkalarının hak ve özgürlükleri ile kamu düzeninin

korunmasına yönelik meşru amaçlar taşıdığını, ki bu nokta taraflar arasında tartışmalı bir konu değildir, kabul edebilmektedir.

4. Demokratik bir toplumda gereklilik

(a) Tarafların Büyük Daire önünde iddia ve savunmaları

…

(b) Mahkeme'nin değerlendirmesi

(i) Genel ilkeler

104. Mahkeme, Sözleşme'nin 9. maddesinde düzenlenen düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün, "demokratik bir toplumun" temellerinden biri olduğunu vurgular. Dini boyutuyla bu özgürlük, inananların kimliklerini ve yaşam anlayışlarını oluşturmalarını sağlayan hayati unsurlardan biridir; ama aynı zamanda ateistler, agnostikler, septikler ve kayıtsızlar için de çok önemli bir değerdir. Yüzyıllar boyunca, büyük bedeller ödenerek kazanılan ve demokratik bir toplumun ayrılmaz bir parçası olan çoğulculuk, buna bağlıdır. Bu özgürlük, başka şeylerin yanı sıra, bir dini inanca sahip olma ya da olmama ve dinin gereklerinin yerine getirme ya da getirmeme özgürlüğünü de içerir (*Kokkinakis, §31; Buscarini ve Diğerleri [BD], §34*).

105. Her ne kadar din özgürlüğü öncelikle bireysel vicdana ait bir konu olsa da, başka konuların yanı sıra, kişinin yalnız ve insanlardan uzakken veya başkalarının arasındayken veya aleni bir biçimde ve inancını paylaştığı kişilerin arasındayken dinini dışa vurma özgürlüğü anlamına da gelir. Sözleşme'nin 9. maddesi, kişinin dinini veya inancını hangi şekillerde dışa vurabileceğini sıralamaktadır; bunlar ibadet etme (tapınma), öğretme, uygulama ve dini bir kuralı yerine getirmedir (*Cha'are Shalom Ve Tsedek [BD], §73*).

Sözleşme'nin 9. maddesi, bir din veya inançtan kaynaklanan ya da esinlenilen bütün eylemleri koruma altına almaz ve her durumda kamu alanında bir inancın emrettiği şekilde davranma hakkını garanti etmez (*Kalaç, §27; Arrowsmith, Komisyon [k.k.], no.7050/75; C. – Birleşik Krallık, Komisyon [k.k.], no.10358/83*).

106. Çok sayıda dinin tek ve aynı nüfus içerisinde bir arada yaşadığı demokratik toplumlarda, çeşitli grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inançlarına saygı gösterilmesini sağlamak için, kişinin dinini veya inancını açığa vurma özgürlüğüne sınırlamalar getirmek gerekebilir (*Kokkinakis, §33*). Bu gereklilik, hem Sözleşme'nin 9. maddesinin 2. fıkrasının ve hem de Sözleşme'nin 1. maddesindeki Sözleşme'de tanımlanan hakları ve özgürlükleri kendi egemenlik alanı içinde bulunan herkes için güvence altına alma şeklindeki Devletin pozitif yükümlülüğünün bir sonucudur.

107. Mahkeme sık sık, çeşitli dinlerin, inanç ve itikatların uygulanmasında Devletin nötr ve tarafsız düzenleyici rolünü vurgulamış ve bu rolün demokratik bir toplumda kamu düzeni, dini ahenk ve hoşgörüye yardımcı olduğunu belirtmiştir. Aynı zamanda, Devletin nötrlük ve tarafsızlık ödevinin, devletin dini inançların veya bu inançların ifade biçiminin meşruiyetini değerlendirme yetkisiyle bağdaşmayacağını (*Manoussakis ve Diğerleri, §47; Hasan ve Chaush [BD], §78; Refah Partisi ve Diğerleri [BD], §91*) ve devletin karşıt gruplar arasında karşılıklı hoşgörüyü sağlaması gerektirdiği görüşündedir (*Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri, §57*). Buna göre, bu gibi durumlarda yetkililerin rolü, çoğulculuğu ortadan kaldırarak gerginliği gidermek değil, rakip grupların birbirlerine hoşgörü göstermelerini sağlamaktır (*Şerif, §53*).

108. Çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik "demokratik toplum"un köşe taşlarıdır. Kişisel çıkarlar, bazen grubun çıkarlarına tabi olmalı ise de, demokrasi her zaman çoğunluğun görüşlerinin üstün tutulması gerektiği anlamına gelmez: azınlıktan olan kişilere adil ve

düzgün muamelede bulunulmasını ve hâkim bir pozisyonun kötüye kullanılmamasını sağlayan bir denge kurulmalıdır (*Young, James ve Webster, §63; Chassagnou ve Diğerleri [BD], §112*). Çoğulculuk ve demokrasi aynı zamanda, demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini muhafaza etmek ve geliştirmek amacıyla bireyler veya gruplar arasında çeşitli tavizler verilmesini beraberinde getiren bir diyalog ve uzlaşma ruhuna dayanmalıdır (*Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri, §45; Refah Partisi ve Diğerleri [BD], §99*). Bu "haklar ve özgürlükler" Sözleşme veya Protokoller tarafından güvence altına alınmış haklar ve özgürlükler ise, onları koruma gerekliliğinin Devletleri yine aynı şekilde Sözleşme'de öngörülen diğer hak ve özgürlükleri kısıtlamaya götürebileceği kabul edilmelidir. Her bireyin temel hakları arasındaki bu sürekli denge arayışı "demokratik toplum"un temelini oluşturur (*Chassagnou ve Diğerleri, §113*).

109. Din ile devlet ilişkileriyle ilgili sorunlar tehlike arz ettiği yerde, ki demokratik bir toplumda görüşler bu konularda çok farklılaşabilir, ulusal karar verici organının rolüne özel bir önem verilmelidir (*Cha'are Shalom Ve Tsedek, §84; Wingrove, §58*). Mukayeseli hukuk belgelerinin de gösterdiği gibi, özellikle ulusal makamların konuya yaklaşımlarındaki farklılık açısından, öğrenim kurumlarında dini sembollerin kullanılmasını düzenleme söz konusu olduğunda durum tam da böyledir. Bütün bir Avrupa'da, toplumda dinin önemi konusunda tek tip bir anlayış belirlemek mümkün değildir (*Otto-Preminger-Institut, §50*) ve bir dini inancın aleni ifadesinin anlam ve önemi zamana ve duruma göre değişiklik gösterecektir (*Dahlab – İsviçre [k.k.], no. 42393/98*). Bu alandaki kurallar, sonuç olarak, ulusal gelenekler ile kamu düzenini sağlama ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma ihtiyacının getirdiği gerekliliklere göre, bir ülkeden başka bir ülkeye değişiklik gösterir (*Wingrove, §57*). Buna göre, böyle düzenlemelerin alması gereken boyut ve şeklin seçimi, kaçınılmaz olarak bir dereceye kadar söz konusu Devlete bırakılmalıdır; zira bu husus, konuyla ilgili iç bağlama dayanacaktır (*Gorzelik [BD], §67; Murphy, §73*).

110. Bu takdir alanı, hem yasayı hem de yasayı uygulayan kararları kapsayan Avrupa denetimi ile el ele gider. Mahkeme'nin görevi, ulusal düzeyde alınan önlemlerin, ilke olarak haklı ve orantılı olup olmadığını belirlemektir (*Manoussakis ve Diğerleri, §44*). Mahkeme, bu davada takdir alanının sınırlarını çizerken, tehlikede olan şeyi, yani demokratik bir toplumun yaşaması için hayati önem taşıyan başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma, kamu düzenini muhafaza etme ve iç barışı ve gerçekten dini çoğulculuğu sağlama ihtiyacını göz önünde tutmalıdır (*Kokkinakis, §31; Manoussakis ve Diğerleri, §44; Casado Coca, §55*).

111. Mahkeme ayrıca Sözleşme organlarının, *Karaduman – Türkiye* (*no. 16278/90*) Komisyon kabuledilebilirlik kararında ve *Dahlab – İsviçre* (*no. 42393/98*) Mahkeme'nin kabuledilebilirlik kararında, demokratik bir toplumda devletin kamu güvenliği ile kamu düzenini ve başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma amacıyla uyumlu görmediği takdirde İslami başörtüsü takılmasına kısıtlamalar getirme yetkisine sahip olduğunu tespit ettiğini olduğunu kaydeder. Karaduman davasında, bazı aşırı dinci hareketlerin, dinini icra etmeyen veya başka bir dine ait olan öğrencilere baskı yapmasını önlemek amacıyla üniversitelerde alınan önlemler, Sözleşme'nin 9(2). fıkrası bakımından haklı bulunmuştur. Bu bağlamda üniversiteler, çeşitli inançlardaki öğrencilerin barış içinde bir arada yaşamalarını temin etmek ve bu yolla da kamu düzenini ve ötekilerin inançlarını korumak maksadıyla, bir dine ait sembol ve hareketlerin açığa vurulmasının yerine ve biçimine ilişkin bir takım kısıtlamalar getirmek suretiyle bu tezahürleri düzenleyebilir (*Refah Partisi ve Diğerleri [BD], §95*). Küçük çocukların sınıfında görevli bir öğretmenle ilgili olan Dahlab davasında ise Mahkeme, diğer konuların yanı sıra, öğretmenin başörtüsünün temsil ettiği "güçlü dış sembol" üzerinde durmuş ve cinsiyet eşitliği ilkesiyle bağdaştırılması zor olan dini davranış kuralları kadınlara başörtüsü takma zorunluluğu getirmiş olduğuna göre, bunun bir tür başkalarını dini inancından vazgeçirme etkisi

oluşturup oluşturmayacağını sorgulamıştır. Ayrıca Mahkeme, İslami başörtüsü takmanın, demokratik bir toplumda bütün öğretmenlerin öğrencilerine aktarması gereken hoşgörü, başkalarına saygı ve hepsinin ötesinde eşitlik ve fark gözetmeme mesajı ile kolaylıkla bağdaştırılamayacağını kaydetmiştir.

(ii) Yukarıda belirtilen ilkelerin mevcut davaya uygulanması

112. Türk mahkemelerine göre, Bayan Şahin'in üniversitede İslami başörtüsü takması gibi, öğrencilerin haklarına yer ve usulle ilgili kısıtlamalar getiren 23 Şubat 1998 tarihli genelgenin yol açtığı söz konusu müdahale, özellikle laiklik ve eşitlik gibi iki ilkeye dayanmıştır.

113. Anayasa Mahkemesi 7 Mart 1989 tarihli kararında, demokratik değerlerin güvencesi olarak laikliğin, özgürlük ve eşitliğin buluşma noktası olduğunu belirtmiştir. Bu ilke, Devletin belli bir din veya inanca yönelik tercihini ortaya koymasını engellemiş, bu suretle tarafsız hakem rolünde Devlete yol göstermiş ve zorunlu olarak din ve vicdan özgürlüğünü beraberinde getirmiştir. Bu ilke aynı zamanda, bireyi sadece Devlet tarafından yapılan keyfi müdahaleye karşı değil, ama ayrıca radikal hareketlerden gelen dış baskılara karşı da korumaya hizmet etmiştir. Anayasa Mahkemesi, kişinin dinini açığa vurma hakkının, bu değer ve ilkeleri korumak için kısıtlanabileceğini belirtmiştir.

114. Dairenin haklı olarak ifade ettiği gibi (*bk. Daire kararı parag. 106*), bu tür bir laiklik anlayışı, Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin temelini oluşturan değerlerle uyumludur. Mahkeme, hukukun üstünlüğü ve insan haklarına saygı ile uyumlu olan ve şüphesiz Türk Devletinin temel ilkelerinden biri olan bu ilkenin desteklenmesinin, Türkiye'de demokratik sistemin korunması için gerekli görülebileceği görüşündedir. Bu ilkeye saygı göstermeyen bir davranış, kişinin dinini açığa vurma özgürlüğü kapsamında kabul edilmeyecek ve Sözleşme'nin 9. maddesinin korumasından yararlanmayacaktır (*Refah Partisi ve Diğerleri [BD], §93*).

115. Büyük Daire, tarafların iddialarını inceledikten sonra, Daire'nin aşağıdaki yaklaşımından (*bk. Daire kararı parag. 107-109*) ayrılmak için geçerli bir sebep görmemektedir:

"Mahkeme, (...) Türk anayasal sisteminde kadın haklarının korunmasına ilişkin yapılan vurguya da dikkat çekmektedir. (...) İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi tarafından Sözleşme'nin temelini oluşturan en önemli ilkelerden biri ve aynı zamanda Avrupa Konseyine üye Devletler tarafından ulaşılması gereken bir hedef olarak kabul edilen kadın-erkek eşitliği (*Abdülaziz, Cabales ve Balkandali, §78; Schuler-Zgraggen, §67; Burghartz, §27; Van Raalte, §39; Petrovic, §37*), Türk Anayasa Mahkemesince de, Anayasanın temelini oluşturan değerlere içkin bir ilke olarak görülmüştür.

… Anayasa Mahkemesi gibi Mahkeme de (...), İslami başörtüsü sorununu Türkiye bağlamında incelerken, zorunlu bir dini görev olarak sunulan veya algılanan böyle bir simgeyi giymenin, onu giymemeyi tercih edenler üzerinde bir etkisi olabileceğinin göz önünde bulundurulması gerektiğini düşünmektedir. Daha önce de kaydedildiği gibi (*Karaduman, Komisyon [k.k.]*; *Refah Partisi ve Diğerleri [BD], §95*), kadın hakları ve laik bir yaşam tarzına güçlü bir bağlılığı olduğunu açıklamakla birlikte, nüfusunun çoğu İslam inancına sahip olan bir ülkede risk oluşturan sorunlar arasında "başkalarının hak ve özgürlükleri"nin korunması ve "kamu düzeninin korunması" da yer almaktadır. Türk mahkemelerinin belirttiği gibi (...), bu dini sembol özellikle son yıllarda Türkiye'de siyasi bir anlam kazanmış olduğundan, bu alandaki özgürlüklere bu iki meşru amaca sağlamak için kısıtlamalar getirilmesi, toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayacağı düşünülebilir.

Mahkeme, Türkiye'de din kuralları üzerine kurulu bir toplum anlayışını ve dini sembollerini toplumun bütününe zorla kabul ettirmeye çalışan aşırı politik hareketler olduğunu da

göz ardı etmemektedir. (...) Mahkeme daha önce de her bir Sözleşmeci Devletin, Sözleşme hükümlerine uygun olarak ve kendi tarihi deneyimine dayanarak böylesi politik hareketlere karşı bir tavır alabileceğini ifade etmiştir (*Refah Partisi ve Diğerleri [BD], §124*). İlgili düzenlemeler de bu bağlamda değerlendirilmeli ve bu düzenlemeler yukarıda işaret edilen meşru amaçlara ulaşmaya ve bu sayede üniversitedeki çoğulculuğu korumaya yönelik bir önlem görevi görmelidir."

116. Yukarıda bahsedilen açıklamalar göz önünde tutulduğunda laiklik ilkesi, Anayasa Mahkemesi tarafından da vurgulandığı gibi, üniversitelerde dini kılık kıyafet yasağının temelinde yatan başlıca nedendir. Bu bağlamda çoğulculuk, başkalarının haklarına saygı ve özellikle de kanun önünde kadın-erkek eşitliği değerlerinin öğretildiği ve uygulamada hayata geçirildiği bir ortamda, mevcut olayda bayan öğrencilerin üniversite sınırları içinde başlarını başörtüsü ile örtmeleri gibi dini alametlerin giyilmesini kabul etmek, ilgili makamlar tarafından söz konusu değerlerin ilerletilmesine ters düştüğü şeklinde düşünülmesi anlaşılabilir bir durumdur.

117. Mahkeme'nin şimdi, mevcut olayda kullanılan araç ile ve müdahaleye güdülen meşru amaçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir.

118. Daire gibi (*bk. Daire kararı, §111*) Büyük Daire de hemen başlangıçta, Türk üniversitelerinde ibadet etmek isteyen Müslüman öğrencilerin, eğitim örgütlenmesinin sınırları içinde, Müslümanlığın alışılmış ibadet şekilleri ile uyumlu olarak dini vecibelerini yerine getirmekte serbest olduklarını kaydeder. Buna ek olarak, İstanbul Üniversitesi tarafından kabul edilen 9 Temmuz 1998 tarihli karar, üniversitede diğer dini kıyafetlerin de yasaklanmış olduğunu göstermektedir.

119. Ayrıca, öğrencilerin tıp derslerinde İslami başörtüsü takmalarına izin verilip verilmemesi, 1994 yılında İstanbul Üniversitesinde gündeme geldiğinde, Rektörün kıyafet kurallarının gerekçelerini anımsattığı kaydedilmelidir. Üniversitenin bütün kısımlarında İslami başörtüsü takmak için izin verilmesi taleplerinin yanlış olduğunu savunarak, tıp derslerine uygulanabilir olan kamu düzeni kısıtlamalarına işaret etmiş, öğrencilerden, hem yüksek mahkemelerin içtihadı ve hem de mevzuat ile uyumlu olan bu kurallara uymalarını istemiştir.

120. Ayrıca, 9 Temmuz 1998 tarihli karara yol açan düzenlemelerin uygulandığı süreç birkaç yıl sürmüş ve Türk toplumu ile öğretmenlik mesleği içinde geniş bir tartışmayı da beraberinde getirmiştir. En yüksek iki mahkeme olan Danıştay ve Anayasa Mahkemesi, bu konuda yerleşik bir içtihat oluşturmayı başarmıştır. Bu karar verme süreci boyunca, üniversite yetkililerinin gelişen duruma, ilgili kişilerle sürekli diyalog yoluyla, başörtüsü takan öğrencilerin üniversiteye girişlerini engellemeyecek şekilde, ama aynı zamanda düzenin korunmasını sağlayacak ve özellikle ilgili dersin niteliğinin getirdiği gerekliliklere uyulacak şekilde uyum sağlamaya çalıştıkları oldukça açıktır.

121. Bu bağlamda Mahkeme, kılık kıyafet kurallarına uymamanın herhangi bir disiplin cezasının bulunmamasının, aslında bu konuda hiç kural bulunmadığı anlamına geldiğini ileri süren başvurucunun görüşüne katılmamaktadır. Üniversitenin iç kurallarına uymanın nasıl sağlanmış olması gerektiği konusunda, üniversite yetkilileri yerine görüş belirtmek Mahkeme'ye düşmez. Öğrenim çevresiyle olan doğrudan ve sürekli ilişkileri nedeniyle, üniversite yetkilileri, ilke olarak, yerel ihtiyaçları ve şartları veya belli bir dersin gereklerini değerlendirmek bakımından uluslararası bir mahkemeden daha iyi bir konumdadır (*Valsamis, §32*). Ayrıca, düzenlemelerin meşru bir amaç taşıdığı tespit edildiğinden, Mahkeme'nin orantılılık kriterini, bir kurumun "iç-kurallar" anlayışını amaçsız kılacak şekilde uygulaması mümkün değildir. Sözleşme'nin 9. maddesi her zaman, dini bir inanç

tarafından düzenlenmiş bir tarzda davranma hakkını teminat altına almaz (*Pichon ve Sajous – Fransa [k.k.], no. 49853/99*) ve bu şekilde hareket eden kişilere haklılığı kanıtlanmış kurallara uymama hakkını vermez (*Valsamis kararına eklenmiş 6 Temmuz 1995 tarihli raporda yer alan Komisyon görüşü, §51*).

122. Yukarıda belirtilenlerin ışığında ve Sözleşme'ye taraf olan devletlerin takdir alanı göz önünde tutan Mahkeme, söz konusu müdahalenin güdülen amaçla orantılı ve ilke olarak haklı olduğunu tespit etmiştir.

123. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 9. maddesi ihlal edilmemiştir.

…

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edilmediğine,
2. Bire karşı on altı oyla, Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk hükmünün ihlal edilmediğine,
3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine,
4. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine,
5. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

Bu karara, Sözleşme'nin 45 §2. maddesine ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 74 §2. maddesineuygun olarak aşağıdaki ayrık ve karşı oy görüşleri karara eklenmiştir:

(a) Sn. Rozakis ve Vajić'in ortak ayrık oy görüşü, (b) Sn. Tulkens'in karşı oy görüşü,

13.07.2006 32186/02 AGGA - YUNANİSTAN (NO. 3)

♦ *dini lider seçimine müdahale* (ölen müftünün yerine başvurucunun Cuma namazına gelenler tarafından müftü seçilmesi üzerine yapılan yasa değişikliği ile devlet tarafından başka birinin müftü olarak atanmasından sonra başvurucunun müftü sıfatıyla resmi bildiriler imzaladığı ve bunları yayımladığı gerekçesiyle tanınmış bir dinin temsilciliği fonksiyonunu yasalara aykırı tarzda ele geçirme suçundan mahkûm olması) ■ düşünce, din ve vicdan özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu, 17 Ağustos 1990 tarihinde görev bölgesindeki camilerde ibadete katılan Müslümanlar tarafından İskeçe (Xanthi) müftüsü olarak seçilmiştir. Yunan Devleti ise bölgede görev yapmak üzere bir başka müftü atamıştır. Buna rağmen başvurucu görevden çekilmemiştir.

Başvurucu aleyhinde 11 Şubat 1996 ve 17 Şubat 1996 tarihlerinde, İskeçe müftüsü sıfatıyla resmi bildiriler imzalamak ve bunları yayımlamak suretiyle "tanınan bir din"in resmi görevlisinin yetkilerini yasadışı yöntemlerle ele geçirdiği gerekçesiyle, Ceza Kanunu'nun 175. maddesi uyarınca dördüncü kez ceza davası açılmıştır.

Başvurucu dava boyunca kendi seçtiği avukatlar tarafından temsil edilmiştir. Mahkeme iddia ve savunma taraflarının tanıklarını dinlemiştir.

Lamia Tek Hâkimli İlk Derece Ceza Mahkemesi 11 Aralık 1997 tarihinde, İskeçe müftüsü sıfatıyla resmi bildiriler yayımladığı ve bunları imzaladığı gerekçesiyle, başvurucuya karşı açılan ilk üç davada başvurucuyu suçlu bulmuştur. Aynı mahkeme 1 Aralık 1999

tarihinde, başvurucuyu aynı gerekçeyle açılmış olan dördüncü davada da suçlu bulmuştur. Başvurucu bu kararlara karşı üst başvuruda bulunmuştur.

Lamia Üç Hâkimli Ceza Mahkemesi 31 Mayıs 2000 tarihinde, dört davada da başvurucunun mahkûmiyeti ile sonuçlanan kararları onamıştır. Hükmedilen toplam 8 ay hapis cezası para cezasına çevrilmiştir. Başvurucu bu mahkûmiyet kararlarının Sözleşme'nin 6, 9 ve 10. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Temyiz Mahkemesi 8 Mart 2002 tarihinde, başvurucunun her dört dava ile ilgili temyiz taleplerini reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi, Ceza Kanununun 175. maddesinde yer alan suçun, "tanınan bir dinin resmi görevlisi olarak ortaya çıkıldığı ve din görevlisine ait idari yetkiler dâhil, bazı yetkilerin kullanıldığı anda" işlendiğini belirtmiştir. Temyiz Mahkemesi, başvurucunun İskeçe müftüsü gibi davranması ve gözükmesi nedeniyle bu suçu işlediğini belirtmiştir. Bu mahkeme buna ilaveten, başvurucunun mahkûmiyetinin Sözleşme'nin 9 ve 10. maddelerine aykırı olmadığını, zira başvurucunun dini inancından veya birtakım görüşlerini ifade etmesinden dolayı değil, bir müftünün yetkilerini yasadışı yöntemlerle ele geçirmesi nedeniyle cezalandırıldığını belirtmiştir. Temyiz Mahkemesi Sözleşme'nin 6. maddesi ile ilgili olarak, başvurucunun dava boyunca kendi seçtiği avukatlar tarafından temsil edildiğini ve tüm savunma haklarından faydalandığını belirtmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlali iddiası

15. Başvurucu, mahkûmiyet kararının Sözleşme'nin 9. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

A. Tarafların iddia ve savunmaları

(...)

B. Mahkemenin değerlendirmesi

21. Mahkeme, başvurucunun Sözleşme'nin 9. maddesinde yer alan hakkına müdahale edilip edilmediğini; eğer bir müdahale varsa, Sözleşme'nin 9(2). fıkrası uyarınca bu müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olup olmadığını, meşru bir amaç taşıyıp taşımadığını ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını ele almak zorundadır.

1. Bir müdahalenin varlığı

22. Mahkeme, din özgürlüğünün birey vicdanının temel bir öğesi olmasının yanı sıra, bu özgürlüğün aynı zamanda kişinin diğerleriyle toplu olarak ve aleni şekilde ibadet etmek ve dinini öğretmek suretiyle dinini açığa vurma özgürlüğünü de kapsadığını yinelemiştir (*Kokkinakis, §31*).

23. Mahkeme buna ilaveten, başvurucunun "tanınan bir dinin" resmi görevlisinin yetkilerini gasp etmekten mahkûm edildiğini hatırlatır. İlgili ulusal mahkeme kararında da ortaya konduğu gibi başvurucunun mahkûmiyetinin sebebi, başvurucunun İskeçe müftüsü sıfatıyla dini içerikli resmi bildiriler yayınlamış olmasıdır. Bu şartlar altında Mahkeme, başvurucunun mahkûmiyetinin, Sözleşme'nin "din veya inancını tek başına veya topluluk halinde, (...) ibadet etme, öğretme (...) şeklinde açığa vurma (...)" gibi ifadeler içeren 9(1). fıkrasıyla güvence altına alınan din özgürlüğü müdahale oluşturduğunu belirtmiştir (*Şerif, §39*).

2. Hukuken öngörülebilir olma

24. Taraflar, mevcut müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığı hususunda anlaşamamış olmalarına rağmen, Mahkeme bu mesele hakkında karar vermeyi

gerekli görmemiştir; zira diğer nedenlerle başvurucunun mahkûmiyeti her halükarda Sözleşme'nin 9. maddesi ile bağdaşmamaktadır (*Agga* (*no. 2*)*, §54*).

3. Meşru amaç

25. Mahkeme mevcut davadaki müdahalenin, Sözleşme'nin 9(2). fıkrası uyarınca meşru bir amacı bulunduğunu kabul etmiştir. Bu amaçlardan en önemlisi kamu düzeninin korunmasıdır. Mahkeme, bu bağlamda başvurucunun bölgedeki Müslüman cemaatinin dini lideri olduğunu iddia eden tek kişi olmadığını ve yetkililerin 20 Ağustos 1991 tarihinde bir başka kişiyi de İskeçe müftüsü olarak atadıklarını ifade etmiştir (*Agga* (*no. 2*)*, §55*).

4. Demokratik bir toplumda gereklilik

26. Mahkeme, Sözleşme'de yer aldığı anlamıyla düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel öğelerinden biri olduğunu hatırlatır. Yüzyıllar süren güçlüklerle kazanılmış olan ve demokratik topluma içkin bulunan çoğulculuk, bu özgürlüğe bağlıdır. Demokratik bir toplumda çeşitli dini grupların menfaatlerini uzlaştırmak amacıyla din özgürlüğüne sınırlamalar konulmasının gerekli olabileceği de bir gerçektir (*Kokkinakis, §31 ve 33*). Durum bu olmakla beraber, bu gibi kısıtlamalar "toplumsal ihtiyaç baskısı"nı karşılamalı ve izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır (*Wingrove, §53*).

27. Mahkeme, aynı başvurucuya ait ve aynı tür olayları içeren 2 numaralı Agga – Yunanistan kararında, başvurucunun Ceza Kanununun 175. ve 176. maddeleri gereğince mahkûm edilmesinin Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlali olduğunu tespit ettiğini hatırlatır. Mahkeme ilgili kararında özellikle şu hususları belirtmiştir:

"(...) başvurucuyu mahkûm eden ulusal mahkeme hükme esas olan kararında, başvurucunun hukuki sonuçlar doğuracak belirli bir hareketine değinmemiştir. Yerel mahkeme, başvurucuyu sadece dini içerikli resmi bildiriler yayınlaması ve bu bildirileri İskeçe müftüsü olarak imzalaması nedeniyle mahkûm etmiştir. Dahası, kararda başvurucunun İskeçe'deki Müslüman cemaatin en azından bir kısmının desteğine sahip olduğu itiraz görmemiştir. Bununla beraber, Mahkeme'ye göre bir kimsenin, sadece kendisini izlemeye istekli bir grubun dini lideri olarak tanıtması nedeniyle cezalandırılması, demokratik bir toplumdaki dini çoğulculuğu sağlama gereğiyle uyuşmaz. (...) Mahkeme başvurucunun, müftülere ya da tanınan bir dinin diğer görevlilerine ait yasalarda yer alan hukuki ve idari yetkileri kullanmaya teşebbüs ettiğine dair bir delilin bulunmadığını da belirtir. Son olarak Mahkeme, demokratik toplumlarda devletlerin dini toplulukların mevcudiyeti sürdürmelerini veya bu toplulukların başına dini lider getirilmesini sağlamak için önlemler almaları gerektiği fikrini benimsememektedir. (...) Hükümet, gerilim yaratılmasına dair genel referans dışında, İskeçe'de iki dini lider bulunmasının bölgede yaşayan Müslümanlar arasında yarattığı veya ileride yaratabileceği karışıklığı hiç dikkate almamıştır. Dahası Mahkeme, Müslümanlar ve Hıristiyanlar arasında veya Yunanistan ile Türkiye arasında gerilim riskinin varlığını belirleyici, çok uzak ihtimaller dışında, somut hiçbir kanıt gösterilememiş olduğunu belirtir (*Agga* (*no. 2*)*, §58-60*)."

28. Görülmekte olan davaya dönülecek olursa Mahkeme, başvurucunun, devletin veya Belediye yetkilisinin yetkilerini kasıtlı olarak yasadışı yöntemlerle ele geçirme eyleminden dolayı, bu eylemi suç olarak düzenleyen Ceza Kanununun 175. maddesi uyarınca mahkûm edildiğini gözlemlemektedir. Bununla beraber Mahkeme, 2 numaralı *Agga – Yunanistan* kararında da belirtmiş olduğu gibi, başvurucuyu mahkûm eden ulusal mahkeme kararında başvurucunun hukuksal etkiler doğuracak herhangi bir özel eylemine değinilmediğini kaydeder. Aksine ulusal mahkeme, başvurucuyu dini içerikli mesajlar yayınlaması ve bunları İskeçe müftüsü olarak imzalamasına dayanarak mahkûm etmiştir.

29. Yukarıda belirtilen olaylar ışığında Mahkeme, ulusal mahkemenin yukarıda belirtilen kararında herhangi bir gerekçe bulamamıştır. Mahkeme, özellikle başvurucunun

175. maddeden mahkûm edilmesini davadaki olayın şartlarına göre haklı kılacak "toplumsal ihtiyaç baskısı" bulunduğunun gösterilmediğini düşünmektedir. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 9(2). fıkrası uyarınca kamu düzenini korumak amacıyla başvurucunun ibadetle ve öğreterek, diğerleriyle topluluk içinde ve aleni şekilde dinini ortaya koyma hakkına yapılan müdahale, demokratik bir toplumda gerekli değildir (*Agga* (*no. 2*)*, §61*).

Bu nedenle, bu davada Sözleşme'nin 9. maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlaline;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

02.02.2010 21924/05 SİNAN IŞIK - TÜRKİYE

♦ *nüfus cüzdanında din hanesi bulunması* (Alevi inancında olan başvurucunun nüfus cüzdanındaki din hanesinde yazılı İslam sözcüğünün değiştirilmesi talebinin reddedilmesi, nüfus cüzdanında din hanesinin bulunması) ■ düşünce, din ve vicdan özgülüğü

DAVANIN ESASI

Sinan Işık 1962 doğumlu olup, İzmir'de ikamet etmektedir. Başvurucu "Alevi"dir. Türk toplum ve tarihinde köklü bir yere sahip olan Alevi inancı, özellikle sufizm ve bazı İslam öncesi inançların etkisinde kalmıştır. Bazı Alevi düşünürler, bu inancın ayrı bir din olduğunu ileri sürmekte, diğerleri ise Aleviliği İslam'ın "özü" ve "orijinal hali" olarak değerlendirmektedir. Namaz, oruç veya hac ibadetleri birçok noktada İslam'ın Sünni mezheplerine kıyasla farklılık göstermektedir.

Başvurucu, nüfus memurluğu tarafından düzenlenen nüfus cüzdanında din için ayrılmış özel bir hane olduğunu ve bu hanede kendisinin mensubu olmadığı halde "İslam" ibaresinin yazdığını belirtmektedir.

Başvurucu 7 Mayıs 2004 tarihinde, İzmir Asliye Hukuk Mahkemesine nüfus cüzdanındaki bu din hanesine "İslam" yerine "Alevi" yazılması için dava açmıştır. Başvurucu dava dilekçesinde, nüfus cüzdanındaki "İslam" ibaresinin gerçeği yansıtmadığını, Türkiye Cumhuriyeti'nin Alevi bir vatandaşı olarak, bir kimsenin aynı anda hem 'Alevi' ve hem de 'İslam' olmayacağı düşündüğünü, Anayasanın din ve vicdan özgürlüğünü koruyan hükümleri gereğince bu adaletsizliği taşıyamayacağını söylemiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi yazısı üzerine, 9 Temmuz 2004 tarihinde Diyanet İşleri Başkanlığı hukuk müşaviri, başvurucunun talebi hakkındaki görüşlerini sunmuştur. Hukuk müşaviri, özellikle nüfus cüzdanı üzerindeki din hanesine dini açıklamalar veya altkültürlerin yazılmasının ulusal birlik, cumhuriyet ilkeleri ve laiklik ile bağdaşmayacağını bildirmiştir. Bu doğrultuda müşavir, özellikle İslam bünyesinde bir alt-grubu tanımlayan "Alevi" deyiminin, bağımsız bir din veya bir İslam mezhebi olarak kabul edilemeyeceğini savunmuştur. Alevilik İslam'ın sufizmden etkilenen ve belirli kültürel özellikler taşıyan bir yorumudur.

Asliye Hukuk Mahkemesi 7 Eylül 2004 tarihinde başvurucunun talebini reddetmiştir. Bu mahkeme kararında, nüfus cüzdanındaki din hanesinin genel bilgi içerdiğini, Diyanet İşleri Başkanlığının görüşüne göre, Aleviliğin İslamın bir yorumu olduğunu, dolayısıyla Aleviliğin ayrı bir din değil ama İslam'ın bir yorumunu oluşturduğunu, ayrıca kimlik

kartlarında sadece dinlerin yer aldığını, belirli bir dinin bir yorumunun veya mezhebin adının yer almadığını, dolayısıyla Alevi olduğunu iddia eden kişi hakkında 'İslam' yazılmış olmasının bir hata oluşturmadığını belirtmiştir. Ayrıca Ali, İslam'ın dört halifesinden biri olduğundan ve Muhammed'in damadı olduğundan, kendisi İslam'ın önde gelen kişilerinden biri olarak kabul edilmelidir. Hırıstiyanlıkta da Katolikler ve Protestanlar gibi alt gruplar vardır ama hepsi Hırıstiyanlığa dayanmaktadır. Dolayısıyla bir kimsenin İslam'ın belirli bir yorumuna inanması, bu yorumun İslam olmadığı anlamına gelmez.

Başvurucu bu kararı temyiz etmiştir. Başvurucu, nüfus cüzdanında yazılması zorunlu olduğu için kendi rızası olmaksızın dini inancını ifşa etmek mecburiyetinde kaldığından şikâyetçi olmuş ve bu vesileyle Sözleşme'nin 9(1). fıkrası anlamında din ve vicdan özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca, 1587 sayılı Nüfus Hizmetleri Kanununun 43. maddesinden kaynaklanan ihtilaflı ibarenin T.C. Anayasası'nın 24. maddesindeki "kimse dini inanç ve düşüncelerini açıklamaya zorlanamaz" hükmüne aykırı olduğunu savunmuştur. Başvurucu, birincisi nüfus cüzdanının din hanesindeki İslam ibaresinin iptal edilmesi, ikincisi bu haneye "Alevi" yazılması şeklinde iki ayrı talepte bulunduğunu söylemiştir. Başvurucu, ilk derece mahkemesinin bu iki talebini ayrı ayrı inceleyebildiğini, birinci talebi kabul ettiğini ancak ikincisini söz konusu ifadenin T.C. Anayasası'nın 24(3). fıkrasına aykırı olduğu gerekçesiyle reddettiğini belirtmiştir. Başvurucu son olarak, talebinin reddedilmesiyle sonuçlanan davanın Diyanet İşleri Başkanlığı'nın mensubu olduğu mezhebi İslam'ın bir yorumu olarak vasıflandırmasına bakılarak karara bağlanmasına karşı çıkmıştır.

Yargıtay 21 Aralık 2004 tarihinde bir gerekçe göstermeden ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlali iddiası

[21-22]: Başvurucu, Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Başvurucu, nüfus cüzdanında yazılması zorunlu olduğu için kendi rızası olmaksızın dini inancını ifşa etmek mecburiyetinde kaldığından ve bu nedenle din ve vicdan özgürlüğü hakkının ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur. Başvurucuya göre, ihtilaflı ibarenin T.C. Anayasası'nın 24. maddesinde "kimse dini inanç ve düşüncelerini açıklamaya zorlanamaz" hükmünü içeren 3. fıkrasına uygun olduğu düşünülemez. Başvurucu, bu resmi belgenin talep edildiğinde idari makamlara, özel şirketlere veya herhangi bir formalite icabı başka mercilere sunulması gerektiğinin altını çizmektedir. Başvurucu öte yandan, nüfus cüzdanındaki "İslam" ibaresinin gerçeği yansıtmadığı gerekçesiyle inancı olan "Alevi" ibaresiyle değiştirilmesi için talepte bulunduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda başvurucu, talebinin reddedilmesiyle sonuçlanan davanın, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın mensubu olduğu inancı İslam'ın bir yorumu olarak vasıflandırmasına bakılarak karara bağlanmasına karşı çıkmıştır.

A. Kabuledilebilirlik

1. İç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı

23. Hükümet, yargı makamlarına yalnızca nüfus cüzdanındaki "İslam" ibaresinin kendi inancı olan "Alevi" ibaresiyle değiştirilmesini talep etmekle yetinen başvurucunun, din ve vicdan özgürlüğüyle ilgili şikâyetinde iç hukuk yollarını gerektiği gibi tüketmediğini savunmaktadır. Aslında, Hükümete göre, başvurucu hiçbir zaman nüfus cüzdanındaki bu din ibaresinin din ve vicdan özgürlüğüne aykırı olduğunu savunmamıştır.

24. Başvurucu verilen süre içerisinde bu konuyla ilgili görüşlerini sunmamıştır.

25. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 35(1). fıkrasında dile getirilen iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının temelinde, Mahkeme'ye başvurmadan önce başvurucunun davalı devlete yürürlükteki ulusal yasalarının sunduğu hukuki kaynakları kullanarak iç hukuk yollarıyla etkili ve yeterli bir şekilde iddia edilen ihlali telafi etme fırsatı vermesi gerektiği yatmaktadır (*Fressoz ve Roire, §37*).

26. Bu durumda, Mahkeme, dava açma gerekçesinde üzerinde dininin "İslam" olarak yazıldığı bir nüfus cüzdanı taşımaya mecbur edilmesine kesin karşı çıktığını dile getiren başvurucunun, din ve vicdan özgürlüğünün anayasada güvence altına alınmasına ve aynı zamanda laik bir devlet vatandaşı olmasına dayanarak ihtilaflı ibareyi açıkça reddettiğini gözlemlemektedir.

27. Mahkeme, olayların meydana geldiği dönemde, Türkiye'de nüfus cüzdanlarının üzerinde din ibaresinin zorunlu olduğunu ve anayasadaki "kimse dini inanç ve düşüncelerini açıklamaya zorlanamaz" hükmüne rağmen T.C. Anayasa Mahkemesi'nin 21 Haziran 1995 tarihinde verdiği kararda, bu durumu Anayasaya uygun bulunduğunu hatırlatır.

28. Bu itibarla, yukarıda belirtilen dönemdeki hukuksal düzenlemeleri göz önüne alan Mahkeme, nüfus cüzdanı üzerindeki "İslam" ibaresinin kendi mezhebi olan "Alevi" ibaresiyle değiştirilmesini talep eden başvurucunun, Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nın 24(3). fıkrasında güvence altına alınan din ve vicdan özgürlüğünden yararlanmaya çalıştığı konusunda şüphe duymamaktadır. Üstelik başvurucu, Yargıtay önünde din ibaresinin zorunlu olmasına açıkça karşı çıkarak, alternatif olarak kendi nüfus cüzdanı üzerinden bu ibarenin kaldırılmasını talep ettiği de bir gerçektir.

29. Bu nedenle Mahkeme, başvurucunun Türk mahkemelerine sunduğu dava dilekçelerinde Sözleşme'nin 9. maddesine dayalı şikâyetlerini açıkça dile getirdiği kanaatine varmaktadır. Bu nedenle, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki itirazının reddedilmesi uygundur.

2. Mağdur sıfatı

30. Hükümet, başvurucunun dinini açığa vurma özgürlüğünün ihlal edildiğini ileri süremeyeceğini savunmaktadır. Hükümete göre, başvurucunun talebinin reddedilmesi dinini açığa vurma özgürlüğünün özüne aykırı değildir, zira nüfus cüzdanı üzerindeki din ibaresi, ne bütün Türk vatandaşların zorla dini inanç ve düşüncelerini açığa vuran ve ne de ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yoluyla dinini açığa vurma özgürlüğünü kısıtlayan bir önlem olarak değerlendirilemez. Öte yandan, Türk mahkemelerinin içtihadına atıfta bulunan Hükümet, bu ibareyi tamamen iptal etmek isteyen bir kimsenin hukuk mahkemelerinde dava açma imkânı bulunduğunu savunmaktadır.

31. Mahkeme, Hükümetin başvurucunun mağdur sıfatı taşımadığı yönündeki argümanının başvurucunun Sözleşme'nin 9. maddesine dayalı şikâyetiyle yakından bağlantılı olduğu ve esasla birleştirilmesi gerektiği kanaatindedir (*Airey, §19*).

3. Diğer kabuledilemezlik gerekçeleri

32. Mahkeme bu şikayetin Sözleşme'nin 35(3). fıkrası anlamında açıkça temelsiz olmadığını ve başka bir nedenle de kabuledilemez bulunmadığını kaydeder. Dolayısıyla başvuru kabuledilebilir bulunmalıdır.

B. Sözleşme'nin 9. maddesine uygunluk

1. Tarafların iddia ve savunmaları

[33-36]: Hükümet, düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne bir müdahale bulunmadığını, çünkü kimlik kartında dinin belirtilmesi ile bu özgürlük arasında doğrudan bir bağlantı

bulunmadığını iddia etmiştir. Hükümete göre bu işlem, bireyi din veya inancını açığa vurmaya zorlamamakta, dini inançları nedeniyle kovuşturmaya tabi tutmmaktadır. Başvurucu dilekçesinde bunun söz konusu özgürlüğe bir müdahele oluşturduğunu belirtmiştir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

37. Mahkeme Sözleşme'nin 9. maddesinde yer alan düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, Sözleşme'deki anlamıyla demokratik bir toplumun temellerinden biri olduğunu hatırlatır. Bu özgürlük dini boyutuyla, inananların kimliklerini ve yaşam anlayışlarını oluşturmalarını sağlayan hayati unsurlardan birisidir; ama aynı zamanda ateist, agnostik, kuşkucu ve ilgisizler için de değerli bir kazanımdır. Demokratik toplumun vazgeçilmez bir öğesi olan ve yüzyıllarca süren mücadeleler sonucunda kazanılmış olan çoğulculuk, buna bağlıdır. Bu özgürlük özellikle bir dine bağlı olsun olmasın ve dini vecibeleri uygulasın uygulamasın herkes için geçerlidir (*Kokkinakis, §31; Buscarini ve Diğerleri [BD], §34*).

38. Din özgürlüğü esas olarak bireysel vicdan meselesi olsa da, aynı zamanda kişinin dinini, yalnız ve mahrem olarak veya toplum içinde başkalarıyla beraber, kamuya açık olarak ve aynı inancı paylaşanların camiası içinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir. Öte yandan Mahkeme, daha önce de Sözleşme'nin 9. maddesine göre özellikle bir dine bağlı olmama ve dini vecibelerini yerine getirmeme özgürlüğü gibi bazı negatif hakları irdeleme fırsatı bulmuştur (*Kokkinakis* ve *Buscarini ve Diğerleri* davaları).

39. Mahkeme mevcut olayda, Alevi inancına mensup olduğunu beyan eden başvurucunun, din hanesinde İslam yazan bir nüfus cüzdanı taşımak zorunda kaldığını kadyeder. Başvurucu 7 Mayıs 2004 tarihinde İzmir Asliye Hukuk Mahkemesinde din hanesine kendi mezhebinin yazılması talebiyle dava açmıştır. Ayrıca başvurucu, Yargıtay önünde dini inançlarını açığa vurmama hakkına atıfta bulunarak, din ibaresinin zorunlu olmasına karşı çıkmış ve alternatif olarak nüfus cüzdanı üzerinden bu ibarenin kaldırılmasını talep etmiştir. Bununla birlikte yerel mahkeme, Diyanet İşleri Başkanlığı'nın verdiği görüşe dayanarak, "nüfus cüzdanı üzerinde belirli bir dinin bir yorumunun veya mezhebin adının yer almadığını, sadece genel anlamda dinlerin adının yazıldığı" gerekçesiyle bu talepleri reddetmiştir. Ulusal mahkemeye göre, "Alevi inancı, İslam'ın sufizm ve belirli kültürel özelliklerden etkilenen bir yorumudur".

40. Mahkeme, olayların meydana geldiği dönemde uygulamada olan ulusal mevzuata göre başvurucunun her Türk vatandaşı gibi, üzerinde din ibaresi bulunan bir nüfus cüzdanı taşımak zorunda kaldığını gözlemlemektedir. Bu resmi belge hamilinin kimlik bilgilerini öğrenmek için talep eden her idari makama, özel şirkete ya da herhangi bir formalite icabı başka mercilere sunulması gerekmektedir.

41. Bu bağlamda Mahkeme, *Sofianopoulos ve Diğerleri* (*no. 1977/02 [k.k.]*) davasında nüfus cüzdanının, hangi din ya da inançtan olursa olsun, inananlara bir dini uygulama ya da açığa vurma hakkı sağlamak için bir araç olarak görülemeyeceğine hükmettiğini hatırlatır. Buna karşın Mahkeme, dinini ya da inancını açığa vurma özgürlüğünün aynı zamanda negatif bir yanı olduğu, yani bir bireyin din ya da mezhebini açığa vurmama ve böylesi bir inanca sahip olup olmadığını belli edecek davranışlarda bulunmak zorunda kalmama hakkı bulunduğu kanaatindedir. Bu nedenle, devlet yetkililerinin ne bireyin vicdan özgürlüğü alanına müdahale etme, ne dini inançlarını araştırma ve ne de kişinin Tanrı'yla ilgili düşüncelerini açığa vurmaya zorlama gibi bir yetkisi olamaz (*Alexandridis, §38*).

Mahkeme, mevcut davayı din ve vicdan özgürlüğünün negatif yanı, yani bireyin dini inançlarını açığa vurmama hakkı açısından inceleyecektir.

42. Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu ibarenin her Türk vatandaşını dini inanç ve düşüncelerini açığa vurmaya zorlayan bir uygulama olmadığı yönündeki Hükümetin savını

ikna edici bulmamıştır. Burada söz konusu olan hak, her bireyin iç dünyasına (forum internum) giren din veya inancını açığa vurmama hakkıdır. Bu hak, din ve vicdan özgürlüğü kavramına içkindir. Sözleşme'nin 9. maddesini din veya inancın açığa vurulması için her türlü zorlamaya izin verecek şeklinde yorumlamak, bu maddenin güvence altına aldığı özgürlüğün özüne dokunur (*Young, James ve Webster, §52; yine bakınız Anayasa Mahkemesi yargıçlarından birinin sunduğu karşı görüş*).

43. Öte yandan, nüfus cüzdanının (okul kaydı, kimlik kontrolü, askerlik hizmeti, vs. gibi durumlarda) sıkça kullanıldığı göz önüne alındığında, nüfus cüzdanı gibi resmi belgelerde dini inançların belirtilmesi idari makamlarla olan ilişkilerde ayrımcı davranışlara yol açabilir (*Sofianopoulos ve Diğerleri*).

44. Üstelik Mahkeme nüfus kütüklerinde ya da nüfus cüzdanlarında demografik nedenlerle dinin yazılmasının gerekliliğini anlayamamaktadır; böyle bir uygulama dini inançlarını istek dışı beyan etme zorunluluğu öngören bir yasal düzenlemeyi de beraberinde getirmiştir.

45. Öte yandan Mahkeme, başvurucunun talebinin reddedilmesiyle sonuçlanan davada, kendisinin mensup olduğu mezhebi İslam'ın bir yorumu olarak nitelendiren Diyanet İşleri Başkanlığı'nın görüşüne bakılarak karar verilmiş olmasına karşı çıktığını gözlemlemektedir. Bu noktada Mahkeme, devletin dini çoğulculuk da dâhil her türlü çoğulculuğun nihai garantörü olduğu demokratik bir toplumda, yetkili mercilerin görevinin, dinin bir yorumuna karşı diğerini lehine, kendi istekleri hilafına tek bir liderlik altında bir araya gelmeye zorlayan tedbirler almak olmadığını vurgulamıştır (*Şerif, §53*). İçtihatlarda tanınlandığı şekliyle devletin tarafsız ve nötr kalma ödevi, dini inançların meşruluğunu değerlendirme yetkisiyle bağdaşmaz; aynı grup içinden kaynaklansa bile, çelişen grupların birbirlerine hoşgörü göstermelerini sağlamayı gerektirir (*Manoussakis ve Diğerleri, §47; Bessarabia Metropoliten Kilisesi ve Diğerleri, §123*).

46. Bu nedenle Mahkeme, ulusal mahkemelerin başvurucunun inancıyla ilgili değerlendirme yaparken İslam dini alanını ilgilendiren işlerde yetkili bir makamın tavsiyesini esas almasının, devletin tarafsız ve nötr olma yükümlülüğüyle bağdaşmadığı kanaatindedir.

47. Hükümet, 5490 sayılı Kanunda yapılan değişiklikten sonra, başvurucunun din hanesinin boş bırakılmasını talep etme imkânı bulduğu hususunda Mahkeme'nin dikkatini çekmiştir.

48. Mahkeme, 29 Nisan 2006 tarih ve 5490 sayılı Kanun gereğince, nüfus kütüklerinin hâlâ bireylerin dini hakkında bir bilgi içerdiğini gözlemlemektedir (aynı kanunun 7. maddesi). Bununla birlikte, Kanunun 35. maddesinin 2. fıkrasına göre "aile kütüklerindeki din bilgisine ilişkin talepler, kişinin yazılı beyanına uygun olarak tescil edilir, değiştirilir, boş bırakılır veya silinir".

49. Mahkeme'ye göre bu yasa değişikliği, yukarıda ifade edilen değerlendirmeleri hiçbir şekilde etkilememektedir; zira nüfus cüzdanlarında dine ayrılan hane, boş veya dolu olarak var olmaya devem etmektedir. Öte yandan, nüfus cüzdanı üzerindeki dinle ilgili bilgiyi değiştirmek isteyen ya da burada dinlerinin yazılmasını istemeyen kimseler yazılı beyanda bulunmak zorundadırlar. Her ne kadar yasa ve yönetmelik metinlerinde bu beyanın içeriği hakkında bir bilgi bulunmasa da, Mahkeme nüfus kütüklerindeki din hanesinin kaldırılması talebinin başlı başına bireylerin Tanrı'ya karşı tutumlarının bir ifşasını oluşturabileceğini gözlemlemektedir (*Folgero ve Diğerleri [BD], §98; Hasan ve Eylem Zengin, §73*).

50. Başvurucu için durum böyledir. Başvurucu, inancının nüfus cüzdanı üzerinde yazılmasını sağlamak için yetkili makamlara inancını beyan etmek zorundadır. Bu şekilde

elde edilen ve günlük yaşamda sıkça kullanılan bir nüfus cüzdanı, başvurucuyu her kullanımda de facto olarak, istemeden dini inançlarını beyan etmek zorunda bırakan bir belge olmaktadır.

51. Her halükarda nüfus cüzdanı bir din hanesi içeriyorsa, bu haneyi boş bırakmak kaçınılmaz olarak belirli bir çağrışım yaratacaktır. Dinle ilgili hanesi boş bırakılan bir nüfus cüzdanı taşıyan kimseler, kendi iradeleri dışında ve kamu görevlilerinin müdahale riski altında, nüfus cüzdanlarında dini inançları yazılı kişilerden ayırt edileceklerdir. Diğer taraftan, nüfus cüzdanı üzerinde hiçbir ibare olmamasını talep etme yaklaşımı da bireyin manevi dünyası ile yakından bağlantılı bir davranıştır. Bunun sonucu olarak Mahkeme, bireyin en mahrem yönlerinden birinin hâlâ ifşa edildiği kanaatine varmaktadır.

52. Böylesi bir durum, hiç şüphesiz dinini veya inancını açığa vurmama özgürlüğü aykırı düşmektedir. Mahkeme'ye göre söz konusu ihlal, başvurucunun Alevi olan inancının nüfus cüzdanına yazılmaması değil, zorunlu veya isteğe bağlı olarak, din adının nüfus cüzdanına yazılması sorunudur. Bu nedenle Mahkeme, başvurucunun 29 Nisan 2006 tarihli yasa değişikliğine rağmen hâlâ bir ihlale maruz kaldığını iddia edebileceği sonucuna varmakta ve Hükümetin itirazını reddetmektedir.

53. Bu nedenlerle, Sözleşme'nin 9. maddesi ihlal edilmiştir.

II. Sözleşme'nin 6 ve 14. maddelerinin ihlal edildiği iddiası

(...)

III. Sözleşme'nin 41. ve 46. maddelerinin uygulanması

59. Başvurucu süresi içinde adil karşılık taleplerini iletmemiştir. Bu nedenle Mahkeme bu başlık altında başvurucuya herhangi bir ödemeye hükmedilmesine gerek bulunmadığını kabul etmektedir.

60. Mahkeme, mevcut davada, vatandaşların dininin nüfus kütüklerinde ya da nüfus cüzdanlarında yazılmasının dini açığa vurmama özgürlüğüyle bağdaşmadığına karar verdiğini gözlemlemektedir. Varılan bu sonuçlar başlı başına gösteriyor ki, başvurucunun Sözleşme'nin 9. maddesinde teminat altına alınan hakkıyla ilgili ihlal tespiti, nüfus cüzdanı üzerine, zorunlu veya isteğe bağlı olarak, dinin yazılmasından kaynaklanan bir soruna dayanmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, dine ayrılan hanenin iptal edilmesinin tespit edilen ihlalin telafisi için uygun bir çözüm yolu oluşturacağı kanaatine varmaktadır.

BU GEREKÇELERE MAHKEME,

1. Çoğunlukla, başvurunun kabuledilebilir olduğuna;
2. Bire karşı altı oyla, Hükümetin başvurucunun mağdurluk statüsü bulunmadığı itirazının esasla birleştirilmesine ve bire karşı altı oyla itirazın reddine;
3. Bire karşı altı oyla Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğine;
4. Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 6 ve 14. maddelerinin ihlal edilmiş olup olmadığını incelemenin gerekli olmadığına

KARAR VERMİŞTİR.

Yargıç Cabral Barreto'nun karşı oy görüşü karara eklemiştir.

07.07.2011 23459/03 BAYATYAN - ERMENİSTAN [BD]

♦ *vicdani ret* (Yehova Şahidi olan başvurucunun zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmemesi ve askerlikten kaçması nedeniyle hapis cezasına mahkum edilmesi) ■ düşünce, din ve vicdan özgülüğü

DAVANIN ESASI

1983 doğumlu olan başvurucu Yehova Şahidi olup, 1997'den itibaren Yehova Şahitleri'nin çeşitli dini hizmetlerine katılmış ve 1999 yılında vaftiz edilmiştir. Askerlik hizmetiyle yükümlü olan başvurucunun 2001 bahar döneminde askere alınması kararlaştırılmıştır. Başvurucu 1 Nisan 2001'de asker alımının başlangıcında, Ermenistan makamlarına aşağıdaki ifadeyi içeren mektup göndermiştir:

"Ben 1983 doğumlu Vahan Bayatyan, size 1996'dan beri İncil'i incelediğimi, vicdanımı İncil'le, Isiah 2:4'teki sözlerle uyum içinde eğittiğimi ve askerlik hizmetini yerine getirmeyi bilinçli olarak reddettiğimi bildiriyorum. Aynı zamanda askerlik hizmeti yerine alternatif bir sivil hizmeti yerine getirmeye hazır olduğumu bildiriyorum."

Mayıs ayı başlarında başvurucunun evine 15 Mayıs 2001'de askerlik hizmeti için hazır bulunması için bir celpname gönderilmiştir. 14 Mayıs 2001'de askerlik şubesinden bir görevli başvurucunun evine telefon etmiş ve annesine başvurucunun ertesi gün askerlik hizmetine başlamak için çağırıldığından haberi olup olmadığını sormuştur. Aynı akşam başvurucu askere zorla götürülmekten korktuğu için evinden geçici olarak taşınmıştır. Ertesi gün askerlik şubesinden bir görevli başvurucunun evine telefon etmiş ve annesinden başvurucunun yerine öğrenmek istemiştir. Eğer gönüllü olarak gelmezse başvurucunun zor kullanılarak askere götürüleceğini söylemiştir. 17 Mayıs 2001 sabahı görevliler evin kapısını çalmışlar ama kapı açılmamıştır. Aynı gün başvurucunun annesi askerlik şubesine gitmiş, başvurucunun evi terk ettiğini ve kendisinin ne zaman döneceğini bilmediğini söylemiştir.

29 Mayıs 2001'de Ulusal Meclis'in Devlet ve Hukuk İşleri Komisyonu başvurucunun 1 Nisan 2001 tarihli mektubuna şu yanıtı vermiştir:

"Bildirinizle ilgili olarak … size Ermenistan Cumhuriyeti'nin mevzuatı gereğince her vatandaşın… Ermenistan ordusuna hizmet etmek zorunda olduğunu bildiriyoruz. Ermenistan'da alternatif hizmete dair bir kanun henüz kabul edilmediğinden mevcut kanuna uymak ve Ermenistan ordusuna hizmet etmek zorundasınız."

1 Ağustos 2001'de, soruşturmacı Ceza Kanunu'nun 75. maddesine dayanarak, başvurucunun askerlikten kaçması nedeniyle cezai soruşturma başlatmıştır. 1 Ekim 2001'de soruşturmacı başvurucu hakkında beş karar vermiştir: (1) Ceza Kanunu'nun 75. maddesi uyarınca başvurucunun askerlikten kaçmakla suçlanması; (2) başvurucunun tutuklanmasına karar vermesi için mahkemeye başvurulması; (3) başvurucunun kaçak ilan edilmesi ve başvurucu için arama başlatılması; (4) başvurucunun haberleşmesinin denetimi için mahkemeye başvurulması; (5) başvurucu bulunana kadar işlemlerin askıya alınması. Başvurucuya veya ailesine bu kararlar bildirilmemiştir.

2 Ekim 2001'de Erivan'daki bir mahkeme, başvurucunun haberleşmesinin denetimi ve başvurucunun tutuklanması hakkında karar vermiştir. Başvurucu ve ailesi bu kararlardan haberdar edilmiştir. Soruşturma yapan yetkililer başvurucunun Eylül 2002'de yakalanmasına kadar onlarla iletişim kurma girişiminde bulunmamışlardır.

26 Nisan 2002'de Sözleşme, Ermenistan bakımından yürürlüğe girmiştir.

4 Eylül 2002'de, başvurucu işteyken iki polis memuru aile evine gitmiş, anne babasına başvurucunun arananlar listesinde bulunduğunu bildirmiş ve başvurucunun bulunduğu yeri sormuştur. 5 Eylül 2002'de polis memurları yeniden geldikleri evde başvurucuyu bulmuşlar ve polis merkezine götürmüşler, burada başvurucunun arananlar listesinde olduğunu öğrenilince, gönüllü teslim olma kaydı düzenlenmiştir. Başvurucu aynı gün, Nubarashen tutma merkezine konmuştur. 9 Eylül 2002'de başvurucu hakkındaki cezai soruşturma yeniden başlatmıştır.

11 Eylül 2002'de başvurucuya 1 Ekim 2001'de soruşturmacının suçlamaları ilk kez bildirilmiştir. Aynı tarihteki sorgulanmasında başvurucu askerlik hizmetini yerine getirmeyi dini inançları nedeniyle bilinçli olarak reddettiğini ancak askerlik hizmeti yerine alternatif bir sivil hizmeti yerine getirmeye hazır olduğunu belirtmiştir. Aynı tarihte, başvurucunun ve avukatının davayı görmesine izin verilmiştir.

18 Eylül 2002'de iddianame tamamlanmış ve 23 Eylül 2002'de de savcı tarafından onaylanmıştır. 22 Ekim 2002'de başvurucunun yargılanmasına Erivan'ın Erebuni ve Nubarashen Bölge Mahkemesi'nde başlanmıştır. 28 Ekim 2002 tarihinde bu mahkeme başvurucuyu suçlu bulmuş ve bir yıl altı ay hapis cezasına mahkum etmiştir.

29 Kasım 2002'de savcı daha ağır bir ceza istemiyle bu karara karşı üst mahkemeye başvurmuştur. Başvurucu ise 19 Aralık 2002 tarihli üst başvurusunda, mahkumiyet kararının Anayasadaki ve Sözleşme'nin 9. maddesindeki ve diğer uluslararası belgelerdeki din ve vicdan özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia etmiş ve mevzuatta altenatif bir sivil hizmet bulunmamasının, vicdani sebeplerle askerlik hizmetinde bulunmayı reddeden bir kişinin mahkumiyetini haklı kılamayacağını belirtmiştir.

24 Aralık 2002'de Askeri Ceza Üst Mahkemesi önündeki yargılama sırasında savcı, başvurucuya daha ağır bir ceza verilmesi gerektiğini çünkü başvurucunun soruşturma sırasında saklandığını öne sürmüştür. Başvurucu ise, askerlik hizmeti konusunda dini inançlarını terk etmesi için kendisine baskı yapıldığını, hem savcının hem de hâkimlerden birinin, itirazını geri çekip askerlik hizmetine başlaması halinde hakkındaki davayı düşürmeyi teklif ettiklerini söylemiştir.

Aynı gün Üst Mahkeme, savcının başvurusunu kabul etmiş ve başvurucunun cezasını iki buçuk yıla çıkarmıştır. Üst Mahkemeye göre başvurucu suçluluğunu reddetmekle kalmamış, suç işlediğinden pişmanlık ta duymamış, suçun aydınlanması için yardımcı olmamış, soruşturma sırasında saklanmış olup arama kararı çıkarılmıştır. Üst Mahkeme bu koşulların yanında, suçun niteliği, saiki ve yarattığı sosyal tehlike göz önünde tutarak, cezanın artırılmasına karar vermiştir. Başvurucu daha önce savunduğu gerekçelerle Temyiz Mahkemesine başvurmuştur.

Temyiz Mahkemesi 24 Ocak 2003'te temyizi reddetmiştir. Temyiz Mahkemesine göre Anayasanın 23. maddesindeki düşünce, din ve vicdan özgürlüğü, yine Anayasanın 44. maddesindeki devletin güvenliği, kamu güveni ve kamu düzeninin korunması sebepleriyle sınırlamalara tâbi tutulabilir; benzer sebepler Sözleşme'nin 9(2). fıkrasında da vardır.

Başvurucu on buçuk ay hapis ceazsı yattıktan sonra 22 Temmuz 2003'te koşullu salıverilmiştir.

Karşılaştırmalı hukuk: Bir zamanlar veya halen zorunlu askerlik hizmeti bulunan Avrupa Konseyi üyesi hemen hemen bütün devletlerin çeşitli zamanlarda vicdani ret hakkını tanıyan kanunlar çıkardıkları anlaşılmaktadır. Bunlardan ilki 1916'da Birleşik Krallıktır, onu Danimarka (1917), İsveç (1920), Hollanda (1920-1923), Norveç (1922), Finlandiya (1931), Almanya (1949), Fransa ve Lüksemburg (1963), Belçika (1964), İtalya (1972), Avusturya (1974), Portekiz (1976) ve İspanya (1978) izlemiştir. Bu hakkı tanımayan

ülkelerde de 1980'lerin sonu ve 1990'larda büyük bir tanıma dalgası ortaya çıkmıştır. Polonya (1988), Çek Cumhuriyeti ve Macaristan (1989), Hırvatistan (1990), Estonya, Moldova ve Slovenya (1991), Kıbrıs, eski Yugoslavya Federal Cumhuriyeti ve Ukrayna (1992), Letonya (1993), Slovakya Cumhuriyeti ve İsviçre (1995), Bosna Hersek, Litvanya ve Romanya (1996), Gürcistan ve Yunanistan (1997) ve Bulgaristan (1998) bu hakkı tanımışlardır.

Kalan üye devletlerden, 1992'de silahsız bir askerlik hizmeti yerine getirme olanağı sağlayan Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti de 2001'de gerçek bir alternatif sivil hizmet getirmiştir. Rusya 1993'te Arnavutluk 1998'te vicdani ret hakkını anayasal olarak tanımışlar ve sırasıyla 2004 ve 2003'te hakkı uygulamaya başlamışlardır. Azerbaycan, vicdani ret hakkını 1995'te anayasal olarak tanımış ancak uygulama kanunu henüz çıkarmamıştır. Türkiye'de vicdani retçiler tanınmamaktadır.

Vicdani ret hakkının bir zamanlar tanınmış veya halen tanınmakta olan ve tam olarak uygulandığı üye devletlerin çoğunda, vicdani ret statüsü yalnızca dini inançlar temelinde değil ama aynı zamanda nispeten daha geniş, dini nitelikli olmayan kişisel inançlar temelinde de talep edilebilmiş veya halen talep edilebilmektedir. İki istisna Romanya ve Ukrayna'dır, bu ülkelerde vicdani ret statüsü yalnızca dini sebeplerle sınırlıdır. Polonya, Belçika ve Finlandiya gibi bazı üye devletlerde vicdani ret statüsü yalnızca barış zamanında uygulanabilirken Karadağ ve Slovakya Cumhuriyeti gibi ülkelerde bu statüyü talep etme hakkı yalnızca seferberlik veya savaş zamanında geçerlidir. Son olarak, Finlandiya gibi bazı üye devletler, belirli vicdani retçi kategorilerinin alternatif hizmetten de muaf tutulmasına izin vermektedir.

İlgili uluslarası belgeler ve uygulama

A. Avrupa belgeleri

1. Avrupa Konseyi

Vicdani ret hakkından Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (AKPM) tarafından ilk defa 1967 yılında 337 sayılı Karar'ında (1967) söz edilmiş ve şu temel ilkeler belirlenmiştir:

"1. Askeri hizmetle yükümlü ve vicdani sebeplerden ya da dini, etik, ahlaki, insani, felsefi veya benzeri sebeplerden gelen güçlü inançları sebebiyle silahlı hizmeti yerine getirmeyi reddeden kimseler, bu hizmeti yerine getirme yükümlülüğünden muaf tutulma yönünde kişisel bir haktan yararlanmalıdırlar.

2. Bu hakkın mantıksal olarak, hukuk devletlerinde yaşayan bireylerin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinde güvence altına alınan temel haklardan türediği kabul edilmelidir."

AKPM bu Karar'a dayanarak, Bakanlar Komitesi'nin üye devletleri ulusal mevzuatlarını temel ilkelere mümkün olduğunca uyumlu hale getirmeye davet etmesi için çağrıda bulunan 478 sayılı Tavsiye kararını almıştır. AKPM bu temel ilkeleri 816 sayılı (1977) ve 1518 sayılı (2001) Tavsiye kararlarında da tekrar etmiş ve geliştirmiştir. Sözü geçen ikinci tavsiye kararında, vicdani reddin, Sözleşme'de yer alan "düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün temel bir görünüşü" olduğu belirtilmiştir. Sadece beş üye devletin bu hakkı henüz tanımadığına işaret etmiş ve Bakanlar Komitesi'nin bu ülkeleri hakkı tanımaya davet etmesini tavsiye etmiştir.

2006 yılında AKPM, üye devletleri, diğerlerinin yanında, mevzuatlarına her zaman vicdani retçi olarak kaydedilme hakkını ve profesyonel askerlerin de bu statüye kavuşabilme hakkını getirmeye çağıran, silahlı kuvvetler mensuplarının insan haklarıyla ilişkili 1742 sayılı (2006) Tavsiye kararını almıştır.

Bakanlar Komitesi 1987 yılında, üye devletlerin vicdani ret hakkını tanımalarını tavsiye eden ve henüz tanımamış olan hükümetleri ulusal mevzuatlarını aşağıdaki temel ilkeyle uyumlu hâle getirmeye davet eden R(87)8 sayılı Tavsiye Kararını almıştır: "Askeri hizmetle yükümlü, zorlayıcı vicdani sebeplerden ötürü silah kullanımına katılmayı reddeden herkes bu hizmeti yerine getirmekten muaf tutulma hakkına sahip olacaktır…[ve] alternatif hizmeti yerine getirmekle yükümlü tutulabilir…"

Bakanlar Komitesi 2010 yılında, üye devletlerin, silahlı kuvvetler mensuplarının düşünce, din ve vicdan özgürlüklerine getirilen sınırlamaların Sözleşme'nin 9(2). fıkrasına uygun olmasını, askere çağırılan kimselerin vicdani retçi statüsüne kavuşma hakkının bulunmasını ve sivil nitelikli alternatif hizmetin kendilerine teklif edilmesini sağlamasını tavsiye eden CM/Rec(2010)4 sayılı Tavsiye kararını almıştır. Bu Tavsiye Kararı'nın Açıklama Notu'nda özel olarak şöyle denmiştir: "Vicdani ret hakkının Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında olduğu henüz Mahkeme tarafından tanınmamıştır. Ne var ki, uluslararası alanlardaki güncel eğilim, bu hakkı din ve vicdan özgürlüğünün bir parçası olarak kabul etmektir."

2. Avrupa Birliği

Avrupa Konseyi organları tarafından geliştirilen ilkeler Avrupa Parlamentosu'nun 7 Şubat 1983, 13 Ekim 1989, 11 Mart 1993 ve 19 Ocak 1994 tarihli kararlarına yansımıştır. Avrupa Parlamentosu, benzer şekilde vicdani ret hakkının, Sözleşme'nin 9. maddesinde tanındığı şekliyle düşünce, din ve vicdan özgürlüğü kavramının özünde bulunduğunu kabul etmiş ve Avrupa Birliği üye devletlerini vicdani ret hakkını bir temel hak olarak hukuk sistemlerinin kapsamına almaya çağırmıştır.

7 Aralık 2000 tarihinde ilan edilen ve 1 Aralık 2009 tarihinde yürürlüğe giren Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 10(1). fıkrasında düşünce, din ve vicdan özgürlüğü tanınmıştır. Bu maddenin ikinci fıkrası şöyledir: "Vicdani ret hakkı, bu hakkı düzenlenyen ulusal kanunlara göre tanınır."

B. Diğer uluslararası belgeler ve uygulama

1. Birleşmiş Milletler

BM İnsan Hakları Komisyonu 1987/46 sayılı Karar'ında devletleri vicdani ret hakkını tanımaya ve bu hakkı kullanan kimseleri hapis cezasına çarptırmamaya davet etmiştir. Bunu takip eden 1989/59 sayılı kararında Komisyon, bir adım daha ileri gitmiş ve vicdani ret hakkını, İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin 18. maddesi ve Medeni ve Siyasal Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin (MSHİUS) 18. maddesinde tanınan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün meşru bir kullanımı olarak tanımıştır. Bu konuda daha sonraki 1993/84, 1995/83 ve 1998/77 sayılı Kararlar, var olan ilkeleri teyit etmiş ve genişletmiştir. Komisyon daha sonra birçok kez, devletleri kanunlarını ve uygulamaları bu kararlar ışığında gözden geçirmeye davet etmiştir. 2004/35 sayılı Karar'da devletlerin askerlik görevini yerine getirmeyi vicdani ret temelinde reddedenler için af ve hakların iadesini sağlamayı düşünmelerini desteklemiştir.

MSHİUS BM Genel Kurulu tarafından 19 Aralık 1966 tarihli 2200 A (XXI) sayılı kararıyla kabul edilmiş, 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiş ve Ermenistan tarafından 23 Haziran 1993'te onaylanmıştır. MSHİUS'un zorla çalıştırma yasağını düzenleyen 8. maddesi ile düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü düzenleyen 18. maddesi konuyla ilgilidir.

MSHİUS'un uygulanmasını izleyen kuruluş olan BM İnsan Hakları Komitesi (BMİHK), bireysel şikâyetleri incelerken, başlangıçta MSHUİS'nin 18. maddesinin, özellikle 8/3-c-ii bendi göz önünde bulundurulduğunda, vicdani ret hakkını öngörmediğini kabul etmiştir. Finlandiyalı bir vicdani retçinin yaptığı şikâyet, MSHUİS'nin hükümleriyle uyumlu

olmadığı gerekçesiyle kabuledilebilir bulunmamıştır (L.T.K – Finlandiya, 185/1984 sayılı Bildirim, B.M. Belge. CCPR/C/25/D/185/1984, 9 Temmuz 1985).

BMİHK'nın yaklaşımındaki ilk değişim, her ne kadar dolaylı bir görüş (obiter dictum) olarak da olsa "[MSHİUS] 18. maddesinin, askeri eylemleri ve harcamaları vicdani olarak reddetmek de dâhil, görüşlere ve inançlara sahip olma, bunları ifade etme hakkını kuşkusuz [koruduğunu]" kabul ettiği 7 Kasım 1991 tarihli J.P. / Kanada kararında görülmektedir (446/1991 sayılı Bildiri, B.M. belgesi CCPR/C/43/D/446/1991, 7 Kasım 1991). BMİHK 1993'te 18. madde hakkında, diğerlerinin yanında, bu maddenin aşağıdaki şekilde yorumunu içeren 22 sayılı Genel Görüş'ü kabul etmiştir:

"11. …Sözleşme vicdani ret hakkından açıkça söz etmemektedir, ancak öldürücü kuvvet kullanma yükümlülüğü vicdan özgürlüğüyle ve kişinin dinini ya da inancını ifade edebilme hakkıyla ciddi şekilde çelişebileceğinden, Komite bu hakkın 18. maddeden türetilebileceğine inanmaktadır…"

BMİHK'nin tutumundaki daha sonraki bir gelişme, Komite'nin vicdani ret hakkının tanınmadığı bir devletteki iki Yehova Şahidi'nin şikâyetlerini ilk defa ele alması gerektiği Yeo-Bum Yoon – Kore Cumhuriyeti ve Myung-Jin Choi – Kore Cumhuriyeti dosyalarında 3 Kasım 2006 tarihinde kabul ettiği görüşlerinde gerçekleşmiştir. BMİHK, başvurucunun 18. maddeyle garanti altına alınan haklarına müdahalenin gerekli olmadığı ve söz konusu hükmün ihlal edildiği sonucuna varmıştır (1321/2004 ve 132272004 sayılı Bildirimler, B.M. Belge CCPR/C/88/D1321-1322/2004, 23 Ocak 2007).

Vicdani retçilerin özgürlüklerinden yoksun bırakılmaları sorunu, 1991'de Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nca kurulmuş olan Keyfi Tutma Hakkında Çalışma Grubu tarafından bireysel başvuru usulü bağlamında birkaç kez ele alınmıştır. Yakın zamana kadar, Grubun esas kaygısı vicdani retçilerin tekrar tekrar cezalandırması ve hapsedilmesi sorunu olmuştur. Grup bunu aynı suçtan iki kez yargılanmama ilkesini (non bis in idem) ihlal ettiği gerekçesiyle keyfi bulmuştur (bkz. örnek olarak 26/1999 sayılı Görüş (Türkiye ve 24/2003 sayılı Görüş (İsrail)). Grup 2008'de bir adım daha ileri atmış ve Türkiye'deki bir vicdani retçinin kovuşturulduğu, mahkûm edildiği ve özgürlüğünden yoksun bırakıldığı tek bir olayda bunun keyfi olduğuna karar vermiştir (bkz. 16/2008 sayılı Görüş (Türkiye)).

2. Amerikalılararası insan haklarının korunması sistemi

Amerikan İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6/3-b bendi ile 12. maddesinin hükümleri, Avrupa Sözleşmesi'nin 4/3-b bendi ile 9. maddesinin hükümleriyle benzerdir.

1997 ve 1998'de Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu, mevzuatları vicdani retçileri askerlik hizmetinden muaf tutmayan üye devletleri, hukuk düzenlerini gözden geçirmeye ve vicdani ret halinde askerlik hizmetinden muafiyet sağlayan mevzuat değişiklikleri aracılığıyla uluslararası insan hakları hukukunun ruhuna uygun düzenlemeler yapmaya davet etmiştir.

Amerikalılararası İnsan Hakları Komisyonu 10 Mart 2005'te ilk defa vicdani ret hakkına ilişkin bireysel bir başvuru hakkında karar vermiştir. Komisyon, Sözleşme'nin 12. maddesinin, m.6/3-b hükmüyle birlikte okunması gerektiğine karar vermiş ve Amerikan Sözleşmesi'ne göre vicdani reddin yalnızca tanındığı ülkelerde korunduğu sonucuna varmıştır. Amerikalılararası Komisyon bu kararı verirken, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'nun ve BMİHK'ın 2005'ten önceki içtihadına büyük ölçüde dayanmıştır. (bkz. Cristián Daniel Sahli Vera ve Diğerleri – Şili, Dosya 12.219, Rapor no. 43/05, 10 Mart 2005, para. 95-97). Bu yaklaşım Amerikalılar-arası Komisyon tarafından daha sonra

diğer bir dosyada teyit edilmiştir (bkz. Alfredo Díaz Bustos – Bolivya, Dosya 14/04, Rapor no. 97/05, 27 Ekim 2005, para. 19).

3. Gençlerin Haklarına İlişkin Iber-Amerikan Gençlik Sözleşmesi

10-11 Ekim 2005 tarihinde, Iber-Amerikan Gençlik Örgütü tarafından, 15 ilâ 24 yaşları arasında bulunan gençlerin haklarını düzenleyen "Gençlerin Haklarına İlişkin İber-Amerikan Sözleşmesi" kabul edilmiştir. Bu Sözleşme'nin 12. maddesine göre, gençlik zorunlu askerlik hizmetine karşı vicdani redde bulunma hakkına sahiptir; devletler zorunlu askerlik hizmetini tedricen kaldırmayı ve bu hakkın kullanılmasını güvence altına alınan yasal tedbirler almayı taahhüt ederler.

4. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT)

1990 yılında AGİT de vicdani ret sorununu ele almıştır. İnsani Boyut Konferansı'na katılan devletler Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun vicdani ret hakkını tanıdığına işaret etmişler ve hukuk sistemlerine alternatif hizmetin çeşitli biçimlerini getirmek üzerine düşünmeye anlaşmışlardır. AGİT 2004'te, içerisinde bu konuda denetleyici uluslararası bir standart bulunmadığı halde, çoğu demokratik ülkedeki açık eğilimin askeri hizmete dini veya ahlaki, ciddi itirazları olanların alternatif (askeri olmayan) hizmet yerine getirmelerine izin vermek olduğunu gözlemlediği bir Din ya da İnançla İlgili Mevzuatı Gözden Geçirme Kılavuzu'nu hazırlamıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiği iddiası

[71-91]: Başvurucu, askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddetmesi nedeniyle mahkum edilmesinin Sözleşme'nin 9. maddesini ihlal ettiğinden şikayetçi olmuştur.

Mahkeme Dairesi 27 Ekim 2009 tarihli kararında, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin çoğunluğunda vicdani retçiler için alternatif hizmetler öngörüldüğünü kaydetmiştir. Ancak Sözleşme'nin 9. maddesi, vicdani retçiliği tanımayı Sözleşmeci Devletlere bırakan 4(3)(b) bendi ile birlikte yorumlanması gerekir. Sözleşmeci Devletlerin büyük çoğunluğunda bu hakkın tanınmış olması, bu hakkı tanımamış olan bir Sözleşmeci Devletin Sözleşme'den doğan yükümlülüklerinin ihlal ettiği iddiasına dayanak olarak ileri sürülemez. Daire, bu durumda Sözleşme'nin 9. maddesinin vicdani sebeplerle askerlik hizmetini reddetmeyi güvence altına almadığı ve dolayısıyla 9. maddenin olayda uygulanabilir olmadığı sonucuna varmıştır.

Başvurucu ve Hükümet ile davaya katılan örgütler (Af Örgütü, Uluslararası Barış ve Vicdan, Danışma için Dünya Dostları Komitesi, Uluslararası Hukukçular Komisyonu, Uluslararası Savaş Karşıtları, Yehova Şahitleri Avrupa Derneği), Sözleşme'nin 9. maddesinin uygulanabilirliği ve 9. maddeye uygunluk konusunda görüşlerini sunmuşlardır.

C. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Sözleşme'nin 9. maddesinin uygulanabilirliği

92. Hükümet, Komisyon'un içtihadına atıfta bulunarak 9. maddenin başvurucunun davasına uygulanabilirliğine itiraz ederken, başvurucu ve müdahiller içtihadın eski olduğunu iddia etmişler ve günümüz koşullarıyla uyumlu hâle getirilmesini talep etmişlerdir.

(a) Konuyla ilgili içtihadın özeti

93. Mahkeme, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'nun başlangıçtaki yaklaşımını, sadece askerlik hizmetinden değil, ama aynı zamanda ikame sivil hizmetten de muaf tutulmayı isteyen bir Yehova Şahidi'yle ilgili *Grandrath – Almanya* (*no. 2299/64, 12 Aralık 1966*

tarihli Komisyon Raporu) başvurusunda belirlenmiş olduğunu gözlemlemektedir. Başvurucu, yetkililerin kendisine vicdanına ve dinine aykırı bir hizmet dayatmaları ve bu hizmeti yerine getirmeyi reddettiği için kendisini cezalandırmaları nedeniyle Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Komisyon ilk olarak, 9. maddenin düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü genel olarak güvence altına alırken, 4. maddenin vicdani retçilere askerlik hizmeti yerine gördürülecek zorunlu hizmeti açıkça ele alan bir hüküm içerdiğini gözlemlemiştir. Komisyon, 4. madde vicdani retçilere askerlik hizmeti yerine sivil hizmetin dayatılabileceği açıkça tanıdığı gerekçesiyle, Sözleşme'ye göre vicdani reddin kişiye bu tür bir görevden muafiyet hakkını vermeyeceği sonucuna varmıştır. Komisyon 9. maddedeki "din ve vicdan özgürlüğü" kavramının yorumlanmasına ilişkin sorunları incelemenin yersiz olduğuna karar vermiş ve bağımsız olarak değerlendirilen hükmün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

94. Aynı şekilde Komisyon, *G.Z. – Avusturya* (*no. 5591/72, 2 Nisan 1973, Komisyon [k.k.]*) başvurusunda 9. maddeyi yorumlarken, zorla veya zorunlu çalıştırmanın "askeri nitelikte bir hizmet veya inanç nedeniyle askeri hizmetlere katılmama hakkının tanındığı ülkelerde zorunlu askeri hizmet yerine yüklenen başka bir hizmet"i kapsamayacağı öngören Sözleşme'nin 4/3-b bendini de dikkate aldığını söylemiştir. Sözleşme'nin 4/3-b bendine "hakkının tanındığı ülkelerde" ifadesi dâhil edilerek vicdani retçileri tanıyıp tanımama ve eğer tanınırlarsa ikame bir hizmet getirip getirmeme seçimi Sözleşmeci Taraflara bırakılmıştır. Komisyon bu nedenle, 9. maddenin 4/3-b bendiyle sınırlandırıldığı gibi, bir devlete vicdani retçileri tanıma ve buna bağlı olarak zorunlu askerlik hizmetini etkilediği ölçüde onların din ve vicdan özgürlüklerini yaşamaları için özel düzenlemeler yapma yükümlülüğü getirmediğini tespit etmiştir. Bundan çıkan sonuç, bu maddelerin vicdani retçileri tanımayan bir devletin askerlik hizmetini reddedenleri cezalandırmasını engellemediğidir.

95. Bu yaklaşım daha sonra, başvurucunun ikame sivil hizmeti de vicdanen reddetmesiyle ilgili *X. - Almanya* başvurusunda Komisyon tarafından teyit edilmiştir (*no. 7705/76, 5 Temmuz 1977 tarihli Komisyon [k.k.]*). Komisyon, *Vicdani retçiler - Danimarka* (*no. 7565/76, 7 Mart 1977 tarihli Komisyon [k.k.]*) başvurusunda, vicdani reddin Sözleşme tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlükler arasında yer almadığını tekrarlamıştır. Komisyon, *A. - İsviçre* (*no. 10640/83, 9 Mayıs 1984 tarihli Komisyon [k.k.]*) başvurusunda görüşünü teyit etmiş ve askerlik hizmetinde bulunmayı reddettiği için başvurucuya verilen cezanın veya cezanın ertelenmemesinin 9. maddesini ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

96. Sözleşme'nin vicdani ret hakkını garanti altına almadığı tespiti, daha sonra çeşitli vesilelerle Komisyon tarafından desteklenmiştir (*N. – İsveç, no. 10410/83, 11 Ekim 1984 tarihli Komisyon [k.k.]*; *Autio – Finlandiya, no. 17086/90, 6 Aralık 1991 tarihli Komisyon [k.k.]*; *Peters* (*no. 22793/93*); *Heudens* (*no. 24630/94*). Bu başvurularda Komisyon yine de, yukarıdaki ilkelere bağlı olmaksızın, olayların 9. maddenin alanına girdiğini ve bu nedenle başvurucuların ayrımcılık iddialarını Sözleşme'nin 14. maddesine göre incelenebileceğini kabul etmiştir.

97. Vicdani ret meselesi iki davada Mahkeme önüne getirilmiştir. Ne var ki, Mahkeme bu başvurularda 9. maddenin uygulanabilirliği sorununu incelemeyi gerekli görmemiş ve konuyu Sözleşme'nin diğer hükümleri, yani 14. ve 3. maddelerine göre ele almaya karar vermiştir (*Thlimmenos, §43. ve 53; Ülke, §53-54 ve 63-64*).

(b) İçtihadı değiştirme gereğinin bulunup bulunmadığı

98. Hukuki belirginlik, öngörülebilirlik ve hukuk önünde eşitlik gereği, Mahkeme'nin önceki davalarda oluşturduğu içtihadından sağlam bir neden olmadan ayrılmaması gerekiyor

ise de, Mahkeme'nin dinamik ve evrimci bir yaklaşımı sürdürmemesi de, Mahkeme'nin reform ve ilerleme önünde bir engele dönüşmesi tehlikesini doğurur (*Vilho Eskelinen ve Diğerleri [BD], §56; Micallef [Büyük Daire], §81*). Sözleşme'nin hakları, teorik ve yanıltıcı değil kullanışlı ve etkili hâle getirecek şekilde yorumlaması ve uygulaması büyük önem taşımaktadır (*Stafford [BD], §68; Christine Goodwin [BD], §74*).

99. Mahkeme bu davadan önce, 9. maddeyi vicdani retçilere uygulamayı reddetmiş olan Komisyon'un aksine, bu maddenin vicdani retçilere uygulanabilirliği sorunu üzerine karar vermiş değildir. Komisyon, Sözleşme'nin vicdani ret hakkını tanıyıp tanımamayı Sözleşmeci Devletlere bıraktığını belirterek, 9. madde ile 4/3-b bendi arasında bir bağlantı kurmuştur. Bunun sonunda vicdani retçiler, askeri hizmetini reddetme sebebiyle yargılanmama hakkını güvence altına almayan 9. maddenin kapsamı dışında bırakılmışlardır.

100. Ne var ki Mahkeme, Sözleşme'nin 4/3-b bendinin bu yorumunun, hükmün gerçek amacını ve anlamını yansıttığına ikna olmuş değildir. Mahkeme 4/3-b bendinin "askeri nitelikte bir hizmet veya inanç nedeniyle askeri hizmetlere katılmama hakkının tanındığı ülkelerde zorunlu askeri hizmet yerine yüklenen başka bir hizmet"i, 4/2 fıkrasında yasaklanan "zorla ve zorunlu çalışma"nın kapsamı dışına çıkardığına işaret etmektedir. Mahkeme ayrıca, Sözleşme'nin 4. maddesiyle ilglii hazırlık çalışmalarının (*Travaux préparatoires*) 23. paragrafında şöyle denildiğini kaydeder: "(b) bendinde, vicdani retçilere ilişkin hükmün kanunla kendilerinden istenen herhangi bir ulusal hizmetin zorla ve zorunlu çalıştırma kapsamına girmeyeceğini belirtmesi amaçlanmıştır. Vicdani ret kavramı pek çok ülkede tanınmadığından "vicdani reddin tanındığı ülkeler" ifadesi eklenmiştir." Mahkeme'ye göre hazırlık çalışmaları, 4/3-b bendinin yegâne amacının "zorla ve zorunlu çalışma" kavramının daha iyi açıklanması olduğunu doğrulamaktadır. Hükmün kendisi vicdani ret hakkını ne tanımakta ne de engellemektedir; bu nedenle 9. maddede güvence altına alınan haklar üzerinde sınırlandırıcı bir etkisi olmamalıdır.

101. Mahkeme ayrıca, Komisyon'un 9. maddeye getirdiği dar yorumun o tarihlerde egemen fikirlerin bir yansıması olduğunu hatırında tutmaktadır. Ancak Mahkeme, Komisyon'un vicdani ret hakkını 9. maddenin kapsamı dışında tutan gerekçelendirmesini ilk kez belirlediği *Grandrath – Almanya* ve *X. – Avusturya* başvurucularından bu yana pek çok yılın geçtiğini göz önünde bulundurmaktadır. Her ne kadar bu gerekçelendirme Komisyon tarafından çeşitli vesilelerle teyit edilmiş ise de, bu doğrultudaki en son karar 1995 kadar uzak bir tarihte alınmıştır. Bu arada hem Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin iç hukuk düzenlerinde hem de uluslararası alanda önemli gelişmeler olmuştur.

102. Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme'nin günün koşulları ve bugünün demokratik devletlerinde egemen fikirler ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğunu tekrar etmektedir (*Tyrer, §31; Kress, [BD], §70; Christine Goodwin, §75*). Mahkeme, insan haklarının korunması için ilk ve önde gelen bir sistem olduğundan, örneğin ulaşılması gereken standartlar üzerindeki fikir birliği gibi, Sözleşmeci Devletlerdeki değişen koşulları dikkate almak zorundadır (*Stafford, §68; Scoppola* (*no. 2*) *[BD], §104*). Dahası, Mahkeme Sözleşme'deki ifade ve kavramların anlamlarını tanımlarken Sözleşme haricindeki uluslararası hukuk belgelerini ve bu belgelerle kurulmuş yetkili organlar tarafından yapılan yorumları hesaba katabilir ve katmak zorundadır. Uzmanlaşmış uluslararası organların vardığı fikir birliği, belirli davalarda Sözleşme hükümlerini yorumlarken Mahkeme'ye yararlı bir değerlendirme sağlayabilir (*Demir ve Baykara [BD], §85*).

103. Mahkeme, 1980'lerin sonlarında ve 1990'larda, hem Avrupa Konseyi'nin mevcut üyeleri arasında ve hem de örgüte daha sonra katılan ülkeler arasında, vicdani reddi tanımaya yönelik belirgin bir akım olduğuna işaret etmektedir. Sonuç olarak, vicdani ret hakkını henüz tanımamış olan on dokuz devlet de bu hakkı yaklaşık olarak Komisyon'un bu konudaki son kararını verdiği tarihlerde iç hukuk düzenlerinde yer vermişlerdir. Bu

nedenle, başvurucunun 9. maddedeki haklarına müdahalenin gerçekleştiğinin iddia edildiği 2002-2003 yıllarında, Ermenistan'a ek olarak yalnızca dört üye devlet vicdani retçi statüsü talep etme olanağını sağlamamıştı; bunlardan üçü bu hakkı Anayasalarının kapsamına almış ancak henüz uygulama kanunlarını çıkarmamıştı. Böylece, söz konusu zamanda neredeyse tüm Avrupa Konseyi üye devletleri arasında bir fikir birliği vardır ve bunların çoğunluğu hem yasalarında hem de uygulamada vicdani ret hakkını tanımıştır.

104. Buna ek olarak Mahkeme, davadaki olaylarının ardından, iki üye ülkenin daha vicdani ret hakkını tam olarak uygulayan yasaları kabul ettiğini ve böylece Azerbaycan ve Türkiye'nin henüz aynısını yapmamış iki ülke olarak kaldığına dikkat çekmektedir. Ayrıca Mahkeme, Ermenistan'ın da başvurucunun hapishaneden salıverilmesinin ve bu başvurunun yapılmasının hemen ardından, bu hakkı tanıdığına işaret etmektedir.

105. Mahkeme ayrıca, çeşitli uluslararası forumlarda vicdani ret hakkının tanınmasını ilgilendiren aynı derecede önemli gelişmelere dikkat çeker. En dikkate değer olanı BMİHK'nın, İHAS'ın 4 ve 9. maddelerine benzeyen MSHİUS'un 8 ve 18. maddelerine ilişkin yorumudur. Başlangıçta BMİHK de Avrupa Komisyonu'yla aynı yaklaşım içerisindeydi ve vicdani ret hakkını MSHİUS'un 18. maddesinin kapsamı dışında tutmaktaydı. Ancak BMİHK 1993'teki 22 sayılı Genel Yorum'unda, baştaki yaklaşımını değiştirmiş ve öldürücü kuvvet kullanma yükümlülüğünün vicdan özgürlüğüyle ve kişinin dinini ve inancını açığa vurma hakkıyla ciddi olarak çelişebileceği gerekçesiyle MSHİUS'un 18. maddesinden vicdani ret hakkının türetilebileceğini dikkate almıştır. BMİHK 2006 yılında Güney Kore'ye karşı vicdani retçilere ilişkin iki başvuruda MSHİUS'un 8. maddesini uygulamayı reddetmiş ve şikâyetleri yalnızca 18. maddeye göre incelemiş ve başvuruculların vicdani sebeplerle orduya hizmet etmeyi reddettikleri için mahkûm edilmelerinin, söz konusu hükmü ihlal ettiğine karar vermiştir.

106. Avrupa'da, 2000 yılında ilan edilen ve 2009'da yürürlüğe giren Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'ndan söz edilmelidir. Şart'ın 10. maddesinin ilk fıkrası, Sözleşme'nin 9. maddesinin ilk fıkrasını neredeyse harfiyen tekrarlarken, ikinci fıkrası açıkça, "Vicdani ret hakkı, bu hakkı düzenlenyen ulusal kanunlara göre tanınır" demektedir. Böyle açık bir ekleme kuşkusuz planlanmıştır (*Christine Goodwin, §100; Scoppola, §105*) ve modern Avrupa toplumunda vicdani ret hakkına atfedilen önemin yanında, hakkın Avrupa Birliği üye devletlerince oybirliğiyle tanındığını da yansıtmaktadır.

107. Avrupa Konseyi içinde hem Parlamenterler Meclisi (AKPM) hem de Bakanlar Komitesi çeşitli vesilelerle henüz vicdani ret hakkını tanımamış üye devletlerin hakkı tanımaları çağrısında bulunmuştur. Ayrıca, vicdani ret hakkının tanınması, örgüte yeni üyeler alınmasında bir ön koşul hâline gelmiştir. 2001 yılında AKPM önceden yapmış olduğu çağrıları vurgulayarak, vicdani ret hakkının Sözleşme'de yer verilen düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün temel bir görünüşü olduğunu özel olarak belirtmiştir. 2010 yılında BMİHK'nın içtihadındaki gelişmelere ve AB Temel Haklar Şartı'nın hükümlerine dayanan Bakanlar Konseyi de Sözleşme'nin 9. maddesinde yer verilen din ve vicdan özgürlüğü kavramının bu şekilde yorumlanmasını desteklemiş ve üye devletlerin askere çağırılan kişilere vicdani retçi statüsünün verilmesi hakkının sağlamasını önermiştir.

108. Mahkeme, bu nedenlerle Komisyon'un *Grandrath – Almanya* kararı ile bunu takip eden kararlarından bu yana, Avrupa Konseyi üye devletlerinin büyük çoğunluğunun iç hukukunun ve ayrıca ilgili uluslararası belgelerin, bu sorun üzerinde Avrupa'da ve dışında gerçekten genel bir fikir birliği bulunduğu anlamına gelecek şekilde evrildiği sonucuna varmaktadır. Bu gelişmeler ışığında, 2002-2003 yıllarında meydanda gelen olaylarla bağlantılı olarak 9. maddenin yorumlanmasındaki değişikliğin öngörülebilir olmadığı söylenemez. Bu, Ermenistan'ın MSHİUS'a taraf olduğu ve dahası Avrupa Konseyi'ne

üye olurken vicdani ret hakkını tanıyan bir kanun getireceği güvencesini verdiği düşünüldüğünde daha da açıktır.

109. Önceden belirtilenlerin ışığında ve "yaşayan belge" yaklaşımıyla aynı doğrultuda Mahkeme, Komisyon'un belirlediği içtihadı tekrarlamanın mümkün olmadığı ve 9. maddenin artık Sözleşme'nin 4/3-b ile birlikte yorumlanmaması gerektiğini düşünmektedir. Sonuç olarak, başvurucunun şikâyeti yalnızca 9. maddeye göre değerlendirilebilir.

110. Bu bağlamda Mahkeme, 9. maddenin vicdani ret hakkını açıkça ifade etmediğine işaret etmektedir. Ancak Mahkeme'ye göre, askerlik hizmeti ret, orduda hizmet etme yükümlülüğüyle kişinin vicdanı veya içtenlikle ve gerçekten sahip olduğu dini veya diğer inançları arasında ciddi ve üstesinden gelinemez bir çelişkiyle harekete geçmiş ise, 9. maddenin teminatlarından yararlanmak için yeterli derecede inandırıcı, ciddi, tutarlı ve önemli bir kanaat ya da inanç oluşturur (*Campbell ve Cosans – Birleşik Krallık, §36; aksi için Pretty – Birleşik Krallık, §82*). Askerlik hizmetini reddetmenin bu hükmün alanına girip girmediği ve hangi ölçüde girdiği olayın özel koşulları ışığında değerlendirilmelidir.

111. Mevcut olayda başvurucu, inançları silahsız olsa bile askerilik görevi yapmaya karşı çıkılması gerektiği kanaatini de içeren dini bir grup olan Yehova Şahitleri'nin bir üyesidir. Bu nedenle Mahkeme'nin başvurucunun, içtenlikle ve gerçekten sahip olduğu ve askerlik hizmetini yerine getirme yükümlülüğüyle ciddi ve üstesinden gelinemez bir çelişki içindeki inançları nedeniyle askeri hizmetini reddettiğinden şüphe etmek için hiçbir neden yoktur. Bu bağlamda, hükümetin iddiasının aksine başvurucunun durumu, genel vergi yükümlülüğü gibi vicdani emarelere sahip olmayan bir yükümlülüğe ilişkin başvurucunun durumdan farklı ele alınmalıdır (*C. – Birleşik Krallık, no. 10358/83, 15 Aralık 1983 tarihli Komisyon [k.k.]*). Buna göre Sözleşme'nin 9. maddesi başvurucunun davasına uygulanabilir.

2. Sözleşme'nin 9. maddesine uygunluk

(a) Bir müdahalenin bulunup bulunmadığı

112. Mahkeme başvurucunun askerlik hizmeti için hazır bulunmamasını dini inançlarının bir göstergesi olarak değerlendirmektedir. Bu nedenle askerlikten kaçtığı için mahkûm edilmesi Sözleşme'nin 9(1). fıkrasında güvence altına alınan dinini açığa vurma özgürlüğüne müdahale anlamına gelmiştir. Bu tür bir müdahale "hukuken öngörülmedikçe", 2. fıkrada yer alan bir veya daha fazla meşru amacı izlemedikçe ve "demokratik bir toplumda gerekli" olmadıkça, 9. maddeye aykırı olur (*Buscarini ve Diğerleri [BD], §34*).

(b) Müdahalenin haklı olup olmadığı

(i) Hukuken öngörülmüş olma

113. Mahkeme "hukuken öngörülmedikçe" ifadesinin ilk olarak itiraz konusu tedbirin iç hukukta bir temelinin bulunmasını gerektirdiği şeklindeki yerleşik içtihadını tekrar etmektedir. Söz konusu hukukun niteliklerine ilişkin olarak Mahkeme, hukukun ilgili kişilerce erişilebilir olmasını ve bu kişilerin bir eylemin yol açacağı sonuçları duruma göre makul derecede ve ihtiyaç varsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelerine ve davranışlarını buna göre düzenleyebilmelerine izin verecek yeterli belirginlikte ifade edilmiş olması gerektiğine işaret etmektedir. (*Gorzelik ve Diğerleri [BD], §64*).

114. Mahkeme, başvurucunun mahkûmiyetinin, Ceza Kanununun askerlik yoklamasından kaçmanın cezasını düzenleyen 75. maddesine dayandığını gözlemlemektedir. Ayrıca başvurucunun mahkûm edildiği sırada alternatif hizmete ilişkin bir kanun olmadığını ve hem Ermenistan Anayasasının hem de Askeri Görev Kanununun 18–27 yaşları arasındaki tüm erkek vatandaşların fiziksel olarak elverişsiz bulunmadıkça askeri hizmeti yerine

getirmesini gerektirdiğini gözlemlemektedir. Mahkeme, erişilebilir olduğu tartışmasız olan bu hükümlerin yeterince açık olarak ifade edildiğini düşünmektedir.

115. Yukarıdaki iç hukuk hükümleri ve Ermenistan yetkililerinin Avrupa Konseyi'ne üye olurken katılımdan sonraki üç yıl içerisinde bir alternatif hizmet kanunu kabul etme ve bu sırada hapis cezalarına çarptırılmış vicdani retçileri affetme ve bunun yerine kanun yürürlüğe girdikten sonra alternatif sivil hizmetlerde bulunmalarına izin verme yönündeki uluslararası yükümlülüğü arasında bir tutarsızlığın görüldüğü doğrudur. Ancak Mahkeme, Ermenistan'ın iç hukuku ve uluslararası taahhüdü arasındaki açık çelişkiyi çözmeyi gerekli bulmamaktadır. Ayrıca, mevcut bağlamda yetkililerin MSHİUS'ye uymadığı iddiasını karara bağlamayı da gerekli görmemektedir.

116. Bu nedenle, Mahkeme mevcut davanın amaçları için ve müdahalenin gerekliliğine ilişkin bulgularını göz önünde bulundurarak (bkz. aşağıda para. 124–128) müdahalenin kanunla öngörülüp öngörülmediği sorusunu açık bırakmayı tercih etmektedir.

(ii) Meşru amaç

117. Hükümet kamu düzenini koruma gereğine ve üstü kapalı olarak da başkalarının haklarına atıfta bulunmuştur. Ne var ki Mahkeme, davanın özel koşullarında, özellikle de Ermenistan yetkililerinin başvurucunun mahkûm olduğu zamanda alternatif bir sivil hizmet kanunu getireceklerine ve üstü kapalı olarak da yeni vicdani retçileri mahkûm etmekten kaçınacaklarına dair verdikleri güvenceleri göz önünde tutarak, Hükümet'in bu amaçlara atıflarını ikna edici bulmamaktadır. Yine de, sonuç olarak, Hükümetin atıfta bulunduğu amaçların Sözleşme'nin 9(2). fıkrası anlamında meşru olduğu varsayılsa bile, aşağıda açıklanan nedenlerle, müdahalenin bu maddeyle her halükarda uygun olmadığından, Mahkeme, Hükümetin atıfta bulunduğu amaçların 9(2). fıkrası anlamında meşru olup olmadığını belirlemeyi gereksiz bulmaktadır.

(iii) Demokratik bir toplumda gerekli olma

118. Mahkeme, 9. maddede yer alan düşünce, vicdan ve din özgürlüğünün, Sözleşme'deki anlamıyla "demokratik toplum"un temellerinden birisi olduğunu hatırlatır. Bu özgürlük, dini boyutuyla inanların kimliklerini ve yaşam anlayışlarını oluşturmalarını sağlayan en önemli unsurlardan biridir; ama aynı zamanda ateistler, agnostikler, septikler ve dinle ilgilenmeyenler için de değerli bir varlıktır. Yüzyıllar içerisinde zorlukla kazanılmış çoğulculuk, demokratik bir toplumdan ayrılamaz ve ona dayanır. Bu özgürlük, diğerlerinin yanı sıra, dini inançlara sahip olup olmama ve bir dinin gereklerini yerine getirip getirmeme özgürlüğünü kapsar (*Kokkinakis, §31; Buscarini ve Diğerleri, §34; Leyla Şahin [BD], §104*).

119. Din özgürlüğü esas olarak bireysel vicdan meselesi olsa da, aynı zamanda kişinin dinini, yalnız ve mahrem olarak veya toplum içinde başkalarıyla beraber, kamuya açık olarak ve aynı inancı paylaşanların camiası içinde açığa vurma özgürlüğünü de içerir. Sözleşme'nin 9. maddesi kişinin dinini veya inancını ifade etmesinin bürünebileceği birtakım biçimleri ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak olmak üzere saymıştır (*Hasan ve Chaush, [BD], §60; Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri, §114*).

120. Mahkeme, çeşitli din, iman ve inançların yaşanmasında devletin tarafsız ve nötr bir düzenleyici olma rolünü sıklıkla vurgulamış ve bu rolün demokratik bir toplumdaki kamu düzenine, dini ahenge ve hoşgörüye olanak sağladığını belirtmiştir. Devletin tarafsız ve nötr olma görevi, devletin dini inançların meşruluğunu veya bu inançların ifade edilme yollarını değerlendirmesine yol açacak herhangi bir yetkisiyle bağdaşmaz (*Manoussakis ve Diğerleri, §47; Hasan ve Chaush, §78*).

121. Yerleşik içtihadına göre Mahkeme, Sözleşme'ye taraf devletlere bir müdahalenin gerekli olup olmadığına ya da ne ölçüde gerekli olduğuna karar verirken belirli bir takdir alanı tanımaktadır. Bu takdir alanı, hem kanunu hem de onu uygulayan kararları kapsayan Avrupa denetimiyle el ele gider. Mahkeme'nin görevi ulusal düzeyde alınan önlemlerin ilkesel olarak haklı ve orantılı olup olmadığın belirlemektir (*Manoussakis ve Diğerleri, §44; Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri, §119; Leyla Şahin, §110*).

122. Mahkeme, somut olayda takdir alanının kapsamını belirlemek için tehlikede olan şeyi, yani demokratik bir toplumun varlığını sürdürebilmesi için hayati öneme sahip olan gerçek anlamda dini çoğulculuğun sürdürülmesi ihtiyacını göz önünde bulundurmak zorundadır (*Manoussakis ve Diğerleri, §44; Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri, §*119). Mahkeme aynı zamanda, Sözleşme'ye taraf devletlerin uygulamalarından çıkan ortak değerleri ve konsensüsü de göz önünde tutabilir (*X, Y ve Z - Birleşik Krallık, §44; Dickson [BD], §78*).

123. Mahkeme, daha önce ve halen askerlik hizmetinin zorunlu olduğu Avrupa Konseyi üye devletlerin neredeyse tamamının, askeri yükümlülük ile bireysel vicdan arasındaki olası çatışmaları gidermek için bu hizmete alternatifler getirmiş olduğuna yukarıda işaret etmiştir. Buna göre, aynısını yapmamış olan bir devlet yalnızca sınırlı bir takdir alanından yararlanır ve herhangi bir müdahale için zorlayıcı ve ikna edici nedenler göstermek zorundadır. Özellikle, müdahalenin toplumsal ihtiyaç baskına karşılık geldiğini göstermek zorundadır (*Manoussakis ve Diğerleri, §44; Şerif, §49; Bessarabia Metropolitan Kilisesi ve Diğerleri, §119; Agga* (*no. 2*)*, §56; Kurtuluş Ordusunun* (*Salvation Army*) *Moskova Şubesi, §62*).

124. Mahkeme mevcut olayda, bir Yehova Şahidi olan başvurucunun kişisel çıkarı ya da rahatıyla ilgili sebeplerden değil, gerçekten sahip olduğu dini inançları sebebiyle askerlik hizmetinden muaf tutulmayı istediğini görmezden gelemez. Ermenistan'da söz konusu tarihlerde alternatif sivil hizmet bulunmadığından başvurucunun inançlarına bağlı kalmak için orduya alınmayı reddetmekten ve böylece cezai müeyyidelerle karşılaşma riskini almaktan başka seçeneği kalmamıştır. Bu nedenle, söz konusu tarihlerde mevcut sistem yurttaşlara, özellikle de vicdani retçiler için ağır anlamları olabilecek bir yükümlülük yüklerken vicdan temelli istisnalar sağlamayarak, başvurucu gibi askerlik hizmetini yerine getirmeyi reddedenleri de cezalandırmaktadır. Mahkeme'ye göre bu tür bir sistem, toplumun tamamının çıkarlarıyla başvurucununkiler arasında adil bir denge kurmamıştır. Bu nedenle Mahkeme, başvurucunun vicdanının ve inançlarının gerekleri göz önünde tutulmadan başvurucuya ceza verilmesinin, demokratik bir toplumda gerekli bir önlem olarak görülemeyeceğini düşünmektedir. Avrupa devletlerinin büyük çoğunluğunun deneyimlerinin de gösterdiği gibi, çatışan çıkarları barındırmaya muktedir uygulanabilir ve etkili alternatiflerin var olduğu göz önünde bulundurulduğunda, bu önlemin gerekli görülmesi daha da az mümkündür.

125. Mahkeme zorunlu askerlik sisteminin yurttaşlar üzerine ağır bir yük getirdiğini kabul etmektedir. Bu görev, ancak eşitlikçi bir şekilde paylaşıldığı ve muafiyetler sağlam ve ikna edici sebeplere dayandığı taktirde kabul edilebilir (*Autio, no. 17086/90 [k.k.]*). Mahkeme, başvurucunun askerlik hizmetinten muaf tutulması için somut ve ikna edici haklı sebeplerinin bulunduğuna karar vermiştir (bkz. yukarıda §111). Mahkeme ayrıca, başvurucunun genel olarak yurttaşlık yükümlülüklerini yerine getirmeyi hiçbir zaman reddetmemiş olduğuna da işaret etmektedir. Aksine, başvurucu yetkililerden alternatif bir sivil hizmeti yerine getirmesi için kendisine olanak sağlamalarını açıkça istemiştir. Bu nedenle başvurucu, ikna edici nedenlerle, toplumsal sorumluluğu alternatif hizmette bulunarak, zorunlu askeri hizmetle meşgul olan yurttaşlarıyla eşit derecede paylaşmaya

hazırdır. Bu tür bir olanak bulunmadığından başvurucu onun yerine hapis cezası çekmek zorunda kalmıştır.

126. Ayrıca Mahkeme, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin "demokratik toplumun" ayırıt edici özellikleri olduğunu vurgulamaktadır. Her ne kadar bireysel çıkarlar bazen grubun çıkarlarından sonra gelmek zorunda ise de, demokrasi basitçe, her zaman çoğunluğun görüşlerinin hüküm sürmesi anlamına gelmez; azınlıktaki kişilere adil ve düzgün muamele edilmesini sağlayan ve hâkim konumların suiistimal edilmesini engelleyen bir denge kurulmasını gerektirir (*Leyla Şahin [BD], §108*). Bu nedenle devlet tarafından, başvurucununki gibi azınlıktaki bir dini grubun inançlarına, vicdanlarının emrettiği gibi topluma hizmet etme olanağı sağlanarak duyulan saygı, hükümetin iddia ettiği gibi haksız eşitsizlikler ya da ayrımcılık yaratmak şöyle dursun, birleştirici ve kalıcı çoğulculuğu sağlayabilir ve toplumdaki dini ahengi ve hoşgörüyü destekleyebilir.

127. Mahkeme son olarak, başvurucunun yargılanmasının ve mahkûmiyetinin Ermenistan yetkililerinin Avrupa Konseyi'nin isteği üzerine alternatif hizmeti belirli bir zaman dilimi içerisinde getirmek için güvence vermiş olduğu bir zamanda gerçekleştiğine işaret eder. Buna ek olarak, her ne kadar bu zaman dilimi içerisinde vicdani retçilerin mahkûm edilmeyeceği taahhüdü AKPM'nin 221 sayılı Görüş'ünde açıkça belirtilmemişz ise de "…bu sırada, hapis cezalarına çarptırılmış tüm vicdani retçiler affedilecek…onun yerine…, kanun… yürürlüğe girdiğinde… alternatif sivil hizmet… görmelerine… izin verilecektir", cümlesinde zımnen yer aldığı söylenebilir. Ermenistan yetkililerinin bu tür taahhütleri, vicdan özgürlüğünün askerlik hizmetini reddederek de ifade edilebileceğini ve meselenin vicdani retçileri cezalandırmak yerine alternatif önlemler getirilerek ele alınabileceğini tanıdığının göstergesidir. Bu sebeple, başvurucunun vicdani ret sebebiyle cezalandırılması, söz konusu zamanda Ermenistan'ın uluslararası taahhüdü neticesindeki resmi reform politikası ve uygulanmakta olan yasal değişikliklerle doğrudan çelişki içerisindedir ve bu koşullar altında cezalandırılmanın, toplumsal ihtiyaç baskısı tarafından gerektirildiği söylenemez. Başvurucunun mahkûmiyetinin kesinleşmesinden bir yıldan daha kısa süre içinde alternatif hizmet kanununun kabul edildiği göz önünde bulundurulduğunda, bu durum daha da ortadadır. Başvurucunun sonradan şartlı olarak tahliye edilmiş olduğu gerçeği durumu etkilememektedir. Ne de yeni kanunun kabuledilmesinin başvurucunun davasına bir etkisi olmuştur.

128. Bütün bu sebeplerle Mahkeme, başvurucunun mahkûmiyetinin Sözleşme'nin 9. maddesindeki anlamına göre demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir müdahale oluşturduğunu kabul eder. Bu nedenle söz konusu hüküm ihlal edilmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 9. maddesinin ihlal edildiğine;
2. … ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

Yargıç Gyulumyan'ın karşı oy görüşü karara eklenmiştir.

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

Madde 10 – İfade özgürlüğü

1. Herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın ve ülke sınırlarıyla kısıtlanmaksızın, bir görüşe sahip olma, haber ve görüşleri alma ve verme özgürlüğünü de içerir. Bu madde devletin radyo yayıncılığını, televizyon ve sinema işletmeciliğini izne bağlamasına engel değildir.

2. Ödev ve sorumluluk da yükleyen bu özgürlükler, ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü veya kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması, başkalarının şeref ve haklarının korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi, yargı organının otorite ve tarafsızlığının korunması amacıyla, demokratik bir toplumda gerekli bulunan ve hukukun öngördüğü formalitelere, şartlara, yasaklara ve yaptırımlara tabi tutulabilir.

AÇIKLAMA

Sözleşme'nin 10. maddesi ifade özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Bu özgürlük, "toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur" (*Handyside, §49*). Bu yaklaşım, içeriği ne olursa olsun ve nereden gelirse gelsin, 10. maddenin kural olarak her ifadeye uygulanabilir olduğu anlamına gelmektedir. Mahkeme'nin *Handyside* kararındaki (*§49*) artık klasikleşen ifadelerine göre:

> "İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca devletin veya toplumun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereklerdir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.".

Sözleşme'nin 10(2). fıkrası ise, kamu makamlarının bu özgürlüğün kullanılmasına getirebilecekleri sınırlama rejimini düzenlemektedir. Aslında 10(2). fıkrasındaki sınırlama rejimi, Sözleşme'nin 8-11. maddelerinde yer alan genel sınırlama rejimiyle aynıdır. Ancak ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleler çok istisnai hallerde kabul görmekte ve 10(2). fıkrasının öngördüğü sınırlama kayıtları dar yorumlanmaktadır. Bu nedenle, bir kamu makamının ifade özgürlüğüne yaptığı "müdahalenin gerekliliği" mutlaka ikna edici bir şekilde açıklanmalıdır. Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında belirtilen "gerekli" olma koşulu, müdahalenin bir 'toplumsal ihtiyaç baskısı'na karşılık gelmesi ve özellikle izlediği meşru amaçla orantılı olması anlamına gelir. Bir müdahalenin bu kriterleri yerine getirdiği ve dolayısıyla haklı olduğu, ulusal makamların gösterdiği gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olmasıyla anlaşılabilir (*Nada [BD], §181*).

Gereklilik testini uygularken, Mahkeme'nin başvurduğu 'toplumsal ihtiyaç baskısı' ve 'orantılılık' kriterlerinin birbirini tamamlayan iki kriter gibi düşünmek gerekir. Bir olayda alınan tedbir, niteliği itibarıyla toplumsal ihtiyaç baskısını karşılamaya uygun ise,

gerektiği takdirde söz konusu tedbir orantılılık kriteri açısından incelenir. Mahkeme orantılılık açısından inceleme yaparken, birey ile toplumun yarışan menfaatleri arasında "adil denge"nin kurulmuş olup olmadığını inceler. Bir müdahalenin orantılı olduğunun kabul edilebilmesi için, söz konusu temel hakka daha az zarar verebilecek ama aynı zamanda aynı amacı yerine getirebilecek başka bir müdahaleye başvurma bulunma ihtimalinin olmaması gerekir (*Nada [BD], §183*).

Mahkeme gereklilik testinini uygularken, devlet tarafından kullanılan "takdir alanı"nı göz önünde tutar. Müdahalenin adil bir denge kurup kurmadığı konusunda bir sonuca varılmasında, devletin yararlandığı takdir alanının genişliği büyük bir öneme sahiptir. Bu çerçevede, devletler müdahalenin gerekliliğini belirlerken belirli bir takdir alanına sahiptirler; ancak, bu takdir alanı, Avrupa denetimine tabidir (*Association Ekin, §56*).

10. maddeden doğan devletin ilk yükümlülüğü, ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahale etmeme yükümlülüğüdür. Bu devletin negatif nitelikte bir yükümlülüktür. Kamu makamları, eğer 10(2). fıkradaki şartlar yoksa, ifadenin kullanılmasını yasaklara ve yaptırımlara tabi tutmamalıdır.

10. madde aynı zamanda kamu makamlarına ifade özgürlüğünü korumaları yönünde pozitif bir yükümlülük de getirmektedir. Daha çok kişiler arası ilişkileri düzenlemekle ilgili bu yükümlülük, insan haklarının yatay etkisi olarak da adlandırılmaktadır. Mahkeme'nin artık istikrar kazanmış olan içtihadına göre, ifade özgürlüğünün gerçek ve etkili korunması, sadece kamu makamlarının bu özgürlüğe müdahale etmemesi olarak yorumlanamaz; kamu makamlarının aynı zamanda bireyler arası ilişkilere kadar varan bir alanda koruma sunmak için tedbirler almasını da gerektirebilir (*Özgür Gündem*, §43).

Özgür Gündem – Türkiye davasında, bir bombalama eylemine maruz kalan Özgür Gündem gazetesine gerekli korumayı sağlamadığı için 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. *Fuentos Bobo – İspanya* davası, bir işveren ile çalışan arasında meydana gelen bir olaya ilişkindir. Mahkeme, bu davada özel kişiler arasında ifade özgürlüğü alanında devletin koruyucu önlem alma yükümlülüğü bulunduğunu vurgulamıştır (*Fuentos Bobo, §38*). Mahkeme, *Dink ve Diğerleri – Türkiye* davasında, gazeteci hakkında yazdığı yazı ve yayımladığı haberlerin ardından aşırı milliyetçi grupların hedefi olmasına karşın kamu makamlarının yeterli önlem almamasını ifade özgürlüğünün bir ihlali olarak değerlendirmiştir. Nitekim bu gazeteci daha sonra katledilmiştir.

İfade özgürlüğü konusunda devletin pozitif yükümlülüğü sadece belirli bir tehdide karşı tedbirler almakla sınırlı değildir. *Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano – İtalya* kararının konusu, devletin ifade özgürlüğü alanında düzenleme yapma yükümlülüğüdür. Bu davada İtalyan kamu makamları başvuruculara Temmuz 1999'ta ulusal planda kullanılmak üzere bir radyo televizyon işletme ruhsatı vermişlerdir. Ancak yayım yapabilmek için gerekli frekansların tahsisi yapılmamıştır. Bunun üzerine başvurucu idari yargıya başvurur. İtalyan Yüksek İdare Mahkemesi 2008 yılında kabul ettiği bir karar ile Hükümetin frekans tahsisi talebinin karşılanmasına karar vermiştir. Daha sonra ulusal mahkeme, başvurucuya 1 milyon Euro tazminat ödenmesine karar vermiştir. İnsan Hakları Mahkemesi, bu davada ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucuya radyo-televizyon frekansının tahsis edilmemesi, ona verilen ruhsatın içeriğini boşaltmıştır. Mahkeme, bu davada kamu makamlarının frekans tahsisi konusunda kendilerine düşen yükümlülükleri yapmadıklarını belirtmiş ve Yüksek İdare Mahkemesinin kararına dayanarak, bu konuda ana yükümlülüğün konuya ilişkin bir yasal düzenlemenin zamanında kabul edilmesi olduğunu vurgulamıştır. Kamu makamlarının bu ihmali, görsel-işitsel alanda frekansı olan diğer kuruluşların lehine bir sonuç ortaya çıkartırken, yeni yayıncı kuruluşların bu alana girişi fiilen engellenmiştir. Mahkeme, ayrıca kamu

makamlarının öngörülebilir ve açık bir yasal düzenleme kabul etme yükümlüklerini de yerine getirmedikleri sonucuna varmıştır.

Nitekim *Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano* kararında Mahkeme, ifade özgürlüğünün ve çoğulculuğun korunması için, görsel-işitsel basın alanının önemini dikkate alarak, devletin bu alanda sadece kısıtlayıcı tedbirler almasının yeterli olmadığını vurgulamıştır. Devletin aynı zamanda bu alanda etkili bir çoğulculuğu sağlamayı amaçlayan yasal ve idari çerçeveyi de hayata geçirme yükümlülüğü vardır. Nitekim Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi kabul ettiği birçok belgede (Recommandation CM/Rec(2007)2 medya organlarının ve yayımların içeriğinin çoğulculuğu hakkında), devletlerin bu rolüne dikkat çekmiştir (*Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano,* §134).

İfade özgürlüğünün kapsamı

İfade özgürlüğü, sadece bir düşünce veya bilginin özü anlamında düşünme, konuşma ve açıklama gibi eylemleri güvence altına almakla kalmaz; aynı zamanda 'görüşe sahip olma', 'haber ve görüşleri alma ve verme' özgürlüklerini de kapsar. Ayrıca ifade tarzları, biçimleri ve araçları da bu özgürlük kapsamında değerlendirilerek güvence altına alınmıştır (*Oberschlick, §55*).

Görüşe sahip olma özgürlüğü, bir kimsenin herhangi bir endişeye kapılmadan, bir fikre sahip olması ve bunu ifade edebilmesidir.

Sözleşme'nin 10. maddesi ifade tarzları arasında bir ayrım yapmaz. Her ne kadar 10. madde açıkça söylemese de, sanatsal ifade özgürlüğü de ifade özgürlüğü kapsamındadır (*Müller ve Diğerleri, §27*). Bu çerçevede sanatsal ifade özgürlüğü, kültürel, toplumsal ve siyasal konularda fikir alışverişi yapma hakkını güvence altına alan 'haber ve görüş alma ve verme' özgürlüğünün bir parçası olarak kabul edilmiştir (*ibid, §§27*). Ayrıca Sözleşme bilim özgürlüğüne ilişkin ayrı bir madde içermemekle birlikte, bilimsel faaliyetlerin yapılması, açıklanması ve yayılması da ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. Mahkeme, reklam yasağı ve sınırlı bir tüketici çevresini ilgilendiren ticari ifadelere de Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulanabilir olduğunu kabul etmiştir (*Barthold, §42*; *Mark Intern Verlag, §26*).

Diğer yandan, gösteride bulunmak, gösteriye katılmak, bildiri dağıtmak gibi eylemler de ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmektedir. *Chorherr - Avusturya* davasında Mahkeme, bildiri dağıtan bir göstericinin gözaltına alınması işlemini 10. madde altında incelemiştir.

O halde, 10. maddenin koruma kapsamına girmesi için ifadenin içeriği nasıl önemli değilse, bu ifadenin aktarıldığı araç da önemli değildir. Örnek olarak basılı belgeler (süreli, süresiz yayın), radyo veya televizyon yayınları, internet, resim, heykel, film ve bunlar gibi, bilgi ve görüşlerin üretim ve iletilmesi, aktarılması ve dağıtılması için kullanılan araçların tümü 10. maddenin korumasından yararlanırlar.

Ayrıca sessiz kalma şeklinde, olumsuz yönüyle de ifade özgürlüğü 10. madde tarafından güvence altına alınmıştır. Sözleşme'nin 6. maddenin bir unsuru olarak kendini suçlayan ifade vermeme veya susma hakkı, 10. madde kapsamında değerlendirilmektedir.

Kısaca, 10. maddenin güvence altına aldığı haklar, ifade özgürlüğü, görüş sahibi olma özgürlüğü, bilgi ve görüşü alma, verme ve yayma özgürlüğüdür.

Bilgiye erişme hakkı

Mahkeme, 10. maddenin bireylere her koşulda 'bilgiye erişme hakkı' verecek şekilde yorumlanması konusunda tereddütlüdür. *Guerra ve Diğerleri – İtalya* davasında konu, bir yerleşim yerine yakın olan kimya fabrikasının çevreye verdiği zarar ile risklere karşı alınan önlemler konusunda bilgiye erişme sorunuydu. Mahkeme, bu davada bu şikâyeti Sözleşme'nin 8. maddesi altında incelemeyi tercih etmiş ve 10. maddenin uygulanamaz olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, kamunun bilgi alma hakkının varlığı, basın özgürlüğünün kısıtlanmasıyla ilgili davalarda gazetecilerin kamusal yarar olan bilgi ve görüşleri yayma görevlerinin bir bileşeni olarak kabul edilmişti (*Observer ve Guardian, §59; Thorgeir Thorgeirson, §63*). Oysa bu davada, öncekilerden farklıdır; çünkü başvurucular, çevrenin ve çevrede yerleşik halkın sanayi etkinlikleri nedeniyle önemli kaza riskiyle karşı karşıya kalma konusunda Avrupa Topluluk Konseyi bir düzenlemesinin İtalyan hukukuna aktarılması ile kurulan sistemin işlememesi konusunda şikâyette bulunmuşlardır. Mahkeme'ye göre, "Sözleşme'nin 10(2). fıkrası esas olarak bir hükümetin, birilerinin başkaları tarafından verilmesi istenen bilgilere erişmesini engellemesini yasaklamaktadır. Bu özgürlüğün devlete, bu davadakine benzer olaylarda bilgiyi *motu proprio* (kendi girişimiyle) toplama ve yayma şeklinde bir pozitif yükümlülük yüklediği söylenemez (*Guerra ve Diğerleri, §53*).

Sözleşme'nin 10. maddesi bireye, kendisinin kişisel durumu hakkında bilginin yer aldığı bir sicile ulaşma hakkı vermediği gibi, devletlere de bu tür bir bilgiyi bireye verme yükümlülüğü yüklemez. Bu çerçevede Mahkeme, bilgi edinme özgürlüğünün esas itibarıyla bir kimsenin başka kişilerin kendisine vermeyi arzu ettikleri veya vermeyi isteyebilecekleri bilgiyi almasının devlet tarafından kısıtlanmasını yasakladığını belirtmiştir (*Leander, §74*). Sözleşme'den idarenin elindeki veri ve belgelere ulaşma gibi genel bir hak türetmek güçtür (*Loiseau – Fransa* (*k.k.*)). Bununla birlikte Mahkeme daha yeni kararlarında, bilgi edinme hakkını daha geniş yorumlamaya (*Sdruženi Jihočeske Matky – Çek Cumhuriyeti* (*k.k.*)) ve bu suretle bilgiye erişme hakkını tanımaya doğru gitmiştir.

Mahkeme'ye göre, devletin basın özgürlüğü konusundaki yükümlülükleri, kamuyu ilgilendiren konularda bilginin sadece yetkililerin tekelinde bulunması nedeniyle, basının işlevlerini yerine getirmesinin önündeki engellerin kaldırılmasını da içerir. Ayrıca dağıtımın sansür edilmesi veya engellenmesi tedbirleri de bilgiye erişimi önler. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 10. maddesi, dağıtımın sansür edilmesini veya engellenmesini yasaklamamaktadır. Ancak sansürün doğasında var olan tehlikeler o kadar fazladır ki, çok büyük bir dikkatle incelenmeyi gerektirir (*Chauvy ve Diğerleri, §66*).

Kişisel verilerin açıklanması ile kamunun bilgi edinme hakkı arasındaki ilişki, *Társaság a Szabadságjogokért – Macaristan* davasında incelemiştir. Bir milletvekili, ceza kanununda uyuşturucu kullanımı ile ilgili bir yasa değişikliğinin anayasaya aykırılığını iddia ettiği bir anayasa şikâyetinde bulunur. Birkaç ay sonra uyuşturucular alanında çalışan bir insan hakları kuruluşu olan başvurucu, Kamuyu İlgilendiren Verilerin Aleniliğinin ve Kişisel Verilerin Korunması Hakkında Kanuna dayanarak, Anayasa Mahkemesine yapılan bu başvuru hakkında bilgi alma talebinde bulunur. Anayasa Mahkemesi, bu başvuruyu yapan milletvekilinin onayı alınmadan bilgi verilemeyeceğini belirterek başvuruyu reddeder. Bu karar üzerine başvurucu, Anayasa Mahkemesi'nin bu başvuru hakkında bilgi vermeye zorlanması amacıyla bölge mahkemesine başvurur. Bu mahkeme de, anayasa şikâyet dilekçesinin bazı 'veriler' içerdiği, bu verilerin 'şahsi' nitelikte olduğu ve şikâyetçinin onayı olmaksızın başkalarının erişimine açılamayacağı gerekçesiyle talebi reddeder. Ulusal mahkemelere göre kişisel verilere sağlanan bu koruma, kamusal bilgiye erişilebilirlik ve diğer hukuki menfaatler öne sürülerek hükümsüz kılınamaz.

Mahkeme *Társaság a Szabadságjogokért – Macaristan* davasında Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, özellikle basın özgürlüğü alanında geliştirdiği özgürlükçü yaklaşımı uygulamıştır. Mahkeme ilk olarak söz konusu davada talep edilen bilginin kamuyu ilgilendiren bir soruna ilişkin olduğunu hatırlatmıştır. Ayrıca başvurucunun amacı bu anayasa şikâyet dilekçesinden edinilecek bilgiyi kamuoyu ile paylaşmak ve bu suretle uyuşturucu bağlantılı suçlara dair mevzuata ilişkin kamusal tartışmaya katkıda bulunmaktır. Bu amaç göz önüne alındığında, talebin reddi kararı, bilgi verme hakkını açıkça zayıflatmaktadır. Diğer yandan Mahkeme, olayda başvurucunun talep ettiği bilginin mevcut ve hazır olduğunu ve bu nedenle hükümetin veri toplamasını gerektirmediğini kaydetmiştir. Ayrıca Mahkeme, başvurucunun anayasa şikâyeti hakkında, şikâyette bulunanların kişisel verilerini içermeyen bir bilgi talep ettiğini gözlemlemiştir. Milletvekili anayasa şikâyetinde bulunduğu konusunda basına bilgi vermiştir ve bu kamusal sorundaki kişisel kanaati bilinebilir durumdadır. Mahkeme'ye göre, eğer kamuya mal olmuş kimseler, kamusal sorunlara ilişkin görüşlerinin rızaları olmaksızın açıklanmasını ya da basında ya da kamuoyunda tartışılmasını kişilik haklarını ileri sürerek engellerse, bu durum ifade özgürlüğü için çok tehlikeli olur. Mahkeme'ye göre kişisel hakların korunması esasına dayalı bir yaklaşım bu davada şikâyet konusu müdahaleyi haklı kılmaz.

Mahkeme, *Társaság a Szabadságjogokért – Macaristan* davasında kamuyu ilgilendiren bilgilere erişimi engellemek amacıyla yaratılan engellerin, medyada ya da benzeri alanlarda çalışanları bu tür konuları takip etmekten caydırabileceği kanısındadır. Basın organları, hayati önem taşıyan kamuyu bilgilendirme rollerini sürdüremeyebilir ve doğru ve güvenilir bilgi elde etme imkânları bu durumdan olumsuz etkilenebilir. Bu nedenlerle Mahkeme, başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmıştır.

Korunması tartışmalı ifadeler

Aşağıda ifade özgürlüğü alanında korunmaları en tartışmalı dört konu kısaca incelenecektir. Bunlar 'tarihi gerçekleri inkâr söylemi', 'demokratik rejimi yıkmayı hedefleyen fikirler', 'ırkçılık ve hoşgörüsüzlük içeren nefret söylemi' ve nefret söyleminin bir alt konusu olarak 'dinsel kin ve nefret içeren nefret söylemi'dir.

İlk kararlarında Mahkeme, bu alanlarda kategorik ifadeler kullanmasına karşın, önüne gelen sorunların karmaşıklaşması üzerine içtihadını genişletme yoluna girmiştir. Bu nedenle, Mahkeme'nin sadece eski içtihatlarından hareketle ifade özgürlüğünün sınırlarını belirlemek her zaman doğru sonuçlara varılmasını sağlamamaktadır. Ayrıca tartışma konusu alanların sınırlarını ve çerçevesini çizmek de belirli bir güçlük içermektedir. Bu zorluğun en önemli nedeni, "tarihi gerçekler" gibi tartışmalı bazı kavramlardan hareketle hukuki bir değerlendirme konusu yapmanın güçlüğüdür. Diğer yandan "nefret söylemi" gibi bazı kavramlar konusunda henüz üzerinde anlaşmaya varılmış bir tanımın varlığından söz edilemez. Bu nedenle en açık görülen davalarda dahi, Mahkeme sadece ifadenin içeriği hakkında "metinsel" (textuel) bir değerlendirme ile yetinmemekte, hemen hemen her zaman "bağlamsal" (contextuel) bir değerlendirme yapmaktadır.

Bu bağlamda, Mahkeme'nin tarihçiler arasında tartışmalı bir tarihi olayla ilgili olup kamusal tartışmaya katkıda bulunan yazılara, şiddet çağrısı veya nefret söylemi içermedikçe demokratik rejimi yıkmayı dahi hedefleyen siyasi bir söyleme, dinsel temelli bir nefret söylemi niteliğinde olmadıkça din ya da dinsel değerler hakkında muhalif görüşlerin ifadesine yapılan müdahaleleri haklı görmesi pek mümkün değildir.

Tarihi gerçekleri inkâr söylemi

Sözleşme, II. Dünya Savaşından sonra hazırlanmış ve kabul edilmiştir. Bu savaş, faşizm, nasyonal sosyalizm ve Stalinci komünizmin insanlık aleyhine suçlar işlediği bir dönemdir. Bu nedenle, sadece demokrasi ve çoğulculuk kavramları değil, adalet ve barış kavramları da Sözleşme'nin temelinde yer alır. Sözleşme'nin II. Dünya Savaşı'nın acılarının yeniden yaşanmaması için gerekli koşulların yaratılması amacında olduğunu kabul edilebilir.

İnsan Hakları Avrupa Komisyonu verdiği kararlarda, barışın ve tarihi olarak ayrımcılığa maruz kalmış toplumsal grupların haklarının korunmasının önemini vurgulamıştır. Bu nedenle Komisyon, totaliter ideolojilere ve ırkçı ya da inkârcı ifadelere karşı mücadeleyi meşru gördüğünü birçok kararında belirtmiştir. *Marais – Fransa* (no. 31159/96) başvurusunda, başvurucu II. Dünya Savaşı sırasında Almanya'nın belirli yerlerinde gaz odalarının varlığını tartışma konusu yapan bir makale yayınlamıştır. Bu makale üzerine başvurucu insanlık aleyhine işlenmiş bir suçun inkârı suçunu işlediği gerekçesiyle mahkûm edilmiştir. Bu başvuruyu inceleyen Komisyon, bu mahkûmiyeti 10. maddeye aykırı görmemiş ve başvuruyu kabuledilemez bulmuştur. Komisyona göre, "başvurucunun yazıları Sözleşme'nin Başlangıcında ifadesini bulan adalet ve barış gibi Sözleşme'nin temel değerlerine aykırıdır. (…) Başvurucu ifade özgürlüğü hakkını Sözleşme'nin lafzına ve ruhuna aykırı amaçlarla kullanarak, 10. maddeyi amaçlarına alet etmektedir. Eğer bu kabul edilirse, bu durum Sözleşme tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesine katkıda bulunacaktır".

Lehideux ve İsorni – Fransa davasında başvurucular, Le Monde gazetesinde "Fransızlar, hafızanız çok zayıf !" başlıklı bir ilan yayınlatırlar. Bu ilanda, Fransa'nın II. Dünya Savaşı sırasında Nazi Almanyası ile işbirliği yapan idaresinin lideri Mareşal Petain'in hatırası canlandırılmak istenmektedir. Bu ilanda insanlık suçunu inkâr unsuru yoktur. Ancak başvurucular düşmanla işbirliği suçunu övme suçunu işledikleri gerekçesiyle Fransız mahkemeleri tarafından mahkûm edilmişlerdir. Mahkeme, bu davada 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme ilk olarak, başvurucuların Holokost (Yahudi soykırımı) gibi tarihte sübut bulduğu tartışmasız olan olayları inkâr etmedikleri, aksine çeşitli ifadelerle bunları kınadıklarını belirlemiştir (*§47*). Mahkeme ikinci olarak, başvurucuların Mareşal Petain'le ilgili tezlerden birisini (düşmanla işbirliği yapar gibi görünüp ulusal menfaatleri korumak) dile getirdiklerini saptamıştır (*§47*). Mahkeme üçüncü olarak, bu "ilan"ın amacının, kamuoyunda ilgili dönemin yeniden yargılanması için bir tartışma açmak olduğunu belirtmiştir (*§48*). Mahkeme dördüncü olarak, ulusal mahkemelerin başvurucuları insanlık dışı suçlar konusunda sessiz kaldıkları gerekçesiyle mahkûm etmelerini yeterli bir gerekçe olarak değerlendirmemiştir (*§55*). Ayrıca Mahkeme'ye göre cezai yaptırım yolu, bu tarz bir olayda orantısız bir müdahale oluşturmuştur (*§57*). Ancak Mahkeme kararında şu temel ilkeyi yeniden hatırlatmıştır: "Sözleşme'nin koruduğu temel değerlere yönelik bütün söylemlerde olduğu gibi, Nazi politikasını haklı göstermeyi amaçlayan söylemler de 10. madde korumasından yararlanamaz" (*§53*).

Garaudy – Fransa davasında ise, başvurucu "İsrail politikasının kurucu efsaneleri" başlıklı bir kitap yayınladığı için, Fransız Mahkemeleri tarafından ceza davasında yargılanmış ve mahkûm edilmiştir. Garaudy bu mahkûmiyete karşı Mahkeme'ye yaptığı başvuruda Sözleşme'nin 10. maddesine dayanmıştır. Mahkeme ise, tarihçiler arasında tartışmalı olmayan birçok insanlık dışı suçu inkâr ettiği bölümler itibarıyla bu eserin ifade özgürlüğünden yararlanamayacağı sonucuna varmıştır. İsrail devletinin politikalarını eleştirdiği bölümler bakımından ise, kitabı 10. madde açısından incelemiş ve bunları ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirmiştir.

Mahkeme, tartışmalı tarihi olaylar hakkında bir görüş belirtmekten kaçınmakla birlikte, bir kısım tarihi olayları (Holokost bu olaylardan en önemlisidir) sübut bulmuş kabul etmekte ve bunların inkârını Sözleşme'nin adalet ve barış değerlerine aykırı görmektedir. Ancak Mahkeme'ye göre, sübut bulmamış, hakkında tarihçiler arasında tartışma konusu olan bir tarihi olayın araştırılması, ifade özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır ve Mahkeme'ye bu tartışmada hakemlik görevi düşmemektedir (*Chauvy, §69*).

Demokratik rejimi yıkmayı hedefleyen fikirler

Demokratik rejimi yıkmayı hedefleyen fikirler konusunda Strazburg organlarının yaklaşımının başlangıçta kısıtlayıcı olduğu, ancak gitgide özgürlükçülüğe doğru evrildiği söylenebilir.

İnsan Hakları Avrupa Komisyon'u, *Alman Komünist Partisi ve Diğerleri - Almanya* (*no. 257/57*) başvurusunda, proleter devrimi ve diktatörlüğü savunan bu partinin kapatılma işlemine karşı başvuruyu, Sözleşme'nin 17. maddesini uygulayarak reddetmiştir. Komisyon'a göre, bu partinin faaliyetleri "bu Sözleşme'deki hiçbir hüküm, bir devlete, topluluğa veya kişiye, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerin yok edilmesi veya bunların Sözleşme'de öngörülmüş olandan daha geniş ölçüde sınırlandırılmalarını amaçlayan bir etkinliğe girişme ya da eylemde bulunma hakkı verdiği biçiminde yorumlanamaz" hükmünü koyan Sözleşme'nin 17. maddesi ile bağdaşmamaktadır. Bu karar, Komisyonun kabul ettiği kısıtlayıcı kararlardan birisidir.

Purcell ve Diğerleri – İrlanda (no. 15404/89) davasında ise başvurucular, diğer birçok örgütle birlikte yasal bir parti olan Sinn Fenn'in radyo ve televizyona verdiği görüşlerin yayımlanmasını yasaklayan bir kararın Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı olduğunu ileri sürerek Komisyon'a başvurmuşlardı. Komisyon ise, bu yasal partinin terörle içiçeliğini dikkate alarak, bu davada 10. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmış ve başvuruyu kabul edilemez bulmuştur.

Alman Komünist Partisi ve Diğerleri davası ile *Purcell ve Diğerleri* davası Mahkeme önüne gelmemiş ve Komisyon kararları olarak kalmışlardır.

Mahkeme *Purcell ve Diğerleri* kararını, *Ülkede Gündem* gazetesinin olağanüstü hal bölgesine dağıtımını yasaklayan bir idari kararın incelendiği dava olan *Çetin ve Diğerleri* kararında dikkate almıştır. Bu davada Mahkeme, *Purcell ve Diğerleri* davasından ve Komisyon'dan farklı olarak 10. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. Mahkeme, bu davada her ne kadar terörle mücadelenin güçlüklerini dikkate alsa da, *Çetin ve Diğerleri* davası, *Purcell ve Diğerleri* davasından şu yönlerden farklı olduğunu belirtmiştir. İlk olarak, *Purcell ve Diğerleri* davasında kısıtlama, çok hızlı ve güçlü bir etkisi olan görsel-işitsel medya alanındadır; oysa *Çetin ve Diğerleri* davasında yazılı basın hedef alınmıştır. İkinci olarak, İrlanda'da kabul edilen sınırlama çok ayrıntılıdır ve hangi tarz yayınları hedeflediği açıkça belirlenmiştir; oysa *Çetin ve Diğerleri* davasında bu unsur eksiktir. Nihayet İrlanda'daki idari karar yargı denetimine tabidir; oysa Türkiye'deki tedbir için yargı denetimi yolu kapalıdır (*Çetin ve Diğerleri, §62*).

Mahkeme'nin demokratik rejimi yıkmayı hedefleyen görüşler hakkında özgürlükçü bir yaklaşımı benimsediğini gösteren en önemli kararı Müslüm *Gündüz – Türkiye* kararıdır. Bu davada demokrasinin yıkılması ve şeriat devleti kurulması gerektiğini savunan başvurucunun mahkûm edilmesini, ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirilmiştir. Aşağıda daha ayrıntılı incelenen bu kararında Mahkeme, şeriat rejimini savunmanın insan hakları ve demokrasiyle bağdaşmazlığını kabul etmekle birlikte, bir kişinin şiddet çağrısı yapmaksızın sadece şeriatı savunmasının "nefret söylemi" olarak kabul edilemeyeceğini

belirtmiştir. Mahkeme başvurucunun ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği sonucuna varırken, bu davanın koşullarını da dikkate almıştır. Bir tarikat lideri olan başvurucu, aşırı görüşlerini dile getirmek için bir televizyon programına çağrılmıştır. Söz konusu televizyon programı başvurucunun görüşlerinin karşıtı da ifade edilecek ve bir polemik ortamı yaratacak şekilde düzenlenmiştir.

Irkçılık ve hoşgörüsüzlük içeren nefret söylemi

İlk başlarda İnsan Hakları Avrupa Komisyonu, ırkçı niteliği nedeniyle, siyasi platformda yer almaktan men edilen kişilerin başvurularını Sözleşme'nin 17. madde dayanarak kabuledilemez bulmuştur. Komisyon, ırkçı ifadelerde bir hakkın kullanılması değil, demokratik değerlerle bağdaşmayacak tarzda "kötüye kullanılması" olduğu gerekçesiyle bu tarz ifadelere yapılan müdahaleleri haklı bulmuştur. Ancak bu ifadelere 17. maddenin uygulanması yaygınlık kazanmamıştır.

Irkçı ifadelere 17. maddeyi uygulama yaklaşımın temelindeki düşünce, Sözleşme hükümlerinin, potansiyel olarak diğerlerinin hak ve özgürlüklerini etkilemeye elverişli olduğu düşüncesidir. *Glimmerveen ve Hagenbeek – Hollanda* (*no. 8348/78, [k.k.]*) olayında başvurucular, dağıttıkları bildiriler nedeniyle ırk ayrımcılığı yaptıkları gerekçesiyle mahkûm edilmelerinin ve yerel seçimlere katılmalarının yasaklanmasının Sözleşmenin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. Hollanda hükümeti ise bu kişilere ifade özgürlüğünün tanınması durumunda Sözleşme tarafından yasaklanan ayrımcılığın teşvik edilmiş olacağını savunmuştur. Komisyon bu başvuruyu kabuledilemez bulmuştur. Komisyona göre 17. maddenin amacı totaliter toplulukların, Sözleşme ile belirlenmiş olan ilkeleri kendi yararları yönünde kullanmalarını önlemektir. Bu davada Komisyon, ırkçı fikirlerin yayılmasının ifade özgürlüğü hakkının kötüye kullanılması olarak değerlendirmiş ve bu tarz ifadelerin bu haktan yararlanamayacağına karar vermiştir.

Jersild – Danimarka davasında bir gazeteci olan başvurucu, yeşil ceketliler adlı bir ırkçı grup hakkında önce bir yazı yayımlamış, daha sonra bu grubun temsilcileriyle temas kurmuş ve bunlardan üç tanesini televizyonda röportaja davet etmiştir. Başvurucu tarafından yapılan röportaj sırasında üç yeşil ceketli, Danimarka'daki göçmenler ve etnik gruplar hakkında küfürlü ve aşağılayıcı sözler sarf etmişlerdir. Bu röportaj sırasında ırkçılar, siyahlar hakkında "[insan] değiller, bunu onların beden yapılarından da anlayabilirsiniz, büyük basık burunlar, karnabahar kulaklar vd., geniş kafalar ve çok geniş ve kıllı bedenler, sanki bir gorile bakıyormuş gibi oluyorsunuz, bir maymunla karşılaştırın, aynı tavırlar içinde olduğunu göreceksiniz, aynı hareketler, uzun kollar, uzun parmaklar vs. uzun ayaklar" gibi ifadeler kullanmışlardır. Başvurucu bu röportajı nedeniyle para cezasına mahkûm edilmiştir. Başvurucu ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme'ye başvurmuştur.

Mahkeme, inkârcı görüşler gibi ırkçı görüşlerin de ifade özgürlüğünden yararlanamayacağı ilkesini ilk olarak *Jersild* davasında kabul etmiştir (*§35*). Mahkeme'ye göre "hiç kuşku yok ki, Yeşil ceketlilerin mahkûm edildikleri sözler, hedef grup üyelerine hakaretten daha fazla bir şey olup, bu sözler Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasından yararlanmazlar". Ancak gazeteci başvurucunun durumu farklıdır. Mahkeme olayın bütününü dikkate alarak (başvurucunun gazeteci olması, kamuoyuna ırkçılar hakkında bilgi vermesi, vb.) bu davada bir gazetecinin mahkûm edilmesini ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirmiştir.

Jersild davasının önemli özelliği, başvurucunun tartışma konusu ifadeleri sarf eden kişi olmaması, fakat Danimarka Radyosu'nda haber programı hazırlayan bir televizyon

gazetecisi olarak o beyanların yayılmasına yardım etmiş olmasıdır. Bu nedenle Mahkeme, başvurucunun mahkûm edilmesinin ve cezalandırılmasının "gerekli" olup olmadığını basının rolüyle ilgili yerleşik içtihatlarında ortaya çıkan ilkelerin ışığında değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre, bir gazetecinin "ödev ve sorumlulukları" göz önünde tutulurken, söz konusu basın organının potansiyel etkisi önemli bir faktör olup, görsel-işitsel basının yazılı basına göre çok daha hızlı ve güçlü bir etkiye sahip olduğu yaygın olarak kabul edilen bir durumdur. Ayrıca, objektif ve dengeli haber verme metotları, söz konusu basın organının niteliğine göre önemli ölçüde değişebilir. Mahkeme'ye göre, gazetecilerin hangi haber verme tekniğini benimsenmeleri gerektiği konusunda basının görüşünün yerine kendi görüşlerini koymak, ne Mahkeme'ye ve ne de ulusal mahkemelere düşen bir iştir (*§31*). Mahkeme, davanın bütün koşullarını inceleyerek söz konusu röportajın, ırkçı görüş ve düşüncelerin propagandasını yapma amacı taşımadığı ve kamuoyunda süregitmekte olan bir tartışmaya katkıda bulunmayı amaçladığı sonucuna varmıştır. Röportaj, bilgili izleyiciler için hazırlanmış ve Danimarka'da ciddi bir haber programının bir parçası olarak yayınlanmıştır. Ayrıca gazeteci yayım sırasında ifade edilen aşırı görüşleri dengelenmeye çalışmıştır.

Mahkeme, kin veya nefret söylemi olarak ("hate speech", "discours de haine")[1] nitelendirdiği ifadelerin 10. maddeden yararlanamayacağını belirtmektedir. Ancak bu kavramların henüz ortak kabul gören bir tanımının bulunduğunu söylemek güçtür. Nefret söylemi ve nefret suçları sıklıkla karıştırılan iki kavramdır. Nefret suçunun uluslararası alanda ortaya çıkmış ve kabul gören tanımlarından biri Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT) tarafından yapılan tanımdır. Bu tanıma göre nefret suçları, "mağdurun, mülkün ya da işlenen suçun hedefinin gerçek ya da hissedilen ırk, etnik, ulusal köken, dil, renk, din, cinsiyet, yaş, zihinsel ya da fiziksel engelli, cinsel yönelim veya diğer benzer faktörlere dayalı olarak benzer özellikler taşıyan bir grupla gerçek ya da öyle algılanan bağlantısı, ilgisi, bağlılığı, desteği ya da üyeliği nedeniyle seçildiği kişilere veya mala karşı işlenen her türlü suçtur."

Nefret söylemi ise, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 1997 tarih ve R (97) 20 sayılı tavsiye kararında "yabancı düşmanlığı, ırkçı nefret, anti-semitizm ve hoşgörüsüzlük temelli diğer nefret biçimlerini yayan, teşvik eden, savunan ya da haklı gösteren her tür ifade biçimi"olarak tanımlanır. Nefret suçları söz konusu olduğunda, ortada zaten mevcut olan bir suç söz konusudur ve bu suç nefret içeren bir saikle işlenmiştir. Nefret söylemi ise, ulusal hukuklarda birçok kez bir suç olarak düzenlenmemiştir.

Norwood – Birleşik Krallık başvurusunda (*no. 23131/03*), aşırı sağcı ırkçı bir siyasi parti olan İngiliz Ulusal Partisi'nin bir üyesi, 11 Eylül olayından sonra New York'taki Dünya Ticaret Merkezini alevler içinde yanarken görüntüleyen ve üzerinde bir ay yıldız eşliğinde "İslam İngiltere'yi terk et" ve "İngilizleri Koru" sloganları yazan bir poster asmıştır. Bu kişi İngiltere'de ırka dayalı nefret suçundan hüküm giymiş, 2003'te ifade özgürlüğü gerekçesiyle Mahkeme'ye yaptığı başvuru ise Sözleşme'nin 17. maddesine dayanılarak kabuledilemez bulunmuştur. Mahkeme'ye göre "bir dini gruba karşı yapılan ve grubu bir bütün olarak vahim bir terör fiiliyle bağlantılı gösteren böylesine genel bir hiddetli saldırı, Avrupa Sözleşmesi'nde ilan edilen ve güvence altına alınan değerlerle bağdaşmamaktadır".

Mahkeme'nin nefret söylemi hakkında temel ilkeleri belirlediği önemli bir kararı *Müslüm Gündüz – Türkiye* kararıdır. Müslüm Gündüz, 12 Temmuz 1995'te özel HBB televizyon kanalı tarafından yayınlanan "Ceviz Kabuğu" adlı bir televizyon programına katılmış ve program sırasında dinsel giysiler, din, laiklik, Türkiye'de demokrasi ve İslam

1 Nefret söylemi ve suçu kavramları için bkz. http://nefretsoylemi.org/rapor/nefretsoylemi_min.pdf

gibi konularda görüşlerini açıklamıştır. Programdan sonra başvurucu hakkında İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinde halkı kin ve düşmanlığa tahrik suçundan dava açılmış ve başvurucu iki yıl hapis cezası ile para cezasına mahkûm edilmiştir. İstanbul DGM katılımcıların sosyal ahenk, insan hakları ve ifade özgürlüğü bağlamında laiklik ve demokrasi gibi kurumların kötü işleyişi, yararsızlığı ve sorunları üzerinde tartışmalar sırasında sanık Gündüz'ün "kendisine demokrat, laik diyen bir kimsenin dini yoktur... Türkiye'de demokrasi despot, Allah'sız ve dinsizdir ... Bu laik ... sistem ikiyüzlü ve münafıktır ... bazı kimselere bir şekilde diğerlerine başka şekilde davranmaktadır ... Diktatörlük kanunlarına göre bunların suç olduğunu bilerek söylüyorum... Neden konuşmayacakmışım? Ölümden öte yol var mı? ... Bir kimse Türkiye Cumhuriyeti'nin yetkili kıldığı belediye memurunun kıydığı nikâhla evlendikten sonra gerdeğe girerse, bu birleşmeden doğan çocuk 'piç'tir ..." dediğini, Bedri Baykam'ın bu kişilerin amacının demokrasiyi yıkıp yerine şeriata dayalı bir rejim getirmek istediklerini söyleyince, sanığın 'tabi o da olacak, o da olacak' dediğini ve yine mahkeme önünde şeriat rejiminin baskıyla, güçle veya silahla değil fakat insanları ikna ederek gerçekleşeceğini' söylediğini belirtmiştir. İstanbul DGM, sanığın İslam adına demokrasi, laiklik ve Kemalizmi dinsiz olarak nitelediğini, dinsel ve sosyal işleri birbirine karıştırdığını ve insan doğasına en uygun siyasal sistem olarak görülen ve halkın ezici çoğunluğu tarafından benimsenen demokrasi için 'dinsiz' kelimesini kullanması nedeniyle, başvurucunun halkı din temeline dayanarak kin ve düşmanlığa tahrik ettiği sonucuna varmıştır. Başvurucu bu kararı din özgürlüğü ve ifade özgürlüğüne dayanarak temyiz etmiş, Yargıtay kararı onamıştır.

Mahkeme, ifade özgürlüğüyle ilgili içtihatlarından çıkan genel ilkeleri hatırlattıktan sonra, Müslüm Gündüz'ün ifadelerinin ulusal mahkemeler tarafından "kin ve düşmanlık ifadesi" olarak nitelendirildiğini belirtmiştir. Mahkeme, konuyla ilgili uluslararası belgeleri (*§22-24*) ve kendi içtihatlarını göz önünde tutarak, bütün insanların onurda eşitliğine saygının ve hoşgörünün, demokratik ve çoğulcu toplumun temellerini oluşturduğunu vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre kural olarak, bazı demokratik toplumlarda dinsel hoşgörüsüzlük dâhil, hoşgörüsüzlüğe dayanan kin ve düşmanlığı yayan, teşvik ve tahrik eden veya haklı göstermeye çalışan her türlü ifadeye yaptırım uygulamak ve hatta engellemek gerektiği düşünülebilir; yeter ki uygulanacak olan usul, koşullar, kısıtlamalar ve cezalar izlenen meşru amaçla orantılı olsun (*§40*).

Mahkeme ayrıca *Jersild* kararında, belirli kişileri veya grupları aşağılayan kin ve düşmanlık oluşturan somut ifadelerin Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından korunmadığını belirttiğini hatırlatmıştır (*§41*). Bu ilkeleri *Müslüm Gündüz* davasına uygulayan Mahkeme, ilk olarak söz konusu televizyon programının, kamuoyunun dikkatini çeken bir tarikatla ilgili olduğunu belirtmiştir. Görüşleri hakkında kamuoyunun bilgi sahibi olduğu başvurucu Gündüz, bu tarikatı ve demokratik değerlerin İslam ile bağdaşmadığına dair görüşlerini anlatması için bu programa çağrılmıştır. Bu konu Türk medyasında geniş bir biçimde tartışılan bir konu olmuş ve kamuoyunu yakından ilgilendirmiştir. Mahkeme'ye göre, ulusal mahkemelerin başvurucuyu mahkûm ettikleri görüşlerinden bazıları Türkiye'deki çağdaş kurumlara karşı açık bir hoşnutsuzluk ve uzlaşmazlık göstermektedir. Ne var ki bu görüşler, şiddete teşvik veya dinsel hoşgörüsüzlüğe dayanan "kin ve düşmanlık ifadesi" olarak görülemez.

İkinci olarak Mahkeme, Türkçede 'piç' kelimesinin evlilik dışında veya zina sonucu doğan çocuklar için kullanılan aşağılayıcı bir anlamı bulunduğunu ve günlük dilde hakaret fiili oluşturduğunu kaydetmiştir. Ancak Mahkeme, başvurucunun bu ifadeyi canlı bir televizyon programında söylenmiş olduğunu, başvurucunun bu ifadesini değiştirme veya düzeltme imkânı bulamadığını ve öte yandan ulusal mahkemelerin başvurucunun

canlı yayındaki bir tartışmaya katılmış olmasına daha fazla ağırlık vermeleri gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme son olarak, ulusal mahkemelerin başvurucunun şeriat propagandası yapmasını dikkate aldığını; ancak bu amaca varmak için kullanacağı araçların niteliğine önem vermediğini belirtir. Mahkeme, demokrasi ile şeriat arasındaki ilişki konusunda, bir kimsenin hem demokrasi ve insan haklarına saygı göstermesinin ve hem de şeriata dayalı bir rejimi desteklemesinin zor olduğunu kaydetmiştir. Ancak Mahkeme, demokrasi ile şeriatla yönetilen rejimlerin bağdaşmazlığını açıkladığı *Refah Partisi ve Diğerleri* davasının Sözleşme'ye taraf bir devlette şeriatı uygulamaya koymayı amaçlar görünen bir siyasal partinin kapatılması ile ilgili olduğunu ve o partinin kapatılma sırasında siyasal iktidarı ele geçirmek için gerçek bir potansiyeli bulunduğunu, böyle bir durumun incelenen olayla pek kolay karşılaştırılamayacağını belirtmiştir. Mahkeme, Sözleşme'nin değerlerine doğrudan karşı çıkan sözlerin, dinsel hoşgörüsüzlük dâhil, hoşgörüsüzlüğe dayanan kin ve düşmanlığın propagandasını yapan, bunu teşvik eden veya haklı göstermeye çalışan ifadelerin Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasından yararlanamayacağının vurgulamıştır. Ancak Mahkeme'ye göre şiddete çağrıda bulunmaksızın sırf şeriatı savunmak, kin ve düşmanlık ifadesi olarak görülemez. Ayrıca incelenen olayda başvurucunun durumu özel bir bağlam içinde ele alınmalıdır: Televizyon programının amacı başvurucunun lideri olduğu tarikatın tanıtılmasıdır; başvurucunun aşırı görüşleri daha önceden bilinmektedir ve başka katılımcıların da yer almasıyla dengelenen bir programda tartışılmıştır. Mahkeme, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin dayandığı gerekçeleri yetersiz bulmuş ve 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, başka bir *Müslüm Gündüz – Türkiye* (*no. 59997/00*) kabuledilebilirlik kararında, bu defa başvurucun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği iddiasını reddetmiştir. Bu davada başvurucu, bir röportajında bir kişinin ismini vererek, o kişinin görüşlerini eleştirmiş ve ardından "bir babayiğit çıkıp bunların karınlarına bir bıçak, 2 süngü saplayıp bunların ne kadar kof olduğunu göstermesi" ifadelerini kullanmıştır. Bu ifadelerden ötürü başvurucunun aldığı hapis cezası, Mahkeme tarafından ifade özgürlüğüne aykırı olarak değerlendirilmemiştir. Bu kararında Mahkeme, "bu davada olduğu gibi, nefret söylemi, şiddet çağrısı veya övgüsü olarak nitelendirilebilecek beyanlar Sözleşme'nin Başlangıcında ifadesini bulan Sözleşme'nin temel değerleri olan adalet ve barış ve hoşgörü ruhu ile bağdaşmamaktadır". Mahkeme, bu davada verilen ve kitle iletişim araçlarıyla işlendiği için daha da ağırlaşan cezanın ciddiyetinin farkında olduğunu belirtir. Fakat Mahkeme'ye göre, eğer bir davranış yukarıda tanımlanan düzeye ulaşmışsa ve çoğulcu demokrasinin temel ilkelerinin reddini oluşturacak ölçüde hoş görülemez bir noktaya varmışsa, ceza kanununda caydırıcı yaptırımlar öngörmek gerekli hale gelebilir.

Dinsel kin ve nefret içeren nefret söylemi

Mahkeme'nin dinlere, dinsel değerlere ya da dinsel duygulara yönelik ifadeler karşısındaki yaklaşımının iki yönü vardır. İlk olarak Mahkeme, dini açıklama özgürlüğünü kullanan kişilerin, bu din o toplumda azınlık ya da çoğunluk dini olmasına bağlı olmaksızın, kendi inançlarının başkaları tarafından reddedilmesini ve hatta inançlarına karşı düşmanca (*hostil*) propagandada bulunulmasını hoşgörüyle karşılamak durumunda olduklarını vurgulamıştır (*Otto-Preminger-İnstitut*, *§47*; *Tatlav, §27*). Bu ilke, çoğulcu toplumun bir gereğidir.

Diğer yanıyla Mahkeme, dinsel duygulara karşı "ucuz saldırı" söz konusu olduğunda, bu ifadeleri korumak konusunda çok dikkatlidir. Mahkeme'ye göre, bir dinsel inanca karşı düşmanca propagandanın yapılış tarzı, Sözleşme'nin 9. maddesinde güvence altına alınan din özgürlüğünün barışçıl biçimde kullanılmasını sağlama yükümlülüğü bakımından

devletin sorumluluğunu gerektirebilir. Bu bağlamda, Mahkeme'ye göre, dinsel görüşler ve inançlar söz konusu olduğunda, kamusal bir tartışmaya hiçbir katkısı olmayan başkaları için ucuz saldırı olarak görülebilecek ifadelerden kaçınmak gereklidir (*Otto-Preminger-İnstitut, §49*).

Bu çerçevede, dinsel değerlere karşı ifadelerin konu olduğu Mahkeme kararları incelendiğinde, çoğulcu toplumun gerekleri ile dinsel duyguların korunması arasında bir denge arayışının bulunduğu gözlemlenebilir. Mahkeme, eski kararlarında dinsel duygulara saldırı söz konusu olduğunda devletlere geniş takdir alanı tanıyan bir içtihat çizgisi benimsemiş iken; bu eğilim gitgide zayıflamış ve ifade özgürlüğüne tanınan alan genişlemiştir. Bu süreçte, dinsel duygulara saldırı ifadeleri "dinsel kini içeren nefret söyleminin" bir parçası olarak değerlendirilmeye ve konu "nefret söylemi" çerçevesinde incelenmeye başlanmıştır.

Nitekim Venedik Komisyonu, İfade Özgürlüğü ve Din Özgürlüğü başlıklı (2008)026 nolu raporunda, "dinsel kin içeren nefret söylemi" ile dinsel değerlere ya da dine hakaret benzeri ifadeler arasında bir ayrım yapmıştır. Venedik Komisyonu, "dinsel kin içeren nefret söylemi"nin yaptırıma konu olmasının gerekli olduğunu belirtirken; diğer tarz ifadelerin cezalandırılmasını amaçlayan bir suç oluşturmanın gerekli olmadığını belirtmiştir. Aynı raporda Komisyon, "blasfem" adı verilen bir dini ya da dinsel değerleri aşağılamaya yönelik suçların, çoğu Avrupa Konseyi'ne üye devlette olduğu gibi tamamen kaldırılması gerektiğini vurgulamıştır[2].

Mahkeme'nin dinsel değerlerle saldıran ifadelerle ilgili ilk kararlarından olan 1994 tarihinde kabul edilen *Otto-Preminger-İnstitut – Avusturya* kararı, dinsel değerlerin korunması ve ifade özgürlüğü alanındaki içtihadın gelişimi bakımından önemli bir davadır. Bu davada başvurucu dernek, 'Cennette' adlı filmi 13 Mayıs 1985 tarihinden itibaren altı kez göstermeyi planlamıştır. Bu konudaki duyuru, derneğin üyelerine gönderilen bültende yer almış ve çeşitli ilan panolarına asılmıştır. Duyuruda film hakkında bir açıklama notu yer almış, ayrıca Sinema Kanununa göre 17 yaşından küçüklerin bu filmi izlemelerinin yasak olduğu belirtilmiştir. Roma Katolik kilisesinin Innsbruck piskoposluğunun talebi üzerine savcı, dernek yöneticileri hakkında 10 Mayısta soruşturma başlatmıştır. İsnat edilen suç, dinsel doktrinleri küçük düşürme suçudur. Film 12 Mayısta görevli yargıcın bulunduğu kamuya kapalı bir biçimde izlendikten sonra, savcı filme el konulmasını talep etmiştir. Bu talep yerel mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Bunun sonucu olarak filmin gösterilmesi planlandığı günden bir gün önce yasaklanmış ve daha sonra filme el konulmuştur. Bu karar ilgili üst ulusal mahkeme tarafından onanmıştır. Dernek yöneticisi hakkında yürütülen ceza soruşturması 24 Ekim 1985'te takipsizlikle sonuçlanmış, ancak filme el konulması ile ilgili yargılama ayrı biçimde sürmüştür. İlgili ulusal mahkeme, Roma Katolik dinsel doktrininde ve bu dine inananların gözünde Tanrı, Meryem Ana ve İsa'nın temel bir öneme sahip olduğunu, söz konusu filmde ise hem görüntü ve hem de metnin Tanrı, İsa ve Meryem figürlerine ağır hakaret içerdiğini iddiasını kabul etmiş ve sanat özgürlüğünün sınırsız olmadığını, sanat özgürlüğünün başkalarının din ve vicdan özgürlüğüyle sınırlı olduğunu belirttikten sonra Ceza Kanununun ihlal edildiği sonucuna varmıştır. İlgili üst mahkeme itirazı reddetmiştir. Daha sonra filmin konusu olan oyun, Avusturya'da tiyatro oyunu olarak sergilenmiştir. Viyana'da hiç bir soruşturma açılmamış, Innsbruck'ta birçok şikâyet üzerine savcılık tarafından açılan soruşturma takipsizlikle sonuçlanmıştır.

Otto-Preminger-İnstitut davasında Mahkeme, ilk olarak hem el koyma, hem de hak kaybı kararlarının ifade özgürlüğüne müdahale oluşturduğunu belirtir. Mahkeme'ye göre

2 Söz konusu raporun 89. paragrafına bakılabilir.
http://www.venice.coe.int/webforms/documents/?pdf=CDL-AD(2008)026-f

din özgürlüğü, inananların kimliğini ve yaşam tarzlarını oluşturan hayati unsurlardan biridir. İnananlar kendi inançlarının başkaları tarafından reddedilmesini ve hatta muhalif, düşmanca propagandada bulunmalarını hoşgörüyle karşılamak durumundadırlar. Ancak bu reddetme ve düşmanca propagandanın yapılış tarzı, Sözleşme'nin 9. maddesinde güvence altına alınan din özgürlüğünün barışçıl biçimde kullanılmasını sağlama yükümlülüğü bakımından devletin sorumluluğu bulunmaktadır. Mahkeme'ye göre, söz konusu tedbir, 'başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma' meşru amacına sahiptir.

Otto-Preminger-İnstitut davasında ana hukuki sorun müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği konusundadır. Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkının, toplumun bir bölümüne çarpıcı gelen, aykırı düşen veya rahatsız eden düşünceleri de ifade etme hakkını içerdiği yönündeki yerleşik içtihadını hatırlatmıştır. Ancak Sözleşme'nin 10. maddesindeki hakların kullanılması çeşitli 'ödevler ve sorumluluklar' yüklemektedir. Bu sorumluluklar arasında başkalarını nedensiz yere inciten, ucuz ve kamusal tartışmaya hiç bir şekilde katkıda bulunmayan davranışlardan kaçınmak da bulunur. Bu kararında Mahkeme, Avrupa'nın her yerinde dinin toplum içindeki önemi konusunda gözle görülebilir bir fikir birliği bulunmadığını belirtir. Bu nedenle, devletlerin bu alanda bir takdir alanı mevcuttur. Mahkeme'ye göre, bu tür müdahalelerin gerekliliğinin belirlenmesi konusunda ulusal makamlara belirli bir takdir yetkisi bırakmak zorunludur. Diğer yandan Mahkeme, filmin gösterileceği zamanda ve yerde dinsel barışı korumak için toplumsal bir ihtiyaç baskısı bulunduğunu hatırlatır. Mahkeme, ulusal makamların dinsel barışı sağlama ve insanların kendi dinlerine haksız bir saldırı yapıldığı duygusuna kapılmalarını önleme çabası göstermiş olduğunu belirtir ve alınan tedbirin (filme el koyma) orantısız olmadığını saptar ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varır.

Dağıtımına izin verilmeyen bir filmin konu olduğu *Wingrove – Birleşik Krallık* davası da *Otto-Preminger-Institute - Avusturya* davası ile büyük benzerlikler göstermektedir. Bu davada da Mahkeme, 10. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Dinsel içerikli reklam yasağı ifade özgürlüğünü ihlal etmeyebilir. *Murphy – İrlanda* davasında başvurucu, Dublin'de İncil'e dayanan bir Hıristiyan rahipliği olan İrlanda İnanç Merkezi'ne bağlı bir papazdır. Merkez 1995 yılında bağımsız ve ticari bir yerel radyo istasyonuna "İsa ile ilgili tarihsel gerçekler"i ve "dirilişin kanıtı"nı konu edinen bir videoyu yayınlaması için reklam vermiştir. Mart 1995'te Bağımsız Radyo Televizyon Kurulu, Radyo ve Televizyon Kanununun 10(3). fıkrasındaki "herhangi bir dinsel veya siyasal amaca yönelik veya sanayi uyuşmazlıklarıyla ilişkili bir reklam yayınlanamaz" hükmünü uygulayarak, yayını durdurmuştur. Bu karar, videonun uydu aracılığıyla iletilmesini etkilememiştir. Başvurucu söz konusu yasa hükmünün anayasaya aykırı olduğu gerekçesiyle ulusal yargı yerlerine başvurmuş, ancak bu talebi reddedilmiştir.

Murphy kararında Mahkeme dava konusu yasağın demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını incelerken, yayını yasaklayan ulusal makamların konuyla ilgili ve yeterli gerekçe gösterip göstermediklerini belirlemek durumunda olduğunu hatırlatmıştır. Mahkeme şikâyet konusu yasa hükmünün İrlanda'da dinsel reklam yayınlamanın aşırı hassas bir konu olmasıyla ilgili kaygıları karşılamak için getirilmiş olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, bu davada söz konusu kısıtlamanın sınırlı niteliğini (reklam vermek dışında bir kısıtlama mevcut değildir) ve dinsel değerler konusunda toplumlardaki hassaslığı dikkate alarak başvurucunun ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

İ.A. - Türkiye davasında başvurucu bir yayınevi sahibidir ve 1993 yılında "Yasak Tümceler" adlı bir romanı yayımlanmıştır. Yazarın felsefeye ve dine değin görüşlerini içeren roman, ilk baskıda iki bin adet basılmıştır. İstanbul Cumhuriyet Savcısı 18 Nisan 1994 tarihli iddianamesi ile TCK'nın 175(3) ve (4). fıkralarına dayalı olarak başvurucuyu,

yayım yoluyla 'Allah'a, Dine, Peygambere ve Kutsal Kitaba' hakaret etmekle suçlamıştır. Yerel mahkeme başvurucuyu iki yıl hapis ve para cezasına çarptırmış, son olarak hapis cezasının para cezasına çevrilmesine hükmederek başvurucunun belirli bir para cezası ödemesini kararlaştırmıştır. Yargıtay ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

İ.A. - Türkiye davasında başvurucu, hakkında verilen mahkûmiyet cezasının ifade özgürlüğü hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Hükümete göre söz konusu kitabın dine, özellikle İslam dinine saldırgan yaklaşımları içermesi, dini duygulara hakaret etmesi nedeniyle başvurucunun mahkûmiyeti sosyal bir ihtiyacı karşılamaktadır. Mahkeme, kitaba ilişkin değerlendirmesinde, sözü edilen kitabın roman tarzında yazarın felsefi ve dini görüşlerini içerdiğini ve bunun ulusal yargı tarafından dine hakaret ve hor görme olarak değerlendirildiği belirtmiştir. Mahkeme, müdahalenin 'demokratik bir toplum gerekli' olup olmadığı konusunda yerleşik içtihadını hatırlatmış ve Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki ifade özgürlüğünün 'görev ve sorumlulukları' beraberinde getirdiğini vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre, din ve inanç özgürlüğü söz konusu olduğunda başkalarına zarar verecek nitelikteki söylemlerden ve saygısızlık edecek davranışlardan kaçınılması gerekmektedir. Bu çerçevede Mahkeme, dini inançlara ve ahlaki görüşlere karşı sergilenen saldırılar söz konusu olduğunda başkalarının haklarının korunması bakımından Avrupa ülkeleri arasında tek bir anlayışın olmadığını hatırlatmıştır. Bu nedenle, bu konuda devletlerin belirli bir takdir alanı mevcuttur.

Mahkeme, *İ.A. - Türkiye* davasında, toplumların dinlere karşı yapılan eleştirilerden uzak kalamadığını ve bu eleştirilerin hoşgörüyle karşılanması gerektiği yönündeki yerleşik içtihadını tekrar etmiştir (*İ.A., §28*). Ancak Mahkeme, söz konusu kitapta, eleştirilerin veya çarpıcı, kışkırtıcı ya da rahatsız edici düşünceler ifadesi dışında, İslam dinindeki Peygamberin kişiliğine karşı hakaret dolu bir saldırı söz konusu olduğuna dikkat çekmiştir. Mahkeme, bu müdahale ile Müslümanlar tarafından kutsal sayılan bazı değerlere yapılan saldırıların önlenmesinin amaçlandığını belirtmiş ve ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, verilen cezanın orantısız olmadığını da belirtmiştir. Söz konusu kitap toplatma tedbiri konusu olmamış ve başvurucu sembolik bir para cezasına çarptırılmıştır. Bu nedenlerle Mahkeme'ye göre, ifade özgürlüğü hakkı ihlal edilmemiştir. Bu karara karşıoy yazan üç yargıç, ceza yargılamasının caydırıcı etkisini ve bir romanda yer alan bazı ifadelerin bu şekilde öne çıkartılmasını eleştirmişlerdir. Bu yargıçlara göre, bu davada ifade özgürlüğü hakkı ihlal edilmiştir.

İ.A. - Türkiye kararında dine ya da dinsel değerlere hakaret kavramı ile dinsel kökenli nefret söylemi arasındaki farkın tartışma konusu yapılmaması dikkat çekicidir. Bunun nedeni bu kararın 2005 yılında kabul edilmesi, Venedik Komisyonu'nun yukarıda anılan İfade Özgürlüğü ve Din Özgürlüğü başlıklı (2008)026 nolu raporunun ise 2008 yılında kabul edilmiş olmasıdır. Bu belge, dinsel ifadelerle ilgili alanda Avrupa Konseyi üyeleri arasında ortak bir yaklaşımın ortaya çıkmaya başladığını ortaya koymaktadır. Nitekim Mahkeme, daha yeni kararlarında ifade özgürlüğü vurgusunu daha kuvvetle yapmaya başlamış ve ulusal takdir alanını daraltan bir yaklaşım benimsemiştir.

Aydın Tatlav – Türkiye davası, "İslamiyet Gerçeği" başlıklı beş ciltlik bir kitabın "Kur'an ve Din" başlıklı ilk cildinin yayınlanması hakkındadır. Bu kitap, İslam dininin eleştirisini içermekte ve tarihi bir inceleme olduğu iddiasını taşımaktadır. Kitapta, İslam dinine dönük son derece ağır ifadeler mevcuttur. Bu çerçevede kitabın yazarı hakkında ceza davası açılmış ve yazar, "dine hakaret" suçu nedeniyle para cezasına çarptırılır. Yerel mahkeme, "temel olarak eser, Allah'ın olmadığını, cahil toplumu uyutmak için yaratıldığını, İslam'ın ilkel bir din olduğunu, halkı cennet ve cehennem hikâyeleri ile kandırdığını, sömürü ve köleliği kutsallaştırdığı" gerekçesiyle dine hakaret suçunun unsurlarının oluştuğu sonucuna varmıştır.

Aydın Tatlav – Türkiye davasında Mahkeme ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, dava konusu eserde dine dönük ağır eleştirilerin olduğunu kabul etmiştir. Özellikle toplumdaki adaletsizlikleri din ile meşru gösterme yaklaşımının toplumun inanmayan kesimleri tarafından yaygınlıkla savunulan bir görüş olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, kitaptaki ifadelerde "doğrudan kişi olarak inananları hedef alan hakaretamiz bir ton görmediğini ya da dinsel simgelere dönük hakaret içeren bir saldırı olmadığını" belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, Müslümanların bu ifadelerden incinmesi, kendi başına ifade özgürlüğünü sınırlandırmak için yeterli değildir (*Aydın Tatlav, §28*). Mahkeme ayrıca söz konusu eserin daha önce birçok baskı yaptığını ve ceza davasının sadece bir kişinin suç duyurusu sonucunda açılmış olduğunu kaydetmiştir. Mahkeme kitabın daha önce yayınlanmış olmasına karşın herhangi bir ciddi tepkinin oluşmadığını vurgulamıştır. Nihayet bu davada Mahkeme, ceza kovuşturmasının açılmasının caydırıcı bir etki yaratmasının önemine dikkat çeker. Mahkeme'ye göre, dinler hakkında alışılagelen fikirler dışında düşünceleri olan kişiler, bu yaptırım tehdidi nedeniyle görüşlerini ortaya koymaktan vazgeçebilirler. Oysa sağlıklı çoğulcu bir toplum için bu görüşlerin de dile getirilmesi gereklidir (*Aydın Tatlav, §30*).

Giniewski – Fransa kararı, Katolik inancına hakaret içerdiği iddia edilen bir makalenin yayınlanması hakkındadır. Bir gazeteci, sosyolog ve tarihçi olan başvurucu, günlük bir gazetede bir yazı yayınlar. Bu yazı, dönemin papasının yazdığı bir kitaptan hareketle, Katolik inancının ağır bir eleştirisini içermekte ve ırkçı Nazi ideolojisi ile bu inanç arasında bağlantı ve benzerlik kurmaktadır. Hatta yazı, Nazizm dönemindeki gaz odaları barbarlığının esasta Katolik inancında yer alan birçok unsura dayalı olduğunu ileri sürmekte ve böylece bu insanlıkdışı suçlarla söz konusu inanç hakkında doğrudan bir bağlantı kurmaktadır. Bazı Katolik kuruluşların hakaret suçu oluştuğu gerekçesiyle suç duyurusunda bulunmaları üzerine, başvurucu belirli bir toplumsal gruba hakaret suçundan para cezasına mahkûm edilmiştir. *Giniewski* kararında Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, söz konusu makale bir papanın görüşleri hakkındadır ve bu nedenle bu eleştiriler Papalık kurumunu benimsemeyen kolları da bulunan bütün Hristiyanlık dinine dönük olarak kabul edilemez. Başvurucu Holokostun (Nazi döneminde Yahudilerin uğradığı soykırım) kökenleri konusunda görüşlerini, ucuz hakarete vardırmadan ve genel bir tartışma bağlamında açıklamıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucunun kamuyu ilgilendiren böylesi önemli bir konuda görüşlerini açıklamasında önemli bir kamusal yarar vardır.

Şiddet çağrısı ve terör propagandası

Terör propagandası kavramı söz konusu olduğunda Mahkeme'nin karşılaştığı en önemli güçlük, "terör" tanımına ulusal hukukun verdiği tanım ile Mahkeme'nin içtihatlarında geliştirdiği "şiddet çağrısı" tanımı arasındaki farklılıktır. Nitekim ulusal yasalar tarafından terör propagandası olarak tanımlanan birçok ifade Mahkeme tarafından 10. madde koruması altında alınabilmektedir. Bu nedenle, ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda yargıcın ulusal yasaları Mahkeme içtihatlarıyla birlikte yorumlaması büyük önem taşımaktadır.

Mahkeme, terör propagandası olarak önüne getirilen bir davada ilk olarak, söz konusu tedbirin hukuken öngörülmüş olup olmadığını değerlendirecektir. İkinci olarak Mahkeme, terörün tehdit ettiği ulusal güvenlik, kamu düzeni, başkalarının hakları ve özgürlükleri gibi meşru sınırlama amaçları ile ifade özgürlüğü arasındaki ilişkiyi inceleyecektir. Eğer sınırlama veya yaptırım bu meşru amaçlardan birisini izliyor ise, bu müdahalenin demokratik toplum için gerekli olmadığı konusunu değerlendirilmesi gereklidir. Bu çerçevede, bir ifadenin "ulusal güvenlik" için bir tehlike oluşturması, tek başına bir müdahaleyi haklı çıkarmamaktadır. Bu ifadelerin içeriği, kim tarafından, hangi bağlamda, hangi

yayın aracı ile dile getirildiğini incelenmekte, bazen ifadenin kullanıldığı yerin çatışma ortamına uzaklığı (*Yağmurdereli*, *§54*) dahi dikkate alınmaktadır. Ayrıca Mahkeme'ye göre, bir çatışma ortamı söz konusu olduğunda, ulusal yetkililer, kendileri için hiç hoş olmasa da, kamuoyunun çatışmanın taraflarından birinin farklı görüşlerini öğrenme, bu görüşler hakkında bilgi alma hakkı da dikkate alınmalıdır.

İfadenin içeriği: Mahkeme, bu konuda önüne gelen bir başvuruda, kamu makamlarının müdahalesinin dayandığı ifadenin "şiddet çağrısı", "silahlı ayaklanma çağrısı", "isyan çağrısı" içerip içermediğini (*§61*), ifadenin "derin ve mantıkdışı bir kini aşılayarak şiddetin artmasına yol açacak nitelikte olup olmadığını" (*Sürek no 1*, *§62*), kişilerin ismi belirtilerek fiziksel bütünlüklerine zarar verme ihtimali oluşturan bir ifade olup olmadığını (*Sürek* (*no 1*), *§62*) inceleyecektir. Eğer bir ifade içeriği itibarıyla bu özellikleri taşımıyor ise, ulusal hukukta bu ifadelerin "terör" veya "terör propagandası" suçu olarak nitelendirilmesinin bir önemi yoktur; bu ifadeler 10. maddenin korumasından yararlanırlar.

Ceylan – Türkiye davasında Petrol-İş sendikasının başkanı olan Münir Ceylan, İstanbul'da basılan haftalık bir gazete olan Yeni Ülke'nin 21-28 Temmuz tarihli basımında "Söz İşçinin, Yarın Çok Geç Olacak' adlı bir makale yazmıştır. İstanbul DGM Savcısı başvurucuyu (eski) Türk Ceza Kanunun 312(1). fıkrasından dolayı 'halkı kin ve düşmanlığa tahrik etmek girişiminde bulunmakla' suçlamıştır. DGM'de yapılan yargılama sonucunda başvurucu TCK'nin 312(2) ve (3). fıkralarındaki etnik köken ve din ya da sosyal sınıfa dayalı ayrımcılık yaparak halkı kin ve düşmanlığa tahrik etme girişiminde bulunmaktan suçlu bulunmuş ve 1 yıl 8 ay hapis ve bir miktar para cezasına çaptırılmıştır. Başvurucu, mahkûmiyetinin sonucu olarak siyasi ve bir kısım medeni haklarını kaybetmenin yanı sıra Petrol İş Sendikasındaki görevini de kaybetmiştir.

Mahkeme *Ceylan* kararında, söz konusu makalenin içeriğini incelemiş ve kullanılan ifadelerin siyasi söylem niteliğinde olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, başvurucu Marksist söylemler kullanarak doğu ve güneydoğu Anadolu'daki şiddetin yeniden canlanması hakkında bir açıklama yapmıştır. Başvurucunun bu yazı ile vermek istediği temel mesaj, Kürt hareketinin "işçi sınıfı ve bu sınıfın ekonomik ve demokratik kuruluşları" tarafından özgürlük ve demokrasi için verilen genel bir mücadelenin parçası olduğu veya en azından bir parçası olması gerektiğidir. Başvurucuya göre hukuki engellemelere rağmen, kanlı katliamları ve devlet terörünü sona erdirmek için, demokratik kuruluşların, siyasi partilerin ve beraber çalışabilecek bütün kişi ve kuruluşların bir araya gelerek yetkilerini ve güçlerini tek bir noktada buluşturması gerekir. Mahkeme'ye göre, "devlet terörü" ve "katliam" kelimelerinin kullanılmasının da gösterdiği gibi, ülkenin ilgili bölgelerinde Türk yetkililerinin fiilleri hakkındaki eleştiri sert, kullanılan dil ise keskindir. Buna rağmen Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesi ikinci fıkrası bağlamında, siyasi söylem ve kamuoyunu ilgilendiren konularda taraf devletlerin ulusal takdir alanının dar olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, Hükümet ile ilgili olarak yapılmasına müsaade edilen eleştirinin sınırı, bireyler veya siyasetçiler hakkında yapılan eleştiriye oranla daha geniş olduğunu açıklamıştır. Mahkeme'ye göre demokratik bir sistemde, hükümetin fiilleri ve ihmalleri sadece yasama ve yargı otoritelerinin değil, aynı zamanda kamuoyunun da incelemesine açık olmalıdır. Ayrıca, Hükümetin güçlü pozisyonu, özellikle muhaliflerin eleştirilerine ve haksız saldırılarına başka yöntemlerle karşılık vermenin mümkün olduğu hallerde, ceza davası açma konusunda çekimser davranmasını gerekli kılmaktadır. Bununla beraber, kamu düzeninin güvencesi olan devlet yetkililerinin, bu tür durumlara karşı aşırıya gitmeden ve uygun bir şekilde tepki vermeyi amaçlayan tedbirleri benimsemesi mümkündür. Mahkeme, Türkiye'nin terörü önleme ve son yıllarda devam eden terör problemlerini daha karmaşık hala getirecek fikir ve düşüncelerin açıklanması konusundaki hassasiyetini anlayışla karşılamakta olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme,

başvurucunun sendika lideri ve bir siyasetçi olarak bir yazı yazdığını ve bu makaledeki sert üsluba rağmen, makalenin şiddeti, silahlı direnişi ya da isyanı teşvik etmediğini belirtmiş ve 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme'ye göre "ağır eleştiri" ile "şiddet çağrısı" arasındaki ayrımın dikkatli yapılması gereklidir. *Şener – Türkiye* davasında, başvurucu P. Şener haftalık olarak yayınlanan 'Haberde Yorumda Gerçek' isimli bir derginin sahibi ve editörüdür. Derginin 4 Eylül 1993 tarihli 23. sayısında 'Aydın İtirafı' başlıklı bir makale yayımlanmıştır. Bu makalede, Türk topraklarının bir kısmını Kürdistan olarak nitelendirdiği, orada yaşayan insanların Kürt vatandaşları olduğu, soykırım yapıldığı, Kürdistan olarak nitelendirilen bölgenin bombalandığı, yakıldığı ve kimyasal silahların kullanıldığı şeklindeki ifadeler nedeniyle, başvurucu Terörle Mücadele Kanununun (eski) 8. maddesine muhalefetten bölücü propaganda suçu işlemekten mahkûm edilmiştir.

Şener davasında Mahkeme, makalede kullanılan söylemler şiddeti tahrik etmediği için, başvurucuya uygulanan yaptırım nedeniyle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik toplumdaki öneminden söz ettikten sonra, başvurucunun özgürlüğüne yapılan müdahaleyi, makalenin içeriği ve makaledeki ifadelerin hangi bağlamda kullanıldığını dikkate almak sureti ile bir bütün olarak incelemiştir. Mahkeme, başvurucunun editörü olduğu dergi aracılığıyla bölücü propaganda yapmakla suçlanmış olduğu için, incelemesini basın özgürlüğü bağlamında sürdürmüştür. Mahkemeye göre, basının, bölücü fikirler de dâhil olmak üzere bilgi verme ve görüşleri iletme sorumluluğu vardır. Basının görevi bu tür bilgi ve düşünceleri kamuoyuna iletmektir, bunları öğrenmek de kamuoyunun hakkıdır. Basın özgürlüğü, halkın siyasi liderlerin düşünce ve bakış açıları hakkında bir fikir oluşturmalarını sağlayan en önemli araçlardan birisidir. Mahkeme, basın özgürlüğünün ayrıcalıklı konumuna vurgu yapmasına rağmen, görev ve sorumlulukların çatışma ve gerilim durumlarında çok önemli olduğunu da belirtmiştir. Devlete karşı şiddete tahrik eden düşüncelerin yayınlanması konusu özel bir dikkat gerektirmektedir; aksi takdirde basın şiddetin artırılması ve kin ve nefret duyguları ile dolu söylemlerin dağıtımı için bir araç haline gelebilir. Ancak Mahkeme, başvurucunun dergisinde yayımlanan makalede, bir yazarın Kürt sorunu üzerindeki düşünceleri ortaya konmaktadır. Söz konusu makale, Hükümetin politikasını ve güvenlik güçlerinin Kürt kökenli nüfusa yaklaşım tarzlarını sert bir dille eleştirmektedir. Yazar, aydınların ve Türk basınının "Kürt köylülerin özgürlük yürüyüşüne" yanıltıcı bilgi verdiğini iddia etmiş ve yetkililerin Kürt sorununa bakışını eleştirmiştir. Yazar, Kürt gerçeğinin tanınmasını ve askeri yönteme başvurmak yerine Kürt sorununun çözülmesi için barışçı yöntemlerin kullanılmasını talep etmiştir. Kardeş milletler olduğu için, Kürtler ve Türkler arasındaki silahlı çatışmalarda kan dökülmesinden dolayı çok üzgün olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Kürt ve Türk şovenizmi de dâhil olmak üzere bütün şovenizm türlerine karşı olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme, makalede kullanılan bazı terimlerin saldırgan olmasına rağmen, makalenin bir bütün olarak incelendiğinde şiddeti övmediğini belirtmiştir. Yazı kişileri şiddet kullanmaya, nefrete ya da intikam almaya veya silahlı bir direnişe tahrik ve teşvik etmemiştir. Aksine, yazar, makalede silahlı mücadeleye son verilmesini istemiş ve Kürt meselesini entelektüel bir açıdan analiz etmiştir.

Mahkeme'ye göre, ayrıca dikkate alınması gereken diğer bir konu, başvurucunun DGM tarafından şiddeti teşvik etmekten dolayı değil, Kürdistan diye bir bölgenin varlığını ve bu bölgedeki halkın baskı gördüğünü iddia ederek bölücü propaganda yapmaktan dolayı (eski) TMK'nun 8. maddesine göre mahkûm edilmesidir. Yine Mahkeme, yetkililerin, söz konusu davada, hoşa gitmeyecek bir açıdan yaklaşılmış olsa da, halkın bölgedeki olayları değişik bir yaklaşım açısından öğrenme hakkına gereken önemi vermediğini düşünmektedir. Bunlara ek olarak Mahkeme, her ne kadar verilen ceza tecil edilmiş olsa

da, başvuru sahibine verilen cezanın oldukça ağır olduğu üzerinde durmuştur. Cezanın tecil edilmiş olması başvurucunun mağdur sıfatını ortadan kaldırmamaktadır. Aynı suçun tekrar işlenmesi halinde cezanın daha ağır olarak verilecek olması, yazarın işini yapmada sınırlayıcı bir rol oynamasına neden olacaktır.

Mahkeme'nin çok istisnai olsa da, "şiddet çağrısı" ya da "şiddetli bir ton" içeren bazı ifadeler nedeniyle kişilerin mahkûm edilmelerini Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı gördüğü kararları vardır. Bu kararlara ilk örnek, *Karataş – Türkiye* kararıdır. Bu kararında Mahkeme, sanatsal özgürlüğü dikkate alarak, bir şiirde metaforik olarak isyana çağrı olduğu için yazarın veya yayınlayanın mahkûm edilmesini ifade özgürlüğüne aykırı görmüştür. İkinci örnek ise *Gül ve Diğerleri – Türkiye* kararıdır. Bu kararında Mahkeme, bir yasal toplantı sırasında kullanılan şiddet çağrısı olarak yorumlanabilecek sloganların, basmakalıp, sol sloganlar olduğunu ve bu nedenle bu sloganı atanların mahkûm edilmelerini ifade özgürlüğüne aykırı olarak değerlendirmiştir.

Sürek no 1 ve no 3 – Türkiye kararlarında ise Mahkeme, ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri bu hakkın ihlali olarak değerlendirmemiştir.

Sürek (*no 1*) - *Türkiye* davasında, başvurucunun sahibi olduğu "Haberde ve Yorumda Gerçek" adlı haftalık derginin 23 Ağustos 1992 tarihli sayısında, "Silahlar Özgürlüğü Engelleyemez" ve "Suç Bizim" adlı iki okuyucu mektubu yayımlanmıştır. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinde açılan davada başvurucu, 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasının (eski) 8(1). fıkrasına göre para cezasına, derginin yazı işleri müdürü beş ay hapis ve para cezasına çarptırılmıştır. Karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Bu davada Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, başvurucunun dergisinde yayınlanmış olan iki okuyucu mektubunda güneydoğu bölgesinde askeri faaliyetlerin öfkeli bir şekilde kınandığını ve Türk yetkililerinin "Kürt halkının bağımsızlık mücadelesini" acımasız bir biçimde bastırmakla suçlandığını belirtmiştir. Özellikle "Silahlar özgürlüğü yenemez" başlıklı mektupta, yazar iki katliam olayına atıfta bulunarak bunların Kürtlerin kırılması konusundaki stratejik faaliyetin bir parçası olarak yetkililer tarafından kasten yapıldığı ileri sürülmüştür. Bu mektup Kürtlerin özgürlük azmini teyit ederek sona ermektedir. "Hata bizde" başlıklı ikinci mektupta ise, Türkiye Cumhuriyeti kurumlarının, demokrasi ve Cumhuriyeti koruma adına muhaliflerin hapsedilmesine, işkence edilmesine ve öldürülmesine göz yumduğu iddia edilmektedir. İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi, söz konusu mektupların Türkiye'nin güneydoğu bölgesini bağımsız bir "Kürdistan" devleti ve PKK'yı da ulusal kurtuluş hareketi olarak tanımlamakla, Türk Devletinin toprak bütünlüğünü bozmayı amaçlayan kelimeler içerdiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre bu mektuplarda, "faşist Türk ordusu", "TC cinayet çetesi" ve "emperyalizmin kiralık katilleri" gibi sözler ile "katliamlar", "acımasızlıklar" ve "kan dökücü" gibi ifadeler kullanılmak suretiyle çatışmanın karşı tarafına leke vurmak istediği açıktır. Söz konusu mektuplar, ölümcül şiddet içinde kendini göstermiş olan duyguları harekete geçirerek ve önyargıları daha da sertleştirerek kanlı bir intikam istemektedir. Dahası, bu mektupların güneydoğu bölgesinde güvenlik durumunun 1985'ten beri çok ciddi şekilde bozulduğu bir bağlamda yayımlandığı dikkate alınmalıdır. Böyle bir bağlamda söz konusu mektuplar, iddia konusu kötülüklerden sorumlu gösterilenlere karşı derin ve mantıkdışı bir kini ya da düşmanlığı aşılamak suretiyle bölgede şiddeti daha da teşvik eder nitelikte görülmelidir. Ayrıca, "Hata bizde" başlıklı mektupta adları verilen kişilere karşı düşmanlık körüklenmekte ve muhtemel fiziksel şiddete karşı hedef gösterilmektedir. Bu değerlendirmeyle Mahkeme, başvurucunun mahkûmiyetiyle ilgili gerekçeleri yeterli görmüştür.

Mahkeme, *Sürek* (*no 3*) – *Türkiye* davasında da Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Başvurucunun sahibi olduğu "Haberde ve Yorumda

Gerçek" adlı haftalık derginin 9 Ocak 1993 tarihli sayısında yayınlanan "Botan'da Yoksul Köylüler Topraklara El Koyuyor" adlı bir haber yorum yayınlanmıştır. Bunun üzerine başvurucu hakkında 28 Ocak 1993'te İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi'nde dava açılmış, bu mahkemenin kararıyla başvurucu 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasının (eski) 8. maddesine göre suçlu bulunarak para cezasına mahkûm olmuştur; bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Mahkeme mevcut olayda ifade özgürlüğüne ilişkin genel ilkeleri hatırlattıktan sonra, dava konusu yayını incelemiştir. Mahkeme'ye göre başvurucu, dergi aracılığıyla bölücü propaganda suçundan mahkûm olduğu için, söz konusu müdahale siyasal demokrasinin gereği gibi işlemesinin sağlanmasında basının temel rolü bağlamında incelenmelidir. Söz konusu yazı, Türkiye'nin bir bölgesini "Kürdistan" olarak adlandırmakta ve ulusal bağımsızlık mücadelesinden söz etmektedir. Mahkeme'ye göre bu ifadeler konuyla ilgili düşünceler olup, bu sözler kendiliğinden müdahalenin gerekliliği için yeterli sayılamaz. Öte yandan yazıda "Türkiye Cumhuriyeti'nin güçlerine karşı yöneltilmiş bir savaş" ve "topyekûn bir bağımsızlık mücadelesi istiyoruz" ifadeleri vardır. Mahkeme'ye göre, bu suretle söz konusu yazıdaki görüş kendini PKK ile özdeşleştirmekte ve bağımsızlığı gerçekleştirmek için silahlı güç kullanmaya çağrı yapmaktadır. Dahası bu yazı, güneydoğu bölgesinde güvenlik güçleri ile PKK arasında çok ciddi çatışmaların meydana geldiği bir ortamda yayınlanmıştır. Bu bağlamda yazının içeriği bölgede şiddetin artmasını teşvik edebilecek nitelikte görülmelidir. Mahkeme'ye göre, yazıda okuyuculara verilen temel mesaj, saldırgana karşı meşru müdafaa için şiddet kullanmanın gerekli ve haklı bir tedbir olduğu şeklindedir. Mahkeme başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, *Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A.Ş. – Türkiye* davasında radyo yayınlarının içeriğinde şiddet çağrısı bulunduğu gerekçesiyle, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin (radyo yayınını durdurma cezası) Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal etmediği sonucuna varmıştır. Radyo Televizyon Üst Kurulu (RTÜK) birçok yayınında, "dağlarda ellerinde kalaşnikov olan kişileri" öven ve İslam adına kişileri silahlanmaya çağıran ifadeleri dikkate alarak başvurucuya, yayınlarının 365 gün süreyle durdurulması cezası verilmiştir. Bu karar idare mahkemeleri tarafından onaylanmıştır. Mahkeme, bu davada, basının demokratik toplumdaki rolünün önemini hatırlatmış ve bu ilkelerin, yazılı basının yanı sıra radyo yayınları için de geçerli olduğunu hatırlatmıştır. Mahkeme, 365 gün süreyle getirilen yayın yasağı konusunda, başvurucunun halkı şiddete, teröre, ırk ayrımcılığına teşvik edici ve kin uyandıran programların yayınlanamayacağına dair ilkenin ihlal edildiği gerekçesiyle, verilen söz konusu ceza uygulanmadan önce RTÜK tarafından birçok kez uyarıldığını hatırlatmıştır. Diğer yandan Mahkeme, program sırasında yayınlanan şarkı ve kullanılan sözlerin özellikle sert, kışkırtıcı ve hatta kin uyandırıcı bir anlam taşıdığını tespit etmiştir. Nitekim Mahkeme, başvurucunun yayımladığı farklı programlarda kullanılan sözlerin içeriğini ve tonlamasını gözlemleyerek, söz konusu programlarda eylem araçları olarak şiddet ve kuvvet kullanımına çağrı ve teşvik bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme, söz konusu davada olduğu gibi, kin güden, şiddeti öven ya da şiddete teşvik eden konuşmalar olarak değerlendirilebilecek beyanların hoşgörü anlayışıyla bağdaşmayacağını ve bu tarz ifadelerin Sözleşme'nin önsözünde ifade edilen barış ve adalete ilişkin temel değerlere ters düştüğünü hatırlatmıştır.

Mahkeme'nin 16 Mayıs 2005'te imzaya açılan Terörün Önlenmesine Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesine atıf yaptığı ender kararlardan birisi *Leroy – Fransa* kararıdır. Bu davada da Mahkeme bir terör tanımı vermemiş, kendi içtihadında geliştirdiği ölçütler ışığında konuyu incelemiştir. Bu davada konu, 13 Eylül 2001'de Fransa'nın Bayonne şehri (Bask Bölgesi) çıkarılan bir dergide yayınlanan karikatür hakkındadır. Bir karikatürist olan Leroy, altına "Biz hayal ettik …. HAMAS yaptı" yazdığı iki uçağın çarpması sonucu çöken dört binanın karikatürünü yayınlamıştır. Bunun üzerine Leroy aleyhine "teröre

övgü" suçundan dava açılmış ve para cezası ödemeye mahkûm edilmiştir. Bu davada Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, ilk olarak, ifade özgürlüğüne zarar vermeden teröre övgü suçunu cezalandırmanın güçlüğünü belirlemiştir (*§37*). Bu çerçevede Mahkeme, ifadenin içeriğine ve yayınlandığı bağlama özel bir dikkat göstereceğini ve bu inceleme sırasında Bask bölgesinin gergin koşulları ve başvurucuya verilen para cezasını dikkate alınacağını belirtmiştir (*§38*). Mahkeme, karikatürün bir tarz sanatsal ifade olduğunu ve çerçevede doğası gereği bu ifade tarzının kışkırtıcı bir mahiyeti olduğunun altını çizmiştir (*§39*). Mahkeme, ayrıca karikatürün bir haftalık dergide, başka bir anlatımla bir basın organında yayınlandığını da hatırlatmıştır. Nitekim basın özgürlüğü ile ilgili Mahkeme'nin geliştirdiği içtihatlar da bu davanın incelenmesinde önemli bir yer tutmuştur.

Leroy davasında Mahkeme, üst mahkemenin karikatürle ilgili yaptığı değerlendirmeye katıldığını açıklamıştır. Üst mahkemeye göre karikatürist, bir terör eylemini meşru göstermekte ve "biz" ifadesini kullanarak bu eyleme ilişkin kabul iradesini ortaya koymaktadır. Böylece potansiyel okuyucunun gözünde bir şiddet eylemi olumlu bir eylem olarak tasvir edilmektedir (*§41*). Nitekim Mahkeme, başvurucunun antiemperyalist ve antiamerkancı niyetle bu karikatürü yayınladığı beyanını da yerinde görmemiş, karikatürün ve buna eşlik eden ifadenin bu yönde herhangi bir anlam taşımadığının altını çizmiştir (*§46*). Mahkeme ayrıca karikatürün, dünya olayın şokunda iken 11 Eylülden hemen iki gün sonra, gergin bir bölgede yayınladığı ve sadece para cezasına çarptırıldığı hususlarını da dikkate almıştır (*§45 ve 46*).

İfadeyi kullanan kişinin sıfatı: Terör propagandası ve şiddete çağrı bağlamında, bir ifadenin kime ait olduğu önemli olmakla birlikte, bu unsur tek başına belirleyici değildir. Örneğin bir terör örgütü yöneticisinin yaptığı açıklamanın basın tarafından yayımlanması, tek başına ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasını haklı göstermez. Bir ifadenin şiddet çağrısı içerip içermediği konusu incelenirken, sadece o ifadenin sahibinin sıfatını değil, aynı zamanda kullanılan terimleri ve bu ifadelerin kullanıldığı bağlamı da dikkate almak gereklidir (*Gözel ve Özer*, *§52*). Ancak toplumda önemli bir ağırlıkları olan siyasetçilerin, kullandıkları ifadelerin yaratacağı etkiyi dikkate alarak, ifadelerine özen göstermeleri beklenmelidir.

Gözel ve Özer - Türkiye kararına konu olan olay, iki derginin sahibi, editörü ve yazı işleri müdürünün TMK'nun 6(2) fıkrasının gereğince, "terör örgütü açıklamaları" olarak değerlendirilen üç yazıyı yayınladıkları için mahkûm edilmeleri hakkındadır. Gözel, Maya dergisinde yasadışı bir örgütün merkez komitesinin imzasını taşıyan bir açıklamayı yayınladığı gerekçesiyle mahkûm edilmiştir. Söz konusu yazı, bu örgütün güvenlik güçlerinin 19 Aralık 2000 tarihinde yirmi cezaevinde gerçekleştirdiği müdahale sonrasında tutukluların başlattığı açlık grevi hakkındaki düşüncelerini yansıtmaktadır. Özer ise, sahibi ve yazı işleri müdürü olduğu Yeni Dünya İçin Çağrı gazetesinde yayınladığı iki metin nedeniyle TMK'nun 6(2) fıkrasının gereğince mahkûm edilmiştir. Mahkûmiyet kararlarında hâkimler, söz konusu yazıların içeriğini ve hangi bağlamda yazıldığını dikkate almamışlardır. Bu davada Mahkeme, sadece yasadışı örgüt üyesinin görüşlerini yayınladığı gerekçesiyle medya profesyonellerinin ceza mahkûmiyetine çarptırılmasını ifade özgürlüğünün ihlali olarak değerlendirir. Mahkeme, «üçüncü bir şahısın yaptığı açıklamaların yayınlanmasına yardım eden bir gazetecinin cezalandırılmasının (…) basının genel ilgi alanına giren konuların tartışılmasındaki katkılarını ciddi bir biçimde engelleyeceğini ve çok önemli bir neden olmadıkça bunun kabul edilemeyeceğini" hatırlatır (*ibid,* §53). Mahkeme, bir makale yazarının sıfatının tek başına ifade özgürlüğüne yapılan bir müdahaleyi haklı gösteremeyeceğini belirtir. Sadece sıfatı nedeniyle bazı kişi veya grupların her tür beyanının yasaklanması, ifade özgürlüğünün bu kişi ya da gruplara hiç

tanınmaması anlamına gelir. Mahkeme'ye göre, böylesi bir değerlendirmeyi Sözleşme hukuku bakımından kabul edebilmek güçtür. Mahkeme, devletlerin terörizmi ve terör suçlarını önlemek için etkili tedbirler alabileceğinin altını çizer. Bununla birlikte, yasaklanmış örgütlerin yazılarını yayınlamanın halkı terör suçlarını işlemeye özendirme ya da terörizmi yüceltme riski taşıyıp taşımadığını değerlendirmek için, sadece mesajı verenin sıfatını ve kime verildiğini değil, söz konusu mesajın içeriğini ve hangi bağlamda yayınlandığını da dikkate almak gerekir.

Gözel ve Özer kararında Mahkeme ifade özgürlüğü bakımından çok önemli bir ilkenin altını çizer: Çatışma ortamı söz konusu olduğunda, kamuoyunun çatışmanın taraflarının görüşlerine erişebilmesi, halkın bilgi alma hakkı bakımından yaşamsal önemdedir. Bu çerçevede, görüşler şiddete tahrik içermediği sürece halkın bu ifadelere erişmekte yararı vardır.

Zana – Türkiye davası ise, bir ifadeyi kullanan kişinin sorumlulukları ile ilgilidir. Bu davada Diyarbakır Askeri Cezaevinde yatan Mehdi Zana, gazetecilerin kendisiyle yaptığı bir röportajda "... PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini destekliyorum. Katliamlardan yana değiliz, yanlış şeyler her yerde olur. Kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar…" ifadelerini kullanmıştır. Bu ifadelerin ardından başvurucu hakkında ceza davası açılmış ve Zana mahkûm olmuştur. Bu dava hakkında verdiği kararında Mahkeme, 10. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bu sonuca varırken Mahkeme, başvurucunun ifadelerini dikkatle incelemiştir. Mahkeme'ye göre bu ifadeler iki cümleden meydana gelmektedir. Bunlardan ilkinde başvurucu, "PKK'nın ulusal kurtuluş hareketini" desteklediğini ifade edip "katliamlardan yana olmadığını" söyleyerek devam etmektedir. İkinci cümlede başvurucu "yanlış şeyler her yerde olur, kadın ve çocukları yanlışlıkla öldürüyorlar" demektedir (§57). Mahkeme'ye göre:

"bu sözler çeşitli şekillerde yorumlanabilir, fakat her durumda bu sözler hem çelişkili ve hem de muğlâktır. Çelişkilidir, çünkü bir kimsenin amaçlarına ulaşmak için şiddete başvuran bir terör örgütü olan PKK'yı desteklemesi ve aynı anda katliamlara karşı olduğunu beyan etmesi zor görünmektedir; muğlâktır, çünkü Zana kadınların ve çocukların katledilmesini onaylamazken, aynı zamanda bunları herkesin yapabileceği "hatalar" olarak tanımlamaktadır" (*§58*).

Bu değerlendirmenin ardından Mahkeme, bu ifadelerin kullanıldığı bağlama dikkat çekmiştir. Bu röportaj, söz konusu dönemde aşırı bir gerilimin bulunduğu Türkiye'nin güneydoğusunda, PKK'nın sivillere yönelik olarak sürdürdüğü kanlı saldırıları ile aynı döneme rastlamaktadır. Mahkeme'ye göre, "bu şartlar altında, Türkiye'nin güneydoğusundaki en önemli kenti olan Diyarbakır'ın eski belediye başkanının büyük günlük gazetelerden birinde yayımlanan röportajında, "ulusal kurtuluş hareketi" biçiminde tanımlanan PKK'ya destek vermesi, o bölgede zaten var olan patlamaya hazır durumu daha da kötüleştireceği kabul edilmelidir". Buradan hareketle Mahkeme, başvurucuya verilen cezanın "toplumsal ihtiyaç baskısına" makul bir yanıt olarak görülebileceğini ve ulusal makamlarca gösterilen gerekçelerin "uygun ve yeterli" olduğunu kabul" etmiştir (*§59-62*).

Erbakan – Türkiye davasında başvurucu Necmettin Erbakan 25 Şubat 1994 tarihinde, yerel seçim kampanyası sırasında Bingöl'de halka açık bir toplantı sırasında konuşma yapmıştır. 2 Temmuz 1998 tarihinde Cumhuriyet Savcısı, Diyarbakır Devlet Güvenlik Mahkemesi (DGM) önünde TCK'nın 312(2). maddesinde tanımlanan suç kapsamında başvurucu hakkında ceza davası açmıştır. DGM başvurucuyu, hakkında yapılan ithamlardan suçlu bularak, bir yıl hapis ve para cezasına çarptırmıştır. DGM karar gerekçesinde ilk olarak, suçun TCK'nın 312(2). maddesi kapsamında olduğunu ve seçim kampanyası sırasında işlenmiş olmasının mümkün olduğunu kaydetmiştir. DGM, suçu oluşturan

beyanın etnik kökene ve dine dayalı ayrımcılığı esas alarak, kini ve düşmanlığı teşvik edip etmediği hususu ile ilgili olarak konuşmanın aşağıda yer alan bölümlerine yer vermiştir: "... Birinci gerçek şu; artık bu ülkede 12 tane parti yok, iki tane parti var. Hak ve batıl. Hakkı temsil eden Bingöllü kardeşimin imanını temsil eder. Onun kendi partisi, bu partinin adı Refah Partisi'dir. Peki, öbür parti hangisi? Diğerleri, diğerleri ne demek diğerleri? Refah Partisi'nin dışındakilerin hepsi batıldır, hepsi bir tek parti sayılır. Çünkü bunlar gâvur aşığı, bunlar bağımsız değil, batıya bağlı, talimatı oradan alıyorlar, bizim halkımızı eziyor. Bunların hepsi faizci, hepsi sömürücü, hepsi ezici ve de üstelik biz İslam âlemini bırakacağız, Hıristiyanlarla beraber olacağız, kanunlarımızı gâvurlar yapacak, bizi onlar idare edecek ...". Yerel mahkeme, söz konusu bölümlerde, ilgilinin dine dayalı olarak "inananlar" ve "inanmayanlar" arasında ayrımcılık yaptığına dikkat çekmiştir. Mahkeme ayrıca, ifadelerin bazı bölümlerinin, etnik kökene dayalı bir ayrımcılıkla kin ve düşmanlığı tahrik etme olarak değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Yerel mahkeme ayrıca, konuşmanın Bingöl'de yapıldığını gözlemlemiştir. O dönemde meydana gelen olaylar dikkate alındığında, ilgilinin ifade özgürlüğü sınırlarını aştığını ve bu söylemlerin seçim kampanyası aracı olarak kullanılamayacağını vurgulamıştır. Yargıtay bu kararı onamıştır.

Erbakan kararında Mahkeme, ulusal merciler tarafından "nefrete dayalı ifadeler" olarak nitelendirilen beyanları nedeniyle başvurucuya yaptırım uygulanmış olmasını dikkate almıştır. Mahkeme bu konuda hoşgörünün, herkesin onuruna ve saygınlığına eşit oranda saygı gösterilmesinin demokratik ve çoğulcu bir toplumun temelini oluşturduğunu hatırlatmış ve dinsel hoşgörüsüzlük de dâhil olmak üzere, nefreti teşvik eden, hatta meşru sayan her türlü ifadeye yaptırım uygulanması ve hatta bunların önlenmesinin gerekli görüldüğü yönündeki içtihadını yinelemiştir. Ancak Mahkeme'ye göre bu "müdahale", konuşmanın içeriği, yapıldığı ortam ve koşulları bütün olarak değerlendirilerek, Erbakan'ın mahkûmiyetinin toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığı ve izlenen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığının tespit edilmesi gerekir. Bu çerçevede Mahkeme, soruşturmanın dava konusu konuşmanın yapıldığı tarihten dört yıl beş ay sonra başlatılmış olmasına dikkat çekmiştir. Başvurucu halka açık yaptığı konuşmasında özellikle nefrete ve dini hoşgörüsüzlüğe teşvik etmekten suçlu bulunmuş, ilk derece mahkemesi ilgilinin yaptığı konuşmanın bazı bölümlerinden alıntılar yapmıştır. Mahkeme'ye göre, tanınmış bir siyasetçi tarafından halka açık bir toplantıda dile getirilen bu görüşler, şayet gerçekten dile getirilmişler ise, dini değerler çerçevesinde şekillenmiş bir toplumsal bakış açısını ortaya koymakta ve böylelikle farklı grupların karşı karşıya geldiği günümüz toplumlarını oluşturan çoğulculuk anlayışıyla bağdaşır görünmemektedir. Mahkeme'ye göre, dini bir terminoloji kullanan konuşmacı özellikle toplumun özünde bulunan bu çeşitliliği "inananlar" ve "inanmayanlar" arasındaki basit bir bölünmeye indirgeyerek dine dayalı politik bir çizgi oluşturma çağrısı yapmaktadır. Üstelik Bingöl'de bu konuşmaların yapıldığı sırada bölge halkının köktendinci hareketlerin yol açtığı elem verici pek çok eylemin mağduru olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir. Mahkeme'ye göre, her türden hoşgörüsüzlüğe karşı mücadele insan haklarının bütünleyici bir parçası olduğundan, siyasetçilerin halka yönelik konuşmalarında hoşgörüsüzlüğü beslemekten kaçınmaları büyük önem arz etmektedir.

Erbakan kararında Mahkeme, her ne kadar siyasetçilerin sorumluluklarına dikkat çekse de, demokratik bir toplumda siyasi tartışma özgürlüğünün temel niteliği ışığında, siyasi içerikli bir konuşmaya getirilen bu ağır yaptırımı haklı kılacak nedenlerin mevcut olup olmadığını araştırmıştır. Mahkeme, yetkililerin dava konusu konuşmanın içeriğini, toplantıdan beş yıl sonra, içeriğine itiraz edilen bir videokaset kaydına dayanarak tespit ettiklerini gözlemlemiştir. Aynı şekilde başvuruda yer alan olaylar dikkate alındığında, başvurucu hakkında soruşturmanın açıldığı tarihte, dava konusu konuşmanın toplum açısından "güncel bir risk" ve "mevcut tehlike" oluşturduğu hususu Mahkeme açısından

kesin değildir. Bu bağlamda Mahkeme, dava konusu konuşmanın yapıldığı iddia edilen tarih ile ceza soruşturması başlatılması arasında geçen dört yıl beş aylık süreyi, soruşturmanın içeriğinin başvurucu açısından taşıdığı önem de dikkate alındığında, göz önünde bulundurulması gereken bir unsur olarak değerlendirmiştir. Nihayet Mahkeme başvurucunun para ve bir yıl hapis cezasına çarptırılmasının yanı sıra, birçok medeni ve siyasi haklarının kısıtlanmasına maruz kaldığını belirtmiş ve bu yaptırımın tanınmış bir siyasetçi için ağır olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle, Mahkeme Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

İfade hangi araçla ve hangi tarzı yayınlanmaktadır: İfadenin yapacağı etkinin genişliği, ifadenin hangi araçla (görsel-işitsel medya, yazılı basın, sinema, kitap vb.) ve hangi tarzda (makale, akademik yayın, sanatsal eser, vb.) yayınlanacağı konusuyla yakından ilgilidir. Mahkeme, bir ifadenin hangi yayın aracıyla yapıldığını bu ifadenin yapacağı etki açısından göz önünde bulundurmaktadır. Bir ifadenin dar bir alanda dağıtılan bir dergide çıkması ile ulusal çapta bir gazetede ya da radyo-televizyonda çıkması arasında önemli bir fark vardır. Geniş bir alanı etkisi altına alacak nitelikte bir yayının denetlenmesi konusunda Sözleşmeci Devletlere geniş bir takdir alanı tanınırken, şiir ya da kitap gibi edebi bir eserle dile getirilen ve daha küçük bir kitleye erişebilen ifadenin denetlenmesi konusunda daha dar bir takdir alanı tanınmaktadır.

Mahkeme, ulusal güvenlik için tehlike oluşturduğu iddia edilen bir açıklama radyo-televizyon gibi bir kitle iletişim aracı ile yapıldığı zaman ulusal makamlara sınırlamalar konusunda daha geniş takdir alanı bırakmaktadır. *Betty Purcell ve Diğerleri – İrlanda* başvurusunda (*no. 15404/89*), başvurucuların çalıştıkları Telefis Eirann Radyosuna, Bakanlığın bir emriyle, IRA, Sinn Fein, Ulster Savunma Birliği (UDA), İrlanda Milli Kurtuluş Ordusu (INLA) ve terörist olarak belirlenen diğer başka örgütlerle ilgili program yapmamaları gerektiği bildirilmiştir. *David Brind ve Diğerleri – Birleşik Krallık* başvurusunda (*no. 18714/91*), İngiliz Hükümeti BBC ve IBA'a, yukarıda sayılan örgütler dâhil, herhangi bir terörist örgütle yapılan bir röportajın yayınlanmamasını isteyen bir karar yayınlamıştır. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu bu başvurularda, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Komisyon bu yönde karar verirken radyo ve televizyonun etkisinin doğrudan olmasını, hızlı ve ani etki yaratmasını dikkate almıştır. Ayrıca Komisyon, bu yayın araçlarında yayıncının düzeltme, nitelendirme, açıklama ve yorum yapma imkânlarının yazılı medyaya göre daha kısıtlı olduğuna işaret etmiştir.

Mahkeme, sanat eserleri söz konusu olduğunda ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlamaları genellikle kabul etmemektedir.

Arslan – Türkiye davasında başvurucu, Yunus Nadi ödülü kazanan "Yas Tutan Tarih, 33 Kurşun" adlı kitabın yazarıdır. Savcı bu kitap nedeniyle başvurucuyu bölücü propaganda yapmakla suçlamıştır. Savcı, dava konusu kitabında Arslan'ın Türkiye Cumhuriyeti'nde çeşitli ulusların bulunduğunu iddia ettiğini, Türk ulusunu barbar olarak tanımladığını, Kürtlerin soykırımın değilse bile sürekli bir baskının kurbanı olduklarını ileri sürdüğünü ve Türkiye'nin güneydoğusundaki teröristlerin eylemlerini övdüğünü belirterek (eski) TCK'nin 142(3) ve (6). fıkralarının uygulanmasını ve kitabın toplatılmasını talep etmiştir. Devlet Güvenlik Mahkemesi başvurucuyu altı yıl üç aylık bir hapis cezasına mahkûm etmiş ve kitabın toplatılmasına karar vermiştir. Bu arada Terörle Mücadele Kanunu yürürlüğe girmiş ve başvurucunun mahkûmiyetine dayanak teşkil eden Türk Ceza Kanununun 142. maddesini yürürlükten kaldırılmıştır. Bunun sonucunda DGM, başvurucunun mahkûmiyetinin hükümsüz kaldığı sonucuna varmış ve kitabın toplatılan nüshalarının iadesini emretmiştir. Başvurucunun kitabı 21 Temmuz 1991 tarihinde yeniden yayınlanmıştır. 12 Eylül 1999 tarihinde savcı, kitabın yeniden yayınlanmasının TMK'nun (eski) 8. maddesinde yer alan "devletin bölünmez bütünlüğü" aleyhinde propaganda yapma

kapsamında olduğunu belirterek başvurucu ve kitabın yayıncısı hakkında dava açmıştır. 28 Ocak 1993 tarihinde, Devlet Güvenlik Mahkemesi başvurucuyu "devletin bölünmez bütünlüğü aleyhinde propaganda yapmak"tan suçlu bulmuştur.

Arslan kararında Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, kitap edebi-tarihi bir öykü biçiminde olup Türkiye'nin güneydoğusunda meydana gelen olaylarla ilgilidir. Yerel makamların iddialarına dayanak olarak gösterdikleri bölümlerde, Türkler diğer halkların topraklarını işgal ederek Türkiye'yi kuran işgalci zalimler olarak tanımlanmaktadır. Bu halkların arasında sadece Kürt halkının Türk boyunduruğundan çıkıp özgürlüklerini elde edemedikleri iddia edilmektedir. Mahkeme, kitapta anlatılanların tarihi gerçeklerin "tarafsız" tanımına uymadığını başvurucunun ülkenin güneydoğusundaki Türk yetkililerin eylemlerini eleştirdiği ve ilgili nüfusu bu duruma karşı koymaya tahrik etmeyi amaçladığının açıkça görüldüğünü belirtmesi ve ayrıca kullanılan tarzın inkâr edilemez biçimde saldırgan bir ton içerdiğini belirtmiştir. Mahkeme, kullanılan ifadelerin içerik olarak ulusal güvenlik açısından tehlike oluşturduğunu kabul etmiş olmakla birlikte, başvurucunun sade bir birey olduğunu ve görüşlerini "ulusal güvenlik", "kamu düzeni" ve "toprak bütünlüğü" üzerindeki potansiyel etkilerini önemli ölçüde sınırlayacak şekilde kitle iletişim yolu yerine edebi bir eser yoluyla açıkladığını göz önünde bulundurmuştur.

Karataş – Türkiye davasında başvurucu, "Dersim: Bir İsyanın Türküsü" adlı bir şiir antolojisini Kasım 1991'de yayınlamıştır. Bunun üzerine İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesinde açılan davada, Terörle Mücadele Yasasının (eski) 8. maddesine göre, başvurucu 1 yıl sekiz ay hapis ve para cezasına mahkûm olmuş, ayrıca kitapların müsaderesine karar verilmiştir. Bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır. Daha sonra yürürlüğe giren bir kanunla bu cezalar hafifletilmiştir. Mahkeme verdiği kararda ifade özgürlüğüne ilişkin genel ilkeleri hatırlattıktan sonra dava konusu yayını incelemiştir. Mahkeme'ye göre kitapta sık sık metaforlar ve dokunaklı sözler kullanılmak suretiyle "Kürdistan" için kendini feda etmeye çağrı yapılmakta ve Türk makamlarına karşı bazen saldırgan ifadeler kullanılmaktadır. Düz bir biçimde ele alındığında, şiirler okuyucuları kin ve düşmanlığa, isyana ve şiddet kullanmaya tahrik ettiği şeklinde yorumlanabilir. Ancak gerçekten tahrik edip etmediğine karar verirken, başvurucunun sadece çok az bir okuyucu kitlesine hitap eden sanatsal bir ifade biçimi olan şiiri araç olarak kullandığı aklıda tutulmalıdır. Bu kitaptaki şiirlerin siyasal bir boyutu olduğu açıktır. Şiirlerde Türkiye'deki Kürt kökenli insanların derin hoşnutsuzluğu ifade edilmektedir. Kitabın yayınlandığı koşulların artalanı dikkate alındığında Türk makamlarının Türkiye'de on beş yıldır devam etmekte olan huzursuzluğu şiddetlendirebilecek görüşlerin yayılmasından kaygı duydukları görülmektedir. Ancak Mahkeme yazarın, sade bir birey olduğunu ve görüşlerini kitle iletişim araçlarıyla değil, "ulusal güvenlik" "kamu düzeni" ve "ülke bütünlüğü" üzerinde sınırlı bir etkiye sahip edebi bir çalışma ile dile getirdiğini gözlemlemiştir. Ayrıca başvurucunun şiddete tahrik suçundan değil ve Türkiye'nin bir bölgesini "Kürdistan" olarak adlandırdığı için bölücü propaganda suçundan mahkûm edilmiştir. Son olarak Mahkeme'ye göre verilen ceza ağırdır. Mahkeme, başvurucunun mahkûmiyetinin izlenen amaçla orantısız olduğu ve demokratik bir toplumda gerekli olmayan bir müdahale olduğu gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

İfadenin yeri ve zamanı: Mahkeme, terör olayları ile bağlantılı ifade ya da açıklamalar söz konusu olduğunda, yapılan açıklamanın hangi zamanda ve nerede yapıldığını da dikkate almaktadır. Eğer bir ifade, terör olaylarının yaygın olarak yaşandığı bir bölgede, bu olayların en sıcak hissedildiği bir zamanda yapılmış ise, bu ifadenin açıklanmasının sınırlandırılması toplumsal ihtiyaç baskısına cevap veren bir müdahale olarak değerlendirilebilir. Ancak bu unsur, ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin haklı görülmesi için

dikkate alınan tek unsur değildir. Mahkeme, ifade özgürlüğünün ulusal güvenlik amacı ile sınırlandırıldığı durumlarda, ifadenin nerede ve ne zaman yapıldığı unsurunun yanı sıra bu ifadenin yapıldığı ortamı da göz önünde bulundurmaktadır. Çatışma bölgesinde yapılan yasadışı ve şiddet içerikli bir gösteri sırasında ifade edilen görüşler ile çatışma bölgesine uzak bir şehirde yasal ve barışçıl bir gösteri sırasında sarf edilen ifadelerin ağırlığı aynı değildir. Mahkeme, bir anma toplantısında küçük bir gruba dönük bir konuşma yapılması (*Gerger*) ya da 70'li yılların basmakalıp sol sloganlarının bir toplantı sırasında söylenmesi (*Gül ve Diğerleri*) ile ilgili davalarda ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri eleştirmiştir.

Gerger – Türkiye davasına konu olan olayda, 23 Mayıs 1993 tarihinde Ankara'da Deniz Gezmiş ve iki arkadaşı Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan adına bir anma töreni düzenlenmiştir. Başvurucu törene konuşma yapmak üzere davet edilmiş, ancak bizzat törene katılamamış ve halka okunması için organizasyon komitesine bir mesaj göndermiştir. Anma töreninde Deniz Gezmiş ve arkadaşlarının hatırası için yapılan açıklamalardan dolayı, başvurucu TMK'nun (eski) 8. maddesine muhalefetten Türk ulusunun birliğine ve devletin toprak bütünlüğü aleyhine propaganda yapmakla suçlanmıştır. Yargılama sonunda, Devlet Güvenlik Mahkemesi "O günlerde ekilen Kürt halkının özgürlük tohumlarından Kürdistan dağlarındaki gerilla savaşı doğmuştur... O yıllarda hızla ilerleyen sulardan doğan nehirler, akıntılar, seller ve şelaleler olan bize gelince, şimdi sınıfımız, halkımız ve demokrasiden oluşan ovalardan..... akıyoruz..." gibi ifadelerin Türk ulusunun birliği ve devletin toprak bütünlüğü aleyhine bölücü propaganda teşkil etmesi nedeni ile TMK'nun (eski) 8(1). fıkrası uyarınca suçlu bulmuş ve bir yıl sekiz aylık hapis cezasına ve bir miktar para cezasına çarptırmıştır.

Gerger kararında Mahkeme, suçlanan ifadeler ve bunların ifade edildiği bağlam dâhil olmak üzere, davanın bir bütün olarak ele alınarak incelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme, Gerger'in 23 Mayıs 1993 tarihindeki törene katılanlara hitap eden mesajının, 1960'ların sonunda aşırı sol kanat hareket içinde yer alan anayasal düzeni bozmayı hedefledikleri gerekçesiyle idam cezasına çarptırılıp, Mayıs 1972'de idam edilen Deniz Gezmiş, Yusuf Aslan ve Hüseyin İnan'ın eylemlerini haklı çıkarmayı amaçladığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre başvurucu, Marksist çıkışlar içeren kelimeler kullanarak, özellikle Türkiye Cumhuriyeti'nin temelinin "işçi ve Kürtlerin haklarının inkârına dayalı" olduğunu ve yöneticilerin vasatlıklarının, geri kalmışlıklarının ve her zaman daha fazla paraya duydukları açlıklarının ürünü olan zalim bir militarizm ile kendilerini karakterize ettiklerini" ileri sürmüştür. Başvurucu, "dinamik sosyal tabakaların ülkenin siyasi hayatından muaf tutulduğu" 1960'ların ayaklanması ile 1970'lerin başındaki "devrimci demokratik direniş hareketin" "ulusun tarihinin değiştirilmesine" yardım ettiğini ve topluma "direniş ve isyan ruhu" aşıladığını eklemiştir. Ayrıca sosyalizmin kapitalizmin yerine geçebilecek tek sistem olduğunu belirtmiş ve " o günlerde ekilen Kürt halkının özgürlük tohumlarından Kürdistan dağlarındaki gerillaların doğduğunu" ileri sürmüştür. Hükümet bu tür yorumların, başvurucunun terör eylemlerinin meşruluğunu kabul ettiği anlamına geldiği yönünde görüş bildirmiş olmasına rağmen, Mahkeme bu görüşe katılmamıştır. Mahkemeye göre "direniş", "mücadele" ve "özgürlük" gibi kelimeleri içermesine rağmen bu mesaj şiddete, silahlı direnişe ya da bir isyana teşvik teşkil etmemektedir. Ayrıca Mahkeme, başvurucunun mesajının bir anma törenine katılan bir grup insana yönelik olarak okunduğunu ve bu durumun "ulusal güvenlik", "kamu düzeni" ya da "toprak bütünlüğü" üzerindeki potansiyel etkisini kısıtladığı kanaatinde olduğunu belirtir.

Gül ve Diğerleri – Türkiye davasında, başvurucular, halka açık gösteriler sırasında, "Biz işçinin, köylünün yiğit sesiyiz, namluya sürülmüş halk mermisiyiz", "Marks, Lenin, Mao, Önderimiz IBO, Savaşıyor TİKKO", "IBO yaşıyor, TIKKO savaşıyor", "Gerillalar

ölmez, yaşasın halk savaşı", "Parti ve devrim şehitleri ölümsüzdür", "Faşizme isyan, halka önder partizan", "Liderimiz İbrahim Kaypakkaya", "İktidar namlunun ucundadır", "Liderimiz İbrahim Kaypakkaya, işçi, köylü, gençlik halk savaşında birleştik", "Faşist devlet, yıkacağız elbet", "Bizde hesapları namlular sorar" gibi sloganlar attıkları için Terörle Mücadele Kanununun 7(2). fıkrasına göre mahkûm olmuşlardır. Mahkeme, bu davada birçok sloganın şiddet içeren bir ton içerdiğini kabul etmekle birlikte, bu sloganların herkesin bildiği, basmakalıp sol sloganlar olduğunu ve yasal bir gösteri sırasında atıldığını vurgulamıştır (*§41*). Cezanın ağırlığını da dikkate alan Mahkeme 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Erbakan – Türkiye davasında, başvurucunun Bingöl'de dinsel ayrımcılığı körükleyebilecek sözler sarf ettiği iddiasını Mahkeme, bölgenin durumunu dikkate alarak tartışmıştır. Bu davada Mahkeme, ifadenin kullanıldığı iddia edilen zaman ile davanın açıldığı zaman arasındaki sürenin uzunluğunu (4,5 yıl) dikkate alınarak, ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi 10. maddeyle bağdaşmaz bulmuştur.

Şiddet içermeyen direniş çağrısı: Mahkeme kararlarında "şiddet", "silahlı ayaklanma", "düşmanlık", "nefret" veya "teröre katılmayı teşvik" etmediği sürece, ne kadar radikal olursa olsun, bütün politik ifadelerin korunması gerektiğini belirtir.

Başkaya ve Okçuoğlu – Türkiye davasında, birinci başvurucu Fikret Başkaya iktisat profesörü olup, "Batılılaşma, Çağdaşlaşma, Kalkınma-Paradigmanın İflası-Resmi İdeolojinin Eleştirisine Giriş" adlı kitabın yazarıdır. İkinci başvurucu Selim Okçuoğlu ise bu kitabı basan yayınevinin sahibidir. Kitap akademik bir çalışmadır. Türkiye'nin 1920'den bu yana sosyo-ekonomik gelişmesini inceleyen kitap, resmi devlet politikasını eleştirmektedir. İstanbul DGM tarafından yapılan yargılama sonucunda başvurucular, TMK (eski) 8. maddesine muhalefetten suçlu bulunmuşlardır. Ayrıca birinci başvurucu Devlet Memurları Kanununun 98(2). fıkrası uyarınca, Ankara Üniversitesindeki öğretim görevliliği görevinden de atılmıştır.

Başkaya ve Okçuoğlu kararında Mahkeme, kitabın söz konusu bölümlerinde kullanılan kelimeler ve bu kelimelerin yayınlanmış olduğu bağlam üzerinde durmuş, özellikle terörün engellenmesine ilişkin sorunları dikkate almıştır. Mahkeme'ye göre, söz konusu bölümler, Kürt bölücülüğüne destek veriyor şeklinde görülebilecek ağır ifadeler içerse dahi, yazar aynı zamanda Kürt sorununun karmaşık olduğu görüşüne yer vermiştir. Söz konusu ifadeler, akademik bir araştırma içinde tarihi açıdan Türkiye'nin sosyal, ekonomik gelişimi ve bu ülke içindeki baskın siyasi ideolojiye yer vermiştir. Mahkeme, kitapta ifade edilen bu görüşlerin şiddeti teşvik ettiği veya şiddeti teşvik etmeye neden olabilecek şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığı kanaatinde olduğunu belirtir. Mahkeme, bölgedeki güvenlik durumunu ciddileştirecek sözler ve eylemler konusunda yetkili makamların endişesinin bilincinde olduğunu belirtmiştir. Ancak, Mahkeme, söz konusu davada yerel makamların, akademik ifade özgürlüğü hakkı ile Türkiye'nin güneydoğusundaki durumun farklı bir bakış açısından yansıtılmasına ilişkin kamu yararını yeterli ölçüde dikkate alınmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, ayrıca cezaların oldukça ağırlığını, kitabın toplatılmasını ve Profesör Başkaya'nın üniversitedeki işinin kaybettirilmesini de müdahalenin orantısızlığını belirtirken dikkate almıştır.

Basın özgürlüğü

Basın özgürlüğü, ifade özgürlüğünün en önemli unsurlarından birisidir. Mahkeme, basın ile ilgili kararlarında ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturduğunu hatırlattıktan sonra, basına tanınması gereken güvencelerin özel bir öneme sahip bulunduğunu belirtmiştir. Basın ve diğer medya organlarının ifade özgürlüğü, kamuoyuna yöneticilerin görüş ve davranışlarını tanıtmak ve yargılamak için

en iyi araçlardan birisini sunmaktadır. Basına siyasal arenada ve kamunun ilgilendiği diğer alanlarda tartışma konusu olan bilgi ve görüşleri iletme görevi düşer. Basının bu görevi, kamuoyunun da bu bilgi ve görüşleri alma hakkı ile tamamlanır (*Handyside, §49*; *Centro Europa 7 S.R.L. ve Di Stefano, §131*). O halde, basın özgürlüğü bir yönüyle halkı ilgilendiren haber ve görüşleri iletme özgürlüğüdür; diğer yönüyle ise, bu özgürlük, halkın bu bilgi ve görüşleri alma hakkıdır. Mahkeme'ye göre ancak bu şekilde basın kamuoyunun bilgi edinme hakkı bakımından yaşamsal önemi bulunan "halkın gözcülüğü" ya da "bekçisi" görevini yapabilir. Basın özgürlüğü söz konusu olduğunda ulusal makamlara tanınan takdir yetkisi demokratik bir toplumun yararı dikkate alınarak sınırlandırılır (*Editions Plon, §44*; *Bladet Tromsø ve Stensaas, §59*). Bu ilkeler öncelikle yazılı basın için geliştirilmiş olmakla birlikte, hiç kuşku yok ki görsel-işitsel basın için de geçerlidir.

Sözleşme'nin 10. maddesi, ifade özgürlüğünün kullanılmasının bazı formalitelere, koşullara, sınırlamalara veya yaptırımlara bağlanmasına engel değildir. Bununla birlikte bu kısıtlamalar öyle tehlikeler içerirler ki, Mahkeme'nin sıkı bir biçimde incelemesini gerektirirler (*Sté Plon, §42*). Bu çerçevede, gazetecilik mesleğini yapma konusunda getirilen bir sınırlama ancak "çok istisnai koşullarda haklı görülebilir" (*Cumpana ve Mazare, §118*). Özellikle basın söz konusu olunca durum böyledir: Haber çok hızla eskiyen bir üründür ve kısa bir süre için dahi olsa onun yayınlanmasını geciktirmek tüm önemini ve yararını ortadan kaldırma riski taşır (*Çetin ve Diğerleri, §49*). Sözleşme'nin 10. maddesi yayın henüz gerçekleşmeden yapılan sınırlamaları (ön sınırlamalar) getirilmesini yasaklamaz. Ancak bu tarz ön sınırlamalar "hem yasaklamanın sınırlarını göstermek bakımından çok sıkı bir yasal çerçeve tarafından düzenlenmeli, hem de kötüye kullanma ihtimaline karşı etkili bir yargı denetine konu olmalıdır" (*Association Ekin, §38*).

Kuşkusuz ifade özgürlüğünü kullanan kişilerin - buna gazeteciler de dâhildir - bu özgürlüğü kullanırken "görev ve sorumlulukları" da vardır. Bu görev ve sorumluluğun genişliği, kullanılan teknik araca ve duruma göre değişiklik gösterir (*Leempel & S.A. Cine Revue*, *§66*). Sözleşme'nin 10. maddesinin gazetecilere tanıdığı güvence, gazetecilerin gazeteci deontolojisine saygı içinde "doğru ve güvenilir" bilgiler sunmaları anlamında iyi niyetle hareket etmeleri koşuluna bağlıdır (*Goodwin*, *§39*; *McVicar*, *§83-86*; *Colombani*, *§65*). Bir gazetecinin "ödev ve sorumlulukları" göz önünde tutulurken, söz konusu basın organının potansiyel etkisi önemli bir etken olup, görsel-işitsel basının yazılı basına göre çok daha hızlı ve güçlü bir etkiye sahip olduğu yaygın olarak kabul edilen bir durumdur (*Jersild, §31*). Bir çatışma ortamında, medyanın "nefret söylemi ve şiddet çağrısı" yayan bir araca dönüşmekten kaçınması gereklidir (*Sürek* (*no 1*)*, §60*). "Çoğulcu demokratik ilkelerin kurucu ilkelerini inkâr üzerine artık tahammül edilmez mahiyette ifadeler"e karşı tedbirler almak da demokratik bir toplumda meşru kabul edilebilir (*Medya Fm Radyo ve İletişim Hizmetleri A. Ş. – Türkiye*). Diğer yandan, yazarlara bir yayın aracı sunan editörler de ifade özgürlüğüne katılırlar ve böylece, dolaylı olarak yazıları yayınlanan yazarların "görev ve sorumluluklarını" paylaşırlar (*Sürek* (*no 1*)*,* §63).

Basının modern toplumlarda oynadığı rolün önemi dikkate alındığında basın organlarının sorumluluğu günümüzde daha da önem kazanmıştır. Bu çerçevede, medya organları sadece bilgi vermekle yetinmemekte, diğer yandan, bilgileri sunma tarzı ile hedef kitlenin bunu nasıl değerlendireceğini de belirleyebilmektedirler. Gerek geleneksel gerekse elektronik medya araçları aracılığıyla ve giderek daha çok aktörün müdahale ettiği yoğun bir bilgi akışı ile karşı karşıya kalan bireylerin yaşadığı günümüz dünyasında gazeteci deontolojisine saygının denetlenmesi daha da önem kazanmıştır (*Stoll*, *§104*).

Ancak Sözleşme'nin 10(2). fıkrası, siyasal bir söylem veya kamuyu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir sorun söz konusu olduğunda, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına çok az yer bırakmaktadır. Mahkeme'ye göre ulusal makamlar, kamuyu ilgilendiren bir

tartışmaya basının katılmasını caydırıcı nitelikte tedbirler ya da yaptırımlar alırken çok dikkatli olmak zorundadırlar (*Stoll*, §106).

Basın özgürlüğü, gizli olarak sınıflandırılan ve bu nedenle yargı ya da kamusal denetime tabi olmayan devletin etkinlikleri ya da kararları söz konusu olduğunda daha da büyük önem kazanır. Gizli olarak sınıflandırılmış bir bilgiyi yayınlayan bir gazetecinin mahkûm edilmesi, halkı ilgilendiren konularda bilgi verme konusunda medya çalışanları üzerinde caydırıcı bir rol oynar. Bu durumda, basın "halkın gözcülüğü" ya da "bekçisi" görevini yapamaz hale gelir (*Stoll*, *§110*).

Siyasal bir rolü olan kişiye karşı yöneltilen eleştirinin kabul edilebilir sınırları, sıradan bir kişiye yöneltilenlere göre daha geniştir. Siyasal hayatta rol alan kişiler, kaçınılmaz olarak olaylar ve davranışları bakımından hem gazetecilerin hem de geniş kitlelerin dikkatini çekerler (*Lingens, §42*). Siyasal rol alan kişi bizzat kendisi eleştiriye açık bir açıklama yapmış ise, dikkatin yönelmesi doğaldır (*Lopes Gomez Da Silva, §30*). Bu değerlendirme hükümet için de geçerlidir. *Castells – İspanya* kararında Mahkeme, hükümeti eleştiri konusunda şöyle demiştir (*§46*):

"Hükümeti eleştirmenin hoş görülebilir sınırları, kişileri ve hatta politikacıları eleştiri sınırından daha geniştir. Demokratik bir sistemde hükümetin eylemleri ve ihmalleri, sadece yasama ve yargılama organlarının değil, basının ve kamuoyunun da yakından incelemesine tabidir. Dahası, hükümetin işgal ettiği üstün mevki, özellikle muhaliflerinin veya medyanın haksız saldırılarını ve eleştirilerini karşılamak için başka araçları kullanabileceği durumlarda ceza davasına başvurmada kendisini sınırlı görmesini gerektirir. Ancak yetkili devlet makamları, kamu düzeninin güvencesi olmaları sıfatıyla, temelden yoksun veya kötü niyetle oluşturulmuş iftira niteliğindeki suçlamalara, aşırıya kaçmadan ve gereği gibi tepki göstermeyi amaçlayan cezai nitelikte önlemleri de almakta serbesttirler".

Mahkeme ya da ulusal mahkemeler, gazetecilik mesleğinin nasıl yapılmasını gerektiğini belirleyemezler. Objektif ve dengeli haber verme metotları, basın organının niteliğine göre önemli ölçüde değişebilir. Gazetecilerin hangi haber verme tekniğini benimsenmeleri gerektiği konusunda basının görüşünün yerine kendi görüşlerini koymak, ne Mahkeme'ye ve ne de ulusal mahkemelere ya da makamlara düşen bir iştir. Sözleşme'nin 10. maddesi sadece ifade edilen haber ve fikirlerin içeriğini değil, fakat aynı zamanda bunların nakledilme biçimlerini de korur (*Oberschlick*, *§57*). Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, gazetecilik özgürlüğü ve mesleği, belirli ölçüde abartma, hatta kışkırtma unsurunu da içerir (*Prager ve Oberschlick*, *§38*).

Mahkeme konuyla ilgili içtihadında "değer yargısı" ile "olaya dayalı bilgilendirme" arasında ayırım yapmaktadır. Bir olayın olup olmadığı kanıtlanabilir bir husus iken, bir değer yargısının kanıtlanmasının istenmesi gerçekleştirilemez ve kanaat özgürlüğüne müdahale oluşturur (*Lingens, §46*). Ulusal hukukun bu ayırımı öngörmemesi kendi başına ifade özgürlüğüne aykırılık oluşturabilir (*Grinberg, §29*). Bu çerçevede, bir değer yargısının sadece basit bir olaya dahi dayanması yeterlidir. Ancak hiçbir veriye dayanmayan bir değer yargısı aşırı olarak değerlendirilebilir (*Feldek*, *§76*). *Feldek – Slovakya* davasında bir politikacının "faşist geçmişi"ne ilişkin bir mülakatta yayınlanmış bir beyan ifade özgürlüğü tarafından korunmuştur; çünkü, hedef alınan politikacının geçmişi hakkında birçok bilgi kamuoyu tarafından bilinmektedir (*Feldek, §86*).

Diğer yandan gazeteci *exceptio veritatis* (iddiasını ve iyi niyetini kanıtlama) hakkına sahip olmalıdır. *Saygılı ve Diğerleri – Türkiye* davasında, hakkında haber yapılan bir savcının talebi üzerine gazeteci olan başvurucular ilgili savcının kişilik haklarına saldırdıkları gerekçesiyle mahkûm edilmişlerdir. Mahkeme, bu davada genel yararı ilgilendiren bir konuda sarf ettikleri sözler nedeniyle haklarında kovuşturma yapılan kişilerin, iyi

niyetlerini ortaya koydukları takdirde ve olaylarla ilgili iddialarının doğruluğunu ispatlamak suretiyle sorumluluklarından muaf tutulabilmeleri gerektiğini belirtmiştir. Mevcut olayda ise ilgili Türk mevzuatı ispat hakkını ve kamu yararını ileri sürmeye imkân vermediğini söylemiştir. Mahkeme'ye göre, söz konusu davada, ihtilaf konusu sözler yalnızca değer yargısı niteliği değil suçlama niteliği de taşımaktaydı. Bu nedenle Mahkeme'ye göre, başvuruculara iddiasını ve iyi niyetini kanıtlama imkânın sunulması gerekirdi.

Mahkeme, önüne gelen bir davada şikâyet konusu müdahaleye olayın bütünlüğü içinde bakacak ve ulusal makamlar tarafından müdahaleyi haklı kılmak gösterilen gerekçelerin için ilgili ve yeterli olup olmadığını ve kullanılan araçların izlenen amaçla orantılı olup olmadığını belirleyecektir (*Observer ve Guardian, §59*). Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ilkelere uygun standartları uyguladıklarına ve ayrıca maddi olayları kabul edilebilir bir şekilde değerlendirdiklerine ikna olmalıdır (*Swabe*, *§29*).

Observer ve Guardian – Birleşik Krallık davasında başvurucu iki İngiliz gazetesi, İngiliz İstihbarat Servisi'nde çalıştığı döneme ait anılarını yazan Wright'ın basılacak olan Spycatcher (casus avcısı) adlı kitabından bazı ayrıntıları ve yazarın kendisinden aldıkları bazı bilgileri yayımlamışlardır. Bu bilgiler, İngiltere ve Galler savcılığının kitabın Avustralya'da yayınlanmasını önlemek için açtığı davanın görülmesi sırasında alenileştirilmiştir. Wright'ın bu kitabı yayınlamak istemekle, görev sırlarını saklama yükümlülüğüne aykırı davrandığı iddia edilmiştir. Savcılık mahkemeden başvurucu gazete şirketlerinin bu tür bilgileri daha fazla yayınlamalarını önleyecek bir tedbir kararı vermesini istemiştir. İngiliz Mahkemesi 14 Temmuz 1986 tarihinde tarafların bulunduğu kapalı bir duruşmadan sonra 11 Haziran 1986 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere 13 Ekim 1988 tarihine kadar sürecek bir tedbir kararı vermiştir. Ancak kitap 14 Temmuz 1987 tarihinde Amerika Birleşik Devletlerinde yayınlanmıştır. Buna rağmen İngiltere'deki mahkeme 30 Temmuz 1987 tarihinde, tedbir kararının devamına karar vermiştir.

Mahkeme, *Observer ve Guardian* kararında ilk olarak 11 Temmuz 1986 - 30 Temmuz 1987 dönemi bakımından kitap hakkında yayın yapılmasını önlemek için verilen tedbir kararının, başvurucuların ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Müdahalenin amacı, savcının daimi tedbir kararı için açtığı davanın görülmesi sırasında yargılama organının otoritesini sürdürmek ve milli güvenliği korumak olduğu için Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki meşru amaçlara sahiptir. Müdahale Spycather'ın içeriği ışığında savcının görüşünü muhafaza edilmesi için demokratik bir toplumda gereklidir. Geçici tedbir kararı davanın hazırlanması için gerekli süre bakımından amaçla orantılıdır. Mahkeme, birinci dönem bakımından demokratik bir toplumda gerekli olan bu müdahale nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Ancak Mahkeme, Spycatcher'ın Amerika Birleşik Devletleri'nde yayınlanmasından sonra söz konusu materyalin gizliliği kalmadığını belirtmiştir. Böylece geçici tedbir kararının 30 Temmuz 1987 tarihinden sonra savcının davadaki görüşünü koruyacak durumu kalmamıştır. Gizli servisin gizliliğinin korunmasına ilişkin amaç, dava açılarak gerçekleştirilmiştir. Mahkeme, bu tarihten sonra gizliliğin korunması demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale sayılamayacağından, ikinci dönem bakımından ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Thorgeir Thorgeirson – İzlanda davasında konu, Reykjavik polisinin 1979 ile 1983 yılları arasında kötü muamelede bulunduğuna dair birçok iddianın yayınlanmasının ardından gelişen olaylarla ilgilidir. Bu iddialardan sadece 10 tanesi polise ihbar edilmiştir. Son olarak bir gazeteciye yapılan kötü muamele nedeniyle bir polis mahkûm olmuş, bu dava polis şiddeti konusunda kamuoyunda geniş bir tartışma başlatmıştır. Bir yazar olan başvurucu 7 ve 20 Aralık 1983 tarihlerinde gazetede yayınlanan iki uzun makalesinde

Reykjavik polisinin kötü muamelelerinden söz etmiştir. Başvurucu makalesinde polislere ilişkin olarak 'hayvanca davranan üniformalılar', 'hayvanca davranan vahşi üniformalılar' gibi terimler kullanmıştır. Başvurucu, kimliklerini belli etmeden polis mensuplarının hepsine hakaret etmekten yargılanmış ve 10,000 İzlanda Kronu para cezasına mahkûm edilmiştir.

Thorgeir Thorgeison davasında Mahkeme, başvurucunun mahkûmiyetinin ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre olayda başvurucu yayınladığı makalelerde polisin yaptığı kötü muamelelerle ilgili söylentileri ve başkalarının kendisine verdiği bilgileri dile getirdiği için, ulusal makamların başvurucudan bu iddialarını ispat etmesini istemeleri makul değildir. Olayın şartları içinde başvurucunun amacı Reykjavik polisine hakaret etmek olmayıp, polisin kötü muameleleri ve halkı yakından ilgilendiren bu konuda soruşturma açılmasını istemektir. Başvurucu makalelerinde çok sert ifadeler kullandığı halde kullanılan bu üslup aşırı değildir. Başvurucunun cezalandırılması, kamuoyunu ilgilendiren bir konuda yapılan açık tartışmanın sürdürülmesini engelleyebilecek niteliktedir. Mahkeme, verilen cezanın meşru amaçla orantılı olmadığı ve müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı gerekçesiyle ifade özgürlüğünün ihlali sonucuna varmıştır.

Haber kaynaklarının korunması

Gazetecilerin haber kaynaklarının korunması, basın özgürlüğünün temel koşullarından biridir. Bu hak, Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından korunan "bilgi ve düşüncelerin kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın elde edilmesi ve verilmesi" özgürlüğünün bir parçasıdır. Haber kaynaklarının korunmaması halinde, basının halkın bekçiliği rolü zarar görebilir ve basının kamuoyuna doğru ve güvenilir bilgi sunma imkânı olumsuz etkilenebilir. Ayrıca bu korumanın eksikliği, bu kaynakları kamuoyunu ilgilendiren konularda basının bilgilendirmeye yardımcı olmaktan caydırılabilir. Bu nedenle bu hakka getirilen sınırlamalar sadece çok istisnai koşullarda kabul edilebilir (*Goodwin*, *§39*). Demokratik bir toplumda basın özgürlüğü için gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasının önemi dikkate alındığında, daha üstün bir gereklilik haklı kılmadıkça, kaynakların açıklanmasını isteyen bir müdahale Sözleşme'nin 10. maddesiyle bağdaşmaz (*Goodwin*, *§39*; *Roemen ve Schmit*, *§46*; *Voskuil*, *§65*). Bu çerçevede, gazetecilere tanınan haber kaynakları hakkında susma imkânı, basit bir ayrıcalık olarak görülemez; bu bilgi verme hakkına bağlı bir haktır (*Tillack*, *§65*).

Mahkeme, kamu makamlarının gazetecileri haber kaynakları hakkında bilgi vermeye ya da gazetecilik bilgisine erişim vermeye zorlayan çeşitli işlemlerini, gazetecinin ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. *Goodwin – Birleşik Krallık* kararında Mahkeme, bir gazeteciye kendisine bilgi sağlamış olan bir kimsenin kimliğini açıklamasını gerektiren bir emir verilmesini ve bunu yapmayı reddettiği için para cezasına çarptırılmış olmasını, Sözleşme'nin 10(1). fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca *Roemen ve Schmit – Lüksemburg*, *Ernst ve Diğerleri – Belçika* ve *Tillack – Belçika* kararlarında Mahkeme, gizli bilgileri gazetecilere sağlayan kamu görevlilerini belirleyebilmek için gazetecilerin evlerinin ve işyerlerinin aranmasını, Sözleşme'nin 10(1). fıkrasında güvence altına alınan haklarına müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkeme *Roemen ve Schmit* kararında, aramaların sonuçsuz kalmasının, aramaları gazetecinin kaynağının kimliğini ortaya çıkarma amacından yoksun bırakmadığına işaret etmiştir.

Voskuil – Hollanda kararında Mahkeme, bir ceza soruşturmasında polis memurlarının hata yaptığı iddiaları hakkında kendisine bilgi veren kişinin adını vermeyi reddeden gazetecinin konuşmaya zorlanması amacıyla ulusal mahkemenin tutuklama karar vermesini,

başvurucunun Sözleşme'nin 10. maddesindeki haklarına bir müdahale oluşturduğunu sonucuna varır.

Financial Times Ltd. ve Diğerleri – Birleşik Krallık kararında Mahkeme, dört gazete yayıncısı ile bir haber ajansına gizli bir haber kaynağının kimliğini açıklama emri verilmesinin, Sözleşme'nin 10. maddesindeki haklarına bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, emir yerine getirilmemiş olmasına rağmen, böyle bir işlemin Mahkeme'nin hükmünü verdiği tarihte gerçekleşme ihtimali ne kadar az olursa olsun, emrin yerine getirilebilir olması devam ettiğinden, başvurucu şirkete verilen zarar giderilmemiştir.

Mahkeme, haber kaynağının açıklanması kararının, sadece kimlikleri açığa çıkacak haber kaynakları üzerinde değil, ama aynı zamanda haber kaynağını açıkladığı için gelecekteki haber kaynaklarının gözünde itibarsızlaşacak olan gazete ya da diğer yayınlar ile gizli haber kaynakları aracılığıyla dağıtılan bilgiyi almakta menfaati olan kamuoyunun üzerinde de zararlı etkileri olacağını belirtmiştir (*Voskuil*, *§71*). Mahkeme'ye göre, basın özgürlüğü için gazetecilerin haber kaynaklarının ve bilginin korunmasının yaşamsal bir önemi bulunduğundan, kaynakların belirlenmesine yol açabilecek bir müdahale için, tehlikede olan hakkın önemiyle orantılı usul koruyucuları bulunmalıdır.

Kaynakların korunmasıyla ilgili usul koruyucuları arasında, her şeyden önce bir yargıç ya da bağımsız ve tarafsız bir karar organı tarafından denetim yapılması güvencesi gelmektedir. Bu usul güvencesinin temeli "bütün resmin mahkemenin önünde olması" ilkesi üzerine kuruludur. *British Broadcasting Corporation – Birleşik* Krallık davasında bu ilke vurgulanmıştır.

Mahkeme, "bütün resmin mahkemenin önünde olması" usul güvencesini şöyle tanımlamıştır: Gerekli denetim, yürütmeden ve ilgili taraflardan ayrı bir organ tarafından yapılmalıdır; bu organ, materyal teslim edilmeden önce gazetecilerin haber kaynaklarının korunması ilkesine ağır basan kamu menfaatine ilişkin bir gereklilik olup olmadığını karara bağlayabilmeli, böyle bir menfaat yoksa haber kaynağının kimliğini ortaya çıkarabilecek bilgiye gereksiz yere erişimi engelleyebilmelidir (*Sanoma Uitgevers B.V.*, *§90*).

Mahkeme, soruşturma makamlarının haber kaynağının açıklanması için acil talepleri veya emirleri için ayrıntılı gerekçeler göstermelerinin pratikte pek mümkün olmayabileceğinin farkındadır. En azından elde edilen belgelere ulaşılmadan ve kullanılmadan önce bağımsız bir denetimin yapıldığı durumlarda, herhangi bir gizlilik sorununun ortaya çıkıp çıkmadığı, çıkmışsa olay özelinde soruşturma ve kovuşturma makamlarının dayandığı kamu menfaatinin, haber kaynağının korunmasına ilişkin genel kamu menfaatine üstün gelip gelmediğinin tespit edilmesi yeterlidir. Mahkeme'ye göre, haber kaynaklarının açığa çıkmasına neden olabilecek materyalin teslim edilmesinden sonra denetimin yapılmasının gizlilik hakkının özünü zedeleyeceği açıktır (*Sanoma Uitgevers B.V., §91*). Önleyici niteliği bulunan yargıç denetimi sırasında, açıklama öncesinde ve açıklama talebine ilişkin belgeye dayanılarak, yetkililerin açıklama lehindeki savlarının uygun bir şekilde değerlendirilebileceği, potansiyel risklerin ve menfaatlerin tartılabileceği bir inceleme yapılmalıdır. Alınacak karar, daha az zorlayıcı bir tedbirin, tespit edilen kamu menfaatlerine ağır basması için yeterli olup olmadığı dâhil, net ölçütlerle verilmelidir. Yargıç ya da diğer bir makama, adları ilgili materyalde geçsin veya geçmesin, böyle bir belgenin yayınlanmasının gazetecinin haber kaynaklarına ciddi bir zarar verme tehlikesi yarattığı gerekçesiyle haber kaynaklarını korumak için açıklama kararı vermeme veya sınırlı veya şartlı açıklama kararı verme imkânı tanınmalıdır (*Nordisk Film & TV A/S – Danimarka* (*k.k.*)). Acil durumlarda materyal, yetkililerce kullanılmadan önce, kaynakların belirlenmesine

yol açabilecek bilgi ile bu tür riski taşıyan bilgiyi belirleyebilecek ve ayırabilecek bir usul mevcut olmalıdır (*Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH., §62-66*).

Sanoma Uitgevers B.V. – Hollanda kararına konu olan olay, bir otomobil dergisinin yasadışı araba yarışları hakkında bir haber yapması hakkındadır. Başvurucu şirket, bir otomobil dergisi sahibidir ve yasadışı araba yarışları hakkında bir makale yayınlamaya karar verir. Bu dergi için çalışan gazeteciler, yarışmaya katılanların kimliğini açığa vurmamak kaydıyla, bu yarışlardan birisinin fotoğraflarını çekme iznini alırlar. Bu fotoğraflar bir CD-Roma kaydedilir. Katılanların kimliklerinin gizlenmesi için fotoğraflarda rötuş yapıldıktan sonra bu haber yayınlanacaktır. Ancak derginin Yazı İşleri müdürü, yürütülmekte olan bir ceza soruşturmasına yardımcı olması için, yarışmada çekilmiş fotoğrafları teslim etmesi yönünde savcılıktan talimat alır. Polis ve soruşturma makamları, sokak yarışına katılan araçlardan birinin daha sonra 1 Şubat 2001 tarihli bir soygunda kullanıldığından şüphelenmişlerdir. Yazı İşleri müdürüne eğer bu talimata uymaz ise, derginin bürolarının aranacağı ve bilgisayarlara el konacağı bildirilmiştir. Nitekim Yazı İşleri müdürü bu talimata uymadığı gerekçesiyle gözaltına alınmış ve dört saat gözaltında tutulmuştur. Ayrıca derginin bürolarının geçici süreyle kapatılması dergiye ciddi maddi kayıplar verecektir. Fotoğrafların olduğu CD-Rom, bir nöbetçi soruşturma yargıcının devreye girmesi ve ceza soruşturmasının yürütülmesi ile elde edilecek yararın gazetecinin kaynaklarını koruma ayrıcalığına üstün geldiğini belirtmesi üzerine ve savcının da onayı ile polise teslim edilmiştir. Bu işlem daha sonra ulusal mahkemeler tarafından onaylanmıştır.

Sanoma Uitgevers B.V. kararında Mahkeme, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, derginin bürosunda arama yapılmamış olmasının önemli olmadığını belirtmiştir; Mahkeme'ye göre bu yönde yapılmış ona tehdit yeterlidir. Nitekim savcı ve polis dedektifleri, dergi editörlerinin talimata uymamaları halinde, böyle bir arama yapma niyetlerini açıkça belirtmişlerdir. Bu tehdit, bir gazetecinin kısa bir süre için gözaltına alınmasıyla birleştiğinde, tamamen inandırıcı tehdittir. Mahkeme bu tehdidi, sanki uygulanmış gibi ciddiye almak durumunda olduğunu belirtir. Ayrıca Mahkeme, ilgili başvurucu şirketin yayınladığı diğer dergilerin bürolarının da aranması tehdidinin ağırlığına dikkat çekmiştir. Diğer bürolar da böyle bir aramaya maruz kalacak ve bu da önemli bir süre büroların kapanmasına neden olacaktır; bu durum, söz konusu dergilerin geç yayınlanmasına sebep olacak ve bu arada güncel olaylara ilişkin haberler bayatlamış olacaktır. Mahkeme gazetecilerin gizli haber kaynaklarının açıklanmasına yardım ettiklerinin görülmesi halinde, caydırıcı etkinin doğacağını vurgulamıştır. Mahkeme, bu davada gazetecinin haber kaynaklarını açıklanmaya zorlanması usulünde yeterli güvenceler olmadığı gerekçesiyle Hollanda hukukundaki düzenlemelerin "yasayla öngörülmüş olma" koşulunu yerine getirmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, Hollanda'da Ceza Muhakemesi Kanunun 96a maddesi yürürlüğe girdiğinden beri, bu konuda karar verme yetkisinin bağımsız bir yargıç yerine bir savcıya verilmiş olmasını dikkate almıştır. Mahkeme'ye göre savcı, diğer devlet memurları gibi, temel dürüstlük yükümlülüğüyle bağlı olmasına rağmen, usul bakımından, gazetecinin haber kaynağının korunması aleyhindeki menfaatleri savunan bir "taraf" olup, yarışan değişik menfaatlerin değerlendirmesini yapabilmek için gerekli objektiflik ve tarafsızlığa sahip biri olarak görülemez. Mahkeme'ye göre, sonuç olarak hukukun kalitesi, gazetecinin haber kaynaklarının korunmasına ilişkin başvurucu şirketin kamu menfaatine ağır basan bir ceza soruşturması menfaati bulunup bulunmadığını bağımsız olarak değerlendirebilmek için yeterli yasal koruyucular bulunmadığından, yetersizdir.

Görsel-İşitsel alan

Görsel-işitsel iletişim özgürlüğü basın özgürlüğünün bir alt dalıdır; bu nedenle, basın özgürlüğü hakkında yukarıda belirtilen ilkeler bu alanda da geçerlidir. Mahkeme, görsel-işitsel alanda verdiği kararlarında öncelikle görsel-işitsel medya alanında çoğulculuğun öneminden söz etmiştir. Mahkeme'ye göre çoğulculuk olmazsa, demokrasi de olmaz. Demokrasi ifade özgürlüğünden beslenir. Demokrasinin temelinde, demokrasinin bizzat kendisine zarar vermeden, farklı siyasal projelerin tartışılması ve devletin mevcut işleyişinin tartışma konusu yapılması ilkesi yatar (*Manole ve Diğerleri*, *§95*; *Sosyalist Parti ve Diğerleri*, *§41, 45 ve 47*). Bu çerçevede, demokratik bir toplumda, görsel-işitsel alanda gerçek bir çoğulculuğun sağlanması için, birçok kanalın bulunması ya da potansiyel yayıncıların bu alana girmek için imkânlarının olması yeterli değildir. Ayrıca bu alana, mümkün olduğu kadar toplumda farklı siyasal akımların temsilini sağlayan programları yayınlama imkânının bulunması anlamında, etkili bir giriş imkânı tanınmalıdır (*Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano, §130*).

Basın ve diğer medya araçlarının özgürlüğü kamuoyuna kendisini yönetenleri tanımak ve yönetim şeklini ve görüşlerini yargılamak için en iyi aracı sunmaktadır. Radyo ve televizyon gibi görsel-işitsel medya araçlarının bu bağlamda önemli bir rol oynadıkları kabul edilmelidir. Ses ve görüntü ile bir görüş veya bilgiyi aktarma imkânı olduğu için, bu medya organlarının etkisi yazılı basına göre daha büyük ve hızla sonuç verir; daha güçlüdür (*Jersild*, *§31*; *Pedersen ve Baadsgaard*, *§79*). İzleyici ya da dinleyicinin aile ortamında temel izleme kaynağı olan ve bu ortama giren televizyon ve radyo, bu şekilde etkisinin gücünü arttırmaktadır (*Murphy*, *§74*).

Toplumun ekonomik ve siyasal bir kesimi görsel-işitsel medya alanında hâkim bir konumda bulunabilir ve böylece yayın yapanların üzerinde, editoryal özgürlüğü sınırlayıcı mahiyette baskı uygulayabilirler. Bu durum kamu yararı olan bilgi ve görüşlerin iletilmesinin temel güvencesi olan ifade özgürlüğünün demokratik toplumda oynadığı role zarar verir (*VgT Verein gegen Tierfabriken*, *§73 ve 75*). Görsel-işitsel alanda devlet tekelinin bulunması çoğulculuğu ortadan kaldırır. Mahkeme, kısıtlayıcı bir anlayışa dayalı bu tarz bir tekelin, ancak mutlak gerekli olduğu kanıtlanmış durumlar dışında, ifade özgürlüğü ile bağdaşmayacağı sonucuna varmıştır (*Informationsverein Lentia ve Diğerleri*, *§39*). Günümüzde böylesi bir mutlak gerekliliğin haklılığını ortaya koymak mümkün değildir.

Mahkeme, ifade özgürlüğünün ve çoğulculuğun korunması için, görsel-işitsel medya alanının önemini dikkate alarak, devletin sadece bu alanda kısıtlayıcı müdahale etmesinin yeterli olmadığını vurgulamıştır. Devletin aynı zamanda bu alanda etkili bir çoğulculuğu sağlamayı amaçlayan yasal ve idari düzenlemeleri de hayata geçirme yükümlülüğü vardır. Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin kabul ettiği birçok belgede (Recommandation CM/Rec(2007)2 medya organlarının ve yayımların içeriğinin çoğulculuğu hakkında) devletlerin bu rolüne dikkat çekilmiştir (*Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano, §134*).

Sözleşme'nin 10. maddesinin ilk fıkrasının son cümlesi, bu maddenin "devletlerin radyo, televizyon ve sinema işletmelerini bir izin rejimine tabi tutmalarına engel" olmadığını belirtmektedir. Ancak bu izin rejiminin kapsamı dardır (*Groppera Radio AG*, *§61*). İlk başta radyo ve televizyonu bir izin rejimine tabi tutarak sınırlandırıcı bir mantıkla yorumlanan bu hüküm (*X Derneği – İsviçre, Komisyon [k.k.]*), daha sonra izin rejiminin dar yorumlanması ile daha özgürlükçü bir anlayışta yorumlanmıştır. Günümüzde çoğulcu bilgiye ulaşma hakkının öne çıkmasıyla, izin ya da ruhsat rejimi artık bilgi verme özgürlüğünün bir sınırı olarak değerlendirilmemektedir. İzin ya da ruhsat rejiminin temeli teknik yetersizlikler, dalga boylarının sınırlı olması gibi yayın alanındaki sınırlamalar idi. Oysa günümüzde teknolojik ilerlemelere bağlı olarak bu sınırlamalar mevcut değildir.

Bu nedenle izin ya da ruhsat sisteminin varlık nedeni ortadan kalkmıştır. Elbette görsel-işitsel alanın kamu makamları tarafından düzenlenmesi ihtiyacından söz edilebilir; ancak artık bu sistemin "izin rejimi" olarak değerlendirilmesi güçleşmiştir.

Groppera Radio AG – İsviçre davasında bir İsviçre şirketi olan başvurucu, İsviçre'ye yönelik olarak İtalya'dan radyo programları yapmaktadır. Bu programlar hem havadan ve hem de İsviçre'de kablolu yayın yapan şirketler tarafından ulaştırılmaktadır. İsviçre'de çıkarılan bir yasa, uluslararası radyo ve telekomünikasyon hukukuna göre yapılan sözleşmelere ve anlaşmalara uymayan istasyonlardan alınan programların, kablolu yayın aracılığı ile dağıtılmasını yasaklamıştır. Bunun sonucu olarak birçok kablolu yayın işletmecisi, başvurucu (Groppera Radio AG) tarafından İtalya'da üretilen ve oradan yayınlanan programları alıp yayınlamayı durdurmuştur. Bir İsviçre şirketi başvurucunun programlarını kablo ile iletmeye devam etmiştir. İsviçre Posta ve telekomünikasyon idaresi bu şirketin bu tür yayınları iletmesinin durdurulmasına karar vermiştir. Şirket bu yasak kararına karşı iptal davası açmış, bu davaya başvurucu şirket de müdahil olmuş ancak dava reddedilmiştir. Başvurucu, İtalya'da yapılan yayını hava yoluyla alıp İsviçre'de kablolu olarak yeniden dağıtmalarına konan yasağın, Sözleşme'deki sınırlara bakılmaksızın bilgi ve fikirleri edinme haklarının ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Mahkeme, *Groppera Radio AG* kararında hava yoluyla yayın yapılmasının ve yayınların kablo aracılığıyla yeniden dağıtılmasının, 10. maddenin ilk iki cümlesindeki haklara girdiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre olayda hafif müzik ve reklam niteliğindeki programların içeriği konusunda ayrım yapmaya da gerek bulunmamaktadır. Olayda kamu makamlarının ifade özgürlüğüne bir müdahalesi bulunmaktadır; birinci fıkranın üçüncü cümlesi bakımından 10. madde uygulanabilir niteliktedir. Mahkeme, devletlere kendi ülkeleri üzerinde yayın yapma yollarını ve özellikle teknik yönleri lisans sistemiyle denetleme imkânı veren Sözleşme'nin 10(1). fıkrasının üçüncü cümlesini, maddenin bütünlüğü içinde değerlendirmek gerektiğini belirtmiştir. Lisans tedbirleri ikinci fıkradaki sınırlamalara tabidir. Radyo istasyonları İtalyan hukukunun yetki alanına girdiği halde, bunların yaptığı programların İsviçre şirketleri tarafından kablo ile yeniden dağıtılması, İsviçre hukukunun yetki alanına girmektedir. Yeniden yayının yasaklanması İsviçre radyo sistemini düzenleyen hukuka tamamen uygun olduğu için, bu müdahale birinci fıkraya uygundur. Yapılan bu müdahalenin amacı hem iletişim alanında düzensizliği önlemek ve hem de adil bir frekans tahsisini sağlayarak başkalarının hak ve özgürlüklerini korumak olduğundan, müdahale meşru bir amaca sahiptir. Mahkeme şu gerekçelerle bu davada ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır: İlk olarak, İsviçre'deki birçok kablolu yayın şirketi, söz konusu programları yeniden iletmeyi bırakmışlardır. İkinci olarak İsviçre makamları yayınları bloke etmemişlerdir. Üçüncü olarak İsviçre hukukuna kayıtlı olup üyelerinin tümü İsviçre'de yaşayan kişiler olarak diğer kanalları almaya devam etmektedirler. Dördüncü olarak yasaklama usulü hukuki denetimden kaçmayı önlemek için gerekli görülmekte ve söz konusu programların içeriğine veya eğilimlerine yönelik bir sansürü içermemektedir. Bu nedenlerle, bu müdahale demokratik bir toplumda gerekli olduğundan, ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

İnformationsverein Lentia ve Diğerleri – Avusturya davasında başvurucular, kapalı devre televizyon ağı kurarak üyeleri arasındaki iletişimi geliştirmeyi amaçlayan, 458 daire ve 30 işyerinden oluşan Linz'deki bir toplu konutun mal sahipleri ve sakinlerinin kurduğu bir dernektir. Programlar, üyelerin hakları ve ortak çıkarları ile ilgili sorunlara hasredilecektir. Bu başvurucu 9 Haziran 1978 tarihinde, Telekomünikasyon Yasasına göre izin almak için başvuruda bulunmuştur. Başvurucu dernek, öngörülen altı aylık süre içinde cevap almaması üzerine, Federal Ulaştırma Bakanlığına bağlı Genel Müdürlüğe başvurmuştur. Genel Müdürlük ise, başvuruyu 23 Ekim 1979 tarihinde reddetmiştir.

Genel Müdürlüğe göre, radyo televizyon yayıncılığının bağımsızlığını garanti altına alan Kurucu Yasanın 1. maddesinin 2. fıkrası, Federal Yasama Meclisine bu faaliyetin düzenlenmesi için münhasır bir yetki vermiştir. Bu yetki, Federal Meclis tarafından "Austrian Brodcasting Corporation" Yasasının çıkarılması suretiyle, sadece bir kez kullanılmıştır. Buna göre, başka hiç kimse böylesi bir izin almak için başvuruda bulunamaz; eğer başvurursa, yapılan başvuru yasal dayanaktan yoksun olacaktır. Anayasa Mahkemesi de itirazı reddetmiştir.

Mahkeme, *İnformationsverein Lentia ve Diğerleri* davasında, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. İlk olarak Mahkeme'ye göre, söz konusu sınırlamalar, başvurucuların, haber ve fikir alma özgürlüğüne müdahale anlamına gelmektedir. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 10(1). fıkrasının üçüncü cümlesinin amaç ve niyeti ile uygulama kapsamı, maddenin tümü ile birlikte ve özellikle 2. fıkranın gerekleriyle bağlantılı olarak düşünülmelidir (*§29*). Mahkeme, devletlerin kendi ülkelerinde yapılan yayının özellikle teknik yönlerini bir izin sistemi kurmak suretiyle düzenlemekte serbest olduklarını hatırlatmıştır. Ancak bu tür sınırlamaların Sözleşme'ye uygunluğu, yine de 2. fıkrada öngörülen diğer şartların ışığında değerlendirilmelidir. Mahkeme'ye göre, Avusturya'da mevcut tekel sistemi, programların kalitesini ve programlar arasındaki dengeyi korumayı, kitle iletişim araçları üzerinde yetkililer aracılığıyla kurduğu denetim gücüyle başarabilmektedir. Bu olayın şartları içinde bu durum, 1. fıkranın üçüncü cümlesine uygundur, ancak 10. maddenin 2. fıkrasına uygun değildir. Mahkeme, demokratik toplumlarda ifade özgürlüğünün sahip olduğu temel rolü hatırlatarak, bu özgürlüğün özellikle basın sayesinde, kamu yararını ilgilendiren ve kamuoyunun ulaşmaya daha çok hakkının bulunduğu haber ve görüşlerin ulaştırılmasına hizmet ettiğini vurgulamıştır. Ancak Mahkeme'ye göre böyle bir girişim, devletin koruyucusu olduğu çoğulculuk ilkesine dayanmadıkça başarılı olamayacaktır. Bu ilke, programları çok geniş bir kitleyi hedef alan görsel-işitsel kitle iletişim araçları bakımından da geçerlidir. Bu nedenle Mahkeme'ye göre, tüm bu değerlere saygı gösterilmesi güvence altına alınsa dahi, yayıncılığa hiç imkân tanımayan veya ulusal bir istasyon ve bazı durumlarda çok sınırlı koşullarda yerel kablolu istasyonlar aracılığıyla yapılan yayınlara izin veren bir kamu tekeli, ifade özgürlüğüne en geniş kısıtlamayı getiren bir durumdur.

Mahkeme, *İnformationsverein Lentia ve Diğerleri* davasında son yıllarda teknik alanda kaydedilen ilerlemelerin sonucu olarak, sınırlı frekans ve kanal sayısını esas alan görüşlerin bundan böyle bu kısıtlamaları haklı gösteremeyeceğini belirtmiştir.

Animal Defenders International – Birleşik Krallık kararı bir hükümet dışı kuruluşun, radyo ve televizyonda bir reklamı yayınlama izni alamaması ile ilgilidir. Başvurucu, amacı hayvanların eziyete karşı korunması olan Animal Defenders International (ADI) adlı bir sivil toplum kuruluşudur. Başvurucu, hayvanların ticari, bilimsel ve tedavi edici amaçlarla kullanılmasına karşı çıkmakta ve bu amaç doğrultusunda yasaların değişmesini ve kamuoyunun oluşturulmasını hedeflemektedir. 2005 yılında ADI, primatların hayvanat bahçeleri ya da sirklerde tutulmasına veya reklamlarda kullanılmasına karşı *"My Mate's a Primate"* ("Arkadaşım bir Primat") başlıklı bir kampanya başlatır. Bu kampanya çerçevesinde ADI, önce küçük bir kızın kapatıldığı bir kafesi gösteren, daha sonra bu kızın yerine bir şempanzenin aldığı kısa bir televizyon spotunu televizyonda göstermek için başvurur. Ancak bu talebi, *Broadcast Advertising Clearance Centre* tarafından reddedilir; bu kuruma göre ADI siyasi amaç izleyen bir kuruluştur ve ilgili mevzuat siyasi amaçlı reklam ya da spot yayımlamayı yasaklamaktadır. Bu yasak, Birleşik Krallık yargı organları tarafından incelenmiş ve maddi gücü yüksek olan çevreler tarafından desteklenen siyasi hareketlerin çoğulcu ortamı bozmamaları gerektiği dikkate alınarak ifade özgürlüğüne uygun bulunmuştur.

Animal Defenders International kararında Mahkeme, ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, ilk olarak söz konusu yasağın çoğulcu demokratik toplumu korumayı amaçladığını hatırlatmıştır. Siyasi mesaj içeren bir reklamın verilmesinde maddi olarak güçlü çıkar gruplarına çoğulculuğu önleyecek şekilde bir üstünlük tanınmamasını amaçlayan düzenleme, bu çerçevede demokratik toplumda gerekli bir tedbir olarak değerlendirilebilir. Mahkeme'ye göre bu davada temel hukuki sorun, bu sınırlamanın aşırı olup olmadığı, başka bir anlatımla orantılılığı konusudur. Mahkeme dava konusu yasaklamanın orantılığını üç açıdan tartışmıştır: İlk olarak Mahkeme, söz konusu yasağın kabul edilme ve yargısal denetim usulünü incelemiştir. İkinci olarak Mahkeme, yasağın etkisi ve bu etkiyi hafifleten tedbirlerin var olup olmadığı konusunu dikkate almıştır. Üçüncü olarak ise, Avrupa Konseyi üyelerindeki mevzuatı incelemiş ve bu bağlamda konuyu tartışmıştır.

Animal Defenders International kararında Mahkeme, siyasi reklamı yayınlama izni verilmemesi müdahalesinin orantısız olarak nitelendirilmeyeceği sonucuna varmıştır. Yasağın kabul ve yargısal denetim usulü bakımından Mahkeme, ilk olarak siyasi mesajların yasaklanması ile ilgili kuralın mecliste bütün partiler tarafından desteklendiğini, yasalaşmadan önce çok ciddi bir denetime tabi tutulduğunu belirtir. Ayrıca bu tedbirin orantılılığı, Birleşik Krallık mahkemeleri tarafından çok sıkı bir incelemeye konu olmuştur. Bu usulün her aşamasında bu yasağın Sözleşme'ye ve Mahkeme içtihadına uygunluğu tartışılmış ve dikkate alınmıştır.

Yasağın etkisi ve bu etkiyi hafifleten tedbirlerin var olup olmadığı konusunda ise Mahkeme, reklam ya da spot dışında söz konusu hükümet dışı kuruluşun radyo ve televizyonun siyasi içerikli programlarına katılabileceğini ve birçok farklı iletişim aracını (yazılı basın, internet, gösteri, ilan dağıtmak vb.) kullanabileceğini belirtir. Nihayet Mahkeme, her ne kadar Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında eğilim geniş yasakları kaldırmak yönünde olsa da, henüz siyasi reklamı tamamen serbest bırakan ortak bir yaklaşımın olmadığını belirtir. Bu nedenle, siyasi reklamlara ilişkin henüz bir Avrupa konsensüsü oluşmamıştır.

İnternet alanı

İnternet, yeni bir ifade özgürlüğü kullanım alanıdır. Bu çerçevede, ifade özgürlüğü konusunda geçerli bütün ilkeler, kural olarak bu alanda da geçerlidir.

Mahkeme'nin birçok kez açıkladığı gibi, Sözleşme'nin 10. maddesi sadece bilgi verme, bilgileri yayma özgürlüğü tanımaz; bu özgürlük aynı zamanda halkın, kamunun bu bilgileri alma hakkını da içerir (*Observer et Guardian*, *§59*). İnternet siteleri ise, hem erişilebilir olmaları, hem de önemli miktarda bilgi saklama ve yayma kapasiteleri nedeniyle, halkın güncel bilgilere erişimini kolaylaştırmakta ve böylece bilginin yayılmasını sağlamaktadırlar. Bu nedenle, internet alanında arşivlerin oluşturulması ifade özgürlüğünün bir parçasıdır ve 10. madde kapsamında değerlendirilmelidir (*Times Newspapers Limited no 1 ve 2*, *§27*).

İnternet hukuku alanında Mahkeme'nin en önemli kararı *Ahmet Yıldırım –Türkiye* kararıdır. Davaya konu olan olay, Atatürk aleyhine işlenen suçlar kanunu kapsamında bir internet sitesi hakkında ceza soruşturması açılması ile ilgilidir. Bu site aleyhine ceza soruşturmasının başlaması üzerine ilgili mahkemeden bu siteye erişim engellenmesi tedbirinin kabul etmesi istenmiştir. İlgili mahkeme bu kararı kabul etmiştir. Engelleme kararı, icra için Telekomünikasyon İletişim Başkanlığı'na (TİB) gönderilmiştir. Bundan kısa bir süre sonra da TİB, sadece mevcut siteye değil, başvurucunun sitesine de erişimin engellenmesi sonucunu verecek şekilde kararın kapsamının Googles Sites'a de genişletilmesini

talep etmiştir. TİB, sitenin sahibinin yurtdışında yaşaması nedeniyle suça konu sitenin engellenebilmesi için ellerindeki tek teknik aracın bu olduğunu ifade etmiştir. Bu talep ilgili yargı yeri tarafından kabul edilmiş ve Google Sites'a bütün erişim engellemiştir. Bu nedenle başvurucunun kendi sitesine erişimi de mümkün olamamıştır. Başvurucunun durumunu düzeltebilmek adına daha sonraki bütün girişimleri söz konusu mahkeme kararı nedeniyle başarısız olmuştur. Başvurucu Nisan 2012 tarihinde Mahkeme'ye gönderdiği mektupta, bilebildiği kadarıyla diğer sitenin sahibi hakkında takipsizlik kararı verilmiş olmasına rağmen halen kendi sitesine erişiminin olmadığını belirtmiştir.

Ahmet Yıldırım kararında Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesi "herkesin" ifade özgürlüğünü güvence altına aldığını ve bu güvencenin sadece bilginin içeriğine değil, ama aynı zamanda onun dağıtılma araçlarına da uygulandığı yönündeki yerleşik içtihadını tekrar etmiştir. Mahkeme, başvurucunun web sitesine erişiminin engellenmesinin Denizli Asliye Ceza Mahkemesi tarafından Atatürk'ün hatırasına hakaretle suçlanan başka bir site sahibine ilişkin soruşturma bağlamında verdiği karardan kaynaklandığını belirtmiştir. Yerel mahkeme sadece bu sitenin engellenmesine karar vermiştir. Oysa kararın icrasıyla sorumlu idari merci (TİB), mahkemeden sadece suçlanan siteye değil, aynı zamanda başvurucunun sitesine de yer sağlayan bütün Google Sites'a erişimi engelleyecek bir karar vermesi talebinde bulunmuştur. Yerel mahkeme, mevcut sitenin engellenmesinin başka bir yolunun bulunmadığını belirterek, bir bütün olarak Google Sites'a erişimi engelleyen ikinci bir karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, ne Google Sites, ne de Yıldırım'ın kendi sitesi yukarıda anılan soruşturmayla ilgili olmamasına rağmen, TİB, Denizli Asliye Ceza Mahkemesi tarafından emredilen tedbiri yerine getirebilmek için diğer sitelere de erişimi teknik olarak imkânsız hale getirmiştir.

Ahmet Yıldırım kararında Mahkeme, Google Sites'a getirilen erişim engelleme kararının başvurucu açısından, geniş kapsamlı bir yasaktan ziyade internet erişimine dair bir kısıtlama olduğunu kabul etmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre, sınırlamanın etkisinin başvurucu açısından kısıtlı olması, özellikle de internetin ifade ve bilgiye erişim özgürlüğü hakkının temel araçlarından biri haline geldiği günümüzde onun önemini azaltmamaktadır. Bu yüzden mevcut tedbir, kamu makamları tarafından başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına müdahale oluşturmuştur. Bu müdahale Mahkeme'ye göre hukuken öngörülebilir olma şartına cevap verememektedir. 5651 sayılı yasa uyarınca bir mahkeme, eğer içeriği bir suç işlendiğinden şüphelenmek için yeterli sebep bulunmaktaysa, internet üzerinde yayınlanan bir içeriğe erişimin engellenmesine karar verebilmektedir. Bununla birlikte ne Google Sites ne de Yıldırım'ın sitesi mevcut davaya ilişkin mahkeme yargılamasının konusunu oluşturmuştur. Google Sites'ın bu siteye yer sağlamaktan sorumlu olduğunu tespit eden 24 Haziran 2009 tarihli karara rağmen, 5651 sayılı yasada mahkeme tarafından emredildiği gerekçesiyle erişimi toptan engelleyen bir hüküm bulunmamaktadır.

Mahkeme yasanın Google Sites gibi bütün bir internet alan adının engellenmesine de yetki vermediğini de belirtir. Dahası, Google Sites'ın yer sağladığı içeriğin yasadışı bulunduğuna dair bilgilendirilmiş olduğu ya da süren bir ceza yargılamasına tabi bir siteye ilişkin bir ihtiyati tedbire uymayı reddettiğine dair bir kanıt yoktur. Mahkeme, yasanın idari bir organa, TİB'e belirli bir site ile ilgili olarak verilmiş engelleme kararlarının uygulanmasında geniş yetkiler tanımış olduğunu gözlemlemiştir.

Mahkeme, bir bilgi kaynağına erişimin kısıtlanmasına ilişkin bir yasağın, ancak mevzuatın bu yasağın kapsamını uygun bir şekilde düzenlemiş olması ve muhtemel kötüye kullanmaları önlemek için yargısal denetim güvencesi sağlamış olması halinde Sözleşme'ye uygun olduğunu tekrar etmiştir. Bununla birlikte Denizli Asliye Ceza Mahkemesi Google Sites'a bütün erişimin engellenmesine karar verirken, özellikle mevcut siteye erişimi engellemek için alınabilecek daha az kapsamlı bir tedbirin olup

olamayacağını araştırmaksızın, sadece TİB'in görüşüne dayanmıştır. Mahkeme, ayrıca ceza mahkemesinin kararında, özellikle Google Sites'a bütün erişimin engellenmesinin gerekli olup olmadığı değerlendirirken, çelişen menfaatler arasında adil denge kurma girişiminde bulunulduğuna dair bir belirti olmadığını saptamıştır. Mahkeme'ye göre bu eksiklik, Google Sites'ın toptan engellenmesinin haklı olup olmadığını incelemek konusunda mahkemelere herhangi bir yükümlülük yüklemeyen ulusal mevzuatın bir sonucudur. Ulusal mahkemeler, böylesi bir tedbirin çok büyük miktarda bilgiyi erişilemez kılacağını, bu nedenle internet kullanıcılarının haklarını doğrudan etkileyeceğini ve önemli bir dolaylı etkide bulunacağını dikkate almak durumundaydılar. Mahkeme'ye göre bu nedenle 5651 sayılı yasanın 8. maddesinin uygulanmasından kaynaklanan müdahale, Sözleşme'nin öngörülebilirlik şartını karşılamamış ve demokratik bir toplumda hukuk devletinin sunduğu koruma, başvurucuya sağlanmamıştır.

Mahkeme'nin dolaylı olarak internet alanı hakkında kabul ettiği diğer bir karar ise, *Pravoye Delo Redaksiyon Komitesi ve Shtekel – Ukrayna* karardır. Bu davada Mahkeme, internette yayımlanan yazısı hakaret içerdiği gerekçesiyle tazminat ödemeye mahkûm edilen bir gazetenin başvurusunu incelemiştir. 2003 yılında Pravoye Delo gazetesi internetten indirdiği yazarı bilinmeyen ancak bir gizli servis üyesi tarafından yazılmış gibi sunulan bir yazı yayımlamıştır. Mektubu yazan kişi, gizli servis birimindeki memurların rüşvet aldıklarını ve başka suç teşkil eden eylemlerde bulunduklarını ve özellikle de bir suç örgütünün üyeleriyle ilişkileri bulunduğunu iddia etmiştir. Yazıda bu haberlerin kaynağı belirtilmemiştir. Ayrıca gazetenin redaksiyon komitesi bu mektubun içeriğinin yanlış olabileceğine ilişkin ve ilgililerin bu konuda yorumlarını talep eden bir açıklama da yayınlamıştır. Ancak bu mektubun içeriği nedeniyle hakarete uğradığını ileri süren bir kişi, ulusal mahkemelere başvurmuş ve başvurucuları tazminat ödemeye mahkûm ettirmiştir. Ayrıca ilgili gazetede bir düzeltme yayınlanmasına karar verilmiştir.

Mahkeme, *Pravoye Delo Redaksiyon Komitesi ve Shtekel* davasında müdahalenin hukuken öngörülmüş olma koşulunu yerine getirmediği ve Ukrayna hukukunda internetten gelen haberleri kullanan gazeteciler için uygun güvenceler bulunmadığını dikkate alarak, başvurucuların, söz konusu yayının neden olabileceği riskleri öngöremeyecekleri kanaatine varmıştır. Mahkeme, söz konusu yayının, internette bulunan ve kamuya açık olan bir gazeteden indirilen belgeleri olduğu gibi alıntıladığını belirtmiştir. Bu yayın, belgelerin kaynağını belirtmekte ve redaksiyon komitesinin belgelerin içeriğine ilişkin olarak mesafe koymuş olduğu yorumlarını içermiştir. Ukrayna hukuku, basında yayımlanan belgeleri olduğu gibi alıntılayan gazetecileri hukuki sorumluluktan muaf tutmaktadır. Mahkeme, bu kuralın, gazetecilerin, başkalarının ifadelerini yayımlama özgürlüğüne ilişkin içtihadına uygun olduğunu söylemiştir. Bununla birlikte, Ukrayna mahkemeleri, bu muafiyeti, Basın Kanunu gereğince, kayıtlı olmayan internet sitelerinden alınan haberleri tekrar yayınlayan gazeteciler için kabul etmemiştir. Bu bağlamda Mahkeme, ulusal seviyede, internete bağlı iletişim araçlarıyla ilgili hiçbir kural olmadığını belirtmiştir.

Mahkeme'ye göre internet, özellikle bilgiyi depolama ve yayma kapasitesi bakımından yazılı basından ayrılan bir bilgi ve iletişim aracıdır. Bu elektronik kaynak, tüm dünyada milyonlarca kullanıcıya hizmet vermektedir. İnternet belki hiç bir zaman, diğer iletişim kuruluşları ile aynı kural ve denetime tabi olmayacaktır. İnternet bağlantıları ve içeriklerinin, basından daha fazla temel hak ve özgürlüklerin kullanılmasına, özellikle de özel hayata saygı gösterilmesi hakkına saldırı oluşturma ihtimali bulunmaktadır. Yazılı basından alınan belgeler ve internetten alınan belgeler, farklı düzenlemelere tabi tutulabilirler. İnternetten alınan belgelerin yeniden yayınlanmasını düzenleyen kuralların, söz konusu hak ve özgürlüklerin korunması ve yaygınlaştırılmasını sağlayacak şekilde teknolojinin özelliklerine göre düzenlenmeleri gerekir. Bu ilkeleri ışığında Mahkeme mevcut olayda,

internetin medyadaki mesleki faaliyetler bağlamında oynadığı rolü ve genel olarak, ifade özgürlüğü hakkının kullanılmasındaki önemini dikkate alarak, gazetecilerin ciddi cezalar alma korkusu olmadan internetten aldıkları haberleri kullanmalarına yönelik yasal bir düzenlemenin bulunmasının, basının esas görevi olan halkın çıkarlarının bekçiliği görevini yerine getirmesine engel olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu tip haberlerin, gazetecilerin özgürlüklerini koruyan yasal güvencelerin tamamen dışında bırakılmasının, Sözleşme'nin 10. maddesi çerçevesinde, basın özgürlüğüne haksız bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir.

Kamu görevlilerinin ifadeleri

Devletin kamu görevlilerine statüleri nedeniyle ketum davranma ya da mesleki konularda ağzı sıkı olma ödevi getirmesi meşrudur. Ama öte yandan kamu görevlileri toplumun diğer bütün bireyleri gibi ifade özgürlüğünden yararlanırlar. Bu çerçevede Mahkeme, önüne gelen olayı içinde bulunduğu koşulları dikkate alarak, bireyin ifade özgürlüğü ile devletin kamusal etkinliğinin yürütülmesinin gerekleri arasında dengeye saygı gösterilip gösterilmediğini inceleyecektir. Mahkeme bu denetimi yaparken, kamu görevlilerinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında geçen "ödevler ve sorumluluklar" kavramlarının özel bir önem kazandığını ve müdahalenin yukarıdaki amaçlarla orantılığını belirlerken ulusal makamlara belirli bir takdir alanı bırakmayı gerektirdiğini akılda tutar (*Vogt, §53*).

Kamu görevlilerinin siyasi alandaki faaliyetlerinin sınırlanması, ifade özgürlüğünü ihlal etmeyebilir. *Ahmed ve Diğerleri – Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, yerel yönetim memurlarının siyasi faaliyetlerinin kısıtlanmasının, ifade özgürlüğünün ihlaline yol açmadığına hükmetmiştir. Birleşik Krallık tarafından 1989 yılında kabul edilen Yerel Yönetim Yasasına dayanan kısıtlama, devlet memurlarının tarafsız olmaları gerektiği ilkesi ile örtüştüğü gerekçesiyle, Mahkeme tarafından devletlere 10(2). fıkrası ile tanınan takdir alanını aşılmadığı biçiminde yorumlanmıştır.

Ancak bir kamu görevlisinin siyasi partiye üyeliği nedeniyle görevden alınması, görevinin niteliği ve yaptırımın ağırlığı göz önünde tutulduğunda, 10. maddeyi ihlal edebilir. *Vogt – Almanya* davasında başvurucu Vogt, Alman Komünist Partisinin (DKP) üyesi bir öğretmendir. Vogt, DKP üyesi olduğu ve bu nedenle anayasaya sadakat ödevine uymadığı gerekçesiyle görevden alınmıştır. Bu karar Alman yargı organları tarafından onanmıştır. Vogt, Mahkeme'ye başvurmuş ve 10. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme Sözleşme'deki güvencelerin, kural olarak memurları da kapsadığını hatırlatmıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucunun siyasal sadakat ödevine aykırı davrandığı gerekçesiyle bir disiplin cezasıyla memuriyetten atılması ifade özgürlüğünü kullanmasına bir müdahale oluşturmuştur. Bu müdahale yasa ile öngörülmüştür. Mahkeme bu müdahalenin meşru bir amacı olduğu sonucuna varırken, Nazizm kâbusundan sonra 1949 yılında 'kendini savunan demokrasi' kurma arzusuna yol açan Weimar Cumhuriyeti tecrübesi nedeniyle, Almanya'da siyasal (anayasal) sadakat ödevinin özel bir öneme sahip olmasını dikkate almıştır.

Vogt davasında Mahkeme, Vogt'un ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi demokratik toplumda gerekli olmayan bir tedbir olarak değerlendirmiş ve Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme ilk olarak, Almanya'da memurların tabi olduğu siyasal sadakat ödevinin çok sert bir içeriğe sahip olduğunu vurgulamıştır. Federal Anayasa Mahkemesinin 22 Mayıs 1975 tarihli kararında tanımlandığı şekliyle bu ödev, bütün memurlara, devlete eleştiri yönelten ve mevcut anayasal sistemin özüne karşı çıkan guruplardan kendilerini tereddüde yer bırakmayacak bir şekilde soyutlama ödevi yüklemektedir. Olayların geçtiği dönemde Alman Mahkemeleri, DKP'nin kendi

resmi programına dayanarak bu partinin amacının Federal Alman Cumhuriyeti anayasal düzenini ve toplumsal yapıyı yıkmak ve yerine Demokratik Alman Cumhuriyeti'ndekine benzer bir siyasal sistem kurmak olduğu sonucuna varmışlardır. Mahkeme, memurlara getirilen bu sadakat ödevinin Alman mahkemeleri tarafından yorumlandığı şekliyle mutlak bir niteliğe sahip olmasını, çarpıcı bir durum olarak nitelendirmiştir. Mahkeme, olayların geçtiği tarihte Avrupa Konseyi üyesi başka bir devlette memurlara aynı sertlikte bir sadakat ödevinin yüklenmemiş olduğunu belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme işten çıkarma yaptırımının ağır olduğunu vurgulamıştır. İşten atma işlemi bu kişinin itibarını etkiler ve bu şekilde memuriyetten çıkarılan orta öğretim öğretmenleri genellikle geçim kaynaklarını kaybederler. Bu durumdaki bir orta öğretim öğretmeninin başka bir yerde öğretmenlik işi bulması hemen hemen imkânsızdır.

Diğer yandan Mahkeme, Vogt'un yerine getirdiği görevin niteliğini ve bu görevi nasıl yerine getirdiğini de dikkate almıştır. Vogt niteliği gereği güvenlik riski taşımayan bir kadroda görev yapmaktadır. Vogt'un dersler sırasında öğrencilerine belirli bir görüşü aşılamak veya başka bir şekilde uygunsuz etkide bulunmak yönünde bir girişimi olduğu yönünde o güne kadar kendisine herhangi bir eleştiri yapılmamıştır. Tam tersine, başvurucu başarılı bir öğretmendir. Mahkeme'ye göre öğretmenler, öğrencilerin gözünde otoriteyi temsil ettikleri için, öğretmenlerin özel ödev ve sorumlulukları, belirli bir ölçüde okul dışındaki faaliyetleri için de geçerlidir. Ancak Vogt'un okul dışında bile anayasaya aykırı beyanlarda bulunduğunu veya anayasaya aykırı bir tutum benimsediğini gösteren herhangi bir delil yoktur. Kendisine yöneltilen tek eleştiri, DKP'nin aktif bir üyesi olması, parti içindeki konumu ve Eyalet Parlamentosu seçimlerinde aday olmuş olmasıdır.

İfade özgürlüğünün kullanılmasının en hassas olduğu alanlardan birisi kuşkusuz ordudur. Mahkeme önüne gelen davalarda ilk olarak Sözleşme'nin 10. maddesinin kışlanın kapısında durmadığını hatırlatmıştır (*Grigoriades*, *§45*). Bu madde, Sözleşmeci Devletlerin egemenlik alanı içinde bulunan diğer insanlara olduğu gibi asker kişilere de uygulanır. Bununla birlikte, silah altındakilerin askeri disiplini zayıflatmalarını önlemek için düzenlenmiş hukuk kurallarının gerekliliği kabul edilebilir. Askeri disipline karşı gerçek bir tehdidin bulunması halinde, Sözleşmeci Devletlerin ifade özgürlüğüne kısıtlamalar koyabilmeleri mümkündür. Ancak ulusal makamlar, ifade edilen görüşler bir kurum olarak bizzat ordunun kendisine karşı yöneltilmiş olsa bile, bu özgürlüğün içini boşaltmak amacıyla bu tür kurallara dayanamazlar.

Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi – Avusturya davası, başvurucu dernek VDSÖ'nün, Avusturya ordusunda görev yapmakta olan askerlere yönelik olarak çıkardığı Igel ('Kirpi') adında aylık bir derginin kışlalarda dağıtılmasına izin verilmemesiyle ilgilidir. Bu dergide askeri yaşamla ilgili haberler ve askeri yaşamı eleştiren makaleler yer almaktadır. Başvurucu dernek 27 Temmuz 1987 tarihinde Federal Savunma Bakanlığından, yayınlamakta olduğu derginin askeri kışlalarda dağıtılan diğer iki özel askeri dergi gibi dağıtılmasını istemiştir. Askeriyede kabul edilmiş olan bir uygulamaya göre dergiler, her askere gönderilen resmi bülten ile birlikte gönderilmektedir. Bakanlık başvurucu derneğin bu talebine yanıt vermemiştir. Parlamento üyelerinden birinin sorusu üzerine bakan 10 Mayıs 1989'da verdiği yazılı yanıtta, Igel adlı derginin kışlalarda dağıtılmasına izin vermeyeceğini, her ne kadar Silahlı Kuvvetler Yasasının 46(3). fıkrasının halka açık olan siyasal konulardaki bilgileri asker kişilere hiç bir sınırlamaya tabi olmadan edinme hakkı vermekte ise de, askeri mekânlara sadece askeriyenin anayasal görevlerine uygun olan, askeriyenin itibarına zarar vermeyen ve içinde siyasal partilere ilişkin görüş belirtmeyen dergilerin sokulabileceğini, söz konusu Igel adlı derginin bu şartlara uymadığını belirtmiştir. Diğer yandan, VDSÖ derneğinin bir üyesi olan ikinci başvurucu Gubi, 1 Temmuz 1987 tarihinde askerlik görevine başlamıştır. Gubi, 29 Temmuzdaki

yemin töreni sırasında cumhurbaşkanına yönelik bir protestoda bulunmuştur. Başvurucu daha sonraki aylarda birçok şikâyette bulunmuş, 21 asker arkadaşı ile birlikte zahmetli işlerin kendisine verilmesini eleştiren açık bir mektup yayınlamış ve vicdani retçiliği destekleyen bir dilekçeyi askerler arasında dolaştırmıştır. Başvurucuya, kendisine uygulanması mümkün olan disiplin kuralları hakkında farklı tarihlerde bilgi verilmiştir. Başvurucu 29 Aralık 1987 tarihinde Igel adlı derginin 3/87 sayılı nüshasını kışla içinde dağıtırken, bir subay kendisine bu dergiyi dağıtmayı durdurmasını emretmiştir. Söz konusu derginin editör yazısında VDSÖ'nün amaçlarından birinin, erler ile kadrolu askerler arasında ortak menfaatlere ve karşılıklı saygıya dayalı işbirliğini sağlamak olduğu belirtilmektedir. Derginin içindeki bazı eleştirel yazılar bulunmaktadır. Bu yazılar askeri eğitimi, başvurucu Gubi tarafından yapılan şikâyet üzerine açılan soruşturmayı ve kamu hizmetlerinin yönetim ilkelerini ele almaktadır. Diğer bazı yazılar, basında geçen olaylara, gençlik hareketi sendikasının kongresine, VDSÖ'nün amaçlarına ve faaliyetlerine, malzemeleri kaybettikleri iddiasıyla aylıklarında kesinti yapılan askerlerin şikâyetlerine değinmektedir. 12 Ocak 1988 tarihinde bir başka subay başvurucu Gubi'yi çağırarak, komutanın izni olmaksızın kışla içinde dergi dağıtılmasını yasaklayan 1975 ve 1987 tarihli yönetmeliklere, içinde bulundukları kışlanın idaresine ilişkin düzenlemeye dikkat çekmiştir. Başvurucu, bu yasak ile kendisinin 29 Aralık 1987'de dergiyi dağıtmaması için verilen emre karşı Federal Savunma Bakanlığındaki askeri şikâyet kuruluna 22 Ocak 1998'de başvurmuştur. Bakanlıktaki şikâyetler dairesi, kurulun tavsiyesi üzerine başvurucunun şikâyetlerini 7 Nisan 1988'de reddetmiştir. Avusturya mahkemelerinin ret kararlarının ardından başvurucular İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuşlardır.

Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi davasında birinci başvurucu bakımından Hükümet, başvurucu derneğin çıkardığı derginin dağıtılması talebinin reddedilmiş olması nedeniyle ifade özgürlüğüne bir müdahalede bulunmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre, söz konusu olayda kamu makamları, çeşitli kuruluşlar tarafından yayınlanan askeri dergilerin kendi resmi yayınları ile birlikte düzenli bir biçimde dağıtılmasını üstlenmişlerdir. Bu düzenlemenin hukuki niteliği ne olursa olsun, böylesi bir uygulama silahlı kuvvetler mensuplarının bilgi edinme düzeyini etkilediği için davalı devletin 10. maddedeki sorumluluğunu doğurur. İfade özgürlüğü bir Sözleşmeci Devletin egemenlik alanında bulunan diğer kişilere uygulandığı gibi asker kişilere de uygulanır. Diğer dergiler bu usulle askerlere dağıtıldığı halde sadece Igel dergisi bu usulle dağıtılmamaktadır. Mahkeme'ye göre, VDSÖ haklı olarak bu usulün kendisine de uygulanmasını isteyebilir. Buradan çıkan sonuca göre savunma bakanlığının VDSÖ'nün talebini reddetmiş olması, ifade özgürlüğünün kullanılmasına bir müdahale oluşturur. Mahkeme, silahlı kuvvetler içinde düzeni korumak için alınmış olduğu gerekçesiyle müdahalenin meşru bir amaç izlediği sonucuna varmıştır.

Müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği konusunda ise Mahkeme, ifade özgürlüğünün devletin veya toplumun bir bölümüne muhalif olan, onlara çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve fikirler içinde uygulanacağını hatırlatmıştır. Bu tür ifadeler çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirlilik ilkeleri üzerine kurulu demokratik toplumun gereklerindendir. Mahkeme'ye göre, bu ilkeler askerler için de geçerlidir. Çünkü Sözleşme'nin 10. maddesi, Sözleşmeci Devletlerin egemenlik alanında bulunan diğer kişilere uygulandığı gibi askerlere de uygulanır. Bununla beraber Mahkeme, askerlerin askeri disiplini ortadan kaldırmalarını engellemeyi amaçlayan kurallar bulunmadan askeriyenin düzgün bir biçimde görev yapmasını düşünmenin mümkün olmadığı iddiasını kabul eder. Olayın geçtiği tarihte ordu hiç bir ücret almadan ülkedeki kışlalarda kendi yayınlarını ve askerlerin oluşturdukları özel derneklerin yayınlarını dağıtmaktadır. Sadece Igel dergisi bu imkândan yararlandırılmamıştır. Mahkeme'ye göre bu durum, başvurucu derneğin askerler arasında üye sayısını artırma şansını önemli ölçüde etkilemiştir. VDSÖ'nün çıkardığı

dergiyi abonelere gönderme imkânı bulunması bu sorunu gidermemiştir. İfade özgürlüğüne getirilen istisnalar dar yorumlanması gerektiğinden, bakanlığın tavrı ancak zorlayıcı bir gereklilik olması halinde haklı görülebilir. Hükümetin derginin disipline ve ordunun etkililiğine karşı bir tehlike oluşturduğuna dair itirazını örnek olaylarla somutlaştırması gerekir. Oysa Igel dergisinin herhangi bir nüshasında itaatsizliğin ve şiddetin teşvik edildiğine ve hatta askerliğin gereksiz olduğunun söylendiğine dair bir delil sunulmamıştır. Dergide polemikçi bir üslup kullanmasına rağmen demokratik bir toplumun ordusunda hoşgörü gösterilmesi gereken fikir tartışmaları bağlamında izin verilen sınırlar aşılmış değildir. Mahkeme, bu gerekçelerle, ilk başvurucu bakımından 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Aynı davada ikinci başvurucu bakımından da Mahkeme ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, ikinci başvurucunun Igel dergisinin bir nüshasını dağıtmasının engellenmiş olması nedeniyle ifade özgürlüğü hakkına müdahale edilmiştir. Mahkeme, hükümetin bu müdahaleyi haklı göstermek için sunduğu gerekçeleri yeterli görmemiş ve bu derginin ilgili nüshasının içeriğinin incelenmesi gereğini belirtmiştir. Mahkeme, dergideki yazıların eleştirel ve hatta biraz alaycı bir üslupla yazılmış olduğunu, reform yapılması talebinde ve önerisinde bulunduğunu belirtmiştir. Yazılarda silahlı kuvvetlerde itaat yükümlülüğü veya askeri hizmetin gerekliliği tartışılmamaktadır. Bu nedenle, Mahkeme'ye göre derginin bu sayısını askeri disipline karşı ciddi bir tehdit olarak görmek mümkün değildir. O halde, 10. madde ihlal edilmiştir.

10. madde mesleki alana da uygulanır ve bazı memurların mesleki konularda da ifade özgürlüğü vardır. Ancak çalışanların işverenlerine karşı, dürüstlük, ihtiyat ve ölçülülük ödevi de bulunmaktadır. *Guja - Moldova* davası savcılıkta çalışan bir görevlinin basına bazı bilgileri aktardığı gerekçesiyle işten atılması hakkındadır. Ocak 2003'te Moldova Başkanı, yolsuzlukla mücadelenin önemi hakkında bir açıklama yapar ve kamu çalışanlarının kendilerine yapılan baskılara karşı direnmeleri gerektiğinin altını çizer. Bu açıklama basın tarafından yayınlanır. Birkaç gün sonra savcılığın basın birimini yöneten başvurucu, bir ulusal gazeteye savcılığa gelen iki mektubu iletir. Bu mektuplar "gizli" ibaresi taşımamaktadır. Meclis başkan yardımcısı tarafından savcılığa gönderilen bu mektupta haklarında dava açılan dört polis hakkında övücü görüşler ortaya konmaktadır. İkinci mektup ise, bir bakan yardımcısından gelmekte ve söz konusu polislerden birisinin daha önce tutuklulara eziyet etmekten mahkûm olduğu, ancak cezasının affedildiği belirtilmektedir. Gazete Moldova'da yolsuzluk ve adli kurumlar üzerinde baskının ciddi bir sorun olduğunu belirten bir yazı yayınlar ve bu mektupları dayanak olarak gösterir. Bunun üzerine başvurucu "gizli" belgeleri basına ilettiği gerekçesiyle işinden atılır.

Guja – Moldova davası, bir memurun kurum içi bilgileri sızdırması ile ilgili Mahkeme önüne gelen ilk davadır. Mahkeme, kamu görevlileriyle ilgili davalarda, sözleşmeli ya da kadrolu olmalarını dikkate alınmaksızın, bu kişilerin görevlerini icra ederken, sır niteliğinde ve yayınlanmasının ya da ifşa edilmesinin kamunun yararına olabileceği bilgilere ulaşabileceklerini belirtmiştir. Mahkeme, bu memurlar tarafından kurumlarında tespit edilen kanuna aykırı davranış ya da tutumları ihbar etmelerinin bazı durumlarda korunması gerektiğini vurgulamıştır. Genellikle bu tarz bilgilerin kamu tarafından bilinmesinde çok ciddi bir kamu yararı mevcuttur ve bu bilgilere kamunun bir ifşaat ya da sızdırma olmaksızın ulaşması son derece güçtür. Mahkeme, bir kurumun iç bilgilerinin kurum çalışanı tarafından ifşa edildiği durumlarda şu ölçütlerle değerlendirme yapılması gerektiğini belirtmiştir:

1) İlk olarak, söz konusu ifşaatı yapan görevlinin elinde bu bilgiyi ifşa etmek dışında, bilginin gereklerinin yapılmasını sağlamak için başka araçların ya da yolların var olup olmadığı incelenmelidir.

2) İkinci olarak, ifşa edilen bilginin kamu yararı bakımından önemi dikkate alınmalıdır. Eğer bu bilginin paylaşılmasında ciddi bir kamu yararı mevcut ise, bu konuda koruma düzeyi artmaktadır.

3) Üçüncü olarak ise, açığa çıkarılan bilginin gerçek olup olmadığı dikkate alınmalıdır.

4) Dördüncü olarak, söz konusu ifşanın ilgili kamu kurumuna verdiği zarar ile kamunun bu açıklamadan elde edebileceği fayda arasındaki dengenin incelenmesi gerekir. Bu çerçevede, açıklanan bilginin konusu ve ilgili kamu kurumunun niteliği dikkate alınabilir.

5) Beşinci olarak, söz konusu çalışanın hangi saiklerle hareket ettiği de dikkate alınması gereken bir unsurdur. Örneğin, kişisel hınç veya maddi kazanç gibi şahsi bir çıkar için gerçekleştirilen bir fiil, yüksek bir korumadan faydalanmaz. Bilgileri kamuya açıklayan kişinin iyi niyetli olması, bilginin gerçek olduğu kanaatiyle hareket etmiş olması önemlidir. Ayrıca bu kişinin söz konusu davranışları ihbar etmek için daha ölçülü araçlar kullanıp kullanamayacağının da belirlenmesi gerekebilir.

6) Nihayet, ifşaatta bulunduğu için bir yaptırıma maruz kalan kişi açısından, bu yaptırımın niteliği ve sonuçları da dikkate alınması gereken bir unsurdur.

Mevcut olayda başvurucu, savcılığın basın sözcülüğü biriminin yöneticisidir. Başvurucu, kendisine göre, bir politikacının derdest bir ceza davasına müdahale ettiğini ortaya çıkaran iki belgeyi ifşa ettiği için, savcılıktaki işinden çıkarılmış olması nedeniyle ifade özgürlüğünün, özellikle bilgi verme hakkının ihlal edildiğinden şikâyet etmiştir. Mahkeme, yukarıda belirtilen ölçütler ışığında, söz konusu olayı incelemiş ve başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. (1) Başvurucunun bilgileri ifşa ederken başka yolunun olup olmadığı konusunda Mahkeme, Moldova mevzuatının iş yerinde işlenen usulsüzlüklerin çalışanlar tarafından ifşa edilmesi konusunda herhangi bir hüküm içermediğini ve başvurucunun kaygılarını sadece üstleri nezdinde dile getirebileceğini belirtmiştir. Oysa ifşa edilen bilgi, bir meclis başkan yardımcısının yani yüksek derecedeki bir kişinin tutumuyla ilgilidir ve yaklaşık altı aydan beri durumdan haberdar olan savcının herhangi bir tepki verme niyeti yoktur. Böylece savcı kendisine yapılan baskılara teslim olduğu izlenimi vermektedir. (2) İfşa edilen bilgilerin önemi göz önüne alındığında, kamu yararı olduğu kuşkusuzdur. Başvurucu tarafından ifşa edilen mektuplar, kuvvetler ayrılığı, yüksek dereceli siyasilerin görevinin kötüye kullanması ve polisin şiddet uygulaması karşısında Hükümetin tavrı gibi konularla ilgilidir. Bu konuların demokratik bir toplumda siyasi tartışmaya ilişkin olan ve kamuoyunun haberdar edilmek için meşru bir yararının bulunduğu çok önemli sorunlar olduğu konusunda şüphe yoktur. (3) İfşa edilen mektupların gerçekliği konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmamaktadır. (4) İfşaatın savcılık kurumuna verdiği zarar yönünden incelendiğinde, vatandaşların bir devlet kurumunun tarafsızlığına ve bağımsızlığına olan güvenlerinin sağlanması önemlidir. Söz konusu mektupların yayınlanması savcılığın siyasi etki altında olduğuna ilişkin bir izlenim verebilir ve bu durum kamuoyunun savcılık kurumunun tarafsızlığına ve bağımsızlığına ilişkin bakışı üzerinde olumsuz etkilere neden olmuş olabilir. Ancak, Mahkeme'ye göre, kamunun bu bilgilere erişmesi ve bilgilerin ifşa edilmesindeki genel yarar, savcılık kurumunun imajından daha önemlidir. (5) Başvurucu, mektupları ifşa ederken, tek amacının, yolsuzlukla ve siyasi baskı ile mücadele etmek olduğunu öne sürmekte ve işvereni buna itiraz etmemektedir. Mahkeme, başvurucunun belirttiği niyetlerle ve iyi niyetle hareket etmiş olduğuna karar vermiştir. (6) Verilen cezanın ağırlığı yönünden ise, başvurucuya en ağır ceza verilmiştir. Başvurucuya daha hafif bir ceza vermeleri mümkün iken, ulusal makamlar başvurucuyu işten çıkarmışlardır ve bu tedbir Mahkeme'ye göre, çok sert bir tedbiridir. Bu cezanın, başvurucunun kariyeri için çok olumsuz etkileri olmuş; bunun yanı sıra bu ceza, savcılığın diğer memurlarının, usulsüz davranışları bildirmeleri konusunda

cesaretini kırma riskini de taşımaktadır. Ayrıca Mahkeme'ye göre medyanın başvurucunun davasında uyandırdığı yankı dikkate alındığında, bu cezanın sadece savcılığın çalışanları değil ama aynı zamanda, diğer memurlar ve çalışanlar üzerinde de caydırıcı bir etkisi olabilir. Bu gerekçelerle Mahkeme, başvurucun işten çıkarılması işleminin ifade özgürlüğüne, özellikle bilgi verme hakkına "demokratik toplumda gerekli" olmayan bir müdahale olduğuna karar vermiştir.

Ticari ifadeler

Ticari ifadeler, birey veya kuruluşun yayılmasından ekonomik bir yarar beklediği ifadelerdir. Bu tarz ifadeler de 10. madde tarafından korunmaktadır. Mahkeme, mesleki reklam ve haksız rekabet yasaklarına ilişkin kurallara dayanılarak yapılan müdahaleleri 10. maddeye göre incelemiştir.

Barthold – Almanya davasında başvuran Hamburg'da çalışan bir veterinerdir. 1978'den 1980'e kadar o zaman için Hamburg'da sekiz adet olan veteriner kliniklerinden birini işletmektedir. Başvurucu aynı zamanda, üyelerinin mesleki yükümlülüklerine uymalarını sağlamakla görevli Hamburg Veterinerler Konseyinin üyesidir. Dr. Barthold klinik sahibi ve yöneticisi olarak, 24 saat açık bir acil servis kurmuştur. Başvurucu 1978 yılında bu kentteki acil veterinerlik hizmetlerinin mevcudiyeti hakkında basınla bir mülakat yapmıştır. Bazı veterinerler bu mülakatın veterinerleri ve diğer serbest meslek sahiplerini kapsamına alan 'Mesleki Davranış Kurallarına' aykırı bir reklam olduğunu ileri sürerek meslek örgütlerine şikâyette bulunmuşlardır. İlgili meslek örgütü yerel mahkemeden başvurucunun basına demeç vermesini yasaklayan bir tedbir kararı almıştır. Başvurucu bu tedbir kararının 10. maddeyi ihlal ettiğini ileri sürerek Mahkeme'ye başvurmuştur.

Barthold davasında Mahkeme, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkemeye göre, Barthold'un görüşleri, belli olgusal verilere dayanmakta ve iddiaları, özellikle kişisel bilgilerine ve klinik çalıştırmaktan kaynaklanan düşüncelerine dayanmaktadır. Bu nedenle, Mahkeme'ye göre olayda genel yararı ilgilendiren bir konuda 'bilgi aktarımı' ve 'düşüncelerin' ifade edilmesi söz konusudur. Bu tedbir kararı, karşı karşıya olan iki menfaat arasında adil bir denge kurmayı başaramamıştır. Mahkeme serbest mesleklerin reklamı konusuna bu kadar dar bir kriterle yaklaşmayı, ifade özgürlüğüyle bağdaşmaz bulmuştur. Mahkeme'ye göre, bu kadar sınırlandırıcı bir kriterin uygulanması, serbest meslek mensuplarını, toplumun yaşamını etkileyen konularda reklam olarak algılanma şeklinde en ufak bir ihtimalin bulunması halinde, kamusal tartışmaya katkıda bulunmaktan caydırma riski taşımaktadır.

Casado Coca – İspanya davasına konu olan olayda başvurucu, Barselona'da 1979'da avukatlığa başlamış, bölgede yayımlanan çeşitli gazetelere ilanlar vermiş ve yine bazı şirketlere avukatlık yapabileceğine dair yazılar göndermiştir. Barselona Barosu bu tutumundan ötürü başvurucuya 1981 ve 1982 yıllarında ikisi kınama ve ikisi uyarı olmak üzere dört disiplin cezası vermiştir. 1982 yılında bir bültende başvurucunun hukuki tecrübelerini ayrıntılı olarak anlatan, adını, telefonunu ve adresini gösteren ve bir sayfanın üçte birini kapsayan bir ilan yayımlanmıştır. Barselona Barosu başvurucu hakkında yeniden disiplin soruşturması açmış ve mesleki reklam yasağını ihlal ettiğini bildiren yazılı bir uyarıyı başvurucuya göndermiştir. Barolar Birliği de cezayı onaylamıştır. Yerel mahkeme, başvurucu tarafından verilen ilanın sadece bilgilendirme duyurusu olmadığını ve fakat reklam aracı olduğunu, bu nedenle Baro yönetmeliğinde büro açılışı ve adres değişikliği için yapılabilecek duyuruların ötesine geçtiğini belirtmiş ve bu yaptırımı onaylamıştır.

Casado Coca davasında Mahkeme ilk olarak, Sözleşme'nin 10. maddesinin ticari nitelikteki bilgiyi de koruduğunu hatırlatmıştır. Ticari ilanda başvurucunun adı, mesleği, adresi ve telefon numarası ile halkın adalete ulaşmasını kolaylaştırıcı bilgiler yer aldığı

için olayda 10. madde uygulanabilir niteliktedir. Mahkeme, müdahalenin demokratik toplumda gerekliliğini sorununu incelerken, devletlerin bu alanda belirli bir takdir yetkisine sahip olduklarını belirtmiştir. Avukatların reklam yasağı ile ilgili kurallar, devletten devlete değişmektedir. Dava konusu olayda avukatlar için mutlak bir reklam yasağı bulunmamaktadır. Ayrıca Baro yetkilileri ve ulusal mahkemeler, adalet sisteminin gereği gibi işlemesi, avukatlık mesleğinin saygınlığı ve herkesin hukuki yardım konusunda bilgi alma hakkı ile avukatlara kendi deneyimlerini duyurma imkânı verilmesi arasında adil bir dengenin kurulması bakımından uluslararası yargıçlara göre daha iyi bir konumdadırlar. Olayda ulusal makamların tasarruflarının makul olmadığını ve orantısız olduğunu gösteren bir şey bulunmamaktadır. Mahkeme, bu müdahalenin ifade özgürlüğünü ihlal etmediği sonucuna varmıştır.

Markt Intern Verlag GmbH ve Klaus Beermann – Almanya davasında birinci başvurucu bir yayın şirketi, ikinci başvurucu ise bu şirketin editörlerinden biridir. Başvurucular tüketici haklarıyla ilgili bir bülten çıkarmaktadırlar. Bu bültende yayımlanan bir yazıda, mektupla alışveriş yapan bir firmadan aldığı bir üründen memnun kalmadığı için ürünü iade eden ve firmanın üründen memnun kalınmaması halinde geri ödeme yapılacağını söylenmesine rağmen geri ödeme yapılmadığını bildiren bir tüketici mektubuna yer verilmiştir. Başvurucular yine bu yazıda bu firmanın ticari faaliyeti hakkında tüketicilerin kendilerine bilgi göndermelerini istemişlerdir. Söz konusu firma mahkemeye başvurarak, başvurucuların aynı türde bir kez daha mektup yayınlamamaları için tedbir kararı verilmesini istemiş, yerel mahkeme tarafından bu tedbir kararı verilmiştir. Bu mahkeme başvurucuların haksız rekabet yasasına aykırı hareket ettikleri gerekçesiyle aynı konuda yazı yayınlamalarını yasaklamıştır.

Markt Intern Verlag GmbH ve Klaus Beermann davasında Mahkeme, dava konusu müdahalenin sadece bir firmadan alışveriş yapanlarla sınırlı bir kesimle ilgili olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre 10. madde her türlü bilgi, düşünce ve ifadeyi kapsadığından, olayda 10. madde uygulanabilir niteliktedir. Mahkeme'ye göre, yayımlanan yazıdaki sözlere benzer sözleri bir daha yayımlama yasağı, ifade özgürlüğüne müdahale oluşturmuştur. Başvurucuların davranışlarını düzenlemeleri için iç hukukta yeterli ve açık içtihatlar bulunduğundan, müdahale hukuken öngörülebilir niteliktedir. Başkalarının şeref ve haklarını korumaya yönelik olan bu müdahale meşru bir amca sahiptir. Mahkeme, ticari konularda ve haksız rekabet alanında müdahaleleri değerlendirme bakımından devletlerin takdir yetkisinin önemini hatırlatmıştır. Bu nedenle Mahkeme'nin bu konudaki incelemesi sadece müdahalenin haklılığı ve orantılılığı ile sınırlı kalmıştır. Bu çerçevede yapığı incelemede Mahkeme, şu gerekçelerle ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır: Pazar ekonomisi içinde faaliyet gösteren işletmeler rakipleri ve tüketicileri tarafından takip edilmektedir ve bu faaliyetler hakkında basın tarafından yayınlar yapılabilir. Ancak ticari faaliyetlerle ilgili münferit bir olayın yayımlanmasından önce çok dikkatli bir inceleme yapılması gerekir. Aksi takdirde münferit bir olay, genel bir uygulamanın delili olduğuna dair yanlış bir izlenim verilebilir. Olayda söz konusu makale bir takım gerçek unsurları içermesine rağmen, şikâyet henüz araştırılmadan ve ham bir şekilde yayımlanmıştır. Başvurucuların böylesi bir şikâyeti yayımlamaları halinde bunun firma üzerinde olumsuz sonuçları olacağını düşünmeleri gerekir. Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan özgürlüğün ödev ve sorumluluk içinde kullanılması gerektiği dikkate alındığında, iç hukuktaki nihai kararı veren ulusal makamlar takdir alanlarını aşmadıkları görülmektedir.

İfade özgürlüğünün sınırlandırılması

Müdahale türleri

İfade özgürlüğünün kullanımına müdahale olarak nitelendirilebilecek işlem ve eylemlerin yelpazesi çok geniştir. Bir cezai mahkûmiyet (*Barfold – Almanya*), tazminat (*Thorgeir Thorgeirson – İzlanda*), yayın yasağı (*Sunday Times* (*no 2*) *– Birleşik Krallık*), yayınları toplatma (*Handyside – Birleşik Krallık*), yayıncılık ruhsatı vermeme (*Autronic AG – İsviçre*), gazetecinin kaynağını açıklamaya zorlanması (*Goodwin – Birleşik Krallık*), gösteri sırasında göstericilerin engellenmesi (*Steel ve diğerleri – Birleşik Krallık*), bildiri dağıtırken yakalanma ve gözaltına alınma (*Chorherr – Avusturya*), ifade özgürlüğünün kullanılmasına müdahale örneklerinden bazılarıdır.

Mahkeme, müdahalenin mutlaka bir yaptırım olması gerektiği kanaatinde değildir. Bazen bir yaptırım tehdidi ya da sonuçlanmasa bile bir müdahale sürecinin başlatılması da ifade özgürlüğüne müdahale olarak kabul edilebilir.

Bowman – Birleşik Krallık davasında başvurucu kürtaj karşıtı bir dernekte çalışmaktadır. Başvurucu seçimler öncesinde kürtaja karşı olan adayları destekleyen bildirilerin dağıtılmasını sağlamıştır. Ancak Birleşik Krallık seçim mevzuatına göre, gerekli izinler alınmamışsa, genel seçimler öncesinde adaylar lehine 5 Sterlinden fazla seçim harcamasında bulunmak suçtur. Başvurucu hakkında yapılan soruşturma sonucunda beraat kararı verilir. Beraat kararına karşın, Mahkeme söz konusu mevzuatın ifade özgürlüğüne bir sınırlama getirdiğine ve başvurucunun bu müdahaleden doğrudan etkilendiğine karar vermiştir (*Bowman, §33*).

Taner Akçam – Türkiye davasında Mahkeme, bir tarih profesörü olan başvurucu aleyhine güncel ve önemli bir konu olan Ermeni sorunu hakkında yazdığı yazılardan ötürü ceza soruşturması açılmasını, bu soruşturma bir takipsizlik kararı ile sonuçlanmış olmasına karşın ifade özgürlüğüne bir müdahale olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, bu kararında ceza mahkemelerinin, Ceza Kanununun 301. maddesini uygularken geliştirdikleri Ermeni meselesi hakkındaki bakış açısını ve soruşturma ile ilgili olarak başvurucu aleyhine yürütülen kamuoyundaki kampanyayı dikkate almıştır. Mahkeme'ye göre bütün bu unsurlar, Ermeni meselesi hakkında "sakıncalı" görüşleri ifade eden kişilerin ciddi ölçüde soruşturma riski ile karşı karşıya olduğunu göstermekte ve başvurucu üzerinde süregelen gerçek bir tehdidin bulunduğu sonucuna varılmasına neden olmaktadır (*Taner Akçam*, *§82*).

Bazen henüz yayın yapılanmadan uygulanan ön sınırlandırmalar, ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturur. Sözleşmenin 10. maddesi yayın öncesi kısıtlamaları kategorik olarak yasaklamaz. Nitekim 10. madde metninde yer alan "şartlar", "kısıtlamalar", "engeller" ve "önleme" gibi terimler, yayın öncesi tedbirler alınabileceğini gösterir. Ancak bu tarz kısıtlamalar birçok kez bir sansür niteliğindedir ve Mahkeme'ye göre ifade özgürlüğüne yapılan en "tehlikeli müdahaleler" bunlardır. Özellikle basın söz konusu olunca durum haydi haydi böyledir. Bunun nedeni, basının ilettiği bilgi olan haberin niteliğidir: Haber çabuk eskiyen, bozulan bir üründür ve kısa bir süre için dahi olsa onun yayımlanmasını geciktirmek tüm kıymetini ve yararını ortadan kaldırma riski taşır (*Sunday Times* (*no 2*), *§51*). O halde, basına getirilen sansür niteliğinde bir kısıtlamayı 10. madde açısından haklı göstermek çok güçtür; mutlaka böyle bir kısıtlamayı meşru gösteren zorlayıcı bir neden bulunması gerekir.

Hukuken öngörülmüş olma

Bir müdahalenin hukuken öngörülmüş olması koşulu, Sözleşme'nin, 8, 9, 10 ve 11. maddelerin ortak öğesidir. Mahkeme içtihadında diğer maddelerde düzenlenen hakların

da temel bir güvencesine dönüşen "yasayla sınırlama" kavramı, bir hukukilik koşuludur. Kamu makamlarının ifade özgürlüğünün kullanılmasına yaptıkları müdahaleler hukuken öngörülmüş olma koşuluna uygun olmalıdır.

Mahkeme, *Sunday Times* (*no 1*) - *Birleşik Krallık* kararında, "yasayla sınırlama" ya da daha genel anlamıyla "hukuken öngörülmüş olma" terimlerinin anlamını, Kıta Avrupa'sı ve diğer hukuk sistemlerinin özelliklerini dikkate alarak geniş bir biçimde açıklamıştır. Bu davada başvurucu "mahkemeye saygısızlıkla ilgili" kanunlarda düzenlenmemiş bir suçun, "hukuken öngörülmüş" olarak nitelenemeyeceğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu görüşe katılmamıştır. Mahkeme'ye göre:

> "47. Mahkeme, "hukukun öngördüğü" ifadesindeki "hukuk" sözcüğünün sadece "yasa"yı değil, ama yazılı olamayan hukuku da kapsadığını dikkate almıştır. Bu nedenle mahkemeye saygısızlıkla ilgili hukukun bir mevzuat olmayıp, "common law"ın bir ürünü olmasının, Mahkeme bakımından bir önemi yoktur. "Common Law" tarafından konan bir yasağın, mevzuat biçiminde düzenlenmediği gerekçesiyle "hukukun öngörmediği" bir yasak olarak kabul etmek, Sözleşme'yi hazırlayanların amaçlarına açıkça aykırı olur. Aksi takdirde "common law"a sahip olan Sözleşme'ye taraf bir devlet, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasının korumasından yoksun kalacak ve devletin hukuk sistemi temelinden sarsılacaktır.
>
> Aslında başvurucular da, "hukukun öngördüğü" ifadesinin her durumda bir mevzuat hükmünü gerektirdiğini ileri sürmemektedirler; onların iddiasına göre, bu olayda olduğu gibi, "common law" kurallarının hukukun öngördüğü ifadesinin aradığı hukuki belirginlik ilkesini yerine getiremeyecek kadar belirsiz olduğu durumlarda, bir mevzuat hükmü gereklidir.
>
> 48. Sözleşme'nin 9, 10 ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarındaki "hukuken öngörülmüş" (*prescribed by law*) ifadesi, Fransızca metindeki "prévues par la loi" ifadesinin karşılığıdır. Sözleşme'nin 8(2). fıkrasında, Birinci Protokolün 1. maddesinde ve Dördüncü Protokolün 2. maddesinde yine aynı Fransızca ifade yer alırken, İngilizce metinde sırasıyla, "hukuka göre", "hukukun öngördüğü koşullarda" ve yine "hukuka göre" ifadeleriyle karşılanmıştır. …
>
> 49. Mahkemenin görüşüne göre, "hukuken öngörülmüş" ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır: Birincisi, [uygulanacak olan] hukuk, yeterince erişilebilir olmalıdır; başka bir anlatımla, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm, "hukuk" kuralı olarak kabul edilemez: Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir olması gerekmez; çünkü tecrübeler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Belirgin olması daha çok arzu edilir, ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir; oysa hukuk, değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle birçok yasa az ya da çok, kaçınılmaz olarak muğlâk terimlerle ifade edilir; bunların yorumu ve uygulanması, hukuk uygulamasının sorunudur."

O halde, bir müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olduğu sonucuna varabilmek için, ilk olarak o müdahalenin hukuki bir temeli olmalıdır. Bu hukuki temel mutlaka bir "yasa" anlamına gelmez. Mahkeme'ye göre bu hukuk kavramının içinde, yasalardan daha alt düzeydeki kararnameleri (*De Wilde, Ooms ve Versyp*, *§93*) ve parlamento tarafından kendilerine tanınan bağımsız kural koyma yetkilerine dayanarak meslek örgütlerince çıkarılan kuralları (*Barthold*, *§46*) da kapsayan yazılı hukuk ve yazılı olmayan hukuk da yer almaktadır. Ayrıca "hukuk" sözünden hem yazılı hukuk hem de yargıcın yarattığı içtihat hukuku anlaşılmalıdır (*Sunday Times no 1*, *§47*). Özetle söylemek gerekirse, "hukuk" yetkili mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükte olan hükümlerdir (*Leyla Şahin*, *§88*).

İkinci olarak hukuk, yeterince erişilebilir olmalıdır. Kişiler, belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. Üçüncü olarak, hukuken öngörülmüş olma konusunda yukarıda belirtilen unsurlar, hukukun keyfi kullanıma karşı güvenceler içermesi unsuru ile tamamlanmaktadır. Hukuk,

bireyi keyfi müdahaleye karşı yeterince korumak için, yetkili makamlara bırakılan takdir alanının kapsamını ve söz konusu tedbirin meşru amacını dikkate alarak, kullanılma tarzını yeterli açıklıkla belirtmelidir (*Malone*, *§68*). Eğer bir hukuk normu hukukun üstünlüğü ile bağdaşmayacak mahiyette ise, hukuken öngörülmüş olma koşulu yerine getirilmiş olmaz.

RTBF – Belçika davasında konu, yargıya bir televizyon yayımını tedbiren durdurma yetkisinin tanınması ile ilgilidir. Genel hükümlere dayanarak yargı, başkalarının şöhret ve kişisel haklarını tehdit altında gördüğü takdirde o yayını henüz yayın başlamadan durdurabilmektedir. Ancak bu yorum, Belçika mahkemeleri tarafından genel kabul görmemiş ve bir içtihat farklılığı ortaya çıkmıştır. Bazı yargı organlarına göre, Belçika hukuku ancak ve sadece yayından sonra (*a posteriori*) tedbir alma imkânı tanımaktadır. Bu görüşün aksini benimseyen yargı organları da vardır. Başka bir anlatımla yargıya tanınan yetkinin kapsamı konusunda yargı organları istikrarlı ve tutarlı bir içtihat geliştirememişlerdir. Bu nedenle Mahkeme, bir yayının tedbiren durdurulması gibi önemli bir yayın öncesi müdahalenin bağlı olduğu hukuki rejimi "hukuken öngörülmüş" olma koşuluna uygun görmemiştir. Mahkeme'ye göre, basına yönelik bu tarz bir ön tedbir rejimi, ifade özgürlüğü açısından en tehlikeli sınırlamalardan biridir; bu nedenle, bunun çok sıkı bir hukuki çerçeveye oturtulması gereklidir (*RTBF, §115*).

Meşru amaçlar

Sözleşme'nin 10(2). fıkrasına göre, "bu özgürlüklerin kullanılması, (…) demokratik bir toplumda ulusal güvenliğin, toprak bütünlüğünün veya kamu güvenliğinin korunması, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın, başkalarının şöhret ve haklarının korunması, gizli bilgilerin yayılmasının önlenmesi veya yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması için gerekli olan bazı formaliteler, koşullar, sınırlamalar veya yaptırımlara tabi tutulabilir".

Bu sınırlama nedenleri Sözleşme'nin 8, 9 ve 11. maddelerinde düzenlenen sınırlama nedenleri ile kısmi benzerlikler gösterse de, bazı sınırlama nedenleri sadece 10. maddeye özgüdür. Bu meşru amaçlar belirlenirken maddenin birinci fıkrası ile tanınan hak ve özgürlüğün doğası ve niteliği göz önünde bulundurulmuştur. Gerçekten meşru amaçların bir kısmı her dört madde için ortaktır. Örneğin, kamu güvenliği, başkalarının hak ve özgürlüklerinin ya da şöhretinin, genel sağlığın ve genel ahlakın korunması, suçun veya düzensizliğin önlenmesi amaçları bu maddelerin tümünde yer alır. Buna karşılık, ulusal güvenliğin sağlanması ve suçun önlenmesi 9. maddede sınırlama nedenleri arasında sayılmamıştır. Ekonomik refahın sağlanması yalnızca 8. maddede, toprak bütünlüğünün korunması, gizli bilgilerin açığa vurulmasının önlenmesi ve yargının bağımsızlığının ve tarafsızlığının sağlanması yalnızca 10. maddedeki sınırlama nedenleri arasında sayılmıştır.

Yukarıda sayılan meşru amaçlara öngörüldükleri amaç dışında bir anlam yüklenemez. Buna uygun olarak Mahkeme, pek çok kararında, yukarıda sayılan sınırlama nedenlerinin istisnai nitelikte olduklarını ve dar yorumlanmaları gerektiğini belirtmiştir. Bu nedenle, sınırlama nedenleri anlam ve kapsam bakımından tüketici bir anlayışla ele alınmalıdır. Öngörülenler dışında başka bir sınırlama sebebine dayanarak ifade özgürlüğü sınırlandırılamaz. Ulusal mahkemeler, ifade özgürlüğüne şu ya da bu biçimde müdahale niteliği taşıyan herhangi bir yasal hükmü uygularken, müdahalenin amacını saptamak ve bu amacın ikinci fıkrada sayılanlar meşru amaçlardan birisi olup olmadığını denetlemekle yükümlüdürler.

Mahkeme birçok kararında bu meşru amaçları birlikte kullanmakta, bazen bir veya ikisine atıf yapmaktadır.

Suçun veya düzensizliğin önlenmesi

Suç işlenmesinin önlenmesi görece olarak açık bir tanımlama olsa da, "düzensizliğin önlenmesi" ya da başka bir ifadeyle "kamu düzeninin korunması" kavramlarının soyut olduğunu kabul etmek gerekir. Mahkeme, *Engel ve Diğerleri – Hollanda* davasında, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki 'düzen' kavramının, sadece Sözleşme'nin 6(1) ve 9(2). fıkralarında ve Dördüncü Protokolün 2 ve 3. maddelerinde geçen 'kamu düzenini' ifade etmediğini, ama aynı zamanda belli bir sosyal grubun içinde hüküm sürmesi gereken düzen anlamını da içerdiğini vurgulamıştır (*ibid., §98*). Silahlı kuvvetler gibi bir grubun içindeki düzensizliğin, bir bütün olarak toplumun düzeni üzerinde sonuçları olabilir. Bu nedenle Mahkeme, *Engel ve Diğerleri* davasında Hollanda silahlı kuvvetleri içinde bir düzensizliği önleme amacıyla alınan önlemlerin kamu düzenini koruma amacıyla gerekli olduğu için 10. maddenin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir.

Cezaevi ortamı söz konusu olduğunda, kamu düzeni bu ortamın niteliği gereği, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasının en önemli nedenlerinden biri olarak görülmektedir. Budist bir mahkûm, ısmarladığı dini kitaba cezaevi yönetimi tarafından el konulması nedeniyle İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvurmuştur. Komisyon, söz konusu kitabın savaş sanatlarına ve kendini savunma tekniklerine ilişkin bir bölüm içerdiğinin altını çizerek cezaevi yönetiminin müdahalesinin kamu düzenini koruma amacını güttüğünü belirterek taraf devletin haklı olduğuna karar vermiştir (*X - Birleşik Krallık*, *no. 6886/75*).

Bu sınırlama nedenlerine şiddet çağrısı içeren veya suçla mücadele çerçevesinde kabul edilen müdahaleleri meşru göstermek amacıyla başvurulmaktadır.

Ulusal güvenlik

Ulusal güvenlik kavramının çok açık bir tanımı vermek mümkün değildir. Kamu makamları ifade özgürlüğünü kısıtlarken sıklıkla devlet sırlarını açıklama gerekçesi ile birlikte bu sınırlama nedenine başvurmaktadırlar. Bir bilgi ulusal güvenlik açısından önem arz ediyorsa, o bilginin yayılması sakınca yaratabilir. Ancak ulusal güvenlik gerekçesine sığınarak ulusal makamlar, halkın bilgi alma hakkını sınırsız olarak kısıtlayamazlar. Bu nedenle, ulusal güvenliğin korunması nedenine dayanarak ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin ne şekilde yapıldığı, hangi ihtiyaca cevap verdiği ve bu ihtiyacın müdahale zamanında halen geçerli olup olmadığı dikkatle incelenmelidir.

Observer ve Guardian – Birleşik Krallık davasında başvurucu iki İngiliz gazetesi, İngiliz İstihbarat Servisi'nde çalıştığı döneme ait anılarını yazan Wright'ın basılacak olan Spycatcher (casus avcısı) adlı kitabından bazı ayrıntıları ve yazarın kendisinden aldıkları bazı bilgileri yayımlamışlardır. Bu davada ifade özgürlüğüne müdahaleyi Mahkeme, devlet sırlarını açıklama, ulusal güvenliği koruma ve yargı organının otorite ve tarafsızlığını koruma meşru amaçları açısından incelemiştir. Mahkeme, müdahalenin savcının daimi tedbir kararı için açtığı davanın görülmesi sırasında yargılama organının otoritesini sürdürmek ve ulusal güvenliği korumak olduğu için Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki meşru amaçlara sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme, Spycatcher'ın ABD'de yayınlanmasından sonra söz konusu materyalin gizliliği kalmadığının altını çizmiş ve bu tarihten sonra gizliliğin korunmasının demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale sayılamayacağı sonucuna varmıştır.

Ulusal güvenlik açısından önemli olan bir raporun yayınladığı derginin toplatılmasına ilişkin *Vereniging Weekblad Bluf – Hollanda* kararında Mahkeme, toplatma kararının bilginin geniş bir kitleye ulaştıktan sonra verilmiş olması nedeniyle anlamsızlaştığı düşüncesiyle 10. madde yönünden ihlal bulmuştur. Bu davada, *Bluf!* adlı bir haftalık dergi,

"confidentiel" ("gizli" ibaresinden biraz daha zayıf bir sınıflandırma) olarak sınıflandırılmış ve gizli servisin işleyişi ile ilgili altı yıl önce yazılmış bir rapora ulaşmış ve bunu yayınlamıştır. Bunun üzerine, derginin ilgili sayısı toplatılmış ve dağıtımdan çekilmiştir. Mahkeme, bu tedbirin ulusal güvenlik meşru amacını izlediğini belirtmiştir. Ancak bu rapor, yayınlanmasından altı yıl önce hazırlanmıştır; "gizli" olarak sınıflandırılmamıştır ve gizli servis hakkında genel bilgiler içermektedir. Ayrıca toplatma kararının ardından bu yayın daha geniş ölçüde basılmış ve dağıtılmıştır. Mahkeme'ye göre, bu koşullar altında toplatma kararını gerektirecek nedenlerin ortadan kalktığını kabul etmek gereklidir.

Hadjianastassiou – Yunanistan davasında Yunan Hava Kuvvetlerinde görevli olan başvurucu, güdümlü mermi projesinin tasarlanmasına ve üretilmesine dair projede görevli olarak çalışmıştır. Başvurucu 1982 yılında Hava Kuvvetlerine konuyla ilgili bir rapor verdikten sonra, 1983 yılında benzer içerikte bir raporu özel bir şirkete de vermiştir. Başvurucu 1984 yılında üzerinde çalıştığı güdümlü mermi projesi ile ilgili bilgileri özel bir şirkete satmak suretiyle askeri sırları ifşa ettiği gerekçesiyle, askeri mahkeme tarafından yargılanmıştır. Başvurucuya verilen beş ay hapis cezası cezayı tecil edilmiş, tutuklu kaldığı dört buçuk aylık süreyi cezadan indirilmiştir. Mahkeme bu davada, askeri ve ticari nitelikte bilgi verilmesi Sözleşme'nin 10. maddesinin kapsamı dışında kalmadığı için, olayda başvurucunun mahkûmiyetinin ifade özgürlüğüne müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Müdahale gizli olarak sınıflandırılan bir silah projesi hakkındaki bilginin ifşa edilmesini cezalandırdığı için ulusal güvenliği koruma meşru amacına sahiptir. Bir devletin belirli bir silah üzerindeki çalışmasıyla ilgili bilgilerin ifşa edilmesi ulusal güvenliğe önemli ölçüde zarar verebilir. Ayrıca silahlı kuvvetler mensuplarının özel sorumlulukları dikkate alındığında, güdümlü mermi projesinde görevli olan başvurucu, göreviyle ilgili her konuda dikkat göstermekle yükümlüdür. Ulusal makamlar, ulusal güvenlikle ilgili konuda kendilerine bırakılan takdir alanlarını aşmamışlardır. Olayda izlenen meşru amaç ile kullanılan araçlar arasında orantısızlık bulunmadığından, müdahale demokratik toplumda gereklidir. Bu gerekçeyle Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Sağlığın veya ahlakın korunması

İfade özgürlüğün sınırlandırılmasında "sağlık" amacının izlenmesi konusunda ciddi bir tartışma yaşanmamaktadır. Bu konuda Mahkeme önüne gelen başvuru sayısı son derece azdır. Buna karşılık "genel ahlak" kavramı konusunda Mahkeme'nin geniş bir içtihadı vardır.

Ahlak kavramı kişiden kişiye, toplumdan topluma ve zamana göre değişen belirsiz bir kavram olması nedeniyle, özgürlükler için ciddi tehlike oluşturabilecek müdahalelerin dayanağı olabilmektedir.

Open Door ve Dublin Well Woman – İrlanda davasında başvurucuların ana şikâyeti, İrlanda halkına kürtaj hakkında bilgi verme imkânlarının sınırlandırılmış olması idi. Bu davaya konu olan olayda, İrlanda hukukuna göre faaliyet gösteren başvurucu iki şirket, Dublin ve çevresinde hamile kadınlara danışmanlık hizmeti vermektedir. Başvurucular Maher ve Downes, ikinci şirkette danışman olarak çalışmaktadırlar. Evli X ile evli olmayan Geraghty, ikinci şirketin başvurusuna doğurganlık yaşında bulunan kadınlar olarak katılmışlardır. Yerel mahkeme, başvurucu şirketler aleyhine açılan davada, başvurucu şirketlerin hamile kadınlara Büyük Britanya'daki kürtaj kliniklerinin yeri ve adları ile bunlarla iletişim konusunda danışmanlık hizmeti vermesini sürekli olarak yasaklayan bir tedbir karar vermiş, bu karar İrlanda Anayasa Mahkemesi tarafından onanmıştır.

İrlanda Hükümet Mahkeme önünde yaptığı savunmada ilk olarak, şirkette çalışan kişilerin ve doğurganlık yaşındaki bayanların mağdurluk statüsü bulunmadığını ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre hamile kadınlara günü gününe bilgi verme şeklinde danışmanlık hizmeti veren şirketteki kişiler, İrlanda mahkemesinin kararından doğrudan etkilenmişlerdir. Öte yandan doğurganlık yaşında bulunan bayanlar hamile olmadıkları halde, doğurgan durumda bulunan kadınlarla aynı şekilde bu tedbir kararından olumsuz yönde etkilenmişlerdir. Ayrıca Mahkeme'ye göre, iç hukukta verilen tedbir kararı, başvurucu şirketlerin ve şirketlerde çalışan kişilerin bilgiyi ulaştırma özgürlüğüne ve doğurganlık yaşındaki başvurucuların bilgi edinme haklarına bir müdahale oluşturmuştur.

İrlanda Hükümeti ikinci olarak, müdahalenin başkalarının hakkını koruma, ahlakı koruma ve suç işlenmesini engelleme amacıyla yapıldığı gerekçesiyle meşru amaçları izlediğini ileri sürmüştür. Mahkeme, başvurucuların Sözleşmenin 10. maddesi ile güvence altına alınan bilgi verme ve alma özgürlüğüne kamu makamlarınca yapılan müdahalenin genel ahlakın korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi meşru amaçlarına sahip olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, doğmamış çocuğun yaşama hakkının İrlanda hukukunda korunması yaşamın niteliğiyle ilgili yüksek ahlaki değerlere dayandığından, bu müdahale ahlakı koruma amacına sahiptir.

Mahkeme daha sonra başvurucuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemiştir. Mahkeme olayda, hamileliğin sona erdirilmesi hakkındaki danışmanlığı yaş, sağlık ve diğer sebeplere bakmaksızın, sürekli ve mutlak nitelikte yasaklayan bir tedbir kararı söz konusu olduğunu ve sadece bu nedenle müdahalenin orantısız olduğunu belirtmiştir. Diğer yandan bu tedbir kararı, çok sayıda kadının yurtdışında kürtaj olmaya devam etmesini engellememektedir. Bu nedenle söz konusu tedbirin kendisi de etkisizdir. Mahkeme, bu davada ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Handyside – Birleşik Krallık davası da esas itibarıyla "genel ahlak" konusuyla ilgili bir davadır. Danimarkalı yazarlar S. Hansen ve J. Jensen tarafından yazılan "Küçük Kırmızı Ders Kitabı" adlı eser, Birleşik Krallıkta yayınlanmış ve Birleşik Krallık mahkemeleri eserin müstehcen olduğu gerekçesiyle el koyma ve imha kararı vermiştir. Bunun üzerine yayıncı Handyside, Mahkeme'ye başvurmuş ve yerel mahkeme kararının ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu iddia etmiştir. Mahkeme ise, İngiliz Müstehcen Yayınlar Yasasına dayanan bu müdahalenin, hukukun öngördüğü bir müdahale olduğunu ve müdahalenin Sözleşme'deki genel ahlakı koruma amacını taşıdığını belirtmiş ve söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması nedeniyle, 10. maddeye aykırılık oluşturmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, ahlaki alanda devletlerin takdir alanının geniş olduğu kabulünden hareket etmiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşmeci Devletlerin değişen iç hukuklarında ortak bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Mahkeme, ahlak anlayışlarının zamana ve yere göre değişiklik gösterdiğini, her ülkenin ahlaki değerlere ilişkin yaklaşım ve düşüncelerinin hızlı bir değişim gösterdiğini, ahlaki gerekliliklerin kapsamı ve bunları karşılamak için getirilecek yaptırımların niteliği konusunda taraf devletlerin uluslararası bir yargıçtan daha elverişli bir konumda olduklarını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre ayrıca, söz konusu kitabın genellikle doğru ve kullanışlı bilgiler içerdiğini ama bazı yerlerinin, gelişmelerinin çok önemli bir aşamasında bulunan gençleri zararlı ergenlik faaliyetlerine alışmaya ve hatta suç fiilleri işlemeye teşvik ettiği biçiminde yorumlanabileceğini değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre müdahale toplumsal ihtiyaç baskısını karşılayan ve böylece demokratik bir toplumda gerekli kabul edilebilecek bir müdahaledir.

Müller ve Diğerleri – İsviçre davasında konu, bir resim sergisinde insanlar ile insanlar ve insanlar ile hayvanlar arasında cinsel ilişkilerin kaba bir tarzda resmedildiği tabloların

yetkili makamların kararıyla sergiden çıkarılması ve bir süre el konulması şeklindeki tedbirlerle ilgilidir. Bu resimler herkesin görebilmesine açık tutulmuştur. İsviçre makamları, bu resimleri müstehcenlikle ilgili mevzuata aykırı gördüğü için sergiden kaldırtmış ve uzun bir süre el koymuş ve sonra bu resimleri sahibine geri vermiştir. Mahkeme, bu davada 10. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varırken, ahlak gibi toplumsal değerlere ilişkin bir konuda devletlere önemli bir takdir alanı tanımıştır. Bu çerçevede Mahkeme, söz konusu resimleri incelemiş ve İsviçre mahkemelerinin, cinselliğin en kaba biçimlerine vurgu yapan bu resimler hakkında "olağan duyarlılıktaki kişilerin cinsel adabına büyük ölçüde karşı" oldukları değerlendirmelerini makul bir değerlendirme olarak kabul etmiştir.

Başkalarının şöhret ve haklarının korunması

"Başkalarının şöhretini ve haklarını" koruma amacı, ulusal makamların ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleleri haklı göstermek için en fazla başvurdukları nedenlerdendir. Bu alandaki temel tartışma konusu, ifade özgürlüğünün kullanılması ile kişilik haklarına yönelik taciz arasındaki sınırın nasıl ve hangi ölçütlere göre saptanacağı ile ilgilidir. Kişilik hakkının korunma gerekçesiyle ifade özgürlüğü kullanılamaz bir hak haline getirilmemelidir. Kişilik haklarının korunması Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından güvence altına alınan bir haktır. Mahkeme'nin Sözleşme'nin 8 ile 10. maddeleri arasında bir çatışma olduğunda, başka bir anlatımla terazide bir yanda "kişilik hakları", diğer yanda "ifade özgürlüğü" bulunduğu durumlarda, tercihini daha çok ifade özgürlüğünden yana kullandığı söylenebilir. Bu nedenle kişilik hakkının korunması ile ifade özgürlüğü arasındaki dengeyi iyi sağlamak gerekmektedir. Özellikle siyasetçilerin ve devlet görevlilerinim kişilik hakları ve şöhretleri söz konusu olduğunda bu dengede ifade özgürlüğünün ağır bastığına kuşku yoktur.

Siyasetçiler

İfade özgürlüğü ile başkalarının hak ve şöhret değerlerinin çatışması halinde Mahkeme, eğer şöhreti söz konusu olan kişi siyasetçi ise, ilke olarak, terazide ifade özgürlüğü lehine bir değerlendirme yapmaktadır.

Lingens – Avusturya davasına konu olan olayda, Avusturya'da 1975 yılında yapılan seçimlerden sonra, bir gazeteci olan başvurucu Lingens, geçmişinde Nazi faaliyetleri bulunan bir siyasetçi ile koalisyon kuracağını açıklayan Federal Şansölye Bruno Kereiski'yi eleştiren iki yazı yayımlamıştır. Yazdığı iki yazıda Lingens bu koalisyon girişiminin "ahlaksızca", "yüz kızartıcı", "en adi türden fırsatçılık" olduğu ifadelerine yer vermiştir. Şansölyenin bu sözlere karşı açtığı davada, para cezasına çarptırılan Lingens, 10. maddenin ihlal edildiği iddiası ile Mahkeme'ye başvurmuştur. Mahkeme, bu kararında politikacıların kendilerine yöneltilen ağır eleştirilere tahammül etmek durumunda olduğunu vurgulamış, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre:

> "42. … basın özgürlüğü, halka siyasal liderlerinin düşünce ve davranışlarını tanıma ve onlar hakkında fikir oluşturma imkânı verir. Daha genel olarak siyasal tartışma özgürlüğü, Sözleşme'nin her noktasına egemen olan demokratik toplum kavramının tam da merkezinde yer alır.
>
> O halde, bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi, özel şahıstan farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açar; bu nedenle daha geniş bir hoşgörü göstermek zorundadır. Hiç kuşku yok ki, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası, başkalarının, yani bütün bireylerin itibarının korunmasına imkân verir; bu koruma, siyasetçileri şahsi sıfatları dışında hareket ettikleri zaman da içine alır. Ancak bu gibi durumlarda

söz konusu korumanın gerekleri, siyasi meseleleri açık biçimde tartışmanın yararıyla bağlantılı olarak tartılmalıdır."

Mahkeme *Lingens* kararında geliştirdiği yorum tarzını *Oberschlick – Avusturya* davasında sürdürmüştür. Dava konusu olay, seçim kampanyası sırasında Avusturyalı kadınlar ve göçmen annelere verilen aile ödeneğindeki farklı uygulamalar konusunda bazı demeçler veren koalisyon ortağı partinin genel sekreterine yönelik olarak bir gazetecinin suç isnadında bulunması ve bu haberin siyasi bir dergi olan Forum dergisinde tam metninin yayınlanması ile ilgilidir. Söz konusu siyasetçi bir televizyon programında, Avusturyalı kadınlara devlet tarafından yapılan yardımın yüzde 50 oranında artırılması gerektiğini savunmuştur. Bu durumun Avusturyalı kadınların ekonomik sebeplerden dolayı kürtaj yaptırmaktan alıkoyacağını düşüncesini savunmuştur. Bu siyasetçi aynı zamanda göçmen annelere verilen devlet yardımının yüzde 50 oranında azaltılması gerektiğini söylemiştir. Gazeteci olan başvurucu bu görüşlerin Nazilerin görüşleriyle aynı paralelde olduğunu belirtip, siyasetçinin bazı kişilere karşı kin ve nefret duygusunu uyandıracak nitelikte sözler sarf ettiğini ve ayrıca ırkçılık yaparak Nasyonal Sosyalizmin amaç ve felsefesine uygun önerilerde bulunduğunu yazmıştır. Bunun üzerine anılan siyasetçi kişilik haklarına saldırı yapıldığı gerekçesiyle dava açmış ve sonuçta başvurucu para cezasına çaptırılmış ve derginin ilgili sayısının toplatılmasına karar verilmiştir.

Oberschlick davasında Mahkeme, *Lingens* kararlarında ortaya koyduğu genel ilkelere gönderme yaparak, bu ilkelerin basın özgürlüğü bağlamında taşıdığı özel öneme işaret etmiş ve 10. maddenin ihlal edildiğine hükmetmiştir. İfade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temelini oluşturduğunu belirten Mahkeme, demokratik bir sistemde hükümetin eylemleri ve ihmallerinin sadece yasama ve yargılama organlarının değil, basının ve kamuoyunun da yakın denetimine tabi olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre basın, siyasi liderlerin kamusal sorunlara ilişkin fikir ve tutumlarının bilinmesi bakımından kamuya sağlanan en iyi araçlardan biridir. Mahkeme, kamusal sorunlar üzerindeki tartışmaların özgürce kamuya aktarılmasının, Sözleşme ile korunan basın özgürlüğünün temelini oluşturduğunu vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre, vatandaş ve yabancıların sosyal yardım alanında farklı işleme tabi tutulup tutulmayacaklarının tartışılmasında da kamu yararı bulunduğundan, şikâyetçi bu yayınıyla kamuoyunun dikkatini muhtemelen çoğu insanı şaşırtan önerilere çekmeye çalışmıştır. Diğer yandan siyasetçinin itibarının korunması ihtiyacını, siyasi konuların özgürce tartışılmasının sağlayacağı yararla dengelemek zorunda olduğuna işaret eden Mahkeme, hoş görülebilir eleştiri sınırının bir siyasetçi söz konusu olduğunda, sade vatandaşa oranla daha geniş olduğunu hatırlatır. Siyasetçiler, kamuya yaptıkları beyanları tartışma konusu olduğunda bu beyanlara yönelen eleştirileri hoşgörü ile karşılamalıdırlar.

Mahkeme *Tammer – Estonya* davasında, başvurucu gazetecinin, bir siyasetçinin yardımcısının özel hayatına ilişkin gözlemleri sonucu hakaretten mahkûm edilmesinin Sözleşme'nin 10. maddesine uygun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme'ye göre olayda, dava konusu olan açıklamaların kamu yararı ve toplumsal yarar sağlayan bir konuya ilişkin olduğu kanıtlanamamıştır. Mahkeme'ye göre başvurucu eleştirilerini hakaret içeren ifadelere başvurmadan da dile getirebilirdi. Başvurucuya uygulanan para cezasının miktarının düşüklüğü de göz önüne alındığında, Mahkeme, ulusal mahkemelerin ulusal takdir alanını aşmadıkları ve başkalarının itibarının korunması ile toplumsal yararı olan bir konuda gazetecinin bilgilendirme hakkı arasındaki dengeyi adil bir şekilde korudukları sonucuna ulaşmıştır.

Erbil Tuşalp – Türkiye kararı, başbakan aleyhine iki adet yazı yazan başvurucunun başbakanın kişilik haklarına saldırdığı gerekçesiyle tazminat ödemeye mahkûm edilmesiyle ilgilidir. Başvurucu Birgün adlı günlük gazetede "İstikrar" ve "Geçmiş olsun"

başlıklı iki makale yayımlamıştır. Başbakan R.T. Erdoğan "İstikrar" başlıklı makalenin kişisel haklarına saldırı niteliği taşıdığı gerekçesiyle Ankara Asliye Hukuk Mahkemesi önünde başvurucuya ve yayınevine tazminat davası açmıştır. İlgili mahkeme başvurucu ve yayınevini başbakana 5,000 TL tazminat ödemeye mahkûm etmiştir.

Yerel mahkeme kararında yazıda yer alan aşağıdaki parçaları ele almıştır: "İstikrar sözlükteki anlamını yitirip mide bulandıran bir sözcük oldu. Başbakandan bakanlara, devlet ve siyaset adamlarının diline dolandı… Ama hiç kimse meraklanmasın. İstikrar devam ediyor. Başbakan ve adamları istikrarlı bir biçimde saçmalıyor… Başbakan ve adamları istikrarlı bir biçimde küfretmeyi sürdürüyor. Başbakanın dilinde istikrarın artık ayrı bir anlamı var. Başbakan hangi koltukta oturduğunu unutup, her fırsatta usta bir ihbarcı olduğunu kanıtlıyor. Karısının ve kızının tesettürü ve türbanı için daha dün dışarıda Türkiye'yi ihbar eden Başbakan, bugün tutsak aldığı Van 100. Yıl Üniversitesi Rektörü Prof. Dr. Yücel Aşkın'a destek verenler için suç icat edip, suç duyurusunda bulunuyor. Dışarıda "memuru olduğu" Amerika'yı, içeride "memuru olan" savcıyı tahrik ediyor. Kızsanız da darılsanız da istikrar devam ediyor. Ağızdan çıkan her söz yadsınıyor, yalanlanıyor, düzelttiriliyor. İnsanların gözünün içine baka baka yalan söylemenin adı ülke yönetmek oluyor. TCK 301'den hükümlü yok dendiği gün iki gazeteciye hapis cezası veriliyor. İlk hastasını Nisan 2004'te kabul eden Aliağa Devlet Hastanesi'ni bir buçuk yıl sonra yeniden açarken de, Çankırı Devlet Hastanesinin kordelasını yıllar sonra yeniden keserken de ne kendinin ne de adamlarının yüzü kızarıyor. İstikrar devam ediyor. Adam ulusal gelirden büyümeye, enflasyondan bütçeye kadar her şeyi yalanla kuşatıyor. İnanmayın. İstikrar devam ediyor. Adam öğretmenden yargıca, savcıdan polise, imamdan doktora kadar her kadroyu partisinin malı gibi kullanmaya kalkıyor. Hırslanmayın. Adalet Bakanı Cemil Çiçek "RP'nin bir trilyon lirasını iç etmekle suçlananlar" arasında sanık olarak bulunan Dışişleri Bakanı ve İçişleri Bakanı için "onlar aklanacaklar" diyor. Yargıya müdahale olmuyor. Abdullah Gül "Orhan Pamuk'un ceza alacağını sanmıyorum" diyor. Yargıya müdahale olmuyor. TÜSİAD kürsüsünden rektör Aşkın'a adalet isteyenleri gönül rahatlığıyla suçlayabiliyor. Suç ne ceza ne, bilmiyor. Üstelik okumuyor, öğrenmiyor. İmam hatipte 12-13 yaşlarında "bıngıldağına" girenlerle yetiniyor." Yerel mahkeme bu davada, makalede dile getirilen görüşlerin kabul edilebilir eleştiri sınırını aştığı, şekil ve içerik arasında hiçbir uyum olmadığı, içeriğin eleştiri konusunun ötesine gittiği ve kullanılan sözcüklerle davacının kişisel haklarına haksız saldırı yapıldığı sonucuna varmıştır. Bu karar Yargıtay tarafından onanmıştır.

"Geçmiş Olsun" başlıklı ikinci makale için Mayıs 2006 tarihinde, başbakanın kişisel haklarına karşı bir saldırı oluşturduğu iddiasıyla başvurucu ve yayınevi hakkında tazminat davası açmıştır. Yerel mahkeme başvurucu ve yayınevinin birlikte başbakana 5,000 TL tazminat ödemesine karar vermiştir. Yerel mahkeme, kararında makalenin şu kısımlarına atıfta bulunmuştur: "…Bu durumda gazeteye şöyle kocaman bir "ilan verme" düşümden çaresiz vazgeçiyorum. Başbakan Recep Tayyip Erdoğan'a köşemde "geçmiş olsun" demekle yetiniyorum. Onu "Türk hekimlerinin" ellerine emanet ediyorum. Ama "şahsen amatör bir psikoloji meraklısı" olarak küçük bir ayrıntıya da dikkat çekiyorum. Dağa taşa kurda kuşa hakaret yağdıran, her tür eleştiriyi küfürle karşılayan, üniversite hocalarına edepsiz, muhalefet partisine bereketsiz, gazeteciye utanmaz diyen seçmeninin anasına dil uzatabilen bir siyaset adamının "küçük yaşta yüksek ateşli bir hastalık geçirip geçirmediği" araştırmasının; gerek onun, gerekse toplumun ruh sağlığı açısından son derece yararlı olacağına inanıyorum. Selanik'in ortasına dikilen "Pontus Soykırım Anıtı" gibi bir sorunu es geçip, Mustafa Kemal'in doğduğu evdeki "ziyaretçi defterini yırtacak" ölçüde sinirleri yıpranan Başbakan Erdoğan'ın şu anda "psikopatikagresif" bir rahatsızlık geçirdiğinden kuşkulanıyorum. Kendisine yine de "acil şifalar" diliyorum". Yerel mahkeme, makaleyi bütünüyle değerlendirerek başbakanın psikolojik problemleri olduğunun

iddia edildiği ve başbakanın akıl hastası olduğunu düşmanca bir tavırla ileri sürüldüğü sonucuna varmıştır. Yerel mahkemeye göre, bir siyasetçinin makul eleştiriye katlanmalı ve bunları hoşgörü ile karşılamalıdır. Ancak, yerel mahkeme bu davada, makaledeki görüşlerin, kabul edilebilir eleştirilerinin sınırlarının ötesine geçtiğini ve başbakanın genel ve siyasi arenada küçümsendiği değerlendirmesini yapmıştır. Bu karar da Yargıtay tarafından onanmıştır.

Erbil Tuşalp kararında Mahkeme, iki kez başbakana tazminat ödemek zorunda kalan başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, ilk olarak, "değer yargısı" ile "olaya dayalı bilgilendirme" kavramları arasındaki farka dikkat çekmiştir. Bir olayın olup olmadığı kanıtlanabilir bir husus iken, bir değer yargısının kanıtlanmasının istenmesi gerçekleştirilemez ve kanaat özgürlüğüne müdahale oluşturur. Bir ifadeyi değer yargısı olarak kabul etmek veya etmemek ulusal makamların özellikle mahkemelerin takdirindedir. Fakat bir ifade "değer yargısı" ise onu destekleyici bir temel unsurun bulunması gerekmektedir. Mahkeme, dava konusu olayda başvurucunun gazeteci ve köşe yazarı olduğunu ve makalelerin günlük bir gazetede yayımlanmakta olduğunu kaydetmiştir. Bu makalelerde başvurucunun güncel olaylar ile ilgili fikir ve yorumları bulunmaktadır; makaleler üst düzey siyasetçiler ve önemli kişilerin iddia edilen yasadışı eylemleri ve yolsuzlukları ve başbakanın bazı olaylara karşı göstermiş olduğu agresif tutumlar ile ilgilidir. Mahkeme'ye göre, şüphesiz bunlar halkın bilgilendirilme hakkının bulunduğu demokratik toplumlarda önemli konulardır ve siyasi tartışma kapsamında görülmektedir. Mahkeme bu bağlamda basının demokratik toplumlarda önemli bir işlevi olduğunu yinelemiştir. Her ne kadar özellikle kişilerin itibarı ve hakları konusunda belli sınırları aşmaması gerekliyse de, basının görevi halkı ilgilendiren tüm konularda sorumlulukları ve görevleri ile uyumlu olarak bilgi ve fikirleri yaymaktır. Gazeteci özgürlüğü, abartı veya hatta kışkırtma derecesinde bir ifadede bulunmayı da içerir.

Erbil Tuşalp kararında Mahkeme iki tazminat davasındaki davacının, üst düzey bir siyasetçi, yani başbakan olduğunu hatırlatmıştır. Bu çerçevede, kabul edilebilir eleştirinin sınırları bir siyasetçi için normal bir bireyden daha geniş olduğunu belirten yerleşik içtihadına atıf yapmıştır. Bir siyasetçi kendisine yönelen çok ağır da olsa eleştirilere karşı, sade vatandaşlara göre, daha fazla hoşgörü göstermelidir. Diğer yandan elbette bir siyasetçinin itibarı, Sözleşme tarafından sağlanan korumadan yararlanır. Başvurucunun "İstikrar" başlıklı ilk makalesinde, yerel mahkemeler, başbakanın itibarının korunması yönündeki kişisel çıkarlarının, başvurucunun ifade özgürlüğü hakkından daha ağır bastığını kabul etmişlerdir. Başvurucunun "Geçmiş olsun" başlıklı diğer makalesi ile ilgili olarak, yerel mahkemeler bu makalede yer alan ifadelerin kabul edilebilir eleştirinin sınırlarını aştığını tespit etmişlerdir. Bu hususta, ilk derece mahkemesi makalenin, bütünüyle ele alındığında, başbakanın akıl hastası olduğunu öne sürdüğünü belirtmiştir. Bu tip ifadelerin başbakanı toplum nezdinde ve siyasi arenada küçük düşürdüğü ve bir başbakan hakkında bu ifadelerin dile getirilmesinin hoş olmadığı kararına varmıştır. Mahkeme söz konusu makaleleri ve yerel mahkemelerin kararlarındaki gerekçeleri, başvurucunun ifade özgürlüğüne müdahalenin haklılığı yönünden incelemiştir. Mahkeme başvurucunun profesyonel bir gazeteci olarak, günlük olaylar ile ilgili görüşlerini ve bir siyasetçi olan başbakan ile ilgili eleştirilerini dile getirme hakkını göz önüne almıştır. Bu doğrultuda Mahkeme, söz konusu iki makalede kullanılan dilin ve bazı ifadelerin kışkırtıcı ve kaba olduğunu ve bazı ifadelerin saldırgan olarak nitelendirilebileceğini ifade etmiştir, ancak bu ifadeler toplum tarafından zaten bilinen belli gerçekliklere, olgulara dayanan "değer yargıları"dır. Bundan dolayı yeterli fiili temele sahiptirler. Mahkeme yerel mahkemenin değer yargıları ile olayın açıklanması arasında bir ayrım yapmadığını ve Sözleşmenin 10(2). fıkrası uyarınca başvurucunun veya yayınevinin "görev ve sorumluluklarının" incelenmediğine dikkat çekmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme'ye göre, yerel mahkemeler, bu

makalelerin iyi niyet kapsamında yayımlanıp yayımlanmadığı hususunda bir değerlendirme yapmamışlardır. İfadelerin şekline ya da üslûba gelince, Mahkeme yazarın sert eleştirilerini hicivsel bir dil kullanarak ve kendi politik görüşleriyle ve algılarıyla süsleyerek iletmeyi tercih ettiğini gözlemlemiştir. Bu bağlamda Mahkeme, 10. maddenin sadece zararsız ve ilgilenmeye değmez olarak görülen "bilgi" veya "fikirler"e değil aynı zamanda, rahatsız eden, şaşırtan veya gücendirenlere de uygulanabileceğini hatırlatır; bu ifadeler var olmadan "demokratik bir toplum" un söz konusu olamaz ve bunlar çoğulculuk, hoşgörü ve geniş fikirliliğin gerekleridir. Mahkeme'ye göre biçim ya da üslûp bir ifade şekli olarak iletişimin bir parçasıdır ve ifadenin içeriği ile birlikte koruma altındadır. Ancak, mevcut davada yerel mahkemeler davayı incelerken bağlamdaki kuşku uyandırıcı ifadeleri ve kullanıldıkları üslûbu incelemeyi göz ardı etmişlerdir. Sonuç olarak, Mahkeme söz konusu makalelerdeki çeşitli sert ifadelerin, özellikle yerel mahkemeler tarafından vurgulananların, başbakana karşı saldırı niteliği taşımadığı kanısına vardığını belirtmiştir. Diğer yandan yerel planda açılan davaların nitelik olarak cezai olmaktan çok hukuki olması gerçeği Mahkeme'nin ifade özgürlüğü hakkına orantısız bir müdahale olduğu sonucuna varmasına engel olmamıştır. Mahkeme, bu davada tazminatları ödemek zorunda kalmanın basın üzerinde benzer konularda yazı yazmak bakımından caydırıcı bir etki yaratacağı hususunun altını çizmiştir.

Kamu görevlileri

Mahkeme, politikacılarla ilgili olarak geliştirdiği yukarıda incelenen içtihadını kamusal sıfatı olan kişilere uyarlarken, kamu görevlilerinin bu sıfatlarını dikkate almaktadır. Bu bağlamda, kişilik haklarına saldırı söz konusu olduğunda, kamu görevlilerine siyasetçilere oranla daha kuvvetli bir koruma sağlamaktadır. Burada korunan temel değer, ilgili kamu görevlisinin bizatihi kişiliği ya da şöhreti olmayıp, o kişinin yerine getirdiği kamusal göreve kamunun duyduğu güvenin demokratik bir toplumdaki önemidir.

Lesnik – Slovakya davasında başvurucu, Kosice bölge savcısına, şikâyetlerini kanunsuz olarak göz ardı ettiği, gücünü kötüye kullandığı, bu bağlamda rüşvet aldığı ve kendisinin telefonlarını izinsiz dinlettiğini iddia ettiği bir mektup göndermiştir. Daha sonra benzer bir mektubu savcıya da gönderir. Bu mektuplar günlük bir gazetede yayımlanmıştır. Bunun üzerine başvurucu hakkında kamu görevlilerine hakaretten dava açılmıştır. Yargılama sonucunda başvurucu 4 ay hapis cezasına çaptırılır. Bu mahkûmiyet üzerine başvurucu bir kamu görevlisine hakaret nedeniyle mahkûm edilmesinin 10. maddenin birinci fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğünü ihlal ettiği gerekçesiyle Mahkeme'ye başvurur.

Mahkeme *Lesnik* davasında, Slovak hükümeti tarafından yapılan müdahalenin bölge savcısının itibarını korumak için gerekli olduğu gerekçesiyle 10. maddenin ihlal edilmediği yönünde karar vermiştir. Mahkeme, bu kararı verirken ilk olarak kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirirken hoşgörü göstermeleri gereken eleştiri sınırının diğer insanlara göre daha geniş olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme, kamu görevlilerinin siyasetçilerde olduğu gibi her türlü söylemlerini yakın denetime açtıkları anlamına gelmeyeceğini, üstelik görevlerini hakkı ile yerine getirebilmeleri için kamu güvenine sahip olmaları gerektiğini; bunun ise kamu görevlilerinin asılsız suçlamalara karşı korumakla sağlanabileceğini vurgulamıştır. Mahkeme ikinci olarak, savcıların adaletin düzgün işlemesi için görev yapan kamu görevlileri olduğuna işaret etmiştir. Savcıların da diğer kamu görevlileri gibi kamunun güvenine sahip olmaları gerektiğini belirten Mahkeme, savcıları asılsız suçlamalardan korumanın devletin görevi olduğu üzerinde durmuştur. Mahkeme, demokratik bir toplumda, bireylere, yargı sistemi ve ona dâhil olan memurları eleştirme ve onlar hakkında yorum yapma hakkı tanındığını ancak bu eleştirilerin belli bir sınırı aşmaması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, başvurucunun açıklamalarının herhangi bir

ispat olmaksızın savcıya aşırı derecede hakaret ettiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre başvurucunun savcının mesleki ve kişisel özellikleri konusunda kullanmış olduğu ifadeler, herhangi bir kanıta dayanmayan değer yargıları olarak kabul edilebilir; ama başvurucunun açıklamalarının aynı zamanda savcının kişisel özellikleri hakkında desteği olmayan ve hakaret boyutunda ifadeler içermektedir. Bu savcı hakkındaki asılsız iddialar ciddi boyutlarda tekrarlanarak yapılmıştır. Suçlamalar hakaret edici nitelik taşımakta olup savcının görevini yerine getirmesine engel olmaktadır.

Nilsen ve Johnsen – Norveç davasında birinci başvurucu bir polis müfettişidir ve dava konusu olayın meydana geldiği tarihte Norveç Polis Derneği'nin başkanıdır. İkinci başvurucu bir polis memurudur ve söz konusu tarihte Berger Polis Derneğinin başkanıdır. Her ikisi de Berger polis teşkilatında çalışmaktaydılar. 1970'li yıllarda iki hukukçu akademisyen tarafından Berger şehrinde 'şiddet' olgusuna ilişkin bir araştırma yapılmıştır. Daha sonra bu araştırmalarının sonucunu 'Şiddet ve Mağdurları: Ampirik Bir Araştırma' adlı bir kitapta yayınlamışlardır. 280 sayfalık kitabın yaklaşık 70 sayfalık kısmında polisin şiddet kullanması anlatılmıştır. Bu kitabın ciddi tartışmalar yaratması üzerine Adalet Bakanlığı, bu kitaba konu olan araştırmanın, polisin şiddet uyguladığı konusunda genelleme yapmak için yeterli olup olmadığının araştırılması için bir Komisyon kurmuştur. Komisyonun üyelerinden biri Ceza Usul Hukuku Profesörü olan Bratholm'du. Komisyon araştırma sonucunda, Berger'de polisin uyguladığı şiddetin tahmin edilenden daha ciddi olduğu konusunda bir rapor hazırlamıştır. Bratholm bu araştırmaya dayanarak 1986 yılında, ilk olarak 'Polisin Şiddete Başvurması' adlı kitabı, daha sonrada 'Polisin Şiddete Başvurmasına ve Bergen Polis Teşkilatında Yapılan Diğer Usulsüzlüklere İlişkin Belgeler' adlı kitabı, 1987 yılında ise 'Polisin Kanunsuz Hareketleri ve Şahsi Taciz: Berger Polis Teşkilatında Polisin Şiddete Başvurması ve Diğer Kanunsuz Uygulamalara İlişkin 220 İfade' adlı kitabı yayımlamıştır. Bratholm'un bu yayınları üzerine başvurucular pek çok gazetede bu yayınları ve Bratholm'u eleştiren yazılar yayımlamışlardır. Bu yazıların birinde birinci başvurucu Nilsen şunları söylemiştir: 'Böyle bir şeyi ileri sürmek bir hukuk profesörünün şanına yakışmaz. Yapılan suçlamalar tamamen boştur, çünkü tamamı belirsiz kaynaklara dayandırılmıştır. Bunların gerçeklerle hiçbir alakası yoktur'. Temmuz 1988'de Norveç Polis Derneği ve bu derneğin Berger Şubesi, Bratholm'a karşı, kitaplarında bahsettiği bilgilerin geçersiz ilan edilmesini sağlamayı amaçlayan hakaret davası açmıştır. Bunun üzerine Bratholm davacılar aleyhine onların bazı ifadelerinin geçersiz sayılmasını isteyen hakaret davası açmıştır. Diğerleri davalarından vazgeçerken, Bratholm açtığı hakaret davasını geri almamıştır. Yargılama sonunda Mahkeme Ceza Kanunu'nun 247. maddesinin hükmüne göre başvurucuları suçlu bulmuş ve para cezası ile cezalandırmıştır.

Nilsen ve Johnsen davasında Mahkeme, ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu sonuca varırken başvurucular tarafından yapılan açıklamaların, özellikle kitapların yayınlanmasından sonra, bu kitaplarda yer alan bilgilere karşı bir cevap niteliğinde olduğunu belirleyip kendilerinin de aynı tarzda cevap verme hakları olduğu üzerinde durmuştur. Bu bağlamda, başvurucuların, yerel ve ulusal polis derneklerinin seçilmiş temsilcileri olmak sıfatıyla, üyeleri adına görüş belirtiyor olmaları önemliydi ve doğal olarak polisin çalışma metotlarına yöneltilmiş eleştirilere cevap vermenin kurumsal bir görev olduğu görüşündeydiler. Nihayet Mahkeme, her iki tarafın mesleki itibarının söz konusu olduğu ve toplumun ilgi duyduğu konularda böyle hararetli ve sürüp giden kamuoyu tartışması ortamında abartmalara bir ölçüye kadar müsamaha gösterilmesi gerektiği görüşünde olduğunu belirtir.

Throgeir Throgeirson – İzlanda davasında konu polis hakkında yazılan yazılardır. Reykjavik polisinin 1979 ile 1983 yılları arasında kötü muamelede bulunduğuna dair

birçok iddia ortaya atılmıştır. Bu iddialardan sadece 10 tanesi polise ihbar edilmiştir. Son olarak bir gazeteciye yapılan kötü muamele nedeniyle bir polis mahkûm olmuş, bu dava polis ile halk arasında geniş bir tartışma başlatmıştır. Bir yazar olan başvurucu *Throgeir Throgeirson*, gazetede yayınlanan iki uzun makalesinde Reykjavik polisinin kötü muamelelerinden söz etmiştir. Başvurucu makalesinde polislere ilişkin olarak 'hayvanca davranan üniformalılar', 'hayvanca davranan vahşi üniformalılar' gibi terimler kullanmıştır. Başvurucu, kimliklerini belli etmeden polis mensuplarının hepsine hakaret etmekten yargılanmış ve para cezasına mahkûm edilmiştir.

*Mahkeme Throgeir Throgeirson davasında ilk olarak, b*aşvurucunun mahkûm edilmesinin ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu saptar. Bu müdahale 'hukuken öngörülebilir' niteliktedir. Müdahale 'başkalarının hak ve özgürlüklerini koruma' meşru amacına sahiptir. Mahkeme, bu davada ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varırken, ilk olarak, basının halkı bilgilendirmek konusundaki temel rolüne işaret eder. Mahkeme'ye göre, olayda başvurucu yayımladığı makalelerde polisin yaptığı kötü muamelelerle ilgili söylentileri ve başkalarının kendisine verdiği bilgileri dile getirdiği için, ulusal makamların başvurucudan bu iddialarını ispat etmesini istemeleri makul değildir. Olayın şartları içinde başvurucunun amacı Reykjavik polisine hakaret etmek olmayıp, polisin kötü muameleleri ve halkı yakından ilgilendiren bu konuda soruşturma açılmasını istemektir. Mahkeme'ye göre, başvurucu makalelerinde çok sert ifadeler kullandığı halde, kullanılan bu üslup aşırı değildir. Ayrıca başvurucunun cezalandırılması kamuyla ilgili bir konuda yapılan açık tartışmayı kırabilecek niteliktedir. Mahkeme'ye göre, verilen ceza meşru amaçla orantılı olmadığından, demokratik bir toplumda gerekli olmayan müdahale nedeniyle ifade özgürlüğünün ihlali sonucuna varılmalıdır.

Janowski – Polonya davasında gazeteci olan başvurucu, iki belediye zabıtasının işportacılara yaptıkları satış izinsiz olduğu gerekçesiyle bulundukları meydanı terk etmelerini ve tezgâhlarını bir pazar yerinin yakınına taşımalarını emrettiklerini görmüştür. Başvurucu araya girmiş ve görevlilere yaptıklarının hiç bir yasal dayanağı olmadığını ve belediye otoritelerince, görevlilere meydanı temizlemeleri yolunda herhangi talimat verilmediği için yasaları ihlal ettiklerini hatırlatmıştır. Birçok kişinin izlediği bu tartışma sırasında davacı, görevlilere 'hödük' ve 'aptal' olduklarını söylemiştir. Başvurucu, görevlileri sözle tahkir ettiği gerekçesiyle suçlu bulunmuş ve para ile iki yıl hapis cezasına çaptırılmıştır. Daha sonra hapis cezası kaldırılmıştır.

Mahkeme, *Janowski* davasında ifade özgürlüğü hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bu sonuca varırken Mahkeme, ilk olarak, kabuledilebilir eleştirinin sınırları bakımından sıradan bir vatandaş ile kamu görevlileri arasında bir fark olduğunu kabul etmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre, kamu görevlileri için kabuledilebilir eleştiri sınırı, siyasetçiler için kabul edilen eleştiri sınırı kadar geniş değildir. Elbette kamu görevlilerinin her bir kelime ve davranışlarını, siyasetçilerin yaptıkları ve yapmaları da gerektiği gibi, çok açık bir şekilde kamu denetimine açtıkları söylenemez. Mahkeme kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirebilmeleri için toplumun güvenini kazanmaları gerektiğini vurgulayarak görevleri sırasında sözlü saldırılardan korunmaları gerektiğine işaret etmiştir. Mahkeme, başvurucunun belediye görevlilerini eleştirdiği için değil 'aptal' ve 'hödük' ifadelerini kullanarak onlara hakaret ettiği için cezalandırıldığı üzerinde durmuştur. Mahkeme ayrıca, başvurucunun mahkûmiyetine sebep olan aptal ve hödük ifadelerini, belediye görevlilerinin görevleri sırasında bir grup insanın önünde kullandığına dikkat çekmiştir. Mahkeme, belediye görevlilerinin bu konuda belediyenin bir kararına dayanmamakla birlikte genel sağlık koşullarını göz önünde bulundurarak hareket ettiğini belirtmiş ve belediye görevlilerinin sokak satıcılarına karşı olan davranışlarında haklı olduğunu söylemiştir. Mahkeme, davacının sözlerinin, kamuoyunu ilgilendiren konularda açıkça yapılan

fikir alışverişinin bir parçası olmadığı için, bunların basın özgürlüğüyle ilgili bir konu olmadığı düşüncesindedir. Bu nedenle Mahkeme başvurucunun olayda gazeteci değil sıradan bir vatandaş olduğunu belirterek olayı basın özgürlüğü bakımından değerlendirmemiştir. Mahkeme ayrıca, davacıya verilen hapis cezasının da iptal edildiğine dikkat çekerek, taraf devletin ulusal takdir alanını aşmadığına ve bu davada 10. maddenin ihlal edilmediğine hükmetmiştir.

Sade vatandaşlar

Bir ifadeyle kişilik hakları zedelenen kişi sade bir vatandaş ise, Mahkeme değerlendirme yaparken, kişilik haklarının korunmasındaki yarar ile haberin yayınlanmasındaki kamu yararı arasındaki dengeye dikkat etmektedir.

News Verlags GmbH ve CoKG – Avusturya davasında başvurucu, News adlı bir derginin yayıncısı ve editörüdür. 1993 yılı Aralık ayında, bombalı mektup kampanyası, aşırı sağcıların faaliyetleri ve özellikle şüpheli B. gibi konuları içeren özel bir sayı çıkarılmış, daha sonraki bir sayısında bu konularda bir makale yayınlanmıştır. Dergideki haberler sanık B.'nin birçok fotoğrafı ile birlikte okuyucuya sunulmuştur. Özel sayının kapağında B.'nin küçük bir fotoğrafına ve fotoğrafın altında büyük harflerle 'Suçluların Çılgın Dünyası' ifadesine yer verilmiştir. Başlığın altında 'Führer İçin Terör' yazılmış ve sayfanın tamamı B. ile birlikte diğer iki kişinin fotoğrafı ile kaplanmıştı. İkinci sayının kapak sayısına ise 'Naziler ve Mağdurlar' başlığı atılmış ve mağdurların büyük boy fotoğrafları ile B. ve diğer iki kişinin yer aldığı küçük bir fotoğraf yer almıştır. Bir mağdurun 'Suçlularla Karşılaşmak İstiyorum' sözlerine ye verilmiştir. Yerel Mahkeme B.'nin fotoğraflarının makalelerdeki metinlerle ilişkilendirilerek yayımlanmasının B.'yi küçük düşürmekle kalmayıp, masumiyet karinesini de ciddi şekilde ihlal ettiği gerekçesiyle B.'nin fotoğraflarının yayınlanmasının yasaklanmasına karar vermiştir. Bunun üzerine başvurucu şirket ifade özgürlüğünün ihlal edildiği gerekçesiyle Mahkeme'ye başvurmuştur.

News Verlags GmbH ve CoKG kararında Mahkeme, ilk olarak yargılanan kişiye isnat edilen suçları dikkate almış ve bu suçların demokratik toplumun temellerine yönelik politik içerikli suçlar olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre, davaya konu olan haberler Avusturya'daki bazı politikacılara ve kamuoyunda ön planda bulunan diğer kişilere gönderilen ve mağdurların bazılarının ciddi boyutlarda yaralandığı bombalı mektupları kapsamaktadır. Bu nedenle, saldırılar kamuoyunu geniş çapta ilgilendiren haberlerdir. Başvurucu şirketin haberleri aşırı sağcıların faaliyetleri ve özellikle olayın esas suçlusu olduğu şüphesiyle tutuklanan B. ile ilgilidir. B. aşırı sağcı olması nedeniyle bombalı mektup saldırılarından daha önce kamuoyunda tanınmaktadır. Düğün fotoğrafları dışındaki fotoğrafların, B.'nin özel hayatına ilişkin hiçbir ayrıntıyı gözler önüne sermediğini belirten Mahkeme, B.'nin özel hayatının ihlal edildiği yönündeki iddiaları reddetmiştir. Bu davada Mahkeme, B.'nin kişilik haklarının korunmasındaki yarar ile bu fotoğrafların yayınlanmasındaki kamu yararı arasındaki dengeyi kamu yararından yana kullanmıştır. Diğer yandan Mahkeme, basının demokratik toplumda oynadığı kilit role vurgu yapmıştır.

Mahkeme, *Fuentes Bobo – İspanya* kararında, televizyon yapımcısı olan başvurucunun bir televizyon programı sırasında, İspanyol kamu televizyon kanalı yöneticilerine karşı hakaret içeren açıklamalarda bulunduğu için işine son verilmesine ilişkin bir davayı incelemiştir. Mahkeme bu davada başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre olayda, bazı yöneticilere karşı kullanılan 'sülük' gibi terimler, tartışmasız onların saygınlığına zarar vermiş olup bir cezayı haklı kılmıştır. Bununla birlikte dava konusu açıklamalar, başvurucu ile işverenini karşı karşıya getiren bir iş uyuşmazlığı içinde ve konuya ilişkin genel bir tartışma ortamı bağlamında dile getirilmişti. Söz konusu ifadeler çok canlı ve tartışmalı bir televizyon programı sırasında sarf

edilmiştir. Bu açıklamalar bir açık oturumda olduğu gibi o anda sarf edilmiş sözlerden ibaret olup karşılıklı konuşma sırasında dile getirilmiştir. Ayrıca bu ifadeler önce televizyon sunucuları tarafından dile getirilmiş, başvurucu bunları hararetli bu ortamda onaylamıştır. Üstelik ilgililer tarafından hiçbir hakaret davası da açılmamıştır. Mahkeme'ye göre, daha hafif ve daha uygun diğer disiplin cezaları öngörülebileceği halde başvurucuya tazminat verilmeden iş akdinin fesih edilmesi, ulaşılmak istenilen amaçla aşırı orantısızlık oluşturmuştur. Mahkeme bu nedenle başvurucunun ifade özgürlüğünün ihlal edildiğine karar vermiştir.

Kamuya mal olmuş kişiler

Oyuncular, medya önünde sürekli bulunan kişiler gibi bazı kişiler, kamuya mal olmuş kişi kategorisinde değerlendirilebilir. Ancak bu kişilerin kamu tarafından yaygın olarak tanınmaları, onlarla ilgili her bilginin, her tarzda ifşa edilebileceği gibi bir sonuca varılmasına yol açamaz. Bu kişiler de özel yaşama saygı hakkından yararlanırlar. Kamuya mal olmuş kişilerin özel yaşamı ile ilgili yapılan yayınlar konusunda Mahkeme, ifade özgürlüğü ile özel yaşama saygı hakları arasında çatışan menfaatlerin dengesinin bulunması gerektiğini vurgulamıştır. Mahkeme'nin bu konuda temel ilkeleri belirlediği kararı *Axel Springer AG - Almanya* kararıdır.

Bu davada tanınan bir oyuncunun gözaltına alınması ve mahkûmiyetine ilişkin bir haberin yayımlanması söz konusudur. Eylül 2004'te Almanya'da yüksek tirajlı bir günlük gazete, Münih bira festivali sırasında kokain bulundurma suçundan gözaltına alınan tanınmış bir oyuncu hakkında ilk sayfada büyük puntolarla bir haber yayımlamıştır. Bu haber iç sayfalarda konu hakkında daha ayrıntılı bilgiler veren bir makale ve söz konusu oyuncunun üç adet fotoğrafı ile tamamlanmıştır. Bu oyuncunun talebi üzerine, söz konusu makalenin ve fotoğrafların yayınının engellenmesine ilişkin bir tedbir kararı alınmıştır. Kasım 2005'te gazeteyi yayımlayan şirket, hem para cezasına çarptırılmış hem makalenin yayını durdurulmuştur. Aynı gazete bundan dört ay önce, oyuncunun yasadışı uyuşturucu kullandığına ilişkin itirafları üzerine para cezasına çarptırılması hakkında bir haber yayımlamıştır. Bu haber konusunda da oyuncunun talebi üzerine hem yayın yasağı tedbir kararı verilmişti, hem de gazete para cezasına mahkûm olmuştur.

Mahkeme, *Axel Springer AG* davasında söz konusu tedbir kararlarının ve mahkûmiyetlerin ifade özgürlüğü hakkına bir müdahale oluşturduğunu kabul emiştir. Mahkeme'ye göre bu müdahale, başkalarının şöhretini koruma meşru amacını izlemiştir. Müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı konusunda Mahkeme, bu davada ifade özgürlüğü ve özel yaşama saygı hakları arasında çatışan menfaatlerin dengesinin bulunması gerektiğini belirtmiştir. Bu çerçevede, Mahkeme konuyu altı ölçüt açısından incelemiştir:

1) Kamuoyunu ilgilendiren genel yarara ilişkin bir tartışmaya katkı;

2) Hedef alınan kişinin tanınmışlık düzeyi ve yazının amacı;

3) İlgili kişinin yayından önceki davranışı;

4) Bilginin elde edilme yöntemi ve doğruluğu;

5) Yayının içeriği, biçimi ve sonuçları;

6) Yaptırımın ağırlığı.

İlk ölçüt açısından Mahkeme, yazılarda kamuoyu tarafından bilinebilecek yargısal olayların konu edildiğini belirtmiştir. Kamuoyunun bu bilgiye ulaşmasında belirli bir

yararı olduğu kabul edilmelidir. İkinci ölçüt açısından Mahkeme, oyuncunun kamuoyu tarafından önemli ölçüde tanınan bir kişi olduğunu ve bu nedenle "tanınmış bir kişi" ya da "kamuya mal olmuş bir kişi" olarak nitelendirilebileceğini belirtmiştir. Üçüncü ölçüt açısından Mahkeme, bu oyuncunun kamuya açık bir yerde gözaltına alınmış ve yargısal prosedürlere ilişkin birçok ayrıntıyı kendisi ile yapılan röportajlarda kamu ile paylaşmış olduğuna dikkat çekmiştir. Bu nedenle, Mahkeme'ye göre, bu oyuncunun özel yaşamının korunmasına ilişkin "meşru beklentisi" kendiliğinden belirli bir sınırlamaya konu olmuştur. Dördüncü olarak Mahkeme, kamuya açıklanan bilginin nasıl elde edildiği ve güvenirliliği konusunu incelemiştir. Bu çerçevede Mahkeme, gazeteyi yayınlayan şirketin, oyuncunun adını gizli tutmayıp bu bilgileri kamuoyuyla paylaşma kararını verirken kötü niyetle hareket etmediğini belirtmiştir. Yazılara konu olan bilgiler doğrudur ve savcılıktan aktarılan verilere dayanmaktadır. Yayınlanan makalenin içeriği, biçimi ve sonuçları açısından Mahkeme, yazıların oyuncunun özel yaşamına ilişkin ayrıntıları ifşa etmediğini ve sadece oyuncunun gözaltına alındığı süreçle ilgili bilgiler aktarmakla yetindiğini belirtmiştir. Yazılar oyuncuya dönük herhangi bir hakaretamiz ifade ya da temelsiz iddia içermemektedir. Ayrıca bu yazıların oyuncu üzerinde ciddi sonuçlarının olduğu da ortaya konamamıştır. Altıncı ve son ölçüt açısından ise Mahkeme, her ne kadar yaptırım hafif olsa da, yukarıdaki değerlendirmelerin ışığında bu yaptırımın caydırıcı bir etkisinin olacağını vurgulamıştır. Bu gerekçelerle Mahkeme, 10. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

J. Campany Diez de Revenge ve J.L. Lopez Galiacho Perona - İspanya davasına konu olan olayda, bir gazete yöneticisi ve bir gazetecinin, iki tanınmış kişinin özel yaşamına ilişkin fotoğraflarının bulunduğu bir yazının yayınlanması üzerine mahkûm edilmeleri hakkındadır. Mahkeme, bu kişilerin toplumda tanınmış olmalarına rağmen, dava konusu röportajın, söz konusu kişilerin tamamen özel yaşamlarına ilişkin yönlerini esas alması nedeniyle, toplum için herhangi bir genel yarar sağlamalarının mümkün olmadığı sonucuna varmıştır. Bu nedenle Mahkeme başvurucuların ifade özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna ulaşmış ve başvuru kabul edilemez bulunmuştur.

Yargı erkinin otorite ve tarafsızlığı

Basının bir hukuk devletinde çok önemli bir rolü ve görevi vardır. Başkalarının şöhretine zarar vermeme gibi aşılmaması gereken bazı çizgiler olsa da, basına ödev ve sorumluluklarına saygı içinde, siyasal sorunlar ya da diğer kamuyu ilgilendiren konularda bilgi ve görüşleri iletme görevi düşmektedir. Halkı ilgilendiren konulardan birisi de, kuşkusuz bütün demokratik toplumlar için temel bir kurum olan yargının işleyişidir. Basın, siyasal sorumluların ve halkın, yargıçların yüksek sorumluluklarını kendilerine verilen göreve uygun olarak yerine getirip getirmedikleri konusunda bilgi almak için temel araçtır. Bu bağlamda, görülmekte olan ya da sonuçlanmış bir dava hakkında basının bilgi vermesinin engellenmesi ifade özgürlüğüne ağır bir müdahale oluşturur. Ayrıca bu konuda basına getirilen kısıtlamalar, ancak bunların gerekliliğinin kanıtlanmış olması halinde haklı görülebilir.

Diğer yandan, yargı erkine demokratik toplumlarda verilen özel görev de dikkate alınmalıdır. Adaletin güvencesi ve hukuk devletinin asli değeri olarak yargı, halkın güvenine ihtiyaç duyar. Yargıcın görevini ve mesleki sorumluluklarını yerine getirirken kendini ifade edemediğinden, yargıyı ciddi temeli olmayan yıkıcı saldırılara karşı korumak gerekebilir (*Prager ve Oberschlick, §34*).

Mahkeme, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında geçen "yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının güvence altına alınması" ifadesinin Sözleşme'deki anlamıyla anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, hukuk devletinin temel ilkesini yansıtan Sözleşme'nin

6. maddesi dikkate alınmalıdır. "Yargı erki" terimi, adalet mekanizmasını veya devletin yargı kolunu kapsadığı gibi, görevleri nedeniyle yargıçları da kapsar. "Yargı erkinin otoritesi" deyimi mahkemelerin, hak ve yükümlülüklerin tespiti ve uyuşmazlıkların çözümünde, halkın kabul ettiği anlamıyla uygun birer organ oldukları düşüncesini içerir; dahası, halkın büyük kısmı bu işlevi yerine getirmelerinden dolayı yargı organlarına saygı duyar ve güvenir (*Sunday Times*, *§55*). "Yargı erkinin otoritesi", özellikle ceza yargılamasında sanığın suçluluğuna ya da masumiyetine karar verebilmesini içerir. Bu bağlamda, yargı erkinin otoritesinin temel güvencesi, mahkemelerin ceza yargılaması başta olmak üzere, yargılanan kişilere güven verebilmesidir (*Kyprianou*, *§172*).

Avukatlar, yargının işleyişinde yargılanan kişiler ile mahkemeler arasında aracı bir rol oynadıkları için, çok büyük öneme sahiptirler. Bu nedenle barolar, kendi üyelerine uymaları gereken bir dizi kurallar koyarlar. Avukatların bu kilit rolü nedeniyle, onlardan da adaletin iyi işlemesine katkıda bulunmaları ve kamuya güven vermeleri beklenir (*Kyprianou*, *§173*).

Basın, ifade özgürlüğünün korunması için temel bir rol oynar. İfade özgürlüğüne ilişkin temel ilkeler, toplum yararına hizmet eden ve iyi bilgilendirilmiş bir kamuoyunun ya da halkın işbirliğini gerektiren adaletin dağıtılması alanına da aynı ölçüde uygulanır. Mahkemelerin boşlukta çalışmadıkları genel kabul gören bir olgudur. Mahkemeler, uyuşmazlıkların çözümünde bir forum durumundadırlar, ama bu demek değildir ki, uzmanlaşmış dergilerde, genel basında ya da halk arasında uyuşmazlıklar önceden tartışılamaz. Dahası, basın yayın organları aşmamaları gereken kimi çizgiler bulunmakla birlikte, kamu yararının bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, mahkemelerin önüne gelmiş sorunlarla ilgili haber ve düşünceleri vermekle yükümlüdürler. Sadece basın yayın kuruluşları bu tür haber ve düşünceleri vermekle görevli değildir, halkın da bu haber ve düşünceleri edinme hakkı vardır (*Sunday Times*, *§65*).

Mahkeme'nin yargı alanında en önemli kararlarından biri, *Sunday Times – Birleşik Krallık* kararıdır. Bu kararında Mahkeme, bir yazının yayınlanmasını engelleme şeklindeki yargısal tedbirin, 10. maddeyi ihlal edip etmediğini incelemiştir. Davaya konu olan olayda, "Thalidomide" adlı bir ilacın yan etkileri sonucu doğan sakat çocukların ailelerinin tazminat talepleriyle ilgili yargı süreci devam ederken, gazetelerde ilaç şirketin tazminat konusundaki tutumunu eleştiren yayınlar yapılmıştır. Başvurucu gazete Sunday Times, ilaç şirketinin hukuki ve ahlaki sorumluluğuna işaret eden ve dolayısıyla ödemesi gereken tazminat miktarını artırmasını isteyeceği bir yazı yayınlayacağının spotunu verir. İlaç şirketi, böyle bir yazının yayınlanması halinde yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının zarar göreceği düşüncesiyle bu yayının engellenmesi için mahkemeden tedbir kararı istemiş ve almıştır.

Konu Mahkeme önüne geldiğinde, Mahkeme bu davada ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, konu halkı çok yakından ilgilendiren bir konudur, bu nedenle kamuoyunun ve trajedinin mağdurlarının bu konunun detayları hakkında bilgi sahibi olmaları onların en temel haklarından biridir. Mahkeme'ye göre, bu kişiler kendileri için çok önemli olan bu haberlerden ancak haberin yayılmasının "yargı erkinin otoritesi"ne bir tehdit oluşturduğu mutlak bir kesinlikle kanıtlanması halinde yoksun bırakılabilirler. Mahkeme, davanın bütün koşullarını göz önünde tutarak söz konusu müdahalenin Sözleşme'deki ifade özgürlüğünün kamu yararına daha ağır basan yeterli bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmediği sonucuna varmıştır.

P4 Radyo Helge Norge Asa – Norveç davasında Mahkeme, bir duruşmanın canlı olarak yayımına izin verip vermeme konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme, ilk olarak Avrupa devletleri arasında bu konuda belirgin bir

ortak yaklaşımın olmadığını hatırlatmıştır. İkinci olarak, canlı yayının duruşmanın gidişatını etkileyebileceğini belirtmiştir. Duruşmada dinlenen taraflar ya da tanıklar özellikle kamuoyunu etkilemek amacıyla davranışlarını değiştirebilirler. Bu nedenle, Mahkeme'ye göre bir duruşmanın canlı yayınlanması talebini reddeden ulusal makamlar, 10. maddenin kendilerine tanıdığı takdir yetkisini aşmamışlardır.

Saday – Türkiye davasına konu olan olayda, anayasal düzeni yıkma isnadı ile yargılanan başvurucu, savunmasını yaparken "devlet, cüppeli cellâtlar tarafından öldürülmemizi istiyor", "faşist diktatörlük beni şimdi bir D.G.M. önünde yargılamak istiyor" gibi ifadeler kullanmış ve yargılamanın bütününü reddeder bir tavır içinde savunma yapmıştır. Bu ifadeler, ilgili mahkeme tarafından görevi sırasında yargıca hakaret olarak nitelenmiş ve başvurucuya altı ay hücre hapsi cezası verilmiştir. Mahkeme, bu davada Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre başvurucuya mahkemeye saygısızlıktan verilen ceza, 'yargı erkinin otorite ve tarafsızlığını sağlama' meşru amacına sahip olabilir. Ancak Mahkeme'ye göre, bu yaptırım demokratik toplumda gerekli değildir. Mahkeme, bu ifadeleri başvurucunun savunmasının bir parçası olarak değerlendirmiş ve başvurucunun ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamanın başvurucunun savunma hakkını da sınırlayabilecek bir sonuç doğurabileceğinin altını çizmiştir. Oysa Mahkeme'ye göre adil yargılama ilkesi, taraflar arasında serbest, hatta enerjik bir görüş alışverişini gerekli kılmaktadır. Bu nedenle, bir yargılama sırasında sanığın ifade özgürlüğüne getirilen sınırlamalar dar yorumlanmalıdır (*§34*). *Saday* davasında Mahkeme'ye göre, sanığın ifadeleri görevi sırasındaki yargıç ve savcıların onuruna dönük bir saldırı olarak görülebilir. Ancak bu olayda en üst sınırdan verilen ceza, izlenen meşru amaçla orantılı değildir.

Barfod – Danimarka davasında Mahkeme, bir mahkeme heyeti içinde meslekten yargıç olmayan üyeler hakkında yapılan ve bu yargıçların tarafsız olmadıkları yönünde getirilen dayanaksız ağır eleştirilere karşı para cezası verilmesini ifade özgürlüğüne aykırı görmemiştir. Mahkeme'ye göre, ilgili yargı heyetinin oluşumunda söz konusu yargıçlara dayanaksız iddialar ortaya atmadan da eleştiri getirmek mümkündür. Bu nedenle Mahkeme'ye göre, meslekten olmayan iki yargıcın itibarını koruma konusunda devletin menfaati, bu mahkeme heyetinin yapısal tarafsızlığı sorunu hakkındaki aleni tartışmaya serbestçe katılabilmesi şeklindeki menfaatiyle çelişmemektedir.

Avukatlar, adaletin işleyişinde kilit bir rol oynarlar. Mahkeme içtihadı, avukatların yargılama süreci içindeki ifade özgürlüğünü de güvence altına almaktadır. *Kyprianou – Kıbrıs* davasında başvurucu, bir öldürme davasında sanığı temsil eden bir avukattır. Duruşmada polis olan bir tanığın dinlenmesi sırasında başvurucu, bu tanığa birçok soru yöneltmiştir. Ancak bu soruları yargıçlar tarafında kesilmiştir. Başvurucu bu müdahaleye itiraz etmiş ve kendisi tanığa soru sorarken yargıçların kendi aralarında konuştuklarını, aralarında kâğıtlar gezdirdiklerini belirtmiştir. Bu ifadeleri mahkeme otoritesine saldırı olarak gören ceza mahkemesi, başvurucuya beş gün hapis cezası vermiştir. Mahkeme, bu davada ifade özgürlüğünün ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucu avukatın duruşma sırasındaki davranışlarında bir saygısızlık olsa da, ifadeleri tamamen duruşmanın yönetilme tarzına ve özellikle bir tanığın sorgusuna ilişkindir.

Nikula – Finlandiya davasında başvurucu bir avukattır ve 1992-1993 yılları arasında ceza mahkemeleri önünde sanık olarak yargılanan bir kişiyi savunmaktadır. Başvurucunun temsil ettiği sanıkla birlikte yargılanmış olan eski bir sanık, savcı tarafından tanıklık yapmak için yerel mahkemeye çağırılmıştır. Başvurucu ise, bu işlemi bir "manipülasyon ve kanıtların yasadışı yollarla sunulması" olarak nitelendirmiştir. Yargılama neticesinde başvurucunun müvekkili mahkûm olmuştur. Başvurucu hakkında ise, yargılama sırasında kullandığı ifadelerden ötürü hakaret davası açılmış ve para cezasına çarptırılmıştır.

Mahkeme bu davada, resmi görev yapan memurlara karşı kabul edilebilir eleştiri sınırlarının sade kişilere göre daha geniş olduğunu belirtmiştir. Ancak bu memurların davranışlarının, tıpkı politikacılar gibi, sürekli denetim altında olacağı ve bu nedenle her türlü eleştiriye göğüs germeleri gerektiği anlamına gelmemektedir. Aksine görev başındaki memurların sözlü hakaret mahiyetindeki saldırılara karşı korunması gereklidir. Mahkeme'ye göre, bu davada bu tarz hakaret içeren bir saldırı söz konusu değildir. Başvurucunun temel eleştirisi, sert de olsa, savcının dava devam ederken seçtiği yöntem hakkındadır. Bu çerçevede savcının mesleki veya diğer nitelikleri hedef yapılmamıştır. Bu nedenle Mahkeme'ye göre, savcı bu eleştirileri hoşgörü ile karşılamalıdır. Bu sonuca varırken Mahkeme, bu ifadelerin medya önünde değil, sadece duruşma salonunda söylenmiş olduğunu da vurgulamıştır. Nitekim Mahkeme'ye göre ancak çok istisnai hallerde savunma avukatının ifade özgürlüğüne getirilen bir sınırlama kabul edilebilir.

ÖNEMLİ KARARLAR

07.12.1976 5493/72 HANDYSİDE - BİRLEŞİK KRALLIK

♦ *müstehcen yayın—kitap toplatma* (iki Danimarkalı yazar tarafından yazılan ve Avrupa'nın bir çok ülkesinde serbestçe yayımlandıktan sonra İngilizceye çevrilip İngiltere'de yayımlanan 'küçük kırmızı ders kitabı' adlı on iki ile on beş yaş arası çocuklara hitap eden kitapta yer alan bazı paragraflar nedeniyle kitabın toplatılması) ■ ifade özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu Richard Handyside, 1968'de Londra'da açtığı "Stage 1" adlı yayıncılık firmasının sahibidir. Handyside, başka kitapların yanı sıra, (bundan sonra "Ders Kitabı" diye geçecek olan) dava konusu Küçük Kırmızı Ders Kitabı'nın ilk baskısını ve 15 Kasım 1971'de çıkan gözden geçirilmiş baskısını yayınlamıştır.

Başvurucu Eylül 1970'te, Danimarkalı yazarlar Soren Hansen ve Jesper Jensen'in yazdığı Ders Kitabı'nın İngiltere'de yayın hakkını alınmıştır. İlk kez 1969'da Danimarka'da yayınlanan bu kitap, çevrildikten ve belirli uyarlamalar yapıldıktan sonra ardarda Belçika'da, Finlandiya'da, Fransa'da, Federal Alman Cumhuriyeti'nde, Yunanistan'da, İzlanda'da, İtalya'da, Hollanda'da, Norveç'te, İsveç'te, İsviçre'de ve Avrupa dışındaki birçok ülkede yayınlanmıştır. Kitap, ayrıca Avusturya ve Lüksemburg'da serbestçe dağıtılmıştır.

Başvurucu, kitabın İngilizceye çevirisi bitirildikten sonra bir grup öğrenci ve öğretmenin yardımıyla kitabı Birleşik Krallık için baskıya hazırlamıştır.

Yargılama

22 Mart 1971'de Daily Mirror, 28 Martta The Sunday Times ve Sunday Telegraph gazetelerinde kitabın içeriğini anlatan yazılar yayınlanmıştır. Daily Telegraph gazetesi 29 ve 30 Martta bu konuda daha ayrıntılı bilgi vermiştir. Bu gazeteler ayrıca, kitabın yayınlanmasına karşı dava açılmasını talep eden şikâyetlerin savcılıklara başvurubileceklerini belirtmişlerdir. Aşağıda anlatılan el koyma olayı sırasında ve bunu izleyen günlerde basında Ders Kitabı'nın lehinde ve aleyhinde bazı yorumlar yer almıştır.

Kitap hakkında bir kaç şikâyet alan savcılık, 30 Mart 1971'de Londra Polisinden inceleme yapmasını istemiştir. İncelemelerin sonucunda savcı, 31 Mart 1971'de, 1959/1964 tarihli Müstehcen Yayınlar Yasasının 3. maddesine göre, Stage 1'in Londra'daki tesislerinde arama yapmak üzere yetikili mahkemeden bir arama izni talep etmiştir. Ders Kitabını inceleyen mahkeme, başvurucunun yokluğunda ama İngiliz hukukundaki usule uygun olarak arama izni vermiştir. Aynı gün arama yapılmış ve kitabın 1,069 nüshasına, yayın ve satışıyla ilgili broşürlere, posterlere, kartlara ve yazışmalara geçici olarak el konulmuştur.

Başvurucu, avukatlarının tavsiyesine uygun olarak, sonraki günlerde kitabın nüshalarını dağıtmaya devam etmiştir. Arama yapıldıktan sonra kitabın diğer nüshalarının Stage 1'in tesislerine taşındığını haber alan savcı, 1 Nisan 1971'de, yukarıda belirtilen benzer koşullarla, aynı tesislerde ve kitabın basıldığı tesislerde arama izni için yeniden mahkemeye başvurmuş ve bu izni almıştır. Ertesi gün Stage 1'in tesislerinde bulunan 139 nüshaya, basımevinde bulunan 20 bozuk nüshaya ve ayrıca kitapla ilgili yazışmalara ve kitabın matrisine el konulmuştur. Toplam 20 bin nüshanın ele geçirilemeyen 18.800 adedi, daha sonra okullara ve siparişte bulunan yerlere satılmıştır.

8 Nisan 1971'de bir Sulh Mahkemesi, 1964 tarihli Müstehcen Yayınlar Yasasının 1(1). fıkrasıyla değiştirilen 1959 tarihli Müstehcen Yayınlar Yasasının 2(1). fıkrasına göre, aşağıdaki fiillerden ötürü başvurucuya iki celpname göndermiştir:

(a) 31 Mart 1971'de, kazanç sağlamak için yayınlanmış "Küçük Kırmızı Ders Kitabı" adlı 1.069 adet müstehcen kitabı tasarrufunda bulundurmak;

(b) 1 Nisan 1971'de, kazanç sağlamak için yayınlanmış 'Küçük Kırmızı Ders Kitabı" adlı 139 adet müstehcen kitabı tasarrufunda bulundurmak.

Her iki celpname aynı gün başvurucuya tebliğ edilmiştir. Bunun üzerine başvurucu kitabın dağıtımını durdurmuş ve kitapevlerini durumdan haberdar etmiş, ancak bu sırada 17 bin dolayında kitap da piyasaya çıkmıştır.

Celpnamelerde başvurucunun 28 Mayıs 1971 günü Clerkenwell Sulh Mahkemesi'nde bulunması istenmiştir. Ancak Savcının başvurusu üzerine dava 29 Hazirana ertelenmiştir. Bu tarihte başvurucu, davanın nakledildiği Lambeth Sulh Mahkemesi'ne gelerek, davanın bir iddianameyle açılıp bir yargıç veya jüri tarafından karara bağlanması yerine, basit yargılama usulüne göre bir sulh hâkimi tarafından görülmesine rıza göstermiştir. Başvurucu, mali güçsüzlüğünün ve Hükümetin reddetmesine rağmen iddianameli usulde var olduğunu iddia ettiği gecikmelerden kaçınma ihtiyacının, böyle bir tercihi dayattığını ileri sürmüştür. Kendisine adli yardım sağlanan başvurucu, bir avukat tarafından temsil edilmiştir. 1 Temmuz 1971'de, iddia ve savunma tanıkları dinlendikten sonra, başvurucu iki fiilden de suçlu bulunmuş ve her bir fiilden 25 Pound para cezasıyla mahkûmiyetine ve yargılama masrafları için 110 Pound ödemesine karar verilmiştir. Mahkeme aynı zamanda kitapların polis tarafından imhası için kitaplar üzerinde hak kaybına karar vermiştir.

Londra Polisi 10 Temmuz 1971'de başvurucunun avukatından her iki mahkûmiyet kararının temyiz edildiğine dair tebligat almıştır. Temyize gerekçe olarak, "mahkûmiyet için delillerin yetersizliği ve kararın usule aykırılığını" ileri sürülmüştür. Temyiz başvurusu, 20, 21, 22, 25 ve 26 Ekim 1971 günleri "Inner London Quarter Session" Mahkemesi (Üç ayda bir toplanan Sulh Mahkemesi) tarafından ele alınmıştır. Bu duruşmalarda tanıklardan bir kısmı iddia makamının bir kısmı da başvurucunun lehine ifade vermişlerdir. Mahkeme 29 Ekim 1971'de verdiği kararda, ilk kararın onaylanmasına ve başvurucunun dava masrafı olarak 854 Pound daha ödemesine hükmetmiştir. Yukarıda anlatıldığı gibi el konulan materyal daha sonra imha edilmiştir.

Başvurucu, 29 Ekim 1971 tarihli kararda İngiliz hukukunun doğru uygulanmadığını ileri sürmediği için, Üst Mahkemeye başvuruda bulunma hakkını kullanmamıştır.

Ders Kitabı hakkında Kuzey İrlanda'da, Channel Adaları'nda ve Man Adası'nda dava açılmamışken, İskoçya'da ise durum tersinedir.

Glasgow'daki bir kitapçı, kitap yüzünden yerel bir yasaya göre suçlanmıştır. Ancak, kitabın yasadaki anlamda ahlaka aykırı ve müstehcen olmadığını kabul eden hâkim, 9 Şubat 1972'de beraat kararı vermiştir. Ancak bu davanın, kitabın ilk baskısı mı, yoksa gözden geçirilmiş baskısı hakkında mı olduğu dosyadan anlaşılamamaktadır.

Bundan başka, İskoçya hukukuna göre kitabın gözden geçirilmiş baskısı hakkında Stage 1 firması aleyhine şikâyette bulunulmuştur. Bu şikâyet 8 Aralık 1972'de Edinburgh Mahkemesi tarafından sanığın gerekli suç işleme kastına (mens rea) sahip olmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Ocak 1973'te mali savcı bu kararı temyiz etmeyeceğini açıklamıştır. Ayrıca, Handyside hakkında ceza davası açma hakkını da kullanmamıştır.

Ders kitabı

Tanesi 30 pens olan kitabın İngilizce ilk baskısı toplam 208 sayfadır. Kitap, "Bütün Yetişkinler Kâğıttan Kaplandır" başlıklı bir giriş ve "İngilizce Baskıya Önsöz"den sonra, şu kısımları içermektedir: Eğitim, Öğrenim, Öğretmenler, Öğrenciler ve Sistem. Öğrenciler hakkındaki kısmın "Seks" ile ilgili 26 sayfalık bölümü, şu alt bölümleri kapsamaktadır: Mastürbasyon, Orgazm, Sevişme ve Cinsel İlişki, Gebeliği Önleyiciler, Cinsel Rüyalar, Adet Görme, Çocuk Mütecavizleri veya "Kirli Yaşlı Erkekler", Pornografi, İktidarsızlık, Eşcinsellik, Normal olan ve Normal Olmayan Şeyler, Daha Fazla Öğrenme, Zührevi Hastalıklar, Kürtaj, Yasal ve Yasal Olmayan Kürtaj, Hatırlayalım, Kürtaj Yöntemleri, Cinsel Konularda Yardım ve Tavsiye için Adresler. Girişte şöyle denilmektedir: "Bu kitap bir başvuru kitabıdır. Okuyup geçmeyeceğinizi, ilgilendiğiniz veya daha fazla öğrenmek istediğiniz konularda aradıklarınızı bulmak ve okumak için kullanacağınızı umarız. İlerici bir okulda olsanız bile, kitapta bilginizi artırıcı birçok düşünce bulacaksınız."

"Inner London Quarter Session" Mahkemesi kararı

Üst Mahkeme yargılama sırasında, özellikle psikiyatri ve eğitim gibi çeşitli alanlarda uzman olan, iddia makamının gösterdiği yedi, başvurucunun gösterdiği dokuz tanığı dinlemiştir. Tanıklar birbirlerinden çok farkıl görüşler ifade etmişlerdir.

Üst Mahkeme başlıca iki sorunu incelenmiştir: Birincisi, Ders Kitabı'nın 1959/1964 tarihli Yasa anlamında müstehcen bir eser olduğunun kamu makamları tarafından makul bir kuşkuya yer bırakmayacak biçimde kanıtlanıp kanıtlanmadığı; kanıtlandıysa, ikinci olarak, 1959/1964 tarihli Yasanın 4. maddesine göre menfaatler dengesi bakımından, başvurucunun yaptığı savunmada kitabın yayınlanmasında kamu menfaati bulunduğunu gösterip gösteremediğidir.

Mahkeme önce müstehcenlik sorununu ele almıştır. Başka bir davada verilen bir kararı örnek alan mahkeme, bu olayda da, eseri okuması muhtemel kişinin okuduklarını belirli bir oranda gerçekleştirmek isteyeceğine ikna olması gerektiğini kaydetmiştir. Bu mahkeme ayrıca, "baştan çıkarma ve ayartma" sözcüklerinin anlamını, başka bir davada açıklandığı anlamıyla kabul etmiş ve bu anlam taraflar arasında bir uyuşmazlık konusu olmamıştır.

Üst Mahkeme 29 Ekim 1971 tarihli kararında, şu ya da bu yolla kitaptan etkilenebilecek çocukların görgülerinde hemen hemen sonsuz ölçüde çeşitlilik bulunduğuna, bu nedenle bu davada "kesin gerçekler"den bahsetmenin güç olduğuna işaret etmiştir. Başvurucunun dinlettiği tanıklar, çocukların eğitim ve yetiştirilmesi konusuna çok değişik bir görüşün uç bir noktasından yaklaşmışlardır. İddia makamının dinlettiği tanıklar ise tam tersi eğilimde, ama daha az radikal olanların görüşlerine yaklaşmışlardır. Mahkeme başvurucunun lehine olan delilleri incelerken, tanıkların bir çoğunun genel olarak kitaba karşı eleştiriden uzak ve övgülerinde ölçüsüz olmalarının, kendilerini olması gerekenden daha az inandırıcı kıldığı sonucuna varmıştır. Özetle mahkeme, tanıkların bir çoğunun, sorumluluk duygusuyla kanaatlerini belirtme gücünden kendilerini yoksun bırakacak ve bu konuda verdikleri ifadeleri değersizleştirecek kadar aşırı bir görüş çerçevesinde, tek yanlı olduklarını kabul etmiştir.

Üst Mahkeme ilk önce, Ders Kitabı'nın, gelişimlerinin çok önemli bir aşamasından geçen çocukları hedeflediğini saptamıştır. Böyle bir durumda mahkemeler, önemli bir sorumluluğu yerine getirmelidir. Bu davanın konusu olan eser, alternatif görüşlerin de bulunduğunu belirtmeyen ve farklı görüşlerin hakkını vermeyen, tam anlamıyla yetişkinlere hitap eden, uç türde bir eserdir. Bu durum, bu kitapta verilen bazı keskin tavsiyeler hakkında çocukların dengeli bir görüş oluşturma olanaklarını azaltmaktadır.

Üst Mahkeme kitabın ardalanını da kısaca incelemiştir. Kitaba bir bütün olarak bakıldığında, örneğin evliliğin büyük ölçüde ihmal edildiği görülmektedir. Tek yanlı bir görüşün olaylarla kaynaştırılması ve bunların dayanak olarak gösterilmesi, kitapta yeterince yer verilmeyen, ancak insana sorumluluk ve sınırlılık duygusu kazandıran aile, kilise ve gençlik örgütleri gibi bir çok etkenin gücünü çok sayıdaki çocuğun gözünde zayıflatacaktır.

Üst Mahkeme, çocuğun düzeyinden baktığında ise, Ders Kitabı'nın bir bütün olarak iyi öğretmen-çocuk ilişkisine muhalif olduğu, özellikle öğretmenler ve çocuklar arasında bulunan sadece otorite ilişkisi değil, güven ilişkisi bakımından da yıkıcı sayılabilecek pek çok pasajın yer aldığı sonucuna varmıştır.

Baştan çıkarma ve ayartma sorununa geçen mahkeme, kitabın içeriğinde kişinin topluma ve kendisine karşı sorumluluk duyması gereğinin bütünüyle eksik olmadığını; ancak bunun tamamıyla ikinci derecede bırakıldığını kabul etmiştir. Mahkeme, kitapta baştan çıkarma ve ayartma eğilimi bulunduğunu göstermek için, aşağıdaki alıntıya dayanmıştır:

A. "Kendi Başınıza" başlıklı pasaj (s.77):

"Belki uyuşturucu kullanıyorsunuz, kız veya erkek arkadaşlarınızla yatıyorsunuz. İster cesaret edemediğiniz için, isterse sadece gizlemek istediğiniz için olsun, ailenize ve öğretmenlerinize bunu söylemeyin.

Gerçekten yapmak istediğiniz şeyler için utanma veya suçluluk duygusu duymayın. Aileniz ve öğretmenleriniz bu yaptıklarınızı kabul etmeyecekleri için, aslında bunların doğru olduğunu düşünün. İlerideki yaşamınızda bu türden şeyler, onaylanmış şeylerden daha önemli olacaktır."

İtiraz konusu nokta, uyuşturucu kullanmanın yasadışı olduğunun burada belirtilmeyip, kitabın daha sonra, tamamıyla başka bir bölümünde belirtilmiş olmasıdır. Aynı biçimde, on dört yaşından küçük erkek ve on altı yaşından küçük kızla cinsel ilişki kurmanın yasadışı olduğuna dair bir ifade bulunmamaktadır. Ders Kitabı'nın bir kaynak kitap olarak tanıtıldığı ve bir kimsenin böyle bir kitabı bütünüyle okumaktan çok, aradığı bir bölüme bakacağı hatırlanmalıdır.

B. "Seks" ana başlığı altındaki "Cinsel ilişki ve sevişme" başlıklı pasaja (s.97-98) gelince: Mahkemenin, okuyacakları düşünülen küçük yaştaki çocukların önüne, sınırları ve mantıksızlıkları hakkında hiçbir uyarıda bulunmaksızın şu pasajı koymak, baştan çıkarma ve ayartma sonucu verir.

C. "Pornografi" (s.103-105) başlığı altında, özellikle şu pasajı okuyalım:

"Porno eğer ciddiye alınmazsa ve gerçek bir yaşam olduğuna inanılmazsa, zararsız bir zevktir. Pornoyu gerçek yaşamla karıştıran bir kimse, önemli ölçüde hayal kırıklığına uğrayacaktır.

Fakat pornodan bazı olumlu düşünceler edinmeniz ve daha önce denemediğiniz ve size ilginç gelen bazı şeyleri bulmanız da mümkündür."

Makul ve duyarlı olan birinci paragrafı ne yazık ki, pornoda benimseyebilecekleri türden bazı olumlu düşünceler bulabileceklerini çocuklara telkin eden ikinci paragraf izlemektedir. Bu paragraf, önemli sayıda çocuğun böyle şeyleri aramak ve uygulamakla kendilerini yükümlü hissetmeleri ihtimalini doğurmaktadır. Dahası, bir önceki sayfada şu pasaj yer almaktadır: "Ancak başka çeşitleri de vardır. Örneğin, hayvanlarla cinsel ilişki resimleri ya da değişik yollarla birbirlerine acı veren insanların resimleri gibi. Pornografik öyküler aynı türdeki şeyleri anlatır". Bu mahkemeye göre, bu ifadenin bir sonucu olarak genç insanların hayvanlarla cinsel ilişkiye girme suçlarını işleyebilecekleri umulmasa bile, bu pasajın, yaşamlarının henüz sıkıntılı ve oturmamış, cinsel yönden en heyecanlı

döneminde bulunan çocukların eline geçmesi durumunda, cinsel tatmin için birbirlerine başka biçimlerde zarar verici eylemde bulunmaları ihtimali vardır. Uyuşturucu kullanmak da olduğu gibi, on dört yaşından küçük erkekler ile on altı yaşından küçük kızların cinsel ilişkide bulunmaları da pekala suç sayılır. "Baştan çıkarma ve ayartma" ifadesi, bu türden suçların işlenmesini kabul ve teşvik etmeyi de kapsamalıdır.

Üst Mahkeme'ye göre, "kitap bir bütün olarak değerlendirildiğinde, cinsellik hakkındaki bölüm veya gençler üzerine bölüm ya da kısım, hangisi seçilirse seçilsin, bunu okuma olasılığı bulunan önemli sayıda çocuğun, baştan çıkarılmaya ve ayartılmaya yönlendirildiği" sonucuna varmış; ve bunu okuyacak çocukların önemli bir kısmının on altı yaşından küçük çocuklar olacağını düşünmüştür.

Üst Mahkeme son olarak, 1959/1964 tarihli Yasaya göre savunma konusunu ele almıştır. Mahkeme, kitapta kendi başına ele alındığında birçok iyi kısmın bulunduğunu, iyinin kötü şeylerle karıştırılmış ve iyinin değerinin azaltılmış olmasının bir talihsizlik olduğunu belirtmiştir.

Örneğin, gebeliğin önlenmesi hakkındaki bilgilerin çoğu (s.98-102), başka yoldan bunu edinemeyen çok sayıdaki çocuğun önüne konulması gereken, uygun ve gerekli bilgilerdir. Ancak bu konudaki bilgi, her okulda gebeliği önleyici en az bir araç satılmasına izin vermeyen okul yöneticilerine karşı doğrudan tavır almanın tavsiye edilmesiyle (s.101) bozulmuştur.

Bunun gibi, eşcinsellik konusundaki düşünceler de (s.105-107), olaylara dayanan, sevecen, anlaşılabilir ve değerli ifadelerdir. Ancak iyi niyetle değerlendirilse de, konunun yeri, bağlamı ve cinsel ilişki bakımından sadece istikrarlı olan ilişkinin önerilip bunlar arasında evliliğin yer almaması, bu bölümün değerini düşürmektedir. Dahası bu pasajda, çocukların kafasında eşcinsel ilişkinin sürekli bir ilişki olduğu sonucunu yaratabilecek türden gerçek bir tehlike bulunmaktadır.

Yine zührevi hastalıklar (s.110-111), gebeliğin önlenmesi (s.98-102) ve kürtaj (s.111-116) ile ilgili bölümlerde, tarafsız ve makul, bir bütün olarak tamamıyla doğru ve gençlerden sakınılmaması gereken bir dizi tavsiyeyi içeren pasajlar bulunmaktadır. Ancak bu pasajlar, yararların dengelenmesi bakımından, baştan çıkarma ve ayartma eğilimi bulunduğuna mahkemeyi ikna eden görüş karşısında daha ikna edici değildir. Mahkeme, kitabın yayınlanması halinde bir ölçüye kadar meydana gelebilecek ahlaksızlığı da hesaba katarak, Ders Kitabı'nın yayınlanmasında kamu yararı bulunup bulunmadığını da kendine sormuştur. Mahkeme başvurucunun, "söz konusu eserin yayınlanmasında kamu yararı bulunduğunu gösterme yükümlülüğünü" yerine getirmediği sonucuna varmıştır.

Başvurucu temyiz duruşmasında bu kitabın 12 ve daha yukarı yaşlardaki çocuklar için düşünüldüğünü söylediği halde, kitabın dağıtımını olağan kitap satış kanallarıyla yapmayı planlamıştır.

Daha başka kovuşturmaya maruz kalmak istemeyen başvurucu, ilk baskının temyiz yargılaması henüz sürerken, Ders Kitabı'nın gözden geçirilmiş baskısı ile ilgili olarak avukatlarına danışmıştır; Savcıya da danışmak istemiş ise de bu girişimi sonuçsuz kalmıştır. Başvurucu, kitabın iddia makamı tarafından Sulh Mahkemesi önünde suçlanan bölümlerinin ayıklanmasına veya yeniden yazılmasına karar vermiş, ancak yeniden yazılması bazen eleştirilen bölümlerin daha da genişlemesine yol açmıştır. Okuyuculardan gelen yorum ve öneriler de dikkate alınarak başka değişiklikler de yapılmış, değişen veriler (adresler, vb.) de güncelleştirilmiştir.

Gözden geçirilmiş baskı 15 Kasım 1971'de yayınlanmıştır. Savcı, Başsavcıya danıştıktan sonra, 6 Aralık 1971'de yeni baskının kovuşturmaya tabi tutulmayacağını açıklamıştır.

"Quarter Sessions" Mahkemesi kararından önce kitabın gözden geçirilmesi tamamlanmış, baskı için sıraya girmiş ve karar açıklandıktan sonra yayınlanmıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası

A. Müdahalenin varlığı

43. Başvurucunun cezai mahkûmiyeti, Ders Kitabı'na el koyulması ve ardından kitap üzerinde hak kaybı ve kitabın matrislerinin ve yüzlerce nüshasının imhası gibi itiraz konusu çeşitli tedbirler, Hükümetin de kabul ettiği gibi hiç kuşku yok ki, başvurucunun yukarıdaki maddenin birinci fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğünü kullanmasına "kamu makamlarının bir müdahalesi"dir. Bu tür müdahaleler, eğer bu davada çok önem kazanan ikinci fıkradaki istisnalardan birine girmezse, 10. maddeyi ihlal etmiş olur.

B. Müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığı

44. Handyside'ın şikâyet ettiği "yasaklar"ın ve "cezalar"ın 10. maddeye aykırı olmamaları için, bunların öncelikle ikinci fıkraya göre "hukuken öngörülmüş" yasaklar ve cezalar olmaları zorunludur. Mahkeme önce bunu tespit edecektir. Birleşik Krallık hukuk sisteminde, söz konusu önlemlerin hukuki dayanağı 1959/1964 tarihli Yasadır (bk. yukarıda §14-18, 24-25 ve 27-34). Bu noktaya, söz konusu Yasaların doğru uygulandığını kabul eden başvurucu tarafından da itiraz edilmemiştir.

C. Müdahalenin meşru bir amaca sahip olup olmadığı

45. Şikâyet konusu müdahalelerin, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki ilk koşulu yerine getirdiğini tespit eden Mahkeme, daha sonra bu müdahalelerin diğer koşullara da uyup uymadığını araştırmıştır. Hükümete ve Komisyon çoğunluğuna göre müdahaleler, "genel ahlakın(...) korunması için", "demokratik bir toplumda gerekli"dir.

46. Hükümetin yaklaşımına ve Komisyon'un oybirliğiyle vardığı görüşe katılan Mahkeme, ilkin, 1959/1965 tarihli Yasanın, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası bakımından meşru bir amaca, yani demokratik bir toplumda ahlakı koruma amacına sahip olduğu sonucuna ulaşmıştır. Eldeki dava sadece bu amaçla ilgilidir; çünkü sözü edilen Yasaların amacı, "baştan çıkarma ve ayartma" eğilimleriyle tanımlanan "müstehcen" yayınlara karşı mücadele etmektir; bu konu da, 10(2). fıkrasında gösterilen diğer amaçlardan çok, ahlakın korunmasıyla daha yakından ilişkilidir.

D. Müdahalenin Demokratik bir toplumda gerekliliği sorunu

47. Mahkeme ayrıca, demokratik bir toplumda ahlakı korumanın, 1959/1964 tarihli Yasaya göre, başvurucuya ve Ders Kitabı'na karşı çeşitli önemlerin alınmasını gerektirip gerektirmediğini de araştırmak durumdadır. Handyside, bu Yasaların bu davada uygulanmasını eleştirmekle kalmamakta, bu Yasaların bu davada uygulanmasıyla nedeniyle, sadece İngiliz hukuku bakımından değil, Sözleşme bakımından da birçok şikâyette bulunmaktadır.

Komisyon ise, raporunda ve ayrıca Temmuz 1976'da Mahkeme'de birbirini izleyen duruşmalarda, başvurucu tarafından şikâyet edilen söz konusu 'yasaklar'ın ve 'cezalar'ın, 'ahlakı korumak için', 'demokratik bir toplumda gerekli' olup olmadığının nasıl belirleneceği gibi, çok önemli bir sorun üzerinde bazı görüş farklılıklarının ortaya çıktığını vurgulamıştır. Hükümete ve Komisyon çoğunluğuna göre Mahkeme sadece, İngiliz Mahkemelerinin makul biçimde ve iyi niyetle, ayrıca Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında Sözleşmeci Devletlere bırakılan takdir alanı içinde davranıp davranmadığını tespit etmelidir.

Diğer taraftan Komisyon azınlığı ise Mahkeme'nin görevini, "Inner London Quarter Sessions" Mahkemesi kararını denetlemek değil, Ders Kitabı'nı doğrudan doğruya ve sadece Sözleşme'nin ışığı altında incelemek biçiminde görmektedir.

48. Mahkeme, Sözleşme tarafından oluşturulan koruma mekanizmasının, insan haklarının ulusal sistemlerle korunmasına getirilen ikincil bir mekanizma olduğunu belirlemiştir (*Belçika'da Eğitim Dili Davası* (*Esas hk*)*, §10 sonu*). Sözleşme, kapsadığı hak ve özgürlükleri koruma görevini ilkin her bir Sözleşmeci Devlete bırakmaktadır. Sözleşme ile meydana getirilen kurumlar bu göreve kendi katkılarını yapmakta, sadece çekişmeli dava yoluyla ve 26. maddeye göre bütün iç hukuk yolları tüketildikten sonra işe karışmaktadır.

Bu tespitler, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasına da uygulanır. Özellikle, Sözleşmeci Devletlerin değişen iç hukuklarında tek biçimli bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Her bir ülke hukukunun ahlaki gereklere yaklaşımı, özellikle konu hakkındaki düşüncelerin hızla ve geniş ölçüde evrim geçirdiği günümüzde zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkilileri ülkelerinin esaslı güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları 'yasak' veya 'ceza'nın 'gerekliliği' hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan genellikle daha iyi bir durumdadırlar. Mahkeme bu bağlamda, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki 'gerekli' sıfatının, bir yandan 'zorunlu' sözcüğü ile anlamdaş olmadığını (krş. md.2(2)'deki "mutlaka gerekli", md.6(1)'deki "kesinlikle gerekli" ifadeleri ve md.15(1)'deki "durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde" ifadesi), öte yandan 'kabuledilebilir', 'olağan' (krş. md.4(3)), 'yararlı' (krş. Birinci Protokolün 1. maddesi, Fransızca metin), 'makul' (krş. md.5(3) ve md.6(1)) veya 'arzu edilen' deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını dikkate almaktadır. Bununla beraber, bu bağlamda 'gereklilik' kavramının ima ettiği toplumsal ihtiyaç baskısının varlığını ilk aşamada değerlendirecek olanlar, ulusal makamlardır.

Sonuç olarak, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası, Sözleşmeci Devletlere bir takdir alanı bırakır. 'Hukukun öngördüğü' bu alan, hem ulusal yasakoyucuya, hem de yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş yargılama makamına da tanınmıştır (*Engel ve Diğerleri, §100; 8*(*2*)*. fıkrası için De Wilde, Ooms ve Versyp, §93; ve Golder, §45*).

49. Bununla beraber, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası, Sözleşmeci Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez. Komisyon ile birlikte Devletlerin yükümlülüklerini yerine getirmelerini güvence altına almakla görevli olan Mahkeme (Md.19), bir 'yasak' veya 'ceza'nın 10. maddede korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermeye yetkilidir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir. Bu denetim, hem şikâyet edilen önlemin amacıyla hem de bunun 'gerekliliği' ile ilgilidir; denetim, sadece temel milli mevzuatı değil, bağımsız bir Mahkeme tarafından verilmiş de olsa, bu mevzuatı uygulayan Mahkeme kararlarını da kapsar. Bu konuda Mahkeme, Sözleşme'nin 50. maddesindeki "(...) resmi makamları veya diğer makamları tarafından verilen kararın veya yapılan tasarrufun(...)" biçimindeki ifadesine ve ayrıca kendi içtihadına dayanmaktadır (Engel ve Diğerleri, §100).

Denetim görevi Mahkeme'yi, 'demokratik bir toplumu' niteleyen ilkelere azami dikkat göstermeye zorlamaktadır. İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Bu demektir

ki, başka şeyler bir yana, bu alanda getirilen her 'formalite', 'koşul', 'yasak' ve 'ceza', izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır.

Diğer yandan, ifade özgürlüğünü kullanan herkes, kendi durumu ve kullandığı teknik araçlar tarafından alanı belirlenen 'ödev ve sorumluluklar' yükümlenir. Mahkeme, bu davada olduğu gibi, 'demokratik bir toplumda' 'gerekli' olan 'yasaklar'ın ve 'cezalar'ın 'ahlakın korunması'na yardımcı olup olmadıklarını araştırırken, kişilerin bu tür 'ödevleri'nin ve 'sorumlukları'nın bulunduğunu görmezlikten gelemez.

50. Buradan çıkan sonuca göre Mahkeme'nin görevi, herhangi bir biçimde yetkili ulusal Mahkemelerin yerini almak değil, fakat ulusal Mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Sözleşme'nin 10. maddesine uygunluğunu denetlemektir.

Bununla beraber, ulusal Mahkemelerin kararları verildikleri şartlardan soyutlanarak incelenecek olursa, Mahkeme'nin denetimi genellikle yanıltıcı olacaktır. Mahkeme bu kararları, dava konusu yayının ve başvurucunun ulusal hukuk ile uluslararası aşamada gösterdiği delillerin ve gerekçelerin dâhil olduğu bütünlük içinde ele almalıdır. Mahkeme elindeki çeşitli verilere dayanarak, ulusal makamların 'müdahale' biçiminde aldıkları önlemleri haklı kılmak için gösterdikleri gerekçelerin, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası bakımından uygun ve yeterli olup olmadığına karar vermelidir (*Sözleşme'nin 5*(*3*). *fıkrası için bk. Wemhoff, §[50]; Stögmüller, §3; Matznetter, §3; Ringeisen, §104*).

51. Mahkeme yukarıda ortaya koyduğu yöntemi izleyerek, şikâyet edilen her bir kararı, özellikle de "Inner London Quarter Session" Mahkemesinin kararını 10(2). fıkrasına göre dikkatle incelemiştir.

Sözü edilen karar, yukarıda 27-34. paragraflarda özetlenmiştir Mahkeme bu kararı, bir bütün olarak davanın ışığı altında denetlemiştir. Mahkeme aşamasında verilen dilekçelere ve Komisyon'un raporuna ek olarak, Haziran 1973 ile Ağustos 1974 arasında Komisyon'a sunulan dilekçeler, sözlü açıklamalar ve "Quarter Sessions" Mahkemesindeki tutanaklar, diğerleriyle birlikte dikkate alınmıştır.

52. Mahkeme, 29 Ekim 1971 tarihli kararın dikkat çektiği bir konuya, yani Ders Kitabı'nın hedeflediği okuyucu kitlesine özel bir önem vermektedir. Kitap özellikle on iki yaşından on sekiz yaşına kadar olan büyüme çağındaki çocukları hedeflemiştir. Kitap açık bir dille, olaylara dayalı ve esaslı noktalara indirgenmiş bir tarzda yazılmış olması nedeniyle, bu okuyuculardan en küçüğünün bile kolaylıkla anlayabileceği türdendir. Başvurucu, kitabın geniş bir dağıtımını planladığını açıklamıştır. Başvurucu bir basın bildirisiyle birlikte, eleştiri ve reklam amacıyla, kitabı birçok günlük gazeteye ve dergiye göndermiştir. Dahası, kitap için mütevazı bir satış fiyatı (otuz peni) belirlemiş, 20 binlik ilk baskıdan sonra 50 binlik ikinci baskıyı hazırlamış ve kitaba okulda kullanılabilecek bir tür elkitabı izlenimi veren bir başlık seçmiştir.

"Quarter Sessions" Mahkemesinin da kabul ettiği gibi, kitap genellikle doğru ve çoğu kez kullanışlı olan, tamamıyla olaylara dayalı bilgileri kapsamaktadır. Ancak kitapta, özellikle öğrenciler hakkındaki kısmın cinsellikle ilgili bölümünde ve "Kendi Başınıza" başlıklı pasajda, gelişmelerinin çok önemli bir aşamasında bulunan gençlerin zararlı olgunluk faaliyetlerine alışmaya ve hatta bazı suçları işlemeye teşvik edildikleri biçiminde yorumlayabilecekleri cümlelere ve paragraflara yer verilmektedir. Bu çerçevede Birleşik Krallık'ta ahlak ve eğitim konusunda görüşlerin çeşitlenmesine ve sürekli gelişmesine rağmen, yetkili İngiliz yargıçları takdir haklarını kullanırken, Ders Kitabı'nın o sırada onu okuyacak çocukların ve büyüme çağındaki gençlerin birçoğunun ahlaki değerleri üzerinde zararlı etkileri olacağını düşünmekte haklıdırlar.

Öte yandan başvurucu, 'ahlakın korunması' ihtiyacının, 1959/1964 tarihli Yasanın ifadesini kullanılacak olursa, 'baştan çıkartma ve ayartma' ile ilgili yayınlara karşı mücadelenin, aslında bu davaya bahane olduğunu iddia etmiştir. Başvurucunun iddiasına göre işin gerçeği, siyasi çizgisi kamuoyunun bir bölümü tarafından hoşnutsuzlukla karşılanan küçük bir grup yayıncıya gem vurma girişimidir. Başvurucunun dediğine göre, dava neredeyse 'histerik' bir atmosferde açılmış ve aşırı tutucu unsurlar tarafından tahrik edilip canlı tutulmuştur. Başvurucuya göre, Ders Kitabı'nın anti-otoriter yaklaşımı hakkında 29 Ekim 1971 tarihli kararda kullanılan üslup, davanın ardında neyin bulunduğunu tam olarak göstermektedir.

Handyside'ın verdiği bilgiye göre halktan gelen mektupların, basındaki yazıların ve Parlamento üyelerinin davranışlarının, Ders Kitabı'na el koyma kararında ve yayıncısı hakkında ceza davası açılmasında etkisiz kalmadıklarını göstermektedir. Öte yandan Hükümet söz konusu girişimlerin, bazı gizli entrikalarla değil fakat geleneksel ahlaki değerlere inanan vatandaşların, 1 Nisan 1971'de piyasaya çıkacak kitaptan alıntıları Mart sonunda gazetelerde okudukları zaman duydukları gerçek heyecan ile açıklanabileceğini belirtmiştir. Hükümet ayrıca, davanın başvurucunun suçladığı kampanyadan aylar sonra sona erdiğini ve başvurucunun bu dönemde kampanyanın sürdüğünü iddia etmediğini belirtmiştir. Hükümet bu gelişmede, kampanyanın "Quarter Sessions" Mahkemesindeki serinkanlı müzakereleri hiç bir biçimde bozmadığı sonucuna varmıştır.

Mahkeme'ye göre, Ders Kitabı'nın anti-otoriter yaklaşımı, 29 Ekim 1971 tarihli Mahkeme kararında 1959/1964 tarihli Yasaya aykırı düşecek biçimde ele alınmamıştır. Bu yaklaşım, Üst Mahkemenin kitabın aile, öğretmen, Kilise ve gençlik örgütlerinin ılımlılaştırıcı etkisini ortadan kaldırarak 'baştan çıkarma ve ayartma' eğilimini şiddetlendirdiğini kabul ettiği ölçüde dikkate alınmıştır. Şu da eklenmelidir ki, anti-otoriter pasajlar, gözden geçirilmiş baskıda tamamıyla ve hatta bazı durumlarda daha kesin ifadelerle yer almış olmasına rağmen, İngiliz yetkililer bu baskının serbestçe dağıtımına izin vermişlerdir. Hükümetin de belirttiği gibi, bu durumu bir siyasal entrika teorisiyle uzlaştırmak zordur.

Böylece Mahkeme, 1959/1964 tarihli Yasayı uygulayan 29 Ekim 1971 tarihli karardaki temel amacın, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasına göre meşru bir maksat olan gençlerin ahlakını korumak olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle, başlamak üzere olan davanın sonuçlarını bekleyen 31 Mart ve 1 Nisan 1971 tarihli el koymalar da aynı amaca yöneliktir.

53. Geriye, sözü edilen el koymalarla başlayan tartışma konusu önlemlerin 'gerekliliği'ni incelemek kalıyor.

Başvurucuya göre el koymanın hedefi, ceza davasında delil olarak kullanılmak üzere bir veya bir kaç kitap olmalıydı. Mahkeme bu görüşe katılmamaktadır: Çünkü polisin geçici bir önlem olarak bütün kitaplara el koymak için gençleri ahlaka karşı tehlikeden korumak gibi sağlam bir gerekçesi vardı. Bu tehlikenin varlığı hakkında karar vermek de dava Mahkemesinin görevidir. Birçok Sözleşmeci Devletin konuyla ilgili mevzuatında, 1959/1964 tarihli İngiliz Yasanının 3. maddesinde el koyma için getirilen hükümlerin benzerleri vardır.

54. Tartışma konusu mahkûmiyet kararının ve hak kaybının 'gerekliliği' konusunda, başvurucu ve Komisyon azınlığı tarafından, burada belirtilmesi gereken bir dizi gerekçe ileri sürülmüştür.

İlk olarak, Ders Kitabı'nın Kuzey İrlanda'da, Man Adası'nda ve Channel Adaları'nda bir davaya konu olmadığına, 29 Ekim 1971 tarihli karara rağmen binlerce nüshasının İskoçya'da ve hatta İngiltere ve Galler'de hiç bir engelle karşılaşmaksızın dağıtıldığına dikkat çekmişlerdir.

Mahkeme, 1959/1964 tarihli Yasanın 5(3). fıkrasına göre, bu Yasanın İskoçya ve Kuzey İrlanda'ya uygulanmayacağının farkındadır (bk. yukarıda §25 sonu). Hepsinin ötesinde, Sözleşme'nin özellikle 60. maddesinde gösterildiği gibi, Sözleşmeci Devletlerin hiç bir organını, Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri sınırlama yükümlülüğü altına sokmadığı unutulmamalıdır. Özellikle de Sözleşme'nin 10(2). fıkrası, ifade özgürlüğüyle ilgili bir durumda Devletleri 'yasaklar' ve 'cezalar' koymaya zorlamamakta, onların kendileri için çözüm yolları bulmalarını engellememektedir (bk. "tabi tutulabilir" ifadesi). İskoçya Mali savcısının İskoçya hukukuna göre Stage 1 firmasına karşı açtığı davanın reddedilmesinden sonra, gözden geçirilmiş baskıyla ilgili olarak (bk. yukarıda §19) Handyside'ı Edinburgh Mahkemesine davet etmemesi gibi, Kuzey İrlanda, Man Adası ve Channel Adaları yetkili makamlarının da o yörenin şartlarına göre, kitap ve yayıncısı aleyhine dava açmamak için makul nedenleri olabilir. Onların, Mahkeme'nin araştırmasını gerektirmeyen ve Ders Kitabı'nın gözden geçirilmiş baskısına karşı İngiltere'de önlem alınmasını engellemeyen bu tutumları, ulusal yetkililerin takdir alanı göz önünde tutulduğunda, 29 Ekim 1971 tarihli kararın gerçek bir ihtiyaca karşılık olmadığını kanıtlamaz. Bu sonuç, birçok nüshanın İngiltere ve Galler'de dağıtılmasına da uygulanır.

55. Başvurucu ve Komisyon azınlığı, gözden geçirilmiş baskının, birinci baskıdan sadece küçük bir farklılık taşımasına rağmen, İngiltere ve Galler'de dava konusu olmadığını belirtmişlerdir.

Hükümet, başvurucunun ve Komisyon azınlığının Ders Kitabı'nın ilk metninde yapılan değişikliklerin boyutunu önemsiz gösterdiklerini iddia etmiştir: Hükümete göre değişiklikler, ilk mahkûmiyet kararının verildiği 1 Temmuz 1971 tarihi ile Üst Mahkemenin karar verdiği 29 Ekim 1971 tarihi arasında yapılmış olmasına rağmen, "Quarter Sessions" Mahkemesinin 'baştan çıkarma ve ayartma' eğilimini kanıtlamak için aktardığı belli başlı pasajlar üzerinde yapılmıştır. Hükümet, yapılan değişikliklerin savcıyı yeniden 1959/1964 tarihli Yasaya göre dava açmaktan vazgeçirmiş olabileceğini ileri sürmüştür.

Mahkeme'nin görüşüne göre, tartışma konusu olan noktalarda (bk. yukarıda §22-23, 35), ilk baskıdan gerçekten önemli ölçüde farklılaşan gözden geçirilmiş baskıya karşı davanın açılmaması, yetkili makamların Sözleşme'nin 10. maddesine uygun biçimde kendilerini çok 'gerekli' olanla sınırlamak istediklerini göstermektedir.

56. Başvurucuya ve Komisyon azınlığına göre, Ders Kitabı'nın ve yayıncısının 1971'de karşılaştığı muamele, Birleşik Krallık'ta aşırı ölçüde gösterilen bir hoşgörüyle, sözde yararlı bulunan ve aslında pornografinin tam göbeğinde yer alan, entelektüel ve sanatsal temelden yoksun yayın bolluğuna göre çok daha az 'gerekli'dir. Ayrıca, bu yayınların yoldan geçenlerin, özellikle gençlerin görmesi için sergilendiğini ve bunlara karşı nadiren açılan ceza davalarının jüriler tarafından büyük bir hoşgörü gösterilmesi nedeniyle boş bir çabaya dönüştüğünü, bunların genellikle tam bir muafiyetten yararlandıklarını öne sürmüşlerdir. Aynı şeylerin, seks dükkânları ve kamuya açık birçok eğlence yerleri için de geçerli olduğunu iddia etmişlerdir.

Bu iddialara karşı Hükümet, bu alanda personel kaynağı olarak uzmanlaşmış bir ekibin yetersiz olmasına rağmen, polisin ve savcıların hareketsiz kalmadığını grafiklerle destekleyerek belirtmiştir. Açılan davalara ek olarak, el koymaların genellikle çekişmesiz yargılama usulünün uygun olduğu durumlarda yapıldığını öne sürmüştür (bk. yukarıda §26).

Görünürde aynı koşullara sahip olsalar bile, kural olarak, iddia makamları ile Mahkemelerin birbirinden farklı kararlarını karşılaştırmak, Mahkeme'nin görevi değildir. Mahkeme, tıpkı davalı Hükümet gibi, Mahkemelerin bağımsızlığına saygı göstermek zorundadır. Ayrıca Mahkeme, birbirine benzer durumlarla karşı karşıya değildir: Hükümetin de işaret ettiği gibi dosyadaki belgeler, söz konusu yayınların ve eğlencelerin, Ders Kitabı

(bk. yukarıda §52) gibi ona ulaşmaya hazır çocukları ve yetişme çağında olanları amaçladığını göstermemektedir.

57. Başvurucu ve Komisyon azınlığı bir başka nokta üzerinde daha durmuşlardır: 'Ders Kitabı'nın Danimarka dilindeki orijinal baskısıyla birlikte çevirileri, Avrupa Konseyi'ne üye ülkelerin çoğunluğunda serbestçe dağıtılmış ve satılmıştır.

Yine burada, ulusal takdir alanı ile 10(2). fıkrasına dayanan 'yasaklar'ın ve 'cezalar'ın seçilebilirlik özelliği, Mahkeme'nin bu gerekçeyi kabul etmesini engellemektedir. Her bir Sözleşmeci Devlet, kendi ülkesinin koşulları altında kendi yaklaşımını biçimlendirmiş; her bir Devlet, demokratik bir toplumda ahlakın korunması için gerekenler hakkında geçerli olan değişik görüşlere sahip olmuştur. Diğer Devletlerin kitabın dağıtılmasına izin vermiş olması, "Inner London Quarter Sessions" Mahkemesinin verdiği kararın 10. maddeye aykırı olduğu anlamına gelmez. Kaldı ki, kitabın Birleşik Krallık dışında yayınlanan bazı baskıları, 'baştan çıkarma ve ayartma' eğilimine çarpıcı örnekler olarak 29 Ekim 1971 tarihli kararda aktarılan pasajları ve başka bazı pasajları içermemektedir.

58. Son olarak, 5 Haziran 1976'daki duruşmada Komisyon azınlığının görüşünü dile getiren Temsilci, davalı Devletin her halükarda Handyside'ın mahkûmiyetine, Ders Kitabı üzerinde hak kaybına ve daha sonra imhasına yol açan ceza davasını başlatmak gibi sert önlemleri almak ihtiyacında bulunmadığını iddia etmiştir. Temsilciye göre Birleşik Krallık, başvurucudan kitabı oto sansürden geçirmesini veya satışını ve reklamını azaltmasını istemediği ve daha sınırlı bir davranışta bulunmadığı için, 'gereklilik' sıfatının özünde var olan orantılılık ilkesini ihlal etmiştir.

Hükümetin birinci noktaya ilişkin savunmasına göre, eğer 1 Nisan 1971'den önce Hükümet başvurucudan Ders Kitabı'nı biraz değiştirmesini isteseydi veya böyle bir şeyi emretseydi, başvurucu hiçbir suretle bunu yerine getirmeyecekti: Başvurucu kitabın 'müstehcenliğine' sert bir biçimde karşı koymamış mıydı? Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin, Sözleşmeci Devletleri kesinlikle bu tür bir sansür uygulamaya zorlamadığı kanısına varmıştır.

İkinci noktaya ilişkin olarak Hükümet, bunun İngiliz hukukunda mümkün olup olmadığı hakkında açıklamada bulunmamıştır. Ancak bu çözümün de bu davada yerinde olmadığı görülmektedir: Özellikle gençleri hedeflemiş bir kitabın satışını yetişkinlerle sınırlamasının bir anlamı kalmayacaktı; o zaman Ders Kitabı, başvurucunun varlık nedeni olarak kabul ettiği özünü kaybedecekti. Kaldı ki, başvurucu da bu sorundan bahsetmemiştir.

59. Toplanan deliller karşısında Mahkeme, bu dava bakımından 10. madde hükümlerine aykırılık bulunduğunun kanıtlanamadığı sonucuna ulaşmıştır.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı on üç oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine,
2. Oybirliğiyle, Birinci Protokolün 1. maddesinin ve Sözleşme'nin 14 ve 18. maddelerinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

26.04.1979 6538/74 SUNDAY TİMES - BİRLEŞİK KRALLIK

♦ *gazete yazısına yayın yasağı—tedbir kararı* (ilaç şirketi ile çocukları sakat doğan mağdur aileler arasında tazminat davası devam ederken şirketin hukuki ve ahlaki sorumluluğuna ve daha fazla tazminat ödemesine gerektiğine işaret edecek bir inceleme yazısının yayınlanacağı haberi üzerine yazının mahkemeye saygısızlık oluşturacağı gerekçesiyle yargı organını baskıya karşı korumak amacıyla yayın yasağı konması) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü

DAVANIN ESASI

I. Olayların Gelişimi

8. Biyokimya alanında faaliyet gösteren Distillers Company Limited (kısaca "Distillers"), ilk olarak Federal Almanya Cumhuriyeti'nde geliştirilen ve thalidomide olarak bilinen bir maddeyi içeren ilaçları Birleşik Krallık'ta 1958 ve 1961 yılları arasında ruhsatlı olarak üretmiş ve pazarlamıştır. Yatıştırıcı özelliğine sahip bu ilaçlar, özellikle hamile kadınlara salık verilmiştir. Hamileliği döneminde bu ilaçları kullanan birçok kadın, 1961 yılında ciddi sakatlıkları bulunan bebekler dünyaya getirmiş; zamanla bu türden 450 bebeğin doğduğu anlaşılmıştır. Distillers aynı yılın Kasım ayında, thalidomide içeren bütün ilaçlarını İngiltere piyasasından çekmiştir.

9. 1962 ve 1966 yılları arasında yetmiş sakat çocuğun ailesi, gerek kendileri ve gerekse çocukları için Distillers'a karşı ihtarname göndermişlerdir. Aileler, hamilelik döneminde alınan thalidomide'nin cenin üzerinde yaptığı etkinin sakatlığa neden olduğunu ileri sürmüşler, ilaçların üretiminde ve pazarlamasında Distillers'ın ihmali bulunduğunu iddia etmişler ve tazminat istemişlerdir. Distillers, ihmali bulunduğu iddiasını reddetmiş ve taleplerin hukuki temeline itiraz etmiştir. Ayrıca, bu ilaçları kullanmaları nedeniyle yüzeysel sinir iltihabından şikâyet eden kimseler tarafından da bir kaç dava açılmıştır.

Aileler tarafından açılan yetmiş davanın atmış beşi, 1968 yılında, tarafların hukuk danışmanları arasında yapılan görüşmelerden sonra anlaşmayla sonuçlanmıştır. Bunların atmış ikisinde, çocuklar hala hayatta olduğu için, varılan anlaşma Mahkemenin onayını gerektirmiştir. Anlaşmanın esası, her bir davacının Distillers'ın ihmali bulunduğu iddiasından vazgeçmesine karşılık, davayı tamamen kazanmış olsaydı alacağı tazminatın yüzde kırkı kadar bir miktarın, Distillers tarafından bir defada ödenmesi biçimindedir. 1969 yılında Yüksek Mahkemedeki başka davalarda, yukarıda anlaşmayla sonuçlandığı belirtilen davalardaki zararın takdiri esas alınmış, bu sırada Distillers, elli sekiz dava için yaklaşık bir milyon Pound ödemiştir. İki dava ise farklı sona ermiş ve diğer iki davada zararın miktarı hakkında görüşmeler 1973 yılında da sürmüştür.

10. İlk yetmiş olayın beş tanesinde, ihtarnameler İngiliz hukukunda öngörülen üç yıllık süre içinde gönderilmediği için, 1968 yılındaki anlaşmanın kapsamına girmemiştir. Mahkeme, süre sınırı dışında kalan bu beş olay ve sakat çocukların ailelerinin ya da velilerinin talepte bulunduğu diğer iki yüz otuz bir olay bakımından tek taraflı olarak ihtarname gönderme izni vermeyi kabul etmiştir. Bundan başka yüz yirmi üç talep Distillers'a mektupla bildirilmiş, ancak taraflar arasındaki anlaşma nedeniyle davalar başlatılamamıştır. Böylece 1971 yılına gelindiğinde, Distillers hakkındaki üç yüz seksen dokuz talep sürmektedir. İhtarnamesi gönderilmiş davalardan sadece birinde talebin okunması ve 1969'da savunma verilmesi dışında, hiçbirinde gelişme sağlanamamıştır. Distillers, hak talep eden diğer üç yüz seksen dokuz kişiye önemli bir miktarda ödeme yapacağını Şubat 1968'de açıklamış ve her iki taraf da Mahkeme dışında bir anlaşmaya varma isteğini göstermişlerdir. Bu dava, İngiliz hukukuna göre çözülmesi zor birçok hukuki sorunu gündeme getirmiştir.

Bu davalar duruşma aşamasına geldiğinde jürisiz bir Mahkemede meslekten bir yargıç tarafından görülecektir.

Distillers'ın, 1968 anlaşmasının kapsamına girmeyen bütün sakat çocuklara yardım için bir vakıf fonu kurulması hakkındaki önerisi 1971 yılında görüşülmeye başlanmıştır. Öneri, bütün ailelerin kabul etmesi koşulunu öngörmüş, öneriyi reddeden beş aileden biri, fondan yapılacak ödemelerin ihtiyaç esasına dayandırılması nedeniyle bu öneriye karşı çıkmıştır. Öneriyi kabul edecek olan aileler namına, öneriyi reddeden bu beş ailenin yerine bir avukat atanmasını isteyen bir başvuru, Üst Mahkeme tarafından Nisan 1972'de reddedilmiştir. Daha sonraki görüşmeler sırasında, bütün ailelerin kabul etmesi koşulunun yerine, "büyük çoğunluk tarafından kabul edilmesi" koşulu getirilmiştir. Eylül 1972'de, 3 milyon 250 bin Pound tutarında bir vakıf fonu kurulmasına dair bir anlaşma sonuçlanmış ve onaylanması için Ekim ayında Mahkemeye sunulmuştur.

11. He Sunday Times gazetesi, sakat çocuklarla ilgili haberleri 1967 yılına dek düzenli olarak yayınlamış ve gazete 1968 yılında, o yıl yapılan anlaşmayı eleştirmeye başlamıştır. Çocukların içinde bulundukları koşullara dair yorumlar diğer gazetelerde ve televizyonlarda da yer almıştır. Özellikle Aralık 1971'de Daily Mail gazetesinde, ailelerin isteği üzerine yürütülmekte olan anlaşma görüşmelerini tehlikeye sokabilecek nitelikte bir makale yayınlanmıştır. Başsavcılık, Daily Mail gazetesini Mahkemeye saygısızlıkla ilgili mevzuata göre yaptırım uygulayabileceğini belirten resmi bir yazıyla "uyarmış", ancak bir dava açmamıştır. 24 Eylül 1972'de The Sunday Times gazetesinde, "Ulusal Ayıp: Thalidomide'li Çocuklarımız" başlıklı bir makale yayınlanmıştır. Gözden geçirilmekte olan anlaşma önerilerini inceleyen bu makale, önerileri "acı duyulan yaralarla alay eder bir biçimde orantısız" olarak nitelemiş; kişilerin zarar gördüğü durumlarda zararlarını değerlendirme ve giderme konusunda, İngiliz hukukunu çeşitli yönlerden eleştirmiş; doğumlardan bu yana meydana gelen gecikmeden şikâyet etmiş ve Distillers'ın daha eli açık bir öneri yapmasını istemiştir. Makalede şu pasaj yer almaktadır:

"(...) thalidomide çocukları Distillers'ın ayıbıdır (...) başkalarının haklarını ihlal etmek eleştirisiyle karşılaşan anlaşmanın sözcükleri üzerinde ısrarla durulması gereken zamanlar vardır. Önerilen anlaşmayla 10 yıl içinde ödenecek miktar, 3 milyon 250 bin Pounddur. Bu öneri, şirketin 421 milyon Pounda ulaşan malvarlığı ve geçen yıl 64 milyon 800 bin Poundu bulan vergi öncesi kazancı karşısında pek parlak bir öneri değildir. Distillers ihmalle ilgili feragatleri almadan önce yeniden düşünmelidir."

Makalenin bir dipnotunda, "trajedinin nasıl meydana geldiği The Sunday Times gazetesinde yayınlanacak olan bir makalede ayrıntılarıyla gösterileceği" duyurulmuştur. Başsavcılığın yayınlanacak olan makalenin Mahkemeye saygısızlık oluşturacağı gerekçesiyle yayınlanmasını yasaklayan bir tedbir kararı vermesi için yaptığı başvuru, "Divisional Court of Queen's Bench Division" Mahkemesi tarafından 17 Kasım 1972 tarihinde kabul edilmiştir.

12. Bu nedenle, taslak makale The Sunday Times gazetesinde yayınlanamamış, ancak Ekim ayında kişisel zararların tazminine ilişkin yasalar ile "thalidomide çocukları" hakkında bir kaç yazı yer almıştır. Ayrıca kamuoyu, basın ve televizyon, önemli ölçüde tepki göstermiştir. Mahkemeye saygısızlık konusunda resmi uyarılar yapıldıktan sonra, bazı radyo ve televizyon programları iptal edilmiş, çocukların kötü durumlarıyla ilgili olarak 8 Ekim 1972'de gösterilen bir televizyon programı dışında hiç bir program hakkında dava açılmamıştır. Başsavcı bu programın, daha fazla ödeme yapması için Distillers'ı sıkıştırmak amacıyla yapıldığını ileri sürmüştür. "Divisional Court" Mahkemesi 24 Kasım 1972 tarihli (Başsavcı - London Weekend Television Ltd. davası) kararında saygısızlığın bulunmadığına, çünkü televizyon şirketinin özellikle görülmekte olan bir davayı etkilemeyi istemiş olduğunun kanıtlanamadığına, bu koşullarda, tek bir programın gösterilmesinin

adaletin işleyişine "ciddi bir müdahale tehlikesi" yaratmadığına karar vermiştir. Mahkeme, The Sunday Times gazetesinde yayınlanması tasarlanan makale ile ilgili davayı, yayıncının Distillers'ı daha fazla ödemeye razı etme kastını açıkça söylemiş bulunması nedeniyle bu davadan ayırmıştır.

13. Millet Meclisi Başkanı, thalidomide trajedisinden kaynaklanan sorunlar hakkında Millet Meclisinde herhangi bir tartışma yapılmasını ve soru sorulmasını defalarca reddetmiştir. Ne var ki bu konu 29 Kasım 1972'de, Distillers'ı ahlaki sorumluluklarının farkına varmaya çağıran ve sakat çocuklar için yardım fonu kurulması için acilen yasa çıkarılmasını öneren bir önerge Bu nedenle Mecliste geniş çapta görüşülmüştür. Bu görüşmeden kısa bir süre önce Distillers, 3 milyon 250 bin Pound olarak tasarladığı yardım fonunu 5 milyon Pounda çıkarmıştır. Görüşmenin büyük bir bölümü, çıkacak olan yasanın Distillers ve/veya aileler üzerindeki baskıyı düşürüp düşürmeyeceği, çocuklarla ilgili sosyal hizmet servisleri ve yeni ilaçları resmi olarak inceleyen kurumlar üzerindeki tartışmalarla geçmiştir. Sunday Times gazetesinin kampanyası takdir edilmiş ve bu konudaki hukuki düzenlemeler ile hukukçular eleştirilmiştir. Thalidomide'in piyasaya verilmeden önce cenin üzerinde genel bir uygulama testinin bulunmayışından ve "tehlike bayrağını salladığı" söylenen olayların farkına varılmamasından söz edildiği halde, Distillers'ın ahlaki sorumluluğu dışında hukuki bir sorumluluğu olduğu tartışılmamıştır. Benzer konular, Sunday Times gazetesinin taslak makalesinde de yer almıştır. Meclis, görüşmenin sonunda, "thalidomide çocuklarının kötü durumundan ve bir anlaşmaya varmadaki gecikmeden" rahatsız olduğunu belirtmiş, sakatlara sunulan hizmetlerin geliştirilmesi ile ilgili Hükümetin girişimlerini takdirle karşılamış, Hükümetin eksikliği duyulan özel konuları araştırma ve "olaylar henüz yargısallaşmadan, thalidomide çocukları için bir yardım fonu kurulması ihtiyacı bulunup bulunmadığını inceleme" taahhütlerini memnuniyetle karşılamıştır.

14. Parlamentodaki görüşmeleri bir yayın dalgası izlemiş, daha iyi bir teklif yapması için Disttilers'ı sıkıştırması amacıyla basında ve kamuoyunda ulusal çapta bir kampanya başlatılmıştır. Kampanya, Distillers'ın diğer ürünlerini boykot etme tehdidine kadar varmış ve şirket hissedarlarının birçoğu alenen, çabuk ve tatmin edici bir anlaşmaya varmaya zorlanmıştır. Daily Mail gazetesinde 8 ve 9 Aralık 1972 tarihinde yayınlanan iki makale, Sunday Times gazetesinin yasaklanmış olan makalesi gibi, özellikle aynı türden testlere ve araştırma sonuçlarına dayanmıştır.

Bu sırada, Distillers'ın hukuki sorumluluğunun bulunduğunu reddeden bir kaç makale yayınlanmış, ancak bunlar hakkında Mahkemeye saygısızlık davası açılmamıştır. Trajedinin nedenleri üzerinde bir kamuoyu araştırması ısrarla talep edildiği halde bu hiç bir zaman gerçekleştirilememiş; nihayet yetkili Bakan, 1976 yazında araştırma talebini reddetmiştir.

Kamuoyundaki eleştiriler nedeniyle tasarlanan anlaşmada ilerleme sağlanamamış, ve Distillers Aralık 1972 ile Ocak 1973'te yardım fonunu 20 milyon Pounda yükselten bir başka öneriyle ortaya çıkmıştır. Görüşmeler devam etmiştir. Bu sırada "Divisional Court" Mahkemesinin tedbir kararı, Times Newspaper Ltd.'in yaptığı bir başvuru üzerine Üst Mahkemenin 16 Şubat 1973 tarihli kararıyla kaldırılmış; ancak tedbir kararı, Başsavcının temyiz etmesine izin veren 18 Temmuz 1973 tarihli kararının ardından, 24 Ağustos 1973 tarihli Lordlar Meclisi kararıyla biraz değiştirilmiş olarak yeniden getirilmiştir (bk. aşağıda, §24-34).

15. 30 Temmuz 1973'te, tek yargıçlı "Queen's Bench Division" Mahkemesi, söz konusu küçüklerin çıkarlarını koruduğuna kanaat getirdikten sonra, sorunların büyük bir çoğunluğunu çözen bir anlaşma metnini onaylamıştır. Anlaşmaya göre:

(a) her davacı davasından vazgeçmesi karşılığında, davayı tamamen kazanmış olsaydı alacağı miktarın yüzde kırkı kadar bir miktarı alacaktır; ve

(b) 1968 tarihli anlaşmaya girenleri de kapsayacak biçimde bütün sakat çocuklar için yardım vakfı fonu kurulacaktır.

Distillers, kendilerinin ve danışmanlarının ihmalinin bulunduğu iddiasını reddetmeyi sürdürmüştür. Tasarlanan anlaşma bütün aileler tarafından kabul edilmediğinden, konu yargısal niteliğini korumuştur.

16. Başsavcılığın talebi üzerine Times Newspaper Ltd. hakkında verilmiş olan tedbir kararı, 23 Temmuz 1976 tarihinde kaldırılmıştır (bk. aşağıda, §35). Bundan dört gün sonra uyuşmazlık konusu olan makale yayınlanmıştır. Bu makale, orijinal makaleden bir kaç noktada farklıdır; özellikle, thalidomide uyuşmazlığı sırasında ailelerin danışmanlarından gizli olarak sağlanan bazı bilgilere dayanan noktalar çıkarılmıştır. Bu bilgilerin açığa vurulması, başvurucuların Komisyon'a henüz şikâyetçi olmadıkları 31 Temmuz 1974 tarihinde verilen bir tedbir kararla yasaklanmıştır.

23 Temmuz 1976 tarihi itibariyle dört ailenin Distillers aleyhine açtıkları davalar kalmıştır. Birinde, karşılıklı iddialar sona ermiş, ancak 1974'ten beri hiç bir şey yapılmamıştır; iki davada, sadece talep dilekçeleri karşı tarafa tebliğ edilmiştir; dördüncü davada ise sadece ihtarname gönderilmiştir. Bundan başka, o tarihte Distillers ile sigortacıları arasında, ihmal konusunu da içeren dava devam etmektedir. Bu davada sigorta şirketi, Distillers'ın yeterli testleri ve araştırmayı yapmamış olduğu gerekçesiyle, 1973 tarihli anlaşma için ödeme yapma yükümlülüğünü reddetmiştir. Bu davanın 4 Ekim 1976 tarihi için duruşma kaydı yapılmış; ancak 24 Eylül 1976 tarihinde anlaşmayla sonuçlanmıştır.

II. Yayınlanması tasarlanan makalenin özeti

17. Tedbir kararına konu olan yayınlanmamış makale, thalidomide'i Britanya'da pazarlama şeklinin çok talep uyandırdığını söyleyerek başlamaktadır: Makalenin ifadesine göre Distillers:

"- Alman testlerine çokça güvenmiş ve ilacı piyasaya sürmeden önce kendi yaptığı tüm deneyleri bitirmemiştir;

- tıbbi ve bilimsel literatürdeki araştırmasında, thalidomide içeren bir ilacın hilkat garibesi doğumlara neden olacağını fark edememiştir;

- ilacı piyasaya çıkarmadan önce, cenin üzerindeki etkisini belirlemek için hiç bir hayvansal test yapmamıştır;

- ticari nedenlerle ilacın pazarlamasını hızlandırmış; kendi personelinden birinin, thalidomide'in beklenenden daha tehlikeli olduğuna dair uyarısına rağmen, yolundan dönmemiştir;

- thalidomide'in sinir sistemine zarar vereceği, doğal olarak ceninin de zarar göreceği saptanmış olmasına rağmen, yolundan döndürülememiştir;

- ilaca başlanmasından bırakıldığı aya kadar hamile kadınlar için güvenli olduğuna ilişkin ilan vermeye devam edilmiştir".

Makaleye göre, farmakolojideki ilk macerasında hayal kırıklığına uğrayan Distillers, 1956'da bir Alman firması olan Chemie Gruenenthal'ın, zararsız olduğu kabul edilen bir yatıştırıcıyı, yani thaldomide'i geliştirdiğini öğrenmiştir. Çok geniş olan yatıştırıcı pazarı bu dönemde kalabalıklaşmaya başlamış ve Distillers çok çabuk hareket etmenin gerekli olduğunu düşünmüştür. Elindeki bir Alman sempozyumunun tutanaklarının dışında teknik bilgi almamış ve kendi testlerini yapmadan önce ilacın pazarlamasına karar

vermiştir. Aslında, thalidomide'in ayrıntılı testlere ihtiyaç göstermeyeceğine inanmıştır. Distillers, bir bilimsel literatür incelemesini göz önünde tutmuş, ancak, thalidomide içeren bir kimyasal ürünün garip doğumlara yol açabileceğini gösteren, ancak elde edilip edilemeyeceği konusunda farklı görüşler bulunan Dr. Thiersch'ın araştırmasının sonuçlarına ulaşamamıştır.

Thaldomide'in Almanya'daki satışı Ekim 1957'de başlamıştır. Distillers ise, lisans anlaşmasına göre satışı Nisan 1958'de başlatmıştır. İlacın klinik deneylerinden önce üretim programını yapmıştır. İngiltere'deki ilk denemelerin sonuçları Ocak 1958'de yayınlanmıştır: Buna göre thalidomide'in vücuttaki tiroidin çalışmasını bastırdığı ve çalışma yönteminin bilinmediği sonucuna varılmış; araştırmacılar, daha fazla deneye ihtiyaç bulunduğu biçiminde şirketi uyarmışlardır. Distillers, "hafif" kanıtlara, yani Birleşik Krallık'taki başka bazı denemelere ve Almanya'daki araştırma sonuçlarının verdiği güvencelere dayanarak bu uyarılara itibar etmemiştir. Tiroidi etkileyen ilaçların doğmamış bebekleri de etkiyebileceği daha önce bilindiğinden, anti-tiroid etkiler konusundaki uyarı özellikle önemlidir; testlerin devamı süresince, Distillers'ın ilaç üretimine başlamayı ertelemiş olması gerektiğini ileri sürmek makul görünmektedir.

Makalenin devamına göre thalidomide'in, "tamamen güvenli" olduğu reklamı yapılarak 14 Nisan 1958'de İngiltere'de satışa çıkarılmıştır. Distillers'ın farmakologu, 1959 yılının sonunda, sıvı haldeki thalidomide'in yüksek miktarda zehir içerdiği ve yüksek dozunun öldürücü olacağı sonucuna varmış, ancak onun raporu hiç bir surette yayınlanmamış; sıvı haldeki ürün Temmuz 1961'de satışa çıkarılmıştır. Aralık 1960'ta, tablet biçiminde thalidomide kullanan hastalarda sinir ucu iltihabı görüldüğü bildirilmiş; bu haber, Amerika Birleşik Devletleri'nde aslında hiç bir zaman satılmadığı halde, thalidomide'nin piyasadan kaldırılması için başvurulmasına neden olmuştur. 1961'de, sinir ucu iltihabına dair başka haberler çıkmış, ancak Distillers'ın, ilacın güvenli olduğunu belirten reklamları devam etmiştir.

1961 yılının başlarında Birleşik Krallık'ta sakat çocuklar doğmaya başlamış, ancak bu sakatlıkların thalidomide ile ilişkisini kurmak için hiç bir neden görülmemiştir. Fakat Avustralya'da bir doktor, Mayıs ile Ekim ayları arasında meydana gelen sakat bebek doğumlarında, annelerin hamilelikleri sırasında thalidomide kullanmış olmalarını ortak özellik olarak saptamıştır. Bu durum Chemie Gruenenthal'a bildirilmiş, haberin gazetede çıkmasından iki gün sonra thalidomide piyasadan çekilmiştir. Hemen ardından Distillers da thalidomide'in satışına sona vermiştir. Thalidomide'in sakatlıklara neden olduğunu teyit eden hayvanlar üzerindeki testler Nisan 1962'de yayınlanmış, ancak ilacın hastanelere satışı Aralık 1962 tarihine kadar devam etmiştir.

Yayınlanması tasarlanan makale şöyle sonuçlanmaktadır:

"Thalidomide'in güvenli olduğunu kanıtlama yükümlülüğü Distillers'a aittir. Şirketin ağır sorumluluğu nasıl belirlenebilir? Şu noktalar ileri sürülebilir:

1. Distillers, thalidomide ile ilişkili ilaçlar hakkında bütün bilimsel literatürü bulmalıydı. Bulmamıştır.

2. Thiersch'ın thalidomide ile ilgili ilaçların sinir sistemi üzerinde etkileri bulunduğu hakkında çalışmasını okuyup, doğmamış bebekler üzerinde muhtemel etkilerinden kuşkulanarak, oluşumdaki biçimsizlik ve anormallik için hayvanlar üzerinde testler yapmalıydı. Yapmamıştır.

3. İlacın anti-tiroid faaliyeti ve zehirleyiciliği kesin olarak saptandığında, daha başka testler yapmalıydı. Yapmamıştır.

4. İlacın hamile kadınlar için güvenli olduğunu ilan etmeden önce, aslında bunu kanıtlamalıydı. Kanıtlamamıştır.

Distillers bakımından ise şunlar ileri sürülebilir: İngiltere'de ilk satışa çıkarıldığı zaman, thalidomide'de herhangi bir zehirleyici bulunmadığına samimiyetle inanılmıştır; bir yan etki olarak sinir ucu iltihabı, ilacın İngiltere'de satışta kaldığı iki yıl içinde ortaya çıkmamıştır; oluşumdaki biçimsizlik ve anormallik için testler yapılması, 1958'de henüz genel bir uygulama değildir; eğer testler denek hayvanları üzerinde yapılsaydı, aksi kanıtlanamayacaktı; çünkü thalidomide, sadece Yeni Zelanda'daki beyaz tavşanlar üzerinde, insanlarda gösterdiği etkiyi gösterir; ve son olarak thalidomide almış hamile kadının klinik raporunda hiç bir ciddi sonuç görülmemiştir (çünkü thalidomide, hamileliğin sadece ilk 12 haftasında tehlikelidir).

(...)

Kesin yanıtların bulunmadığı görülmektedir(...)"

Konuyla ilgili iç hukuk

...

IV. İç hukukta Mahkemeye saygısızlıkla ilgili yargılama

A. Giriş

21. Distillers, Başsavcılığa, Sunday Times gazetesinde yayınlanan 24 Eylül 1972 tarihli makalenin, sürmekte olan uyuşmazlık bakımından Mahkemeye saygısızlık oluşturduğuna dair yazılı bir şikâyette bulunmuştur. Başsavcının yokluğunda savcı 27 Eylül 1972'de, The Sunday Times editörüne bir yazı göndererek, bu şikâyetle ilgili düşüncesini sormuştur. Editör verdiği yanıtta makaleyi savunmuş ve ayrıca tamamen gerçek olaylara dayandığını ileri sürdüğü yayınlanması tasarlanan makaleyi sunmuştur. Savcı The Sunday Times'ın taslak makalenin bir kopyasının 10 Ekimde Distillers'a gönderilmesinden sonra, makaleyi taraflardan birinin uyuşmazlık konusu yapıp yapmayacaklarını sormuştur. Bundan bir gün önce, The Sunday Times gazetesine, Eylül ve Ekimde yayınlanmış olan makaleler hakkında Başsavcılığın dava açmamaya karar verdiği bildirilmiştir. Bunlar hakkında Distillers da bir dava açmamıştır. 11 Ekimde ise Başsavcılık Bürosu The Sunday Times gazetesine, Başsavcının Distillers'ın talebi üzerine yayınlanması tasarlanan makalenin hukukiliği hakkında yargısal bir karar elde etmek için Yüksek Mahkemeye başvurmaya karar verdiğini iletmiştir. Başsavcı ertesi gün, The Sunday Times Ltd. şirketi hakkında tedbir kararı istediği bir müzekkere çıkarmıştır. Müzekkerede "thalidomide ilacının geliştirilmesi, dağıtımı ve kullanımı ile ilgili ve davalılar tarafından Başsavcılığa verilen makale taslağının, davalıların kendileri tarafından veya çalışanları, temsilcileri vasıtasıyla veya başka bir yolla yayınlanmasının, yayınlanmasına yol açılmasının ve yayınlanmasına yetki verilmesinin(...) yasaklanması" istenmiştir.

B. "Divisional Court" Kararı

22. Başsavcının başvurusu 7-9 Kasım 1972 tarihleri arasında üç yargıçlı "Queen's Bench Division" Mahkemesi tarafından incelenmiş, ve 17 Kasımda tedbir kararı verilmiştir.

Mahkeme kararında şöyle demiştir:

Makale, Distillers'ın hukuki sorumluluğu hakkında bir görüş belirtmemektedir(...) ancak(...) Distillers'ı birçok yönden eleştirmekte ve ürünü kendisinin test yapmayarak gösterdiği ihmal ve başkalarının yaptığı testlerden alınan uyarıcı işaretlere yeterli ve kesin duyarlılık göstermemeleri nedeniyle suçlamaktadır. Makaleyi okuyan biri(...)

Distillers'ın suçlanmasındaki temel nedenin, Distillers'ın ihmali olduğu izlenimini edinmekte gecikmeyecektir.

The Sunday Times gazetesinin editörü, makalenin yayınlanmasından sonra açılacak bir iftira davasında, makalede sözü edilenlerin gerçek olduğunun savunulabileceğini ve Mahkemenin de makalede söylenenlerin gerçekliği açısından olaya yaklaşabileceğini belirtmiştir.

23. "Divisional Court" Mahkemesi kararındaki gerekçeler şöyle özetlenebilir: Yargılamanın sonuçlanmasından önce yapılan tek yanlı yoruma, Mahkeme heyetinin düşünüşünü etkilemek ve çelmek, dinlenecek tanıkları etkilemek, davadaki taraflardan birinin tercihlerini ve davranışlarını çelmek suretiyle, adaletin usulüne uygun ve tarafsız bir biçimde dağıtımını önleyebileceği için karşı çıkılmıştır. Bu, dava çelmenin üçüncü biçimiyle ilgilidir. Taraflardan biri, davadaki davranış serbestliğinin etkilenmesi nedeniyle adaletten yoksun kalması ihtimali doğuran bir baskıya tabi tutulursa, o zaman Mahkemeye saygısızlık oluşur. Saygısızlığın ölçüsü, yazarın kastına ve yazılanların gerçekliğine bakılmaksızın, olayın bütün özel koşulları hesaba katıldığında, şikâyet konusu sözlerin adaletin işleyişine müdahale sayılabilecek bir tehlike yaratıp yaratmadığıdır.

Mahkemenin görevi, savunma tarafının ileri sürdüğü gibi, adalet dağıtımının korunması ile halkın bilgi edinme hakkı arasındaki yarışan çıkarları dengelemek değildir. Yargılamaya ciddi bir müdahale tehlikesi oluşturan bir yorum, dava sona erinceye kadar kısıtlanmalıdır. Ancak böyle olmasa bile, makalenin hemen yayınlanmasındaki kamu yararı, davanın taraflarına baskıyı önlemedeki kamu yararından daha ağır gelmemektedir.

Bu olayda, hukuki yükümlülüğe yönelen kanaat ile, ahlaki yükümlülüğe yönelen kanaat arasında hiç bir ayrım yoktur. The Sunday Times gazetesinin hiç kuşku götürmeyen saiki, Distillers üzerinde kamuoyu baskısı toplamak ve bu baskıyı, dava yoluyla kazanılabileceğinden daha fazlasının bir anlaşma yoluyla elde edilmesi için kullanmaktır. Sürmekte olan davada yapılacak anlaşmayı etkilemek için kasıtlı bir girişim bulunmaktadır. Kamuoyunun gücü dikkate alındığında, makalenin yayınlanması, Distillers'ın uyuşmazlıktaki davranış serbestliğine ciddi bir müdahale tehlikesi taşımaktadır. Bu da Mahkemeye açık bir saygısızlık oluşturacaktır.

C. Üst Mahkeme Kararı

24. Times Newspaper Ltd. şirketinin "Divisional Court" Mahkemesi kararı aleyhine yaptığı itiraz, 30 Ocak-2 Şubat tarihleri arasında Üst Mahkemede görüşülmüştür. The Sunday Times gazetesi editörü, bu olaydaki gelişmeleri ve olay nedeniyle kamuoyundaki tartışmayı ortaya koyan yeminli ifadesini Mahkemeye sunmuştur. Mahkemenin Distillers'ın danışmanına izin vermesi üzerine, o da yayınlanması tasarlanan makalenin içeriği hakkında kendine göre yanlışları gösteren sunuşlarda bulunmuştur. Üst Mahkeme 16 Şubatta tedbir kararını kaldırmıştır. Mahkemenin üç üyesinin yazdığı kararın özeti aşağıdadır.

25. Lord Denning, yayınlanması tasarlanan makale için şöyle demiştir:

"(...) Distillers'a karşı olan delillerin ayrıntılı bir analizini içermektedir. Distillers'ın beklenen düzeyde sorumluluk göstermediğini söyleyerek, argümanları zorlamaktadır. Bununla beraber, adil olmak için Distillers lehine ileri sürülebilecek gerekçeleri de özetlemektedir."

Distillers'ın yayınlanması tasarlanan makalenin kendileri üzerinde doğurduğu etkiyle ilgili herhangi bir yeminli ifadeyi Mahkemeye vermediğine, uyuşmazlığın ve anlaşma görüşmelerinin durumu hakkında pek az bilgi sahibi olduklarına işaret eden Yargıç Denning, hukuki durumu şöyle özetlemektir:

"(...) hiç kimse (...) dava henüz karara bağlanmadan, yargıcı, jüri üyelerini veya tanıkları etkileme veya davadaki taraflardan birinin aleyhine bu kişilerin aklını çelme gibi yollarla, davanın görülmesine gerçek ve esaslı bir önyargı tehlikesi oluşturacak biçimde davayla ilgili yorum yapamaz. Yorumu yapan kişi, bunun gerçek olduğuna samimiyetle inansa bile, davada durum tespit edilmeden önce gerçeği çelen bir yorum yapması, Mahkemeye saygısızlık oluşturur. (...) Dahası hiç kimse, (...) taraflardan birini, şikâyetini geri almaya, savunmasından vazgeçmeye, veya başka şekilde elde edemeyeceği bir anlaşmaya zorlamak için haksız bir baskı yapamaz."

Yargıç Denning'e göre, 'basın tarafından yargılama yapılmasına' izin verilemez. Ne var ki, tarafların adil olarak yargılanmalarında ve anlaşma yapmalarında bulunan yararlar ile, kamuoyunu ilgilendiren bir konudaki kamu yararı dengelenmelidir. Bu davada söz konusu kamu yararı, taraflara yönelik potansiyel çelmeye ağır basmaktadır. Konuyla ilgili hukuk, uyuşmazlığın askıda bulunduğu veya faal olarak izlenmediği bir sırada yorum yapılmasını engellememiştir. Bu konudaki hukuk, henüz başlamamış veya sona ermiş bir uyuşmazlık hakkında yorum yapılmasını da engellemediği için, 1968'de anlaşmayla sona eren atmış iki olay ve henüz ihtarnameleri gönderilmemiş yüz yirmi üç olay hakkında yorum yapılmasına engel yoktur. Yayınlanması tasarlanan makale, Eylül 1972'de bile saygısızlık oluşturmayacaktır; çünkü bu makale, kamu yararı ile ilgili bir konuda adil bir yorum yapmaktadır. Dava yıllardır, ve hala askıda bulunduğundan, sürmekte olan bir uyuşmazlığı çelmemektedir; makalenin amaçladığı sıkıştırma meşrudur. Ayrıca, Parlamento ve diğer gazeteler Kasım 1971'den bu yana konuyu tartışmışken, sadece The Sunday Times gazetesinin üzerindeki yasağı devam ettirmek, ayrımcılığın en kötüsünü oluşturur.

26. Yargıç Phillimore, anlaşmaya varılmış veya henüz ihtarnamesi gönderilmemiş olaylar hakkında herkesin serbestçe yorum yapabileceğine işaret etmiştir. Bir olayın çözüme kavuşturulmasını sağlamak için haksız bir baskı uygulamak, Mahkemeye saygısızlık oluşturur; ancak bu davada Distillers, yeminli bir beyan vermemiş, yayınlanması tasarlanan makalenin Distillers'ı bir davranışa zorlayan ciddi bir baskı tehlikesinin kanıtları bulunamamış ve baskı haksız görülmemiştir. Geride kalan olayları Mahkemeye götürmek için gerçek bir kasıt bulunsaydı, durum değişik olurdu; çünkü bu durumda, taraflardan birini halk karşısında çelmek ya da bir tarafa baskı uygulayarak anlaşmaya zorlamak için yazılmış bir makale destek bulamayabilecektir. Ayrıca, Kasım 1972'den bu yana Millet Meclisinde konu görüşülmüş ve gazeteler, özellikle de Daily Mail olayı yorumlamıştır. O halde tedbir kararını sürdürmek haksızlık olacaktır.

27. Yargıç Denning'in görüşüne katıldığını belirten Yargıç Scarman, hiç kimsenin o sırada bir yargılama beklemediğine işaret etmiştir. O'na göre ihtarnameler, bir anlaşmanın sağlanmasına doğru bir başlangıçtır ve sadece bir ihtarnamenin gönderilmesi, bütün yorumların soluğunu kesemez. Uyuşmazlığın konu olduğu davanın faal olarak sürmekte olduğunu gösteren bir delil bulunmadığından, yayınlanması tasarlanan makalenin adaletin işleyişine gerçek ve esaslı bir tehlike oluşturduğunu düşünmek haksızlık olur. Ayrıca, halkın çok önem verdiği bir konu üzerinde ifade özgürlüğünün bulunmasındaki kamu yararı da dikkate alınmalıdır. Sonuç olarak, "Divisional Court" Mahkemesi haklı olsa bile, Millet Meclisinin konuyu tartışmasından sonra kamuoyunun durumu o hale gelmiştir ki, artık tedbir kararını kaldırmak gerekmiştir.

D. Lordlar Meclisinin Kararı

28. The Sunday Times gazetesi, Başsavcının Üst Mahkeme kararına itiraz edebilmesine imkân vermek için, yayınlanması tasarlanan makaleyi yayınlamaktan kaçınmıştır. Üst Mahkeme Başsavcının itiraz etmek için izin talebini reddetmiş, ancak bu izin 1 Mart 1973'te Lordlar Meclisi tarafından verilmiştir. Lordlar Meclisindeki duruşma Mayıs

1973'te yapılmıştır. 18 Temmuz 1973'te Meclis oybirliği ile, itirazı kabul eden ve "Divisional Court" Mahkemesinin aşağıda 34. paragraftaki şartlarda bir tedbir kararı almasını emreden bir hüküm vermiştir. Beş Yargıcın yaptığı konuşmaların özetleri aşağıya alınmıştır.

29. Lord Reid, asıl itiraz sebebi olan yürürlükteki hukukun belirsizliğini Meclisin gidermeye çalışması gerektiğini söylemiştir. O'na göre saygısızlık ile ilgili hukuk, tamamıyla kamu yararını gözeten bir politika üzerine kurulu olmalıdır. Bu davada söz konusu olan şey, uyuşmazlığın taraflarının haklarını korumak değil, fakat adaletin yerine getirilmesine yapılan müdahaleyi önlemektir; bu nedenle tarafların yararı makul olarak gerektiği ölçüde sınırlanmalıdır. İfade özgürlüğü gerektiğinden fazla sınırlanmamalıdır; ancak adalet dağıtımına gerçek bir çelme oluşturmasına da izin verilmemelidir.

Lord Reid ilk önce, sürmekte olan bir davada, davanın taraflarından birini sıkıştırmayı amaçlayan yorum sorununu ele almıştır. Mahkeme kararının üçüncü bir kişi tarafından etkilenmesine bakılmaksızın, hiç bir biçimde zarar görmemesi gereken adi l bir yargılamada taraflardan birinin haklarını tam olarak kullanmak istemekten kaçınmasına yol açıyorsa, tanıkların ve yargı yerinin zihnini etkileyen bir makaleyi durdurmak gerekir. Buna göre sadece taraflardan birine yapılan baskı ele alındığında, adil ve ılımlı bir eleştiri yapmak ya da haklarından vazgeçmesine teşvik etmek meşrudur ve kabuledilebilir bir şeydir; bu çerçevede, 24 Eylül 1972 tarihli makale saygısızlık oluşturmaz. "Distillers'ın gerekli olan özenle davranmadığını göstermeyi amaçlayan ve ayrıntılı gerekçeleri ve kanıtları" içeren yayınlanması tasarlanan makalenin 1972 yılında yayınlanması, Distillers üzerindeki baskıya fazla bir şey eklemeyecektir.

Bu açıdan Lord Reid, farklı gerekçelerle de olsa bile, Üst Mahkemenin kararına katılabilirdi. Ancak daha sonra şu noktaya işaret etmiştir:

"Distillers'ın ihmali olup olmadığı sorunu, sıklıkla ele alınmıştır; ancak anladığım kadarıyla, delilleri değerlendirme konusunda bir girişim yoktur. Eğer bu makale yayınlanmış olsaydı, bana öyle görünüyor ki, buna karşı ayrıntılı yanıtların gelmesi hemen hemen kaçınılmaz olacak, ve bu konuda halkın çeşitli önyargıları ifade edilmiş olacaktı. Bu benim, kamu yararı karşısında en az onun kadar dikkate aldığım bir konudur."

Lord Reid, basın tarafından yargılama yapılmasının önlenmesi gerektiği konusunda genel ve güçlü bir istek bulunduğuna işaret ettikten sonra, şöyle devam etmiştir:

"Kanımca bir davada önyargı veya bu davanın itiraz edilebilirliğine yol açan özel nitelikteki her şey, sadece o dava üzerindeki muhtemel sonuçları bakımından değil, aynı zamanda geniş kapsamlı yan etkileri bakımından da kabul edilemez. Sorumlu basın, adil olmak için elinden geleni yapacaktır ama, halkı etkilemek için yanlış bilgilendirme, baştan savma ya da önyargılı girişimler de olabilir. Eğer insanlar, gerçeği bulmanın kolay olduğu düşüncesine yöneltilirlerse, bu düşünceyi hukukun işleyişine saygısızlık izleyebilir; eğer basının yargılama yapmasına izin verilirse, itibarsız kişiler ve itibarsız sonuçlar çok kötü bir biçimde meydana çıkar. Sorunları önyargıyla ele alan hemen her şey, var olan makamlara saygısızlık anlamına gelir. Görülmekte olan davadaki sorunlara önyargıyla yaklaşılmasına izin vermeyen genel bir kural koyulacak olsa, basın özgürlüğünün bundan şikâyetçi olmayacağını, bu konudaki hukukun daha açık olacağını ve kolaylıkla uygulanabileceğini sanıyorum."

Lord Reid'e göre, Üst Mahkeme davaları "askıda" olarak nitelendirirken yanlış düşünmektedir; çünkü bu dönemde anlaşma görüşmeleri sürmektedir; ve anlaşmaya varması için taraflardan biri üzerinde yolsuz bir baskı yapmak, saygısızlık oluşturur. Lord Reid, Üst Mahkemenin ele aldığı yarışan çıkarları dengeleme konusunda ise şunları söylemiştir:

"(...) Mahkemeye saygısızlığın, tarafların özel çıkarlarıyla bir ilgisi yoktur. Daha önce de işaret ettiğim gibi, bana göre denge, ifade özgürlüğündeki kamu yararı ile adalet dağıtımını müdahaleden korumadaki kamu yararı arasında bulunmalıdır. Haber değerine sahip olduğu düşünülen bir olay ile bu değere sahip olmadığı düşünülen bir olay arasında, ilke olarak herhangi bir fark göremiyorum. Bir dava, önemli genel sorunları içerse de içermese de, adalet dağıtımının korunması eşit ölçüde önemlidir."

Lord Reid'e göre, hâkim olan koşulların ışığı altında makalenin yayınlanması şimdilik ertelenmelidir; bununla beraber, eğer koşullar belirsiz bir süre devam edecek olursa, kamu yararı yeni koşullarda yeniden değerlendirilmelidir.

30. Barth-y-Gest Lordu Morris'e göre saygısızlıkla ilgili hukuk, Mahkemelerin otoritesini korumak ve Mahkemelere yapılabilecek haksız müdahaleleri önlemek için düşünülmüştür. İfade özgürlüğündeki kamu yararı dengelenmeli ve mutlak surette gerekli olandan daha fazla hiç bir sınırlamaya tabi tutulmamalıdır; ancak,

"bu demek değildir ki, Mahkemeye saygısızlık olarak damgalanması gereken bir davranış, halkın yakınlığı ve ilgisi olan bazı sıkıntılara çözüm getirmeyi istemekten esinlenmiş olması nedeniyle günahlarından affedilebilir ve meşru görülebilir. Mahkemeye haklı saygısızlık gibi bir şey olamaz."

Lord Morris'e göre, eğer çelme tehlikesi ciddi, gerçek ve esaslı ise, Mahkeme bunu saygısızlık olarak kabul edebilir. Mahkeme ve tanıkların üzerinde sadece bir etki bulunmaması yetmez; Mahkeme tarafından çözüm bekleyen bir konuda bir tarafın yararına aleni olarak taraf tutmak da uygunsuz olur. Lord Morris "basın tarafından yargılama" yapılamayacağını belirterek, şöyle demiştir:

"(...) Mahkemeler, (...) tarafları, hem önyargıların çelmesinden ve hem de aleni yargılama öncesinde alenilik telaşına katılma gereğinden korumalıdır."

Lord Morris'e göre, taraflar yargılama yerine bir anlaşma yapmayı tercih ettikleri için, Distillers'a karşı açılan davalar "askıda" değildir. 1972'ye gelindiğinde, 1968 tarihli anlaşmaya göre ödenen miktara ya da anlaşmanın genel prensiplerine ilişkin yoruma ve Distiller'a karşı yapılan ılımlı ahlaki isteğe itiraz yoktur; ancak yayınlanması tasarlanan makale bunların ötesine geçmiştir. Makalenin amacı, kendisinin de açıkça söylediği gibi, daha fazla ödeme yapması için Distillers üzerinde halkın baskısını sağlamaktır. İhmalkârlık, ortaya çıkan sorunlardan biridir. Yayınlanması tasarlanan makale hiç bir sonuca varmadığı halde, Distillers'a karşı önemli bir olay olduğunu göstermiştir. Tedbir kararını kaldırma zamanı henüz gelmemiştir.

31. Lord Diplock, Mahkemeye saygısızlığın cezalandırılabilir olduğunu, çünkü adaletin usulüne uygun olarak dağıtılmasına karşı tarafların ve kamuoyunun güvenini zayıflattığını söylemiştir. Adaletin gereği gibi dağıtımı, bütün vatandaşların engelsiz olarak Mahkemeye başvurma hakkına sahip olmalarını gerektirir; vatandaşlar sadece delil sisteminin kuralları çerçevesinde kanıtlanmış olaylara dayanan tarafsız bir karara güvenebileceklerdir; böyle bir dava bir kez Mahkemeye geldi mi, artık Mahkemenin görevi olan bu soruna, örneğin "basın tarafından yargılanma" yoluyla da olsa, hiç kimsenin hâkim olamayacağına güvenebilecektir. Bu koşullardan herhangi birini çelme ya da halkın güvenini zayıflatma sayılabilecek bir davranış, Mahkemeye saygısızlık olarak kabul edilebilir. Lord Diplock şöyle demiştir:

"(...) bir hukuk davasında Mahkemeye saygısızlık, Mahkeme heyetini(...) veya tanıkları(...) etkilemek suretiyle, adil bir yargılamaya çelme(...) sayılabilecek(...) bir davranışla sınırlı değildir. Davanın taraflarından birini kötüleyip halkın onu kınamasını sağlayarak veya onu halka teşhir ederek veya davanın esasının Mahkeme tarafından karara

bağlanmasından veya davanın usulüne göre başka bir biçimde sona ermesinden önce, onu tarafgir bir biçimde tartışmaya maruz bırakmak suretiyle, tarafların hak ve yükümlülüklerinin usul hukukuna göre belirlenmesi gibi anayasal haklarını kullanmalarını engelleyen davranışları da kapsar."

Lord Diplock, Sunday Times gazetesinde yayınlanması tasarlan makalenin, Distillers'ın savunmasıyla ilgili olayları ve esasları, davalar Mahkeme tarafından karara bağlanmadan ve anlaşma sağlanmadan önce önyargısal bir biçimde tartışıp ihmalkârlık suçlaması yaptığı için, makalenin bu son kategoriye girdiğini kabul etmiştir. Devam eden yargılama için uygulanan koruma, anlaşma görüşmelerine de uygulanacağından, davalar "askıda" oldukları için önemsizleştirilemez. Makalenin biraz değiştirilmek istenmesi türünden daha sonraki gelişmeler, tedbir kararının kaldırılmasını haklı çıkarmaz. Adaletin gereği gibi dağıtımına müdahale tehlikesinin ciddiliği, Mahkemenin sadece ceza verip vermemesi sorunuyla ilgilidir; bir kez gerçek bir tehlike olduğu zaman, en azından teknik olarak saygısızlık vardır.

Lord Diplock'un düşüncesine göre, 24 Eylül 1972 tarihli makaleden alıntılanan pasaj (bk. yukarıda §11), Distillers'ın hukuka göre yapabileceği bir savunmaya dayandığı için kınanmasını istemesi saygısızlık oluşturur. Ancak bu makalenin konuyla ilgili hukukun genel prensipleriyle ilgili bölümlerine karşı çıkılamaz; çünkü davanın taraflarından birinin üzerinde dolaylı bir baskı kurma sonucu doğurmasına rağmen, halkı ilgilendiren konular üzerinde tartışma özgürlüğünü desteklemekte daha büyük kamu yararı olduğundan, genel yararla ilgili bu tür konuların tartışılmasına tahammül edilmelidir.

32. Glaisdale Lordu Simon, Lord Diplock'un hukuki noktadaki ifadesine ve Eylül makalesinde yukarıda geçen pasajla ilgili görüşlerine katılmıştır. Simon bu makaleyi, ele almış olduğu önemli konuları ayrıntılı olarak tartışan ve Distillers'ın daha iyi koşullarda anlaşma yapmasını sağlamak üzere ahlaki bir baskı kurmak için düşünülmüş olan bir makale olarak görmüştür. Saygısızlıkla ilgili hukuk, adaletin usulüne uygun olarak dağıtılmasında, hukukun kamu yararını koruduğu bir araçtır. Birçok hukuk davası anlaşmayla sonuçlanmıştır; anlaşma görüşmelerine müdahale, tam anlamıyla Mahkemeyi ilgilendiren usul niteliğinde bir duruma müdahaleden daha az saygısızlık değildir. Adaletin gereği gibi dağıtılması, konuyla ilgili hukuka dayanılarak yapılan anlaşma görüşmesini kapsar. Üst Mahkeme makalenin saygısızlık oluşturmayacağını, çünkü davanın askıda olduğunu söylemekle yanılmıştır. Taraflardan birinin üzerinde gizli bir baskıya bile kural olarak izin verilemez; bu baskı sadece çok dar sınırlar içinde haklı görülebilir. Hukuk, tartışma özgürlüğü ve adaletin yerine getirilmesi gibi iki kamu yararını dengede tutmak zorundadır; ama her davada yeni bir dengeye ulaşılacak olursa, hukuk da belirsiz bir duruma gelecektir. Hukuk bazı genel standart kuralları koymalıdır. Her bir dava bakımından üstün kamu yararı davanın sürdürülmesi, davanın hiç bir müdahaleye maruz kalmadan ilerleyebilmesidir. Bunun bir istisnası, genel yararı ilgilendiren bir konuda, davadan önce başlamış ve durmamış, ama davayı çelme amacı da gütmeyen bir tartışmanın bulunmasıdır.

33. Chelsea Lordu Cross, "Mahkemeye saygısızlığın" adalet dağıtımına müdahale anlamına geldiğini söylemiştir. Saygısızlıkla ilgili kurallar, ifade özgürlüğünü makulce gerekli olduğundan daha fazla sınırlamamalıdır. Yayınlanması tasarlanan makale, Distillers'ın ihmali bulunup bulunmadığı sorununu incelemiştir; henüz görülmekte olan bir hukuk veya ceza davasının maddi veya hukuki konularında herhangi bir "çelme", kural olarak bir müdahale oluşturur. Cross şöyle devam etmiştir:

"Henüz karara bağlanmamış davada bir konuyu çelen bir yayın, kendi başına zararsız olsa da, zararsız olmaktan uzaklaşan yanıtları tahrik edebilir; ancak bunları yanıt oldukları için sınırlamak adil görülmeyecektir(...) Davanın basın ya da televizyon tarafından

görülmesine doğru tedrici bir kayışı önleyen açık bir kural, sadece belirli bir dava açısından bakan bir kimse için makul olmasa bile gereklidir."

Lord Cross'a göre bu kural, devam eden yargılamanın sonuçlarına uygulanacağı gibi, anlaşma görüşmelerinin sonuçlarına da uygulanacaktır.

Times Newspaper Ltd., halkın büyük ilgisini çeken konularda bu kuralın bir istisnası olması gerektiğini ileri sürmüştür; ancak Lordlar Meclisi, sadece Distillers'ın ihmali bulunup bulunmadığı sorununu tartışmış, üreticilerin faaliyet alanındaki sorumluluğu ile zararların takdir edilmesi gibi daha geniş sorunları tartışmaktan çekinmiştir. Doğumlardan bu yana epey zaman geçmiş olması ve hiç bir kamusal araştırmanın yapılmamış olması da yayıncıya güven vermiştir. Ancak, Üst Mahkemenin davaları yanlışlıkla "askıda" olarak nitelendirdiği bu gecikmeden ötürü taraflar sorumlu değildir; çünkü anlaşma görüşmeleri fiilen sürdürülmüştür ve bir kamu araştırmasının bulunmaması, davaların ilerlediği bir sırada, basının bir araştırma yapmasına izin verilmesini haklı çıkarmaz. "Divisional Court" Mahkemesi duruşmasına kadar durum değişmemiştir: Millet Meclisindeki görüşme ahlaki sorunlar üzerinde yoğunlaşmıştır; Distillers, makalenin yayınlanmasının kendisine zarar vermemesi için kapsamlı bir anlaşma önerisiyle ortaya çıktığı halde, taleplerin Mahkemeye götürülüp götürülmeyeceği hala belirsizdir. Bu nedenle tedbir kararı yeniden getirilmelidir; ancak Times Newspaper Ltd. şirketine, daha sonraki gelişmeler nedeniyle kararın devamının haksız olacağına bir Mahkemeyi ikna edebileceğini düşündüğü anda bu kararın kaldırılması için Mahkemeye başvuru hakkı da tanınmalıdır.

24 Eylül 1972 tarihli makale bir saygısızlık oluşturmaz: Bir konuyu çelmek Mahkemeye saygısızlık oluşturur ama adil ve doğru olarak yapılmış bir yorum, taraflardan birinin üzerine büyük bir baskı getirse bile, saygısızlık oluşturmaz.

34. Lordlar Meclisi 25 Temmuz 1973'te, aşağıdaki tedbir kararını vermesi talimatıyla, davanın "Divisional Court" Mahkemesine iade edilmesine karar vermiştir:

"(...)'thalidomide' ilacının geliştirilmesi, dağıtımı ve kullanımı ile ilgili olarak(...) Distillers'a karşı açılmış ve açılacak bir davada ihmal, Sözleşme'ye veya borca aykırılık konularını çelen veya bu konularla ilgili delillere temas eden herhangi bir makalenin veya yazının, Times Newspaper Ltd. şirketinin sahipleri, çalışanları, temsilcileri veya başkaları tarafından yayınlanması, yayınlanmasına veya basılmasına yol açılması, veya basılması için emir verilmesi veya basılmasına aracılık edilmesi yasaklanmıştır."

Davalılara, tedbir kararının kaldırılması için "Divisional Court" Mahkemesine başvurma hakkı tanınmıştır.

"Divisional Court" Mahkemesi 24 Ağustos 1973'te yukarıdaki talimatı yerine getirmiştir.

E. Tedbir kararını kaldıran "Divisional Court" kararı

35. " Divisional Court" Mahkemesi, 23 Temmuz 1976'da, tedbir kararının kaldırılması için Başsavcının yaptığı bir başvuruyu görüşmüştür. Başsavcının ifadesine göre, tedbir kararına duyulan ihtiyaç artık devam etmemektedir. Distillers'a karşı ileri sürülen iddiaların hemen hemen hepsi sonuçlanmış, titizlikle izlenmiş olsaydı Mahkeme önüne getirilmiş olabilecek sadece dört olay kalmıştır. Başsavcı, kamu yararının sınırlamaya bundan böyle ihtiyaç göstermediğini, The Sunday Times gazetesinin makaleyi yayınlamasına "mümkün olan en kısa sürede" izin verilmesinde kamu yararı bulunduğunu belirterek, konuyu Mahkemeye sunmuştur. Distillers üzerinde baskı olasılığının tamamen kalktığı kanaatine varan Mahkeme, başvuruyu kabul etmiştir.

V. Mahkemeye Saygısızlıkla ilgili Hukuk Reformu Önerileri

...

HÜKMÜN GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası

42. Başvurucular Sözleşme'nin 10. maddesi ihlalinin mağduru olduklarını ileri sürmüşlerdir.

Başvurucular bu aykırılığın, birincisi İngiliz Mahkemeleri tarafından verilen tedbir kararından, ikincisi Mahkemeye saygısızlık hukukunun geniş ve açıklıktan yoksun olması nedeniyle maruz bırakıldıkları yasaklamanın devam etmesinden kaynaklandığını ileri sürmüşlerdir.

Komisyon raporunda, birinci noktada aykırılık bulunduğunu açıklamıştır. İkinci nokta ile ilgili olarak Komisyon Baş temsilcisi 24 Nisan 1978 tarihli duruşmada, tedbir kararının Mahkeme'nin sadece 10. maddeye göre ele alması gereken bir konu olmadığını, başvurucuların ve diğer medya kuruluşlarının, Lordlar Meclisinin kararı ve bu kararın muğlaklığı nedeniyle Mahkemeye saygısızlık hukukundaki belirsizliğin mağduru olmaya devam ettiklerini de belirtmiştir.

Hükümet, 10. maddeye aykırılık bulunmadığını ileri sürmüştür.

43. İkinci nokta ile ilgili olarak Mahkeme, "çekişmeli davalardaki yetkisinin, ilk önce Komisyon'a yapılmış ve Komisyon tarafından kabul edilmiş başvurularla sınırlı olduğunu" hatırlatır: "Bir başvurunun kabuledilebilir olduğunu açıklayan Komisyon kararı, davayı Mahkeme'nin önüne getirmeyi hedefler; dava, usulüne göre bir kez Mahkeme'ye havale edildiğinde, Mahkeme davanın görülmesi sırasında ortaya çıkan bütün maddi ve hukuki sorunları dinleyebilir" (İrlanda - Birleşik Krallık, §157). Bu davada Komisyon başvurunun kabuledilebilir olduğuna ilişkin 21 Mart 1975 tarihli kararında önündeki sorunu, "Mahkemeye saygısızlık ile ilgili kuralların Lordlar Meclisinin tedbir kararında uygulandığı biçimiyle Sözleşme'nin 10(2). fıkrası bakımından yasaklamayı haklı kılan bir neden olup olmadığı" biçiminde görmüştür. Komisyon tarafından davanın esasının incelenmesi sadece bu sorunla sınırlanmıştır.

Bu nedenle Mahkeme sadece Lordlar Meclisinin kararı nedeniyle Sözleşme'ye bir aykırılık bulunup bulunmadığını incelemesi gerektiği sonucuna varmıştır.

44. Tartışma konusu tedbir kararı ilk olarak "Divisional Court" Mahkemesinin sadece Sunday Times gazetesinin verdiği taslak makalesi ile ilgilidir (bk. yukarıda §21). Üst Mahkeme bu tedbir kararını kaldırmış (bk. yukarıda §24), ancak Lordlar Meclisi bu kararı yenilemiş ve Divisional Court'a aşağıdaki gibi karar vermesi emrederek önceki kararın alanını önemli ölçüde genişletmiştir:

"(...) 'thalidomide' ilacının gelişimi, dağıtımı ve kullanımı ile ilgili olarak(...) Distillers'a karşı açılmış ve açılacak herhangi bir davada ihmal, Sözleşme'ye veya borca aykırılık konularını çelen veya bu konularla ilgili delillere temas eden bir makalenin veya yazının Times Newspaper Ltd. şirketinin sahipleri, çalışanları, temsilcileri veya başkaları tarafından yayınlanması, yayınlanmasına veya basılmasına yol açılması veya emir verilmesi veya aracılık edilmesi yasaklanmıştır."

45. Başvurucuların, Sözleşme'nin 10(1). fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğünü kullanmalarına "kamu makamlarının müdahalesi" olduğu açıktır. Bu müdahale, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında yer alan istisnalardan birine girmezse, 10. maddeye aykırılık oluşturur. O halde Mahkeme'nin eldeki davada sırasıyla, müdahalenin "hukuken

öngörülmüş" olup olmadığını, müdahalenin 10(2). fıkrasına göre "meşru bir amaca veya amaçlara sahip" olup olmadığını ve müdahalenin sözü edilen amaç veya amaçlar için "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını incelemesi gerekmektedir.

A. Müdahale hukuken öngörülmüş müdür?

46. Başvurucuların iddiasına göre, Lordlar Meclisinin kararından önce ve sonra var olan Mahkemeye saygısızlıkla ilgili hukuk öylesine muğlâk ve belirsiz ve kararda açıklanan ilkeler öylesine yenidir ki, koyulan yasağı "hukuken öngörülmüş" bir yasak olarak kabul etmek mümkün değildir. Hükümet ise bu bağlamda yasağın yeteri kadar hukuken öngörülmüş olduğunu ileri sürmüş; söz konusu yasağın davanın özellikleri bakımından, hiç değilse "kısmen önceden görülebilir" nitelikte olduğunu savunmuştur. Komisyon ise raporunda, Lordlar Meclisinin uyguladığı ilkelerin "hukukun öngördüğü" ilkeler olduğu varsayımından hareket ederken, yukarıdaki "önceden görülebilirlik" ölçüsünü uygulamıştır. Ancak Komisyon Baş temsilcisi 25 Nisan 1978 tarihli oturumda, uygulanan hukukun belirsizlikleri karşısında, tedbir kararının en azından ilk kez verildiği 1972'de bu yasağın "hukukun öngördüğü" bir yasak olmadığını eklemiştir.

47. Mahkeme, "hukukun öngördüğü" ifadesindeki "hukuk" sözcüğünün sadece "yasa"yı değil, ama yazılı olamayan hukuku da kapsadığını dikkate almıştır. Bu nedenle Mahkemeye saygısızlıkla ilgili hukukun bir mevzuat olmayıp, "common law"un bir ürünü olmasının, Mahkeme bakımından bir önemi yoktur. "Common Law" tarafından konan bir yasağın, mevzuat biçiminde düzenlenmediği gerekçesiyle "hukukun öngörmediği" bir yasak olarak kabul etmek, Sözleşme'yi hazırlayanların amaçlarına açıkça aykırı olur. Aksi takdirde "common law"a sahip olan Sözleşme'ye taraf bir Devlet, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasının korumasından yoksun kalacak ve Devletin hukuk sistemi temelinden sarsılacaktır.

Aslında başvurucular da, "hukukun öngördüğü" ifadesinin her durumda bir mevzuat hükmünü gerektirdiğini ileri sürmemektedirler; onların iddiasına göre, "common law" kurallarının bu davada olduğu gibi, hukukun öngördüğü ifadesinin aradığı hukuki belirginlik ilkesini yerine getiremeyecek kadar belirsiz olduğu durumlarda, bir mevzuat hükmü gereklidir.

48. Sözleşme'nin 9, 10 ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarındaki "hukuken öngörülmüş" (prescribed by law) ifadesi, Fransızca metindeki "prévues par la loi" ifadesinin karşılığıdır. Sözleşme'nin 8(2). fıkrasında, Birinci Protokolün 1. maddesinde ve Dördüncü Protokolün 2. maddesinde yine aynı Fransızca ifade yer alırken, İngilizce metinde sırasıyla, "hukuka uygun olarak", "hukukun öngördüğü koşullar" ve yine "hukuka uygun olarak" ifadeleriyle karşılanmıştır. Hukuk yaratan bir anlaşmanın güvenilirlik bakımından eşit, fakat tamamıyla aynı olmayan metinleri ile karşılaşan Mahkeme, bunları mümkün olduğu kadar uzlaştırıcı ve Sözleşme'nin gayesini kavramaya ve amacını gerçekleştirmeye en uygun tarzda yorumlamalıdır (Wemhoff, §[53], ve Sözleşmeler Hukuku ile ilgili 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Konvansiyonunun 33(4). fıkrası).

49. Mahkemenin görüşüne göre, "hukuken öngörülmüş" ifadesinden şu iki koşul ortaya çıkmaktadır: Birincisi, [uygulanacak olan] hukuk, yeterince erişilebilir olmalıdır; başka bir anlatımla, vatandaşlar belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmelidirler. İkincisi, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm, "hukuk" kuralı olarak kabul edilemez: Vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekiyorsa uygun bir danışmayla önceden görebilmelidir. Bu sonuçların mutlak bir belirginlikle önceden görülebilir olması gerekmez; çünkü tecrübeler bunun mümkün olmadığını göstermektedir. Belirgin olması daha çok

arzu edilir, ancak bu aşırı derecede bir katılığı beraberinde getirebilir; oysa hukuk, değişen koşullara ayak uydurabilmelidir. Bu nedenle birçok yasa az ya da çok, kaçınılmaz olarak muğlâk terimlerle ifade edilir; bunların yorumu ve uygulanması, hukuk tatbikatının sorunudur.

50. Bu davada 'kolay ulaşılabilirlik' ve 'önceden görülebilirlik' koşullarının yerine getirilip getirilmediği sorunu, bazı Yargıçların farklı ilkelere dayanmaları nedeniyle zorlaşmaktadır. "Divisional Court" Mahkemesi Mahkemeye saygısızlık için taraflardan birini kamuoyu baskısıyla sıkıştırmak suretiyle görülmekte olan davanın çözümünü kastî olarak etkileme girişimini aramıştır ("baskı ilkesi") (bk. yukarıda §23). Bu ilkeden Lordlar Meclisinin bazı üyeleri de söz etmiştir; diğer bazı üyeleri ise Mahkemeye saygısızlık hakkında sürmekte olan bir uyuşmazlıkta ortaya çıkan sorunları çelebilecek veya daha çok halkta bir önyargının oluşmasına neden olabilecek türden bir yazının yayınlanmasını aramışlardır ("önyargı ilkesi") (bk. yukarıda §29-33).

51. Başvurucular, baskı ilkesinin durumu hakkında yeterli bilgiye sahip olmadıklarını söylememektedirler. Aslında bu ilkenin varlığı, "Divisional Court" Mahkemesi önünde şu ifadeyi kullanan Times Newspaper Ltd. şirketi hukuk danışmanları tarafından tanınmıştır: "Makale taraflardan birine baskı uygulamış olsaydı bile yine de saygısızlık oluşmuş sayılamazdı; çünkü kamu yararının üstünlüğü herhangi bir haksızlığa üstün gelir. Makale ilk bakışta saygısızlık oluşturmuş gibi görünse de, kamu yararının üstünlüğü, ona bir savunma olanağı sağlar". Yine Lord Phillimore, Üst Mahkemenin, "halkın duygularını taraflardan birine karşı tahrike vardıran(...) nüfuz yoğunlaşması(...) ciddi bir saygısızlık oluşturur", ifadesine dayanmıştır.

Mahkeme "baskı ilkesi"nin, başvurucuların taslak makaleyi yayınladıkları zaman karşılaşabilecekleri sonuçları bir ölçüde önceden görebilmelerine olanak verecek kadar yeterli açıklıkta formüle edilmiş bulunduğundan kuşku duyulamayacağını da kabul etmektedir. Yargıç Buckley, Vine Products Ltd - Green (1966) davasında, hukuki durumu şu biçimde formüle etmiştir: "Bir gazetenin dava henüz sürerken, adil yargılamayı çelebilecek biçimde dava hakkında bir yorum yapması, Mahkemeye saygısızlık oluşturur. Bu saygısızlık, çeşitli biçimlerde meydana gelebilir: Örneğin, iddiada veya savunmada bulunmasını önlemek için taraflardan birini şu ya da bu yolla sıkıştırmak, veya bir tarafı istekli olmadığı anlaşma hükümlerini kabule teşvik etmek, veya taraflardan birini böyle bir baskıya maruz bırakmadan başka bir yolla, serbestçe iddiada ve savunmada bulunması gerektiği halde, kendisine tavsiye edildiği gibi davranmasını sağlamak için davranışını etkilemek saygısızlık oluşturur."

52. Başvurucular öte yandan, önyargı ilkesinin yeni bir ilke olduğunu, o nedenle bu ilkenin varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olmadıklarını ileri sürmüşlerdir. Bu görüş, Lordlar Meclisinin "daha değişik bir ölçü formüle ettiğini" belirten Phillimore raporu ile birlikte (bk. yukarıda §18), başvurucuların göndermede yaptığı birçok uzmanın eserine dayandırılmıştır. Bununla beraber, Mahkeme şu noktalara da dikkat çekmektedir:

Başvurucuların dilekçesinde şöyle denmiştir (paragraf 2.54):

"Lordlar Meclisinin bu davanın esasına uyguladığı 'önyargı ilkesi', daha önce İngiliz Mahkemelerinde görülen karşılaştırılabilir nitelikteki herhangi bir davada verilen karara 'dayanak' olmamıştır;

1969 yılında, Araştırma Kurulu niteliğindeki Saygısızlık Hukuku üzerine Bakanlıklar arası Komite raporunun 26. paragrafında şöyle denmiştir: "Şimdiye kadar, yargıcın bakmakta olduğu bir davanın konusu hakkında yaptığı bir yorumla ilgili olarak Mahkemeye saygısızlıktan suçlu bulunan bir kimse yoktur (...) Ancak bu tür bir yorumun saygısızlığa varabileceği görüşünü destekleyen bir ilke vardır";

"Halsbury's Laws of England"ın üçüncü baskısında (1972), (cilt 8, s.7, vb., parag. 11-13), önceki içtihatlara gönderme yapıldıktan sonra şu pasaja yer verilmiştir: "taraflardan birinin aleyhine kamuoyunu çelen (...) yazılar (...) saygısızlık oluşturur (...) Mahkemede son kez dinlenmeden önce dava konusuyla ilgili olarak taraflardan biri aleyhine insanların aklını çelmekten daha tehlikeli bir şey yoktur (...) Görülmekte olan bir davayı (...) yorumlayan bir makaleyi gazetede yayınlamak, saygısızlık oluşturur. Böyle bir yayın, ülkenin normal yargı yerlerinden birinde yargılama sürerken basın tarafından yargılanma gibi zarar verici bir eğilim olarak düşünülecektir(...) Öte yandan, acele yargılama, saygısızlığın cezalandırılmasında sadece adil yargılamanın özüne müdahale etmesi muhtemel olan yayın için kullanılmalıdır."

Mahkeme, "önyargı ilkesi"nin formüle edilmesi bakımından, Lordlar Meclisinde çeşitli kaynaklara, özellikle Hunt-Clarke (1889) davasında Yargıç Cotton'un hukuki durumu belirten şu sözlerine gönderme yapılmış olduğunu not etmektedir: "Bir davada tarafların haklarını veya dava ilerlemeden önce gösterilecek delilleri bir yazıyla tartışmak, kanımca, adaletin gereği gibi dağıtılmasına çok ciddi bir müdahale girişimidir. Bu yazı nedeniyle yargıcın ya da jürinin çelineceği sonucuna varılması gerekmez; yazının, yargılamanın usulüne uygunluğunu çelen bir sebep olduğu sonucuna varılması halinde, bunun bir saygısızlık olduğu kabul edilir; böyle bir davranış yasaklanarak gereken cezayla karşılanır." Bundan başka, The Sunday Times gazetesinin editörü, "Divisional Court" Mahkemesi önündeki dava dosyasında bulunan yeminli ifadesinde şöyle demiştir: "(...) Bana verilen hukuki mütalaaya göre yayınlanması tasarlanan makale (...) şimdiye kadar yayınlanmış makalelerden farklı olup, daha adil bir uzlaşma için moral gerekçeleri güçlendiren bilgi sunmasına ilaveten, görülmekte olan thalidomide davasında sorumluluk konusuyla ilgili delilleri de kapsamaktadır".

Özetlenecek olursa Mahkeme, başvurucuların "önyargı ilkesi"nin varlığı hakkında yeterli belirtiye sahip olmadığını kabul etmemektedir. Mahkeme'nin, bu ilkenin formüle edildiği sırada ilkenin açıklığı ile ilgili olarak bazı kuşkuları bulunmakla beraber, makul bir ölçüye kadar, taslak makalenin yayınlanmasının ilkeyle çatışma riski taşıdığını başvurucuların önceden görebileceğini kabul etmektedir.

53. Bu nedenle, başvurucuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahale, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamında "hukukun öngördüğü" bir müdahaledir.

B. Müdahale, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki meşru amaçlara sahip midir?

54. Başvurucuların, Hükümetin ve Komisyon azınlığının görüşüne göre Mahkemeye saygısızlıkla ilgili hukuk, sadece yargı erkinin tarafsızlığını ve otoritesini değil, aynı zamanda davadaki tarafların haklarını ve menfaatlerini koruma amacına da hizmet eder.

Komisyon çoğunluğu saygısızlıkla ilgili hukukun, adaletin tam dağıtımını korumak gibi genel bir amaca sahip olduğunu ve bu suretle Mahkemenin otorite ve tarafsızlığını sürdürmekten söz eden Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında yer alan benzeri amaçları gözettiğini kabul etmiştir. Öte yandan yine Komisyon, bu hukukun, başkalarının haklarını koruma gibi daha başka bir amacı bulunup bulunmadığını inceleyemeyeceğini de kabul etmiştir.

55. Mahkeme ilk önce, "yargı erkinin otorite ve tarafsızlığı" ifadesinin "Sözleşme'deki anlamıyla" anlaşılması gerektiğini vurgulamaktadır (König, §88). Bu nedenle, hukuk devletinin temel ilkesini yansıtan Sözleşme'nin 6. maddesinin bu bağlamda işgal ettiği merkezi konum göz önünde tutulmalıdır (Golder, §34).

"Yargı erki" terimi, adalet mekanizmasını veya Devletin yargı kolunu kapsadığı gibi, görevleri Bu nedenle yargıçları da kapsar. "Yargı erkinin otoritesi" deyimi Mahkemelerin, hak ve yükümlülüklerin tespiti ve ayrıca uyuşmazlıkların çözümünde, halkın kabul ettiği

anlamıyla uygun bir forum oldukları düşüncesini içerir; dahası, halkın büyük kısmı bu işlevi yerine getirmelerinden dolayı Mahkemelere saygı duyar ve güvenir.

Bu bağlamda, Phillimore raporundaki saygısızlıkla ilgili hukukun genel amacına dair tanımı benimsemek yeterlidir. Yukarıdaki 18. paragrafta görülebileceği gibi, saygısızlıkla ilgili hukukun kapsamına giren eylem kategorilerinin çoğunluğu, ya yargıçların görevleri ya da Mahkemelerin işleyişi ve adalet mekanizmasıyla ilgilidir. O halde bu hukukun amaçlarından biri de, "yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesidir".

56. Bu davada Komisyon çoğunluğunun görüşüne katılan Mahkeme'ye göre saygısızlıkla ilgili hukuk, davadaki tarafların haklarını korumaya yarayabilir; ancak bu amaç, "yargı erkinin otorite ve tarafsızlığını sürdürme" ifadesinde zaten vardır: Korunan haklar, davanın tarafı sıfatıyla, yani bireylerin adalet mekanizmasına katılmaları nedeniyle sahip oldukları haklardır; eğer adalet mekanizmasına katılan ya da ona başvuran kişinin hakları korunamazsa, adalet mekanizmanın otoritesi de sürdürülemeyecektir. Bu nedenle, saygısızlıkla ilgili hukukun "başkalarının haklarını" koruma gibi daha başka bir amaca sahip olup olmadığını ayrı bir sorun olarak ele almak gereksizdir.

57. Geriye, başvurucuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin, yargı erkinin otorite ve tarafsızlığını sürdürme amacını taşıyıp taşımadığını incelemek kalmıştır.

Yargıçlar verdikleri kararı, yayınlanması tasarlanan makalenin yargı erkinin "tarafsızlığı" üzerinde bir etkiye sahip olabileceği gerekçesine dayandırmamıştır. Bu gerekçe, Mahkeme önünde de ileri sürülmediğinden, dikkate alınmayabilir.

Taslak makaleye yapılan itirazların Lordlar Meclisi tarafından kabul edilebilir bulunmasına dair gerekçeler (bk. yukarıda §29-33) şöyle özetlenebilir:

- ihmal konusunda "çelme" yapmanın, hukukun işleyişine karşı saygısızlığa neden olması ve adaletin yerine getirilmesine müdahale oluşturması;

- bunun Distillers'ı halka teşhir edecek ve davanın esasını önyargılı tartışmalara açacak türden bir müdahale olması ve davacıların genellikle Mahkemelere başvurmalarını engellemesi nedeniyle bu teşhire karşı çıkılması;

- bunun Distillers'ı baskıya ve davadaki konulara ilişkin önyargıların çelmelerine maruz bırakması ve saygısızlıkla ilgili hukukun Mahkemelere başvurulmasına müdahale etmeyi önlemek için getirilmiş olması;

- basın tarafından yapılan çelmeye kaçınılmaz olarak tarafların da karşılık verecek olması; o nedenle, adaletin yerine getirilmesine hiç de uygun olmayan bir "basın yoluyla yargılama" tehlikesi yaratması;

- Mahkemelerin, tarafları hem önyargıların çelmesinden hem de aleni ön yargılamanın telaşına katılma gereğinden korumaları.

Mahkeme bütün bu gerekçeleri, yukarıda 55. paragrafın 2. alt paragrafında yorumladığı "yargı erkinin (...) otoritesi"ni sürdürme amacı içinde görmektedir.

Bu nedenle, başvurucuların ifade özgürlüğüne yapılan müdahale, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki bir meşru amaca sahiptir.

C. Yargı erkinin otoritesini sürdürmek için yapılan bu müdahale, demokratik bir toplumda gerekli midir?

58. Başvurucular ve Komisyon çoğunluğu, sözü edilen müdahalenin, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamında "gerekli" olmadığı görüşündedir. Hükümet ise, tam tersi bir sonuca

ulaşan ve bu konuda özellikle Lordlar Meclisinin kullandığı takdir alanına dayanan Komisyon azınlığının haklı olduğunu ileri sürmüştür.

59. Mahkeme, yukarıda geçen *Handyside* kararında "demokratik bir toplumda gerekli" deyiminden ne anladığını, bu deyimin ele alınan sorunların incelenmesinde gördüğü işlevin niteliğini ve bu işlevleri hangi tarzda göstereceğini açıklama olanağı bulmuştur.

Mahkeme, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki anlamıyla "gerekli" sıfatının, "zorunlu" sıfatıyla anlamdaş olmadığı gibi, "kabul edilebilir", "olağan", "yararlı", "makul", "arzu edilen", ifadelerinin esnekliğine de sahip olmadığını ve bir "toplumsal ihtiyaç baskısı"nın varlığına işaret ettiğini belirtmiştir (Handyside, §48).

Mahkeme ikinci olarak, Sözleşme'de kabul edilen hak ve özgürlüklerin korunmasında sorumluluğun, öncelikle Sözleşmeci Devletlerin kendilerinde olduğunu vurgulamıştır. Bu bakımdan, "10(2). fıkrası Sözleşmeci Devletlere bir takdir alanı bırakır. Bu alan, hem ulusal yasakoyucuya (...) hem de, aralarında yargı organlarının da bulunduğu, yürürlükteki hukuku yorumlamak ve uygulamakla görevlendirilmiş organlara bırakılmıştır" (aynı karar, §48).

"Bununla beraber, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası, Sözleşmeci Devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermez"; "Mahkeme(...) bir 'yasağın'(...) 10. maddede korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermekle yetkilidir. Ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir"; bu "denetim, sadece temel hukuki düzenlemeleri değil, bağımsız bir Mahkeme tarafından verilmiş de olsa, bu mevzuatı uygulayan Mahkeme kararlarını da kapsar" (aynı karar, §49).

Mahkeme, bu ilkelerin bileşiminden kendi görevinin, "hiç bir biçimde yetkili ulusal Mahkemelerin yerini almak değil, fakat ulusal Mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların 10. maddeye uygunluğunu denetlemek olduğu" sonucuna ulaşmıştır (aynı karar, §50).

Bu demek değildir ki, Mahkeme'nin denetimi davalı bir Devletin takdirini makul biçimde, özenle ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını araştırmakla sınırlıdır. Böyle davranan bir Sözleşmeci Devlet dahi, yaptığı davranışın Sözleşme'yle üstlendiği taahhütlere uyumu konusunda Mahkeme'nin denetimine tabidir. Mahkeme, Hükümetin ve Komisyon çoğunluğunun aslında Handyside davasında ileri sürdüğü karşıt düşünceyi (aynı karar, §47) burada da geçerli görmemektedir.

Bundan başka, ulusal takdir yetkisinin alanı, 10(2). fıkrasında sıralanan her bir amaç bakımından aynı değildir. Handyside davası, "ahlakın korunması" ile ilgiliydi. Mahkeme bu davada, Sözleşmeci Devletlerin "ahlaki gereklere" bakışının "özellikle günümüzde zamana ve yere göre değiştiğini" ve "Devlet yetkilileri(nin), ahlaki gereklerin tam içerikleri(...) hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası yargıçtan genellikle dahi iyi durumda" olduklarını saptamıştı (aynı karar, §48). Açıktır ki, yargı erkinin "otoritesi" gibi çok daha nesnel bir kavram hakkında aynı şey söylenemez. Ulusal hukuk sistemleri ve Sözleşmeci Devletlerin uygulamaları, bu alanda oldukça esaslı ortak bir temel bulunduğunu göstermektedir. Bu durum "ahlak" teriminin geçtiği Sözleşme'nin 6. maddesi de dâhil, Sözleşme'nin birçok hükmünde görülür. Bu nedenle, burada daha geniş bir Avrupa denetimi, ama daha dar bir takdir yetkisi vardır.

Mahkeme, Sözleşme'nin farklı alanda ama belirli bir ölçüde bu durumla karşılaştırılabilir nitelikte olan Sözleşme'nin 5(3). fıkrası ile 6(1). fıkrası bağlamında, ilk değerlendirmeyi yapmakla yetkili ulusal mahkemelerin ulaştığı sonuçlardan daha farklı sonuçlara ulaşmıştır (Neumeister kararı; Stögmüller kararı; Ringeisen kararı; König kararı).

60. Komisyon azınlığı ve Hükümet, Mahkemeye saygısızlığın, "common law" sistemli ülkelere özgü olduğuna dikkat çekmişler ve Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki [yargı erkinin otorite ve tarafsızlığının sürdürülmesi] ifadesinin, Avrupa Konseyi üyesi diğer Devletlerde bir benzeri bulunmayan bu durumu kapsamak üzere getirildiğini belirtmişlerdir.

Mahkeme'ye göre, bu doğru olsa bile bu ifadeyi Sözleşme'ye eklemenin gerekçesi, Mahkemeye saygısızlıkla ilgili hukuku belirli bir önlemin "gerekli" olup olmadığını değerlendirmede bir ölçü durumuna getirmek değil, ama bunun 10(2). fıkrasındaki meşru amaçlardan biri sayılmasını sağlamak olabilir. Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki bu ifade, Mahkemeye saygısızlıkla ilgili İngiliz hukukunun veya buna benzer ulusal bir kurumun temelini oluşturan kavramlar nedeniyle öngörülmüş olsa bile, madde bu kurumları oldukları gibi benimsememiş, bağımsız bir bağlama dönüştürmüştür. Mahkeme'nin değerlendirmesi gereken şey, Sözleşme bakımından "gereklilik"tir; yapacağı şey de, devletin tasarrufunu Sözleşme'nin standartlarına göre denetlemektir.

Ayrıca Mahkeme, denetleme görevini davanın bütünselliği içinde yapar (Handyside, §50). Bu nedenle Mahkeme, yukarıda 22'den 35'e kadar olan paragraflarda özetlenmiş yargısal kararlarda bulunan muhakeme ve çözümleme çeşitliliğini, Mahkemeye saygısızlıkla ilgili hukuk hakkında İngiltere'de yapılan yoğun tartışmaları ve reform önerilerini gözden kaçırmamalıdır. İkinci konuyla ilgili olarak Mahkeme, Hükümetin çıkardığı Yeşil Kitap'ta, Phillimore Komitesinin yaptığı bazı tavsiyelerin yanında ve karşısında argümanlar getirmiş olmasına rağmen Komitenin, Lordlar Meclisinin kullandığı "önyargı" ölçüsünün yeniden düşünülmesi teklifini olumsuz bulmadığını saptamıştır (bk. yukarıda §37).

61. Mahkeme, tedbir kararının sadece farklı bir hukuk sistemine göre verilmeyeceği ya da verilemeyeceği için "gerekli" olmadığını kabul edemez. 8 Şubat 1967 tarihli "Belçika'da Eğitim Dili" davası kararında not edildiği gibi Sözleşme'nin temel maksadı, "Sözleşmeci Devletlerin kendi egemenliklerine tabi kişilerle ilişkilerinde bu Devletlerin uyacakları bazı uluslararası standartları ortaya koymak"tır (*Belçika'da Eğitim Dili Davası, §3e*). Bu, mutlak bir tekbiçimciliğin gerekli olduğu anlamına gelmez; aslında Sözleşmeci Devletler, kendilerine uygun buldukları önlemleri seçmekte serbest bırakıldıkları için, Mahkeme her bir Devletin ulusal hukuklarının esas ve usule dair özelliklerine karşı ilgisiz kalamaz (*Belçika'da Eğitim Dili Davası, §34-35*).

62. Şimdi şikâyet konusu "müdahale"nin "toplumsal ihtiyaç baskısı"nı karşılayıp karşılamadığı, "meşru amaçla orantılı" olup olmadığı, müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin Sözleşme'nin "10(2). fıkrası bakımından ilgili ve yeterli" olup olmadığı hakkında karar verilmelidir (*Handyside, §48-50*). Mahkeme bu bağlamda, tedbir kararının konusunu, ardından thalidomide davasının o sıradaki durumunu ve son olarak bu davayı ve tedbir kararının verilmesini çevreleyen koşulları incelemiştir.

63. Tedbir kararı, Lordlar Meclisi tarafından verildiği biçimiyle sadece Sunday Times gazetesinde yayınlanması tasarlanan makaleye karşı alınmış değildir (bk. yukarıda §44). Başvurucular bu tedbir kararının, yaptıkları araştırmanın sonuçlarını Hükümet Makamlarına ve Parlamento üyelerine ulaştırmalarını ve araştırmayı sürdürmelerini engellediğini, bu konuda bir kitap yayınlama planlarını geciktirdiğini ve The Sunday Times editörünü bu konuda yorum yapmaktan ve kendisini hedefleyen eleştirileri yanıtlamaktan menettiğini ileri sürmektedirler. Gerçekten tedbir kararı bu tür ayrıntıları kapsayacak genişlikteki terimlerle ifade edilmiştir; tedbir kararının bu genişliği, onun "gerekliliği"ni daha yakından incelemeyi gerektirmektedir.

Tedbir kararının asıl konusu taslak makaledir. Bu nedenle ilk aşamada makalenin muhtemel sonuçları hakkında ulusal Mahkemelerin görüşlerinin "yargı erkinin otoritesi"nin sürdürülmesiyle ilgili olup olmadığı araştırılmalıdır.

Dayanılan gerekçelerden biri, makalenin davaların Mahkeme dışında daha iyi sözleşme koşullarıyla karara bağlanması için Distiller'ı sıkıştıracak olmasıdır. Ancak makalenin yayınlanması, 1972'de Distillers üzerinde zaten var olan baskıya muhtemelen daha fazlasını eklemeyecektir (bk. yukarıda §29/2). Bu saptama, Lordlar Meclisinin kararını verdiği Temmuz 1973 tarihindeki şartlar bakımından daha çok geçerlidir. Çünkü bu tarihte thalidomide olayı Parlamentoda görüşülmüş ve sadece basında çıkan yorumlara değil, ulusal çapta kampanyaya da konu olmuştur (bk. yukarıda §13 ve 14).

Lordlar Meclisinde ifade edilen görüşler daha çok, Mahkeme tarafından karara bağlanmadan önce uyuşmazlık konusu üzerinde halkın bir görüş oluşturmasına yol açılacak olursa veya davanın tarafları "basın tarafından yargılanma"ya katlanmak zorunda bırakılacak olursa, hukuki sürecin saygınlığını yitirebileceği ve Mahkeme işlevlerinin gasp edilmiş olacağı endişesini vurgulamıştır. Bu tür bir endişe, Mahkeme'nin anladığı anlamda "yargı erkinin otoritesi"nin sürdürülmesiyle "ilgili"dir (bk. yukarıda §55). Eğer uyuşmazlıkta ortaya çıkan sorunlar, halkın peşin hükümlere varmasına yol açacak bir biçimde açığa vurulacak olursa, Mahkemeler kendilerine duyulan saygı ve güveni kaybedebilirler. Ayrıca halkın, basın yayın organlarında sözde yargılamaları düzenli olarak görmeye alışmasının, Mahkemelerin hukuki uzlaşmazlıkların çözümü için uygun bir forum oldukları anlayışına karşı uzun dönemde kötü sonuçlar doğurabileceği gözden uzak tutulamaz.

Bununla beraber, Sunday Times gazetesinde yayınlanması tasarlanan makalede ılımlı terimler kullanılmış olup, Mahkemenin varabileceği tek bir sonucun bulunduğuna dair tek yanlı delil ve talepler gösterilmiş değildir; makale, Distillers'a karşı olan delilleri ayrıntılı olarak çözümlemekle birlikte, Distillers'ın lehindeki gerekçeleri de özetlemiş ve şu sözlerle son ermiştir: "Kesin yanıtlar bulunmadığı görülmektedir(...)". Mahkeme'nin görüşüne göre makale yayınlanmış olsaydı, doğuracağı etki okuyucudan okuyucuya değişecekti. Makale, bazı okuyucuların ihmalkârlık konusunda görüş oluşturmalarına bir ölçüye kadar yol açsa bile, "yargı erkinin otoritesi" üzerinde ters sonuçlar doğurmayacaktı; çünkü özellikle, yukarıda da not edildiği gibi, tam bu sırada ulusal çapta bir kampanya bulunuyordu.

Öte yandan, makalenin yayınlanması buna karşı cevapları da tahrik edebilirdi ama, aynı şey az ya da çok, uyuşmazlığın temelini oluşturan olaylara veya uyuşmazlıkta ortaya çıkan sorunlara göndermede bulunan herhangi bir yayın için de geçerlidir. Bu kategorideki yazıların hepsi kaçınılmaz olarak "yargı erkinin otoritesi"ne tecavüz etmediğinden, Sözleşme'nin bunların hepsinin yasaklanmasına izin verme amacı bulunamaz. Dahası, tedbir kararı için gösterilen bu gerekçe 10(2). fıkrasıyla "ilgili" olsa bile Mahkeme, gerekçenin bütün çevre koşullarını incelemeksizin "yeterli" olup olmadığı hakkında karar veremez.

64. Tedbir kararı, ilk kez verildiğinde ve bu kararın yenilendiği sırada, thalidomide olayı uzlaşma görüşmelerinin yapıldığı bir aşamadadır. Başvurucular davanın "askıda" olduğu konusunda Üst Mahkemeyle aynı fikirdedir; Komisyon çoğunluğu ise tam tersine, ihmal sorunuyla ilgili bir yargılamanın bulunduğunu kabul etmektedir. Öte yandan, Hükümete ve Komisyon azınlığına göre, böyle bir yargılama olması gerçek bir ihtimaldir.

Mahkeme'nin karar verebilmesi için, söz konusu dönemde davanın tam olarak hangi durumda olduğunu değerlendirmesi gerekli değildir: Görülmekte olan bir davada uzlaşma için yapılan görüşmelere müdahaleyi önlemek, 10(2). fıkrasındaki amaç bakımından, tamamıyla adli bir duruma müdahaleyi önlemekten daha az meşru değildir. Aynı şey, bir

uzlaşmanın Mahkeme tarafından onaylanması süreci için de geçerlidir (bk. yukarıda §9). Akılda tutulması gereken şey, uzlaşma görüşmelerinin çok uzun olması, yıllarca devam etmesi ve makalenin yayınlanmasının yasaklandığı sırada davanın duruşma aşamasına gelmemiş olmasıdır.

Bununla beraber, nasıl olup da 1976 yılında, "baskı ilkesi"nden çok, "önyargılılık ilkesi"ne dayanarak tedbir kararını kaldırmanın mümkün olduğu sorusu ortaya çıkmaktadır (bk. yukarıda §35). Tedbir kararının kaldırıldığı sırada, bazı ailelerin davaları hala sürdüğü gibi, Distillers ile onların sigortacıları arasında ihmal sorununu içeren bir dava da devam etmektedir; bu ikinci davanın duruşma için kaydı yapılmıştır (bk. yukarıda §16). Tedbir kararının bu koşullarda kaldırılabilmiş olması, tedbir kararının ilk aşamada gerekli olup olmadığı sorusunu gündeme getirmektedir.

65. Hükümetin yanıtına göre bu, ifade özgürlüğündeki kamu yararı ile adaletin tam olarak dağıtılmasındaki kamu yararının dengelenmesi meselesidir; Hükümet tedbir kararının geçici bir önlem olduğunu belirtmekte ve durumun değiştiği 1976'da yararlar tekrar karşılaştırıldığında, dengenin diğer tarafa kaydığını söylemektedir.

Bu durum Mahkeme'yi, thalidomide davasını ve tedbir kararını çevreleyen koşullara getirmektedir.

Mahkeme'nin Handyside kararında dediği gibi, ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturur; düşünce özgürlüğü 10(2). fıkrasının sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen, zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen haber ve düşünceler için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, ona çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır (*Handyside, §49*).

Basın söz konusu olduğunda, bu ilkeler özel bir önem kazanır. Bu ilkeler, önemli ölçüde toplumun yararına hizmet eden ve aydınlatılmış bir halkın işbirliğini gerektiren adaletin dağıtılması alanına da aynı ölçüde uygulanır. Mahkemelerin boşlukta çalışamadıkları, genel kabul gören bir olgudur. Mahkemeler, uyuşmazlıkların çözümünde bir forum durumundadırlar, ama bu demek değildir ki, uzmanlaşmış dergilerde, genel basında ya da halk arasında uyuşmazlıklar önceden tartışılamaz. Dahası, basın yayın organları adaletin usulüne göre dağıtılmasına tecavüz etmeyip, kamu yararının bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, Mahkemelerin önüne gelmiş sorunlarla ilgili haber ve düşünceleri vermekle yükümlüdür. Sadece basın yayın kuruluşları bu tür haber ve düşünceleri vermekle görevli değildir, halkın da bu haber ve düşünceleri edinme hakkı vardır (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §52*).

Şikâyet konusu müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli"liğinin "yeterli" gerekçeye dayanıp dayanmadığını değerlendirebilmek için, davanın kamu yararı ile ilgili yönüne dikkat etmek gerekir. Mahkeme bu bağlamda, bazı yargıçların yararlar çatışmasını dengeledikten sonra, devam eden davalarda sorunların çelinmesine izin vermeyecek mutlak bir kural formüle ettiklerini gözlemlemektedir: Bu formüle göre, her olayda yeni bir denge aranacak olursa, hukukun da belirsizleşeceği kabul edilmiştir (bk. yukarıda §29, 32 ve 33). Mahkeme, Lordlar Meclisinde benimsenen İngiliz hukukunun yorumlanması konusunda kendisinin görevli olmadığını vurgularken, farklı bir yaklaşım izlenmesi gerektiğine de işaret etmiştir (*Ringeisen, §97*). Mahkeme, çatışan iki ilkeden birinin seçimiyle değil, fakat dar yorumlanması zorunlu bir kaç istisna ile sınırlanan ifade özgürlüğü ilkesi ile karşı karşıyadır (Klass ve Diğerleri, §42). İkinci olarak, Mahkeme'nin 10. maddeye göre denetimi sadece temel mevzuatı değil, mevzuatın uygulandığı kararları da kapsar (*Handyside, §49*). Sözü edilen müdahalenin, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında sayılan istisnalar kategorisine girmesi yeterli değildir; konusu itibariyle belirli bir kategoriye girmesi

ya da genel ve mutlak terimlerle formüle edilen bir hukuk kuralı tarafından kapsanması, müdahalenin yapılması için yeterli değildir. Mahkeme, önündeki her bir davada hâkim olan olaylara ve koşullara baktığında, müdahalenin gerekli olduğuna ikna olmalıdır.

66. Thalidomide felaketi hiç kuşku yok ki, halkı ilgilendiren bir konudur. Bu felaket, ilacı pazarlamış olan güçlü bir firmanın dehşetli bir trajedi yaşayan yüzlerce kişiye karşı hukuki ve ahlaki bir sorumluluk taşıyıp taşımadığı ve mağdurların zararlarının karşılanmasını sadece toplumdan bekleyip bekleyemeyecekleri sorusunu ortaya çıkarmaktadır. Bilimsel gelişmelerden kaynaklanan zararlara karşı korunma ve bunların tazmin edilmesi ile ilgili önemli sorunlar ortaya çıkmış ve bu sorunlar hakkında var olan hukukun birçok ilkesi ters yüz edilmiştir.

Mahkeme'nin daha önce de belirttiği gibi 10. madde, halkı bilgilendirmek için sadece basın özgürlüğünü değil, halkın doğru olarak bilgilendirilme hakkını da güvence altına alır (bk. yukarıda §65).

Eldeki davada, konuyla ilgili hukuki güçlüklerin farkında olmayan, yaratılan trajedinin mağduru bu ailelerin, bütün önemli olayları ve çeşitli çözüm ihtimallerini bilmekte hayati çıkarları vardır. Onlar, kendileri için çok önemli olan bu haberlerden ancak haberin yayılmasının "yargı erkinin otoritesi"ne bir tehdit oluşturduğu mutlak bir kesinlikle kanıtlanması halinde yoksun bırakılabilirler.

Konuyla ilgili çıkarları tartmak ve bu çıkarların güçlerini ayrı ayrı değerlendirmekle görevli olan Mahkeme, şu saptamalarda bulunmaktadır:

Eylül 1972'de, başvurucuların deyişiyle, durum yıllardan beri "hukuki bir yumak" durumundadır ve en azından ailelerin davalarının duruşmaya çıkacağı kesinlikten uzaktır. Ayrıca kamusal bir araştırma da bulunmamaktadır (bk. yukarıda §14).

Hükümetin ve Komisyon azınlığının belirttiğine göre, ihmalle ilgili İngiliz hukukunun ilkeleri gibi "geniş sorunlar"ın tartışılması hakkında hiç bir yasak yoktur; ve aslında bu konunun çeşitli çevrelerde "Divisional Court" Mahkemesinin ilk kararından hem önce ve hem de sonra yaygın olarak tartışıldığı da doğrudur (bk. yukarıda §11, 12 ve 14). Ne var ki Mahkeme, "geniş sorunlar" ve ihmal sorunu diye bir ayırma girişimini yapay bulmaktadır. Bu türden bir trajedinin sorumluluğunun gerçekten nerede bulunduğu sorusu, kamu yararıyla ilgili bir meseledir.

Sunday Times makalesi düşünüldüğü zaman yayınlanmış olsaydı, Distillers'ın davanın esasıyla ilgili argümanlarını herkesin önünde ve yargılamadan önce açmak yükümlülüğünü hissedeceği doğrudur (bk. yukarıda §63); ancak bu durum sürmekte olan uyuşmazlığın ardalanını oluşturduğu için, kamu yararıyla ilgili bir mesele olma niteliğini yitirmemiştir. Makale, belirli olayları aydınlığa kavuşturmakla, spekülatif ve bilgiden yoksun tartışmalara bir fren olabilirdi.

67. Mahkeme, davanın bütün koşullarını göz önünde tutarak ve yukarıda 65. paragrafta tanımlanan yaklaşıma dayanarak; şikâyet edilen müdahalenin Sözleşme'deki ifade özgürlüğünün kamu yararına daha ağır basan yeterli bir toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmediği sonucuna varmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, başvurucular hakkında verilen yasak için gösterilen gerekçeleri, 10(2). fıkrasına göre yeterli bulmamaktadır. Bu yasağın, aranan meşru amaçla orantılı olmadığı ortaya çıkmaktadır; bu yasak yargı erkinin otoritesini sürdürmek için demokratik bir toplumda gerekli değildir.

68. Bu nedenle 10. maddeye aykırılık bulunmaktadır.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Dokuza karşı on bir oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline;
2. Oybirliğiyle, 10. maddeyle birlikte ele alınan 14. maddenin ihlal edilmediğine;
3. Oybirliğiyle, 18. maddeye aykırılık sorununu incelemenin gerekli olmadığına;
4. Oybirliğiyle, 50. maddenin uygulanması sorununun karara hazır olmadığına;

...

KARAR VERMİŞTİR.

25.03.1985 8734/79 BARTHOLD - ALMANYA

♦ *mesleki reklam yasağı—haksız rekabet* (bir veteriner olan başvurucunun mesleki dergiler dışında, basında adını, fotoğrafını, belirli bir veteriner klinik yöneticisi olduğu belirterek, bu kliniğin geceleri de hizmet verdiğini, bir gece bir kedi sahibinin kedisini tedavi ettirmek için kendisini buluncaya kadar veteriner aradığı şeklinde bir olayı anlattığı gazetede yayımlanan ropörtajı nedeniyle mahkeme tarafından benzer ifadelerde bulunmaktan yasaklanması) ■ ifade özgürlüğü

DAVANIN ESASI

24 Ağustos 1978'de, Hamburger Abendblat adlı günlük bir gazetede, gazeteci B. imzalı, "Veterinerlere akşam 8:00'den sonra ulaşılamıyor --'Shalen' nasıl sağ kaldı" adlı dört sütunluk ve 146 satırlık bir yazı yayınlanmıştır. Bu yazının girişinde, evcil hayvan sahiplerinin akşamları veterinerlere ulaşamadıkları, Hamburg'daki veterinerlerin durumunu doktorların durumuyla aynı çizgiye getiren yeni bir Yasa üzerinde çalışıldığı, Hamburg Veterinerler Odası Başkanı Dr. Jürgen Arndt'ın bu yasanın gece acil hizmetleri de düzenleyeceğini söylediği belirtilmiştir. Yazı daha sonra, 'Shalen' adlı kedinin sahibinin akşam 7.30 ile 10.00 arasında veteriner arayışı ve bulamayışı, ancak şanslı oldukları için daha sonra "Fuhlsbüttel veteriner kliniği yöneticisi Dr. Barthold'un devreye girdiğini" belirtmiş ve başvurucu Dr. Barthold'un şu sözlerine yer vermiştir: "Çok önemli bir zamandı; (...) [kedi] geceyi geçiremezdi." Yine Dr. Barthold'un "Sanırım, Hamburg gibi büyük bir şehirde, hayvanlar için düzenli hizmet verilmelidir. Hamburg'daki hayvanseverler, kendilerine yardım edecek bir veteriner aramak zorunda kalmayacaklardır. 53 veteriner ayda bir kez nöbetçi olacaktır (...) Her gece telefonumuz iki ile on iki kez arası çalmaktadır. Tabi bunların hepsi acil olaylar değildir, bazen telefonla yardıma ihtiyaç duyulmaktadır", şeklindeki sözlerine yer verilmiştir.

Gazeteci yazısında daha sonra, Hamburg Veterinerler Konseyi Başkan Yardımcısı ve Harburg kliniği yönetici Dr. Jürgen Arndt'ın görüşlerine yer vermiştir. Dr. Arndt'a göre acil hizmetlerin rotasyon usulüyle verilmesi, "kliniklerin gönüllü hizmet vermelerini engellemeyecek, fakat üzerlerindeki yükü azaltacaktır"; kendisi böyle bir hizmetin verilmesini desteklemektedir; yasa çıkıncaya kadar hayvanseverler bir veteriner bulmak için telefon çevirmeye devam edecekler ve kendilerine yardıma hazır polise başvuracaklardır. Yazıyla ilgili iki fotoğraf bulunmaktadır. Büyük olan birinci fotoğrafta bir kedi yer almakta ve alt yazıda "Shalen'ın hayatı için çalıştılar ve kazandılar" denilmektedir; manşetin devamındaki küçük fotoğraf Dr. Barthold'a ait olmasına rağmen alt yazısında yanlışlıkla Dr. Arndt'a ait olduğu belirtilmiştir; ama ertesi gün aynı fotoğraf tekrar yayınlanmış, bunun Dr. Barthold'a ait olduğu belirtilerek, hata düzeltilmiştir.

Bu yazıyı Mesleki Davranış Kurallarına aykırı gören Dr. Barthold'un bir kaç meslektaşı, meseleyi İş Yaşamında Dürüstlük ve Güvenilirlik için Onur Kuruluşu önüne getirmişlerdir. Hamburg'lu işadamları tarafından 1925 yılında kurulmuş olan bu dernek, "iş

yaşamının her alanında dürüstlüğü ve iyi niyeti sağlamayı" ve özellikle "haksız rekabetle, dolandırıcılıkla bağlantılı kara para aklamayla ve yolsuzlukla mücadeleyi" amaçlamaktadır. Bu dernek 1978 ile 30 Eylül 1980 tarihleri arasında, "Haksız Rekabetle Mücadele Merkez Kuruluşu"nun bir kolu gibi çalışmıştır. Söz konusu Merkez Kuruluşun ise, sanayi, ticaret, zanaat erbabı yaklaşık 400 kadar kuruluştan üyesi bulunmaktadır. 7 Haziran 1909 tarihli Haksız Rekabet Kanununun 13. maddesine göre Onur Kuruluşu ve Merkez Kuruluşu, bu yasadaki belirli kuralların iş sahibi bir kimse tarafından ihlal edilmesini önlemek için dava açmakla yetkilidir.

Onur Kuruluşu, 4 Eylül 1978'de başvurucuya bir yazı yazarak, 1909 tarihli Yasanın 1. maddesiyle bağlantılı olarak Mesleki Davranış Kurallarının 7. maddesini ihlal ettiği iddiasını bildirmiştir. 1909 tarihli Yasanın 1. maddesi şöyledir: "Bir kimse iş yaparken rekabet amacıyla, dürüstlük uygulamalarına aykırı hareket ederse, bu tür başka hareketlerde bulunması yasaklanır ve zararlardan sorumlu olur." Mesleki Davranış Kurallarının 7. maddesi reklam ve alenileştirme ile ilgili olup, şöyle demektedir: "Şunlar meslek ahlakına aykırıdır: (a) kendisinin veterinerlik işlerinin alenen reklamını yapmak, (b) televizyon, radyo veya basın ya da başka yayınlar yoluyla alenileştirmeyi teşvik etmek veya hoşgörmek, (c) uzmanlık dergilerinin dışında bir olayın öyküsünü ve operasyon veya tedavi yöntemlerini anlatmak, (d) kendi mesleki uygulamalarını alenileştirmek için veteriner olmayanlarla işbirliği yapmak." Onur Kuruluşu, kendisinin haksız rekabet davası açmaya hakkı bulunduğunu ama, bir dostane çözüm istiyorsa başvurucunun ekteki beyanı imzalamasını söylemiştir. Bu beyan, kendisinin Hamburger Abendblatt gazetesinde olduğu gibi, basındaki yazılarla işlerini alenileştirmemeyi taahhüt ettiğini, her bir ihlal için Merkez Kuruluşa 1,000 Mark ve Onur Kuruluşuna 120 Mark ödemesini içermektedir.

Başvurucu namına bir avukat tarafından Onur Kuruluşuna gönderilen yazıda, iddialar reddedilmiş, yazılı olarak müvekkiline karşı iddiaların düşürülmesi, suçlamaların geri alınması ve özür dilenmesi istenmiştir. Avukat ayrıca masrafının da ödenmesini, taleplerinin üç gün içinde karşılanmaması halinde dava edeceklerini bildirmiştir.

Bunun üzerine Merkez Kuruluşu, Hamburg Mahkemesine bir ihtiyati tedbir almak için başvurmuştur (Medeni Usul Kanunu md. 936 ve 944). 15 Eylül 1978'de, 15. Hukuk Mahkemesi Başkanı tarafından ihtiyati tedbir kararı verilmiştir. Bu karar başvurucuya: "mesleki dergiler dışında basında adını, fotoğrafını, Fuhlsbüttel veteriner klinik yönetici olduğu belirterek, akşam 8 ile sabah 8 saatleri arasında Hamburg'da hayvanserverlerin, kendilerine yardım etmeye hazır veterinerler bulmaya çalıştıklarını söylemeyi; (a) sadece gönüllü veteriner kliniklerinin günün yirmi dört saati acil nöbetinde olduklarını söylemeyi, ve/veya, (b) çalışma sırasında akşam 8 ile sabah 8 arasında, iki ile on iki arasında telefon aldıklarını söylemeyi, ve/veya (c) bir kedi sahibinin kedisini tedavi ettirmek için akşam 7.30 ile 10.00 saatleri arasında, Dr. Barthold'u buluncaya kadar veteriner aradığı şeklinde bir olayı anlatmayı, ve/veya gazetecilere bilgi vererek bu tür haberlere katkıda bulunmayı" yasaklamıştır. Bu tedbir kararının her bir kez ihlalinden ötürü azami 500,000 Mark veya 6 aya kadar hafif hapis cezasıyla cezalandırılabilecektir.

Başvurucu bu karara karşı itirazda bulunmuştur (Medeni Usul Kanunu md. 936 ve 924). Yetkili Mahkeme, tedbir kararını 15 Kasım 1978'de onaylamıştır. Başvurucu bu karara karşı da Hanseatic 3. Üst Mahkemesine başvurmuş, ancak başvurusu 22 Mart 1979'da reddedilmiştir. Bu karara karşı Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuru da, 15 Eylül 1978'de reddedilmiştir.

Daha henüz ihtiyati tedbir kararıyla ilgili yargılama tamamlanmadan önce, Dr. Barthold Mahkemeden, Merkez Kuruluşunun ana dava açması için süre tayin etmesini istemiş, bunun üzerine Kuruluş 22 Aralık 1978'de ana davayı açmıştır. 16. Ticaret Mahkemesi

davayı esastan görerek, haksız rekabeti ihlal eden bir davranış için yeterli delil bulunmadığı gerekçesiyle başvurucu lehine karar vermiştir.

Bu karara karşı Merkez Kuruluşun başvurusu üzerine, Hanseatic Üst Mahkemesi 24 Ocak 1980'de Kuruluşun başvuru sebeplerini haklı gören bir karar vermiştir. Dr. Barthold'un bu karara karşı Anayasa Mahkemesine yaptığı başvuru, 6 Ekim 1980 tarihinde reddedilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası

36. (...)

37. Başvurucu, 24 Ağustos 1978 tarihinde Hamburger Abendblatt gazetesinde bir makalenin yayınlanması üzerine Alman Mahkemeleri tarafından kendisi aleyhine verilen yasaklayıcı tedbir kararlarından şikâyetçi olmuştur. Başvurucuya göre bu tedbir kararları, yani Hanseatic Üst Mahkemesindeki ana davada verilen tedbir kararında aynen tekrarlanan geçici tedbir kararı, acil durumlarda veterinerlik hizmeti verilmesinin gereği konusundaki görüşlerinin bilinmesini önlemiş ve bu suretle ifade özgürlüğünü ihlal etmiştir.

Dr. Barthold ayrıca Komisyon önünde, veterinerleri reklam yapmaktan kaçınmaya zorlayan mesleki davranış kuralının bizzat kendisinin Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı olduğunu savunmuştur. Şikâyet konusu tedbir kararları Mesleki Davranış Kurallarının 7(a) bendine değil, ve fakat 7(a) bendi ile bağlantılı olarak ele alınan 1909 tarihli Yasanın 1. maddesine dayanmaktadır. Ancak başvurucu bu iddiasını Mahkeme önünde tekrarlamamıştır. Komisyon gibi Mahkeme de bu iki hükmün incelenmesini, önündeki davanın özel şartlarına uygulanmasıyla sınırlı tutacaktır.

38. Hükümetin temel savunması şöyledir: şikâyet edilen tedbir kararlarının konusu, Dr. Barthold'un Hamburg'da veterinerlerin gece hizmetlerinin organizasyonu ile ilgili eleştirel görüşleri değil, ve fakat sadece kendi yaptıklarını ve kliniğini övücü ve meslektaşlarını küçük düşürücü sözleridir. Kısmen yanlış bilgi de veren bu beyanlar, objektif bir görüş açıklamanın ötesine geçmekte ve ticari reklam halini almaktadır. Oysa Sözleşme'nin 10. maddesi, ticari reklamı kapsamamaktadır; ticari reklam meselesi Sözleşme tarafından korunmayan, serbestçe ticaret yapma ve meslek icra etme hakkının kullanılmasıyla ilgili bir meseledir.

Hükümet buna alternatif olarak, itiraz konusu tedbirin Sözleşme'nin 10(2). fıkrasına göre haklı bir tedbir olduğunu savunmuştur.

39. Komisyon olayda ihlal görmüştür. Komisyon'a göre olayın şartları, kelimenin genel olarak anlaşıldığı anlamında bir ticari reklamla ilgili değildir; ancak her halükarda ticari reklam, Sözleşme'nin 10. maddesinin kapsamı ve tasarımı dışında kalmamaktadır (bk. 5 Mayıs 1979 tarihli kabuledilebilirlik kararı, Başvuru no. 7805, X ve Church Scientology -- İsveç).

A. Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulanabilirliği

40. Komisyon temsilcisine göre, Hükümetin Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulanabilirliği meselesini yeniden açma hakkı düşmüştür; çünkü Hükümet Komisyon önünde, bu davanın Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından incelenebileceğini kabul etmiştir.

Hükümet bu noktayı ileri sürme hakkına sahip olduğunu, çünkü belirli özellikleri nedeniyle söz konusu mülakatın, ifade özgürlüğünün merkezinde bulunan fikirlerin paylaşımıyla ilgili olmayıp, ekonomik faaliyet alanına girdiğini her zaman savunduğunu belirtmiştir.

41. Mahkeme, Komisyon temsilcisinin görüşüne katılamamaktadır. Mahkeme önünde izlenecek usul bakımından Sözleşme'nin maddi hükümlerinin uygulanabilirliği meselesi, niteliği gereği, davalı Devletin önceki tavırlarından bağımsız olarak, incelenecek olan davanın esasıyla ilgili bir meseledir (*"Belçika'da Eğitim Dili Davası"; Airey, §18*).

42. Sözleşme'nin 10(1). fıkrası, ifade özgürlüğünün "görüşlere sahip olma ve haber ve düşünceleri (...) ulaştırma özgürlüğünü de içerdiğini" belirtmektedir. Mevcut davada getirilen kısıtlamalar, Dr. Barthold'un Hamburg'da gece veterinerlik hizmeti verilmesi gereği konusundaki görüşleri arasında bazı olgusal verilere ve özellikle kendisiyle ve kliniğinin işletilmesiyle ilgili iddialarına yer vermesiyle ilgilidir (bk. yukarıda §18). Bu değişik parçalar, işin özünü genel menfaati ilgilendiren bir konuda "düşüncelerin" ifadesi ve "haberlerin" iletilmesinin meydana getirdiği bir bütünü oluşturmak üzere yan yana gelmektedir. Bu bütünden, bir ifade tarzından çok esasa doğru giden ve Alman Mahkemelerinin de dediği gibi alenilik benzeri etkiye sahip olan bu unsurları ayırmak mümkün değildir. Özellikle, kısıtlamaya yol açan bir yayın bir ticari reklam değil de, bir gazeteci tarafından yazılan bir makale olduğunda, durum böyledir.

Buna göre Mahkeme, reklamın Sözleşme'nin 10. maddesinin güvence kapsamına girip girmediğini mevcut davada araştırma ihtiyacı duymadan, 10. maddenin uygulanabilir olduğu sonucuna varmaktadır.

B. Sözleşme'nin 10. maddesine uygunluk

43. Burada başvurucunun ifade özgürlüğünü kullanmasına açıkça, "kamu makamları tarafından bir müdahale" vardır; bu müdahale, Merkez Kuruluşu tarafından açılan dava sonunda 24 Ocak 1980'de, Hanseatic Üst Mahkemesi tarafından görülen ana davanın nihai aşamasında verilen karardan kaynaklanan bir müdahaledir (bk. yukarıda §22). Bir müdahale, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki dar yorumlanması gereken şartları (Sunday Times, §65) yerine getirmedikçe, Sözleşme'nin 10. maddesine uygun olmaz. O halde bir müdahale, "hukuken öngörülmüş olmalı", 10(2). fıkrasındaki meşru bir amaca veya amaçlara sahip olmalı ve söz konusu amaç veya amaçlar bakımından "demokratik bir toplumda gerekli" olmalıdır (bk. aynı karar, §45).

1. Hukuken öngörülmüş bir müdahale var mıdır?

44. Dr. Barthold'a göre söz konusu tedbir kararları ne bir "hukuka" dayanmakta ve ne de "öngörülmüş" bulunmaktadır. Hükümet ve Komisyon bu iddiaya katılmamışlardır.

45. Mahkeme'nin bu konudaki içtihatlarına göre müdahalenin, gerekirse uygun bir danışmayla bireye davranışı düzenleme imkânı verecek açıklıkta formüle edilmiş olan ve yeterince ulaşılabilir nitelikte bir iç hukuka dayanması gerekir (*Sunday Times, §49; Silver ve Diğerleri, §85-88; Malone, §66-68*).

46. İncelenmekte olan müdahaleye hukuki temeli sağlayan, Hanseatic Üst Mahkemesi tarafından uygulandığı biçimiyle 1909 tarihli Yasanın 1. maddesi, 1964 tarihli Yasanın 8(1). fıkrası ve Mesleki Davranış Kuralları'nın 7(a) bendidir (bk. yukarıda §22). Üçüncü hüküm, ilk iki hükümden farklı olarak, doğrudan Parlamento tarafından değil, Veterinerler Konseyi tarafından çıkarılmıştır (bk. yukarıda §11 ve 26). Ama yine de, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamında bir "hukuk" olarak görünmektedir. Veterinerler Konseyinin mesleki davranış kuralları alanındaki yetkisi, Almanya'da Parlamento tarafından devredilmiş olup, diğer serbest mesleklerle birlikte veterinerlik mesleğinin geleneksel olarak kullandığı bağımsız kuralkoyuculuk yetkisinden kaynaklanmaktadır (bk. özellikle Anayasa Mahkemesinin 9 Mayıs 1972 tarihli kararı). Dahası, Konsey tarafından ulusal mevzuata uygun bir biçimde yerine getirilmek suretiyle kullanılan bu yetki Devletin kontrolü

altında olup, Konsey mesleki davranış kurallarını, onay için Eyalet Hükümetine sunmak zorundadır (bk. yukarıda §11 ve 26, 1964 tarihli Yasa md. 8(3) ve 18).

47. Söz konusu hükümlerin "ulaşılabilirliği", tartışma konusu olmamıştır. Öte yandan başvurucu, şikâyet konusu tedbir kararlarının sübjektif veya objektif anlamda "önceden görülebilir" olmadıklarını savunmuştur. Başvurucuya göre, konuyla ilgili mevzuat ifade özgürlüğünün sınırlarını, serbest olan ile olmayan arasındaki çizgiyi veterinerlik mesleğinin her bir üyesinin önceden görebileceği şekilde, yeterince açıklıkla belirlememiştir; özellikle 1909 tarihli Yasanın 1. maddesindeki ifadeler aşırı ölçüde muğlaktır.

1909 tarihli Yasanın 1. maddesi, özellikle "dürüst davranma" deyimine yer vererek, gerçekten de bir ölçüde belirsiz bir ifade tarzı kullanmıştır. Madde bu suretle, Mahkemelere geniş bir takdir alanı bırakmaktadır. Ancak Mahkeme daha önce de, kanunları yaparken mutlak bir belirginlik sağlamanın imkânsız olduğunu kabul etmiştir (*Sunday Times, §49; Silver ve Diğerleri, §88*). Bu düşünceler, özellikle 1909 tarihli Yasanın davranışları düzenlediği rekabet alanında daha da kuvvetlidir; çünkü rekabet alanı, konuyla ilgili faktörlerin piyasadaki ve iletişim araçlarındaki gelişim çizgisine göre sürekli değişen bir alandır. Nihayet, Hanseatic Üst Mahkemesi 24 Ocak 1980 tarihli kararını, 1909 tarihli Yasanın 1. maddesi ile daha açık ve daha ayrıntılı hükümler içeren Mesleki Davranış Kurallarının 7(a) bendini birlikte uygulayarak vermiştir.

48. Dr. Barthold Komisyon önünde, iç hukuka da uygun davranılmadığını savunmuştur. Başvurucunun iddiaları şu şekilde devam etmektedir: Hukuk Mahkemelerinin Mesleki Davranış Kurallarını uygulama yetkileri yoktur; Davranış Kurallarının hükümlerine uymama otomatik olarak, 1909 tarihli Yasanın, yani üstelik serbest mesleklere uygulanabilir nitelikte de olmayan bir yasanın ihlal edilmesi sonucuna götürmez; olağan Mahkemeler, Kuralların 7(a) bendini mesleki yargı yerlerinden farklı yorumlamışlardır; son olarak Merkez Kuruluşun, kendisine karşı dava açmak için taraf ehliyeti yoktur.

Bir müdahalenin, kendisine sebep olan kararın konuyla ilgili ulusal mevzuata uygun olmaması halinde, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası bakımından "hukuken öngörülmüş" olarak kabul edilemeyeceği doğru olmakla birlikte, Sözleşme tarafından kurulmuş olan koruma sisteminin mantığı, bu konuda Mahkeme'nin kullanabileceği denetim yetkisinin kapsamına sınırlar çizmektedir. İç hukuku yorumlamak ve uygulamak, ilk aşamada ulusal makamlara ve özellikle Mahkemelere düşen bir görevdir. Ulusal makamlar, işin doğası gereği, bu bağlamda ortaya çıkan sorunları çözmek için daha ehliyetlidirler (*Winterwerp, §46; 05.11.1981 X. – Birleşik Krallık, §43*). Mevcut davada sunulan deliller, 1909 tarihli Yasaya veya Mesleki Davranış Kurallarına açıkça uygun davranılmadığını ortaya koymamaktadır. Başvurucunun Mahkeme önünde tekrar dile getirmediği iddiaları, Hamburg Mahkemelerinin görüşlerine katılmadığını ifade etmekten başka bir şey yapmamaktadır.

49. Özetle, şikâyet konusu tedbir kararları "hukuken öngörülmüş"tür.

2. Müdahale 10(2). fıkrasındaki meşru amaçlardan birine sahip midir?

50. Hükümet söz konusu müdahalenin, insan "sağlığını" ve ayrıca başvurucunun veteriner meslektaşları ve veteriner müşterileri gibi "başkaları"nın "haklarını" korumaya hizmet ettiğini, ve bu müdahalenin "ahlakı" da korumayı amaçladığını savunmuştur.

Dr. Barthold ise tam tersine bu müdahalenin kamu sağlığına potansiyel risk oluşturan bir durumu sürdürme eğilimli olduğunu belirtmiştir. Komisyon ise burada veteriner müşterilerinin haklarının korunması şeklinde meşru bir amaç görmüştür.

51. 24 Ocak 1980 tarihinde verilen karar gerekçesine göre, mevcut davadaki nihai tedbir kararı, veterinerlerin reklamdan kaçınmalarını gerektiren mesleki davranış kurallarına uygun olarak hareket eden meslektaşları karşısında, başvurucunun ticari bir avantaj

sağlamasını önlemek için verilmiştir (bk. yukarıda §22). Hanseatic Üst Mahkemesi verdiği kararı, "başkalarının hakları"nı koruma amacına dayandırmış olup, bu Mahkemenin Sözleşme'ye yabancı amaçlar izlediğine inanmak için bir sebep yoktur. O halde 24 Ocak 1980 tarihli karar, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası bakımından tedbirin "gerekliliği" saklı kalmak kaydıyla, bizzat kendisi meşru olan bir amaca sahiptir. Bu kararın bir de 10(2). fıkradaki diğer sebepler bakımından haklı olup olmadığını araştırma gereği yoktur.

3. Müdahale demokratik bir toplumda gerekli midir?

52. Hükümet, başvurucuya getirilen kısıtlamanın "demokratik bir toplumda gerekli" bir kısıtlama olduğunu belirtmiştir. Hükümetin savunmaları şöyle özetlenebilir: 24 Ocak 1980 tarihli kararla başvurucunun tekrarlamaktan men edildiği beyanlar, veteriner meslektaşlarını lekeleyen ve kısmen yanlış beyanlardır; bu beyanların yayın biçimi ve yayınlandıkları yerin türü itibarıyla objektif eleştirinin ötesine geçmiş ve Mesleki Davranış Kurallarıyla bağdaşmayan bir reklam niteliğine ulaşmıştır. Hamburger Abendblatt'taki makalenin yazarı Dr. Barthold olmadığı halde, Hanseatic Üst Mahkemesi kendisini sorumlu görmekle hatalı davranmamıştır.

Buna ek olarak şikâyet konusu yasak, orantılılık ilkesine uygundur. Dar sınırlarla çerçevelenmiş olan bu yasak, Dr. Barthold'un Hamburg'ta gece veterinerlik hizmeti konusunda bir görüş ifade etmesini engellememiştir. Komisyon böyle bir hizmetin yasal bir çerçeveye alınması gerektiğini söylerken, Hamburg'taki halkın menfaatlerini abartmıştır. Başvurucunun yasaklanmış beyanlarda bulunması halinde risk altına girdiği yaptırımlar, orantılılık prensibinin dışında kalmamaktadır; çünkü "soyut bir tehdit"ten öteye geçmeyen bu yaptırımları ulusal Mahkemeler, haksız bir davranışın meydana gelmesi halinde, günün şartlarına göre uygulamak durumunda kalacaklardır.

Hükümete göre son olarak, haksız rekabetin giderilmesi alanında Sözleşmeci Devletler geniş bir takdir alanından yararlanmakta ve Sözleşmeci Devletlerin hukuk geleneklerine Sözleşme organları tarafından saygı gösterilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda, Alman mevzuatının konuyla ilgili karşılaştırılabilir türden hükümler, Avrupa Konseyi üyesi diğer Devletlerde, uluslararası belgelerde ve Avrupa Toplulukları hukukunda da bulunmaktadır.

53. Başvurucu, müdahalenin "gerekliliği"ne karşı çıkarken, şu gerekçeleri sunmuştur: kendisinin beyanları, reklam gibi bir etkiye sahip değildir. Adı ve mesleki faaliyetleri zikredilerek görüşlerini aleni bir surette yayma yasağı konması, basınla ilişkisine dikkat etmeye yönlendiren Hanseatic Üst Mahkemesinin uyarılarının yaptığı gibi, kendisinin ifade özgürlüğünü tam kalbinden vurmuştur. Kaldı ki, demokratik bir toplumda veterinerlerin en azında bu olayda olduğu gibi kapsamlı olmayan bir tarzda reklam yapmalarını yasaklamak gerekli değildir.

Ayrıca, kendisi hakkında verilen tedbir kararı, özellikle Veterinerler Konseyi hayvan sahiplerine ihtiyaç duyabilecekleri gece hizmetleri hakkında bilgi sahibi kılmadığı için, hayvan sahiplerinin meşru menfaatlerine de zarar verebilecek niteliktedir. 24 Ocak 1980 tarihli kararın bir sonucu da, gazetecileri aldıkları bilgileri ehliyetli kişilerin bilgisiyle kontrol etmelerini ve daha derin araştırma yapmalarını ve bu tür bilgilerin kaynağını açıklamalarını engellemek, ve bu suretle yayınlanan herhangi bir beyanın güvenirliğini olumsuz yönde etkilemektir. O halde söz konusu karar, doğrudan veya dolaylı olarak, basının görevini daha da zorlaştırmaya ve okuyuculara sağlanan bilginin düzeyini düşürmeye maruz bırakmaktadır ki, böyle bir sonuç "demokratik bir toplum"un hedeflerine aykırıdır. Başvurucu görüşlerini mesleki dergilerde ifade etmekte serbesttir ama, bu durum Hamburg'daki 200,000 evcil hayvan sahibini bilgilendirmeye yetmemektedir.

54. Komisyon'un görüşüne göre Hamburger Abendblatt'ta çıkan makale, genel menfaatlerle ilgili bir konuyu işlemektedir. Dr. Barthold'un makaleyi reklam amacıyla sömürme

niyetinde olduğuna ilişkin bir belirti yoktur. Başvurucunun kimliğini ve mesleki faaliyetleriyle ilgili çeşitli olayları açıklaması, ifade özgürlüğünü kullanmasının temel unsurlarından birini oluşturmaktadır. Komisyon'a göre ayrıca, ulusal Mahkemelerin başvurucuya dikkatli davranma uyarısında bulunmaları, demokratik bir toplumda gerekli görülemez. Özetle, bu şartlarda orantılılık ilkesine uyulmamıştır.

55. Mahkeme'nin içtihatlarında, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki "gerekli" sıfatının, "zorunlu" sıfatıyla anlamdaş olmadığı gibi, "kabul edilebilir", "olağan", "yararlı", "makul", "arzu edilen", ifadelerinin esnekliğine de sahip olmadığını ve bir "toplumsal ihtiyaç baskısı"nın varlığına işaret ettiği belirtilmiştir. Sözleşmeci Devletler bu konuda bir takdir yetkisi kullanırlar, fakat bu takdir yetkisi, koşullara göre daha az veya çok olan Avrupa denetimiyle el ele yürür; söz konusu müdahalenin bir ihtiyaca karşılık gelip gelmediği, müdahalenin "izlenen amaçla orantılı" olup olmadığı ve ulusal makamların müdahaleyi haklı kılmak için gösterdikleri gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığı konusunda nihai belirlemede bulunmak, Mahkeme'ye düşen bir görevdir (*Sunday Times, §59 ve 62*).

56. Dr. Barthold'un, 1909 sayılı Yasaya ve Mesleki Davranış Kurallarına aykırı olduğuna karar verilen beyanlarını tekrarlamaktan men edilmesinin gerekli olup olmadığını değerlendirebilmek için, yasaklanan beyanları kendi bağlamları içinde ve olayın özel şartları ışığında incelenmelidir.

Hamburger Abendblatt'da çıkan makalenin özü, veterinerlerin bütünü tarafından yerine getirilen bir gece hizmetinin bulunmamasıyla ilgilidir. Makale okuyuculara bu genel problemi, "Shalen" adlı kedi olayı ile göstermek ve başvurucu ile o tarihte Veterinerler Konseyi Başkan Yardımcı olan Dr. Arndt'la yapılan mülakatlardan alıntılarla açıklamıştır. Buna ek olarak gazete, hafta sonlarında çalışan doktorların adlarını ve adreslerini alabilecekleri acil servisin telefon numarasını vermektedir. Makale böylece, veterinerlerle ilgili yeni bir yasanın çıkmasının gündemde olduğu bir sırada, mülakat veren iki doktora göre Hamburg'daki durum hakkında kamuoyunu bilgilendirmek gibi belirli bir amaç izlemektedir.

57. Makalede tartışılan problemin gerçek bir problem olduğuna itiraz edilmiş değildir. Daha henüz 1981'de, Dr. Barhold'un bir meslektaşı, Die Zeit gazetesinde, Hamburg'da veterinerlere zorunlu gece nöbeti bulunmamasını eleştirmiştir (bk. yukarıda §28). Her halükarda başvurucu, böyle bir servisin kurulması gereğini şiddetli bir şekilde hissetmiş, Veterinerler Konseyinde daima bu yönde tavır almıştır.

Hükümet, Dr. Barthold'un en az bir noktada yanlış bir iddiada bulunduğunu ileri sürmüştür. Hükümete göre, klinikler günün yirmi dört saati acil hizmet vermektedirler; çünkü bununla yükümlüdürler, kendilerinin iradesine bırakılmış değildir. Hükümet buna kanıt olarak, Veteriner Kliniklerinin Kuruluşu hakkındaki Yönetmeliği göstermiştir (bk. yukarıda §12). Mahkeme, kendisi de bir klinik yöneticisi olan Dr. Arndt'ın beyanlarıyla tutarlı görünen başvurucunun beyanlarının doğruluğu veya yanlışlığının, meselenin esasına girmeyen 24 Ocak 1980 tarihli karar üzerinde bir etkisi olmadığını not etmekle yetinmektedir.

58. Mahkeme, bu değişik faktörlere dayanarak karar vermek durumundadır.

Mahkeme'nin daha önce de işaret etme imkânı bulduğu gibi ifade özgürlüğü, demokratik bir toplumda öncelikli bir yere sahiptir. İfade özgürlüğü demokratik bir toplumun temellerinden birini ve bu toplumun ilerlemesinin ve her erkek ve kadının gelişmesinin temel şartlarından birini oluşturmaktadır (*Handyside, §49*). Bu özgürlüğü Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki amaçlardan biriyle kısıtlamanın gerekliliği, ikna edici şekilde ortaya konmalıdır.

Bu noktadan ele alındığında şikâyet konusu müdahale, izlediği meşru amacın gerektirdiklerinin ötesine geçmektedir.

Hanseatic Üst Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi, başvurucunun Hamburg'da veterinerlerin gece hizmet vermeleri problemi üzerine görüşlerini ifade ettiği ve bunu yaparken de, adını açıkladığı, fotoğrafının yayınlanmasını sağladığı ve Fuhlsbuttel veterinerlik kliniğinin yöneticisi olduğunu ifşa ettiği doğrudur. Bununla birlikte başvurucu, kendi tecrübelerinden çıkan ve hayvanseverlerin gece bir veterinerin yardımını elde etmekteki güçlüklerini görüntüleyen belirli bazı örnek olayları, savunduğu görüşlerine eklememeye yönlendirilmiştir.

Bu anlatımlar, Dr. Barthold'un kendi kliniğinin alenileşmesi sonucunu doğurmuş ve böylece veteriner meslektaşları için bir şikâyet kaynağı oluşturmuş olabilir; ancak olayın özel şartları içinde bu sonuç, makalenin ana içeriği ve kamuoyu önüne getirilen meselenin niteliği dikkate alınacak olursa, tamamen ikincildir. 24 Ocak 1980'de çıkarılan tedbir kararı, karşı karşıya olan iki menfaat arasında adil bir denge kurmayı başaramamıştır. Hanseatic Üst Mahkemesine göre burada, başka saiklerle bütünüyle alt edilememiş, 1909 tarihli Yasanın 1. maddesi anlamında ticari rekabet kastı bulunmaktadır (bk. yukarıda §22). Serbest mesleklerin reklam ve alenileştirme meselesine bu kadar dar bir kriterle yaklaşmak, ifade özgürlüğüyle bağdaşmaz. Böyle bir kriterin uygulanması, serbest meslek mensuplarını, toplumun yaşamını etkileyen konularda bile, reklam olarak görülme şeklinde en ufak bir ihtimalin bulunması halinde, kamusal tartışmaya katkıda bulunmaktan caydırma riski taşımaktadır. Aynı sebeple, bu bir kriterin uygulanması, basının haber satıcılığı ve kamuoyu bekçiliği görevini yerine getirmesini engeller.

59. Sonuç olarak, şikâyet konusu tedbir kararları, izlenen amaçla orantılı değildir; ve buna göre "başkalarının haklarının korunması için", "demokratik bir toplumda gerekli" değildir; bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline yol açmışlardır."

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. İkiye karşı beş oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

08.07.1986 9815/82 LINGENS - AVUSTURYA

♦ *siyasetçiye hakaret* (başvurucu gazetecinin bir dergide yayımlanan başbakan hakkında yazdığı yazılarda "adi bir fırsatçılık", "ahlak dışılık" ve "şerefsizlik" tabirlerini kullandığı gerekçesiyle açılan şahsi ceza davasında hakaretten suçlu bulması) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü

DAVANIN ESASI

1931 doğumlu Avusturyalı bir gazeteci olan bay Lingens, Profil adlı derginin editörü olup, Viyana'da ikamet etmektedir.

I. Başvurucunun yazıları ve yazıların ardalanı

9 Ekim 1975'te, yani Avusturya genel seçimlerinden dört gün sonra, Musevi Dokümantasyon Merkezi Başkanı Simon Wiesenthal bir televizyona verdiği röportajda, Avusturya Liberal Parti Başkanı Friedrich Peter'i İkinci Dünya Savaşı sırasında ilk SS piyade tugayında görev yapmakla suçlamıştır. Bu birlik, bir kaç kez Rusya'daki Alman hattının ötesine geçerek, sivilleri katletmiştir. Peter bu birliğin mensubu olduğunu inkâr etmemiş,

fakat birliğin yaptığı katliamlara hiçbir zaman karışmadığını söylemiştir. Bunun üzerine Wiesenthal, böyle bir iddiada bulunmadığını belirtmiştir.

Ertesi gün eski başbakan ve halen Avusturya Sosyalist Parti Başkanı Bruno Kreisky'e, televizyonda bu suçlamalar hakkında sorular sorulmuştur.

Kreisky, bu televizyon röportajından hemen önce Federal Başbakanlıkta Peter ile buluşmuştur. Bu buluşma, yeni bir hükümet kurmak amacıyla parti liderleri arasında yapılan normal bir görüşmedir. 5 Ekim seçimleri öncesinde Kreisky-Peter koalisyon hükümeti kurulması ihtimaliyle oy istenmiş olduğundan, bu görüşme kamuoyunda geniş yankı uyandırmıştır.

Kreisky televizyon mülakatında böyle bir koalisyon ihtimali bulunmadığını, çünkü partisinin mutlak çoğunluğu elde ettiğini, ancak Peter'i içtenlikle desteklediğini söylemiş, Wiesenthal'ın örgütünden ise "siyasi mafya", örgütün faaliyetlerinden de "mafya yöntemleri" olarak söz etmiştir. Benzer ifadeler Kreisky'in ertesi gün mülakat verdiği bir Viyana gazetesinde de yer almıştır.

Başvurucu Lingens işte tam bu bağlamda, Profil adlı Viyana dergisinde iki yazı yayınlamıştır.

Birinci yazı, "Peter Hadisesi" başlığıyla 14 Ekim 1975 tarihinde yayınlanmıştır. Bu yazı, yukarıdaki olaylarla ve özellikle SS piyade tugayının faaliyetleriyle ilgilidir. Yazıda ayrıca, bu tugayda çarpışan kişiler aleyhine Graz'da açılan (ve daha sonra düşen) ceza davasında, Peter'in oynadığı role dikkat çekilmektedir. Yazıda, Peter'in masumiyet karinesinden yararlanma hakkı bulunmasına rağmen, yine de geçmişi nedeniyle Avusturya'da artık bir siyasetçi olarak kabul göremeyeceği sonucuna varılmıştır. Başvurucu yazıya, Peter'i ve SS'nin eski üyelerini korumakla suçladığı Kreisky'nin tutumunu eleştirerek devam etmiştir. Başvurucu öte yandan, Kreisky'nin Wiesenthal'a yönelik eleştirileri konusunda ise, "bu eleştiriler başka birileri tarafından yapılmış olsaydı, buna adi bir fırsatçılık denirdi" demiş, fakat olaydaki şartların daha karmaşık olduğunu, çünkü Kreisky'nin kendi söylediğine inandığını eklemiştir.

21 Ekim 1975'te yayınlanan ikinci makalenin başlığı şöyledir: "Nazilerle uzlaşma, fakat nasıl?" Bir kaç sayfalık yazıda, giriş ve altı bölüm vardır: Bu başlıklar şöyledir: "'Hala' veya 'Çoktan'", "Hepimiz masumuz", "Savunmasız insanları vurmak gerekli miydi?", "Niçin hala tartışılan bir mesele?", "Helbich ve Peter" ve "Siyasi cehalet".

Lingens yazısının giriş bölümünde olayları hatırlatmış ve Kreisky'nin sözlerinin kamuoyu üzerindeki etkisini vurgulamıştır. Lingens, Kreisky'i sadece Peter'i desteklediği için değil, ama yakın geçmişte Avusturya siyasetinde yer alan eski Nazilere kucak açan başvurucu Lingens, yazısının "'Hala' veya 'Çoktan'" başlığı altında, bu tür tavırlara bir kimsenin "realpolitik" gerekçesiyle karşı çıkamayacağını belirtmiştir. Başvurucuya göre "bir kimsenin seçim kaygısıyla (...) sadece mağdurlarından daha uzun ömürlü olan Nazileri değil, ama onların mağdurlarını da dikkate alması için yeterli zaman geçmiştir." Bununla birlikte, Hitler ve Eichmann ile birçok savaş suçlusu yaratan Avusturya, geçmişiyle hesaplaşmamış, fakat sadece görmezlikten gelmiştir. Bu politika, ülkeyi geleceğin faşist hareketinin eline teslim etme tehlikesi doğurmuştur.

Başvurucu eski Başbakan ile ilgili olarak şunları söylemiştir: "Kreisky'nin davranışı aslında rasyonel gerekçelerle değil, ama ahlak dışılık ve şerefsizlik gibi, rasyonel olmayan gerekçelerle eleştirilebilir. Dahası böyle bir davranış gereksizdir; çünkü Avusturyalılar, eski Nazilerin yardımını istemeden, temerküz kampları sorununu önemsizleştirmeden veya Wiesenthal'ı Yahudi aleyhtarlığını sömürmekle kötülemeden de geçmişleriyle uzlaşabilirlerdi.

Başvurucuya göre şaşırtıcı olan şey, bir kimsenin olayların üstünden otuz yıl sonra "hala" bunlar hakkında konuşabilmesi değil, fakat tam tersine birçok kimsenin ceset yığınlarının varlığına gözlerini "çoktan" kapatmış olmasıdır.

Başvurucu Lingens son olarak Kreisky'i, Nazi mağdurlarına olan yaklaşımındaki nezaketsizlik nedeniyle eleştirmiştir.

Yazının ikinci bölümünde, genel olarak Avusturya halkının Nazilerin işledikleri suçlara ve eski Nazilere karşı takındıkları tutum hakkında yorum yapılmıştır. Yazarın görüşüne göre Avusturyalılar toplu suçluluk ve toplu masumiyet gibi felsefi bir alternatifin ardına gizlenmekle, gerçek, elle tutulur ve değerlendirilebilir bir suçlulukla yüzleşmekten kaçınmışlardır.

Başvurucu, sorumluluğun çeşitli türleri arasında uzun bir söylevden sonra, o tarihte bile iyi ile kötü arasında seçim yapmanın gerçekten mümkün olduğunu vurgulamış ve Nazilerle işbirliği yapmayan kişilerden örnekler vermiştir. Başvurucu şu sonuca varmıştır: "Bruno Kreisky, Peter'i korumak için kullandığı kişisel itibarını, bütün bunları ortaya çıkarmak ve daha iyi bir Avusturya için kullanmış olsaydı, bu ülkeye otuz yıl sonra geçmişiyle ilgili en çok ihtiyacı olan şeyi, yani kendisine daha fazla güven duygusunu kazandırmış olurdu".

Başvurucu Lingens yazısının üçte biri oranındaki üçüncü ve dördüncü bölümlerde, toplu suçluluk bilincini yenme ve gerçek suçluluğun tespitini düşünme gereğini ele almıştır.

Başvurucu, "Savunmasız insanları vurmak gerekli miydi?" başlığı altında, Üçüncü Reich ordularındaki düzenli kuvvetler ile özel birimler arasında bir ayrım yapmış, özel birimlere hiç kimsenin zorla katılmadığına, bu birimlere katılmak için gönüllü olmak gerektiğine işaret etmiştir.

Başvurucu yazısının bundan sonraki bölümünde, ahlaki açıdan bakıldığında, suç işleyen kişiler ile suç ortağı olarak görülebilecek kişiler arasında farkı vurgulamıştır. Başvurucuya göre Avusturya, kendi Nazilerini daha önce, daha çabuk ve tamamen yargılamış olsaydı, kendi geçmişine komplekslerinden uzak bir biçimde, daha sakin ve daha güvenle bakma imkânına sahip olabilirdi. Başvurucu, daha sonra bunun mümkün olamamasının sebeplerini göstermiş ve Wiesenthal'ı "mafya"ya mensup olduğu isnadına karşı savunmuştur. Başvurucu son olarak, bunca yıldan sonra bağışlayıcılık gösterme ihtimali üzerinde durmuş ve şu sonuca varmıştır: "Her toplum bağışlayıcılık gösterebilir; fakat ortada duran katilleri aklamak ve açık suçluluğu gizlemek, saklamak veya inkâr etmek suretiyle, hukuk ile sağlıksız bir ilişkiyi sürdüremez."

Başvurucu Lingens yazısının beşinci bölümünde, Peter hadisesini, Avusturya Halk Partisi liderlerinden Helbich ile ilgili daha çok ekonomik nitelikteki bir ilişkiyle karşılaştırmış ve Kreisky'nin bu iki olaya karşı tutumunu mukayese etmiştir. Yazar, birinci olaydaki şartların Peter'i parlamento üyesi, bir politikacı ve bir hükümet üyesi olma niteliğinden çıkardığını savunmuş ve şöyle devam etmiştir: "Bu siyasal ahlakın asgari bir gereğidir". Başvurucuya göre olaydaki yakışıksızlık (monstrosity), Wiesenthal'ın bu meseleyi gündeme getirmesi değil, ama Kreisky'nin meseleyi örtbas etmek istemesidir.

Yazı, liderleri arasında eski Nazilere yer verdikleri gerekçesiyle siyasal partileri genel olarak eleştiren bir bölümle sona ermiştir. Başvurucu'ya göre Peter, suçunu kabul ettiğini göstermek için değil, ama Kreisky tarafından daha önce bilinmeyen böyle bir özelliğe sahip olduğunu kanıtlamak için istifa etmelidir.

II. Kreisky tarafından açılan şahsi ceza davaları

Eski Başbakan 29 Ekim ve 12 Kasım 1975 tarihlerinde, Lingens aleyhine iki tane şahsi ceza davası açmıştır. Kreisky, yukarıda özetlenen yazılardaki bazı bölümlerin hakaret niteliğinde olduğunu düşünmüş ve Avusturya Ceza Kanununun 111. maddesine dayanmıştır.

A. Birinci yargılama

Viyana Bölge Mahkemesi 26 Mart 1979'da Lingens'i, "adi bir fırsatçılık", "ahlak dışılık" ve "şerefsizlik" tabirlerini kullandığı gerekçesiyle, hakaretten suçlu bulmuştur. Ancak bu Mahkeme, "siyaset ahlakının asgari gerekleri", "yakışıksızlık" gibi tabirlerin, kullanıldıkları bağlam içinde hakaret niteliğine sahip olmadıkları sonucuna varmıştır. Bu Mahkeme, sanığın siyasal meseleler üzerinde siyasetçileri siyasal yönden eleştirme amacıyla hareket etmesini ve siyasetçilerden de diğer bireylere göre daha fazla hoşgörü göstermelerinin beklenmesi için gibi hafifletici nedenleri dikkate alarak, başvurucuya 20,000 Şilin para cezası vermiştir.

Bölge Mahkemesi, uzun gerekçeli kararında, ilk önce şikâyet konusu pasajların her birinin objektif açıdan hakaret içerip içermediğini incelemiştir. Bu Mahkeme "adi fırsatçılık", "ahlak dışılık" ve "şerefsizlik" tabirlerinin hakaret niteliğinde olduğu ve doğrudan veya dolaylı olarak Kreisky'nin kişiliğini hedef aldığı, oysa "siyasal ahlakın asgari gerekleri" ve "yakışıksızlık" kelimelerinin ise siyasal eleştirinin kabul edilebilir sınırlarını aşmadığı sonucuna varmıştır.

Başvurucu Lingens'e göre, ilk üç tabir değer yargısı olduğu için, Ceza Kanununun 111. maddesine aykırı değildir. Bölge Mahkemesine göre ise, eski Başbakan'ın davranışlarıyla ilgili olarak kendisi aleyhine çıkarılan sonuçlar, bu maddenin kapsamına girmektedir. Yine bu Mahkemeye göre, sanık ifade özgürlüğüne de dayanamaz; çünkü Anayasanın ilgili hükümleri ve Sözleşme'nin 10. maddesi bu hakkı sınırlandırma yetkisi vermektedir. Bu hak ile özel yaşama ve kişilerin itibarlarına saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir denge kurulmalıdır. Mevcut olayda ise başvurucu, izin verilebilir sınırların ötesine geçmiştir.

Kreisky'nin şahsi ceza davası yolunu kullanmasıyla ilgili olarak ise Mahkeme, Kreisky'nin Federal Hükümetin Başbakanı sıfatı Bu nedenle değil, fakat bir siyasetçi ve parti başkanı sıfatı Bu nedenle eleştirildiğine işaret etmiştir. O nedenle Ceza Kanununun 117(2). fıkrası olayda uygulanmaz; bu hüküm bir kamu görevlisine karşı yapılan hakareti, bu kamu görevlisinin izniyle açılan bir kamu davası vasıtasıyla cezalandırılmasına imkân vermektedir; savcılık harekete geçmeyi reddetmedikçe, bu kamu görevlisi şahsi dava açamaz.

Bölge Mahkemesi daha sonra gerçeğin ispatı meselesini ele almıştır. Başvurucu, "adi fırsatçılık" tabirini kullanmasını haklı kılacak bir delil sunmadığından, Mahkeme bu durumun başvurucunun mahkûmiyeti için yeterli olduğu sonucuna varmıştır.

Sanık "ahlak dışılık" ve "şerefsizlik" kelimelerini ise, Wiesenthal'ın faaliyetlerinden mafya tipi faaliyetler olarak söz eden Kreisky'nin, Nazi vahşetini önemsiz gösteren ve Gestapo ile işbirliği yaptığını ima eden tutumuyla bağlantılı olarak kullanmıştır. Bölge Mahkemesi bu son nokta hakkında, benzer iddialarda bulunduğu için hakaretten suçlu bulunan bir gazeteciyle ilgili olarak Lingens tarafından sunulan bir Mahkeme kararını delil olarak kabul etmiştir.

Bölge Mahkemesi Kreisky'nin "mafya yöntemleri" ve "mafya"dan söz etmesiyle ilgili olarak ise, bu terimlerin normal şartlarda örgütlü suç işlemeyi ifade ettiğine, ancak bazen değişik anlamlarda da kullanıldığına işaret etmiştir. Bir kimse şahsi davacı tarafından ileri sürülen bir iddiayı kabul etmese bile, şahsi davacının "mafya" anlayışı geçerli olabilir ve incelenmeyi hak edebilir. Davacının kendi iddialarının gerçekliğini kanıtlaması gerekmez;

ama Lingens'in kendi iddialarının gerçekliğini kanıtlaması gerekir. Wiesenthal'ın bizzat kendisi, bazı hedeflere ulaşmak için çeşitli çapraşık işlerle bir örgütün desteğini aldığını kabul etmiştir. Dahası, eski Başbakanın beyanları kendisinin de kullanabileceği türden silahları kullanan siyasal muhalifleriyle arasındaki bir siyasal mücadele bağlamında söylenmiş sözler olarak görülmelidir. Bu açıdan bakıldığında söz konusu beyanlar, ahlaktan veya şereften yoksunluğu göstermemiştir; bunlar siyasetin itişmeleri arasında olağandışı sayılmayan, muhtemel bir savunma oluşturmuştur.

Bölge Mahkemesine göre, aslında Kreisky'nin, Nazi mağdurlarına ve Nazi işbirlikçilerine karşı tutumu, açıklıktan uzak ve muğlaktır; Kreisky'nin tutumu farklı sonuçların çıkarılmasına imkân veren bir tutum olarak görünmektedir. Bu nedenle Kreisky'nin bu tutumunun mümkün olan tek yorumunun, sanığın yorumu olduğu kanıtlamak, mantıken mümkün değildir.

Bu karara karşı hem Kreisky ve hem de Lingens Viyana Üst Mahkemesine başvurmuşlardır. Üst Mahkeme 30 Kasım 1979'da, davanın esasına girmeden, Ceza Usul Kanununun 117. maddesi hükümlerine rağmen eski Başbakanın şahsi bir dava açma hakkı bulunup bulunmadığı meselesi üzerinde yeterince durmadığı gerekçesiyle, Bölge Mahkemesinin kararını bozmuştur.

B. İkinci yargılama

Üst Mahkemenin dosyayı geri gönderdiği Viyana Bölge Mahkemesi, 1 Nisan 1981'de kararını vermiştir.

Bölge Mahkemesi, eski Başbakan tarafından söylenen sözlerin söylediği koşulları inceledikten sonra, Kreisky'nin resmi sıfatı Bu nedenle değil ama üçüncü bir kişiyi korumakla kendini yükümlü hisseden bir parti başkanı ve özel şahıs sıfatıyla eleştirildiği sonucuna varmıştır. Bölge Mahkemesi buradan, Kreisky'nin şahsi dava açma hakkı bulunduğu sonucunu çıkarmıştır.

Bölge Mahkemesi, başvurucu Lingens'e isnat edilen fiillerin kanuniliği ile ilgili olarak, 26 Mart 1979 tarihli kararındaki görüşünü tekrarlamıştır.

Bölge Mahkemesi, savunma tarafının haklılığı ile ilgili olarak, sanığın "adi fırsatçılık" tabirinin doğruluğuyla ilgili herhangi bir delil sunmadığını tekrar belirtmiştir. "Ahlak dışılık" ve "şerefsizlik" tabirleriyle ilgili olarak sanığın gösterdiği deliller ise, sadece Wiesenthal'ın Nazilerle işbirliği yaptığı iddialarıyla ilgilidir; ancak bunlar konuyla ilgili değildir; çünkü Kreisky bu ifadeleri söz konusu yazının çıkmasından sonra sarf etmiştir.

Bölge Mahkemesi bu ifadelerin, Başbakanın diğer davranışlarına ve tutumuna karşı yöneltildiği konusunda ise, eski tespitlerini değiştirmeden görüşünü sürdürmüştür. Bu Mahkeme başvurucu Lingens'in eleştirilerinin, Kreisky'nin Wiensethal'a sözlü olarak saldırması meselesinin çok ötesine geçtiğini kabul etmiştir. Kreisky'nin başvurucuya karşı dava açabilmesi, fakat kendisine karşı Wiesenthal tarafından hakaret davası açılamaması, yürürlükteki mevzuatın yasama dokunulmazlığı konusundaki hükümlerinin bir gereğidir. Başvurucunun beyanlarının doğruluğunu ispat etme yükümlülüğü de hukuka dayanmaktadır; ispat külfetini hafifletmek Mahkemelere değil, yasama organına düşmektedir. Bazı siyasetçilerin hoşgörüsüz ve ihtilafçı tutum takınmalarından da, Bölge Mahkemesi sorumlu değildir.

Bu nedenle Bölge Mahkemesi, ilk kararındaki aynı cezayı vermiştir.

Davanın her iki tarafı da bu karara karşı Viyana Üst Mahkemesine başvurmuşlardır. Bu Mahkeme 29 Ekim 1981 tarihinde verdiği kararla, başvurucuya verilmiş olan para

cezasını 15,000 Şilin'e indirmiş, fakat diğer tüm yönlerden Bölge Mahkemesinin verdiği hükmü onaylamıştır.

Üst Mahkeme, Ceza Kanununun 111. maddesinin, bir kimsenin sadece sosyal ortamdaki itibarına uygulanabilir olduğuna işaret etmiştir. Bu Mahkemeye göre siyasetçiler bakımından bu sosyal ortam, kamuoyudur. Siyasal tartışmalarda, yasama dokunulmazlığının koruması altında sık sık hakarette bulunulması, bu alandaki beyanların özel yaşamla ilgili kriterlerle değerlendirilemeyeceği izlenimini vermektedir. O halde siyasetçiler, daha geniş bir hoşgörü göstermelidirler. Genel olarak siyasal tartışmalarda yapılan eleştiriler, özel yaşama dokunmadıkça, kişinin itibarını etkilemez. Mevcut olayda "siyasi ahlakın asgari gerekleri" ve "yakışıksızlık" tabirleri özel yaşama dokunmamıştır. O halde Kreisky'nin başvurusu reddedilmelidir.

Kreisky'nin hangi sıfatı Bu nedenle başvurucu tarafından eleştirildiğine karar verebilmek için, ilk derece Mahkemesi tarafından toplanan bütün delilleri incelemiştir. Bu Mahkeme de, Kreisky'nin hem bir parti lideri ve hem de özel şahıs sıfatı Bu nedenle eleştirildiği sonucuna varmıştır.

Üst Mahkemeye göre "adi fırsatçılık" ifadesi, bu ifadenin atfedildiği kimsenin ahlaki kaygılardan tamamen uzak bir biçimde, özel bir amaçla hareket ettiği anlamına gelmektedir; işte bu ifadenin bizzat kendisi, Kreisky'nin itibarına bir saldırı oluşturmaktadır. "Bu eleştiriler başka birileri tarafından yapılmış olsaydı" kelimelerinin kullanılmış olması, başvurucunun eleştirilerini geri aldığı anlamına gelmez. Davalı bu sözlerinin doğruluğunu kanıtlayamadığı için, ilk derece Mahkemesi kendisini suçlu bulmakta haklıdır.

Başvurucuya göre, "ahlak dışılık" ve "şerefsizlik" tabirleri, hiç kuşkusuz kendisinin kişisel değer yargısı olup, Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünü kullanırken söylenen sözler olduğunu ileri sürmüştür. Üst Mahkeme bu savunmayı kabul etmemiştir. Bu Mahkemeye göre Avusturya hukuku, bireylere değer yargılarını diledikleri gibi formüle etme hakkı vermemiştir; Sözleşme'nin 10. maddesi, başkalarının itibarının korunması gibi sebeplerle, hukuk tarafından düzenlenmiş kısıtlamalar koyma yetkisi vermektedir. Ayrıca basının görevi bilgi vermektir; verilen bilginin yorumlanması, öncelikle okuyucuya bırakılmalıdır. Eğer bir gazetecinin kendisi bir görüş açıklıyorsa, kişilerin itibarını korumak için, ceza hukukunun getirdiği sınırlar içinde kalmalıdır. Ancak mevcut olayda durum böyle değildir. Beyanlarının doğruluğunu ispat külfeti Lingens'e düşmektedir; oysa Lingens davacı aleyhindeki değer yargılarını, yargılarının dayandığı maddi olaylardan ayıramaz. Kreisky, Wiesenthal'ın "mayfa yöntemleri" kullandığına bizzat kanaat getirmiş olduğundan, ahlakdışı veya şerefsiz bir şekilde hareket etmekle suçlanamaz.

Üst Mahkemenin bu kararı, Lingens'e ve yayıncısına verilen fer'i cezanın gerektirdiği şekilde, 22 Şubat 1982 tarihli Profil dergisinde yayınlanmıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası

34. (...) Lingens, tartışma konusu mahkeme kararlarının, demokratik bir toplumun temel prensipleriyle bağdaşmayacak ölçüde ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Komisyon da bu sonuca varmıştır. Hükümetin savunmasına göre ise tartışma konusu ceza, Kreisky'nin itibarının korunması için gereklidir.

35. Başvurucunun ifade özgürlüğünü kullanmasına "kamu makamları tarafından müdahale" edildiği konusunda bir tereddüt yoktur. Bu müdahale, başvurucunun hakaretten, Viyana Bölge Mahkemesi tarafından 1 Nisan 1981'de mahkûm edilmesi ve bu

mahkûmiyetin Viyana Üst Mahkemesi tarafından 29 Ekim 1981'de onaylanması sonucu meydana gelmiştir.

Bu tür bir müdahale, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasının gereklerini yerine getirmedikçe, Sözleşme'ye aykırı düşer. O halde bu müdahalenin " hukuken öngörülmüş" olup olmadığı, 10. maddenin 2. fıkrasındaki meşru amaçlardan birine sahip olup olmadığı ve bu amaçlar bakımından "demokratik bir toplumda gerekli" bir müdahale olup olmadığı belirlenmelidir (*Barthold, §43*).

36. Mahkeme bunlardan ilk ikisiyle ilgili olarak, söz konusu mahkûmiyetin hiç tartışmasız Avusturya Ceza Kanununun 111. maddesine dayandığı; bu mahkûmiyetin "başkalarının haklarını veya itibarlarını" korumak için verilmemiş olduğunu ve başka bir amacı bulunduğunu düşünmek için bir sebep bulunmadığı (Sözleşme md. 18) konusunda, Komisyon ve Hükümetin görüşüne katılmaktadır. Bu nedenle mahkûmiyet "hukuken öngörülmüş" olup, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası bakımından meşru bir amaca sahiptir.

37. Komisyon, Hükümet ve başvurucu, yaptıkları sunuşlarda, müdahalenin yukarıda sözü edilen amacı gerçekleştirmek için "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı sorunu üzerinde yoğunlaşmışlardır.

Başvurucu, siyaset yazarı bir gazeteci olarak, kendisinin çoğulcu bir toplumdaki rolünü ön plana çıkarmıştır. Başvurucu bu itibarla, Kreisky'nin Wiesenthal'i kınaması hakkında görüşlerini ifade etme görevi olduğunu düşünmüştür. Başvurucu ayrıca Komisyon gibi, muhaliflerine saldırmaya bizzat alışık bir politikacının, başkalarından daha şiddetli eleştiriler beklemesi gerektiğini belirtmiştir.

Hükümet ise, ifade özgürlüğünün, ulusal Mahkemelerin takdir hakkını kullanmalarını ve siyasal tartışmanın kişisel hakarete dönüşmemesini sağlayacak kararlar vermelerini engellemediğini savunmuştur. Hükümet, Lingens tarafından kullanılan bazı ifadelerin sınırları aştığını iddia etmiştir. Dahası, başvurucu görüşlerini hiçbir sansüre tabi olmadan kamuoyuna anlatma imkânı bulabilmiştir; o halde daha sonra kendisine verilen ceza, izlenen meşru amaçla orantısız değildir.

Yine Hükümet mevcut olayda, ifade özgürlüğü ile özel yaşama saygı hakkı gibi, Sözleşme'de yer alan iki hakkın çatıştığını ileri sürmüştür. Hükümetin dediğine göre, Komisyon'un bu haklardan birincisinin geniş yorumunu benimsemiş olması, ikinci hakkın korunmasına yeterli imkân bırakmamıştır.

38. Mahkeme bu son nokta ile ilgili olarak, Lingens'in aleyhine hükmedilen sözlerin, Kreisky'in Wiesenthal'a yönelik bazı aleni eleştirilerle ve Kreisky'nin bir politikacı olarak Nasyonal Sosyalizme ve eski Nazilere karşı tavrıyla ilgili olduğunu kaydeder. O halde bu olayda Sözleşme'nin 10. maddesini, 8. maddenin ışığında yorumlamak gerekmez.

39. Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından "gerekli" sıfatı, "toplumsal bir ihtiyaç baskısının" varlığını ifade eder (*Barthold, §55*). Sözleşmeci Devletler böyle bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirirken, belirli bir takdir alanına sahiptirler (aynı yer); ancak, hem mevzuatı ve hem de bağımsız Mahkemeler tarafından verilmiş olsa da, bu mevzuatı uygulayan kararları kapsayan takdir alanı, bir Avrupa denetimiyle el ele yürür (*Sunday Times, §59*). O halde Mahkeme, "kısıtlamanın" veya "cezanın" Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunan ifade özgürlüğüyle bağdaşır olup olmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisine sahiptir (aynı yer).

40. Mahkeme denetim yetkisini kullanırken, tartışma konusu Mahkeme kararlarını tek başlarına ele almakla yetinemez; başvurucuya karşı yazılan yazılar ile bunların yazıldıkları bağlam dâhil olmak üzere, bu kararlara olayın bütünselliği içinde bakmak zorundadır (*Handyside, §50*). Mahkeme söz konusu müdahalenin "izlenen meşru amaçla orantılı"

olup olmadığını ve bu kararları haklı kılmak için Avusturya Mahkemeleri tarafından gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını belirlemek zorundadır (*Barthold, §55*).

41. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin 10(1). fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğünün, demokratik toplumun ana temellerinden birini ve yine bu toplumun gelişmesi ve her bireyin kendini gerçekleştirmesi için esaslı şartlarından birini oluşturduğunu hatırlatır. İfade özgürlüğü, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasının sınırları içinde, sadece lehte olan veya muhalif sayılmayan veya ilgilenmeye değmez görülen "haber" veya "fikirler" için değil, ama aynı zamanda muhalif olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden haberler veya fikirler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri olup, bunlar olmaksızın "demokratik toplum" olmaz (*Handyside, §49*).

Basın söz konusu olduğunda, bu ilkeler ayrı bir öneme sahiptir. Basının, "başkalarının itibarlarını korumak" gibi çizilmiş sınırları aşmaması gerekmekle birlikte, kamunun menfaatinin bulunduğu diğer alanlarda olduğu gibi, siyasi meselelerde de haber ve fikirleri iletmek, yine basına düşen bir görevdir. Sadece basının bu tür haber ve fikirleri iletme görevi yoktur; halkın da bunları edinme hakkı da vardır (*Sunday Times, §30*). Bu bağlamda Mahkeme, Viyana Üst Mahkemesinin kararında geçen, basının görevi haber vermek olup bunların yorumu öncelikle okuyuculara bırakılmalıdır, şeklindeki görüşü kabul edememektedir.

42. Dahası basın özgürlüğü, halka siyasal liderlerinin düşünce ve davranışlarını tanıma ve onlar hakkında fikir oluşturma imkânı verir. Daha genel olarak siyasal tartışma özgürlüğü, Sözleşme'nin her noktasına egemen olan demokratik toplum kavramının tam da merkezinde yer alır.

O halde, bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi, özel şahıstan farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açar; bu nedenle daha geniş bir hoşgörü göstermek zorundadır. Hiç kuşku yok ki, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası, başkalarının, yani bütün bireylerin itibarının korunmasına imkân verir; bu koruma, siyasetçileri şahsi sıfatları dışında hareket ettikleri zaman da içine alır. Ancak bu gibi durumlarda söz konusu korumanın gerekleri, siyasi meseleleri açık biçimde tartışmanın yararıyla bağlantılı olarak tartılmalıdır.

43. Başvurucu, Profil adlı Viyana dergisinde yayınlanan iki yazısında, o tarihte Federal Hükümetin Başbakanı olan Kreisky'e yönelik "adi fırsatçılık", "ahlak dışılık" ve "şerefsizlik" gibi ifadeleri kullandığı için mahkûm edilmiştir. Bu yazılar, Nasyonal Sosyalizme ve eski Nazilerin ülke yönetimine katılmalarına ilişkin genel olarak Avusturyalıların ve özel olarak da Başbakanın tavırlarıyla alakalı ateşli tartışmaları ortaya atan, Avusturya'da halkın ilgilendiği siyasal meseleleri ele almıştır. Bir bütün olarak bakınca, yazıların içeriği ve üslubu bir hayli dengelidir; fakat özellikle yukarıda belirtilen ifadelerin yazıda kullanılması, Kreisky'nin itibarını zedeler görünmektedir.

Ne var ki olay, Kreisky'nin bir siyasetçi sıfatıyla ilgili olduğundan, bu yazıların yazıldığı ortama bakılması gerekir. Bu yazılar Ekim 1975 seçimlerinden hemen sonra çıkmıştır. Seçimler öncesinde birçok Avusturyalı, Kreisky'nin partisinin mutlak çoğunluğu kaybedeceğini ve Hükümet kurabilmek için Peter'in partisiyle bir koalisyon oluşturacağını düşünmüştür. Seçimlerden sonra Wiesenthal, Peter'in Nazi geçmişiyle ilgili açıklamalarda bulununca, Başbakan da Peter'i savunmuş ve kendisini kötüleyenlerin faaliyetlerini "mafya yöntemleri" olarak tanımlamak suretiyle onlara saldırmıştır; işte bunun üzerine Lingens sert bir tepki göstermiştir.

O halde tartışma konusu ifadeler, seçim sonrası siyasal tartışma ortamı içinde ele alınmalıdır. Viyana Bölge Mahkemesinin 26 Mart 1979 tarihli kararında da belirttiği gibi, bu mücadele sırasında her biri kendi elindeki silahı kullanmıştır; bunlar siyasetin o sert itişip kakışmasında olağandışı değildir.

Başvurucuya verilen ceza ve buna dair ulusal Mahkemelerin gerekçeleri, Sözleşme bakımından değerlendirilirken, bu koşullar göz ardı edilmemelidir.

44. Viyana Üst Mahkemesi, kendisine son yapılan başvuru üzerine, Lingens'i bir para cezasına mahkûm etmiş, ayrıca Profil dergisinin ilgili sayılarının müsadere edilmesine ve hükmün de yayınlanmasına karar vermiştir.

Hükümetin de işaret ettiği gibi, tartışma konusu yazılar, bu sırada çoktan geniş bir çevreye yayılmış, bu nedenle verilen ceza, yazarın kendisini ifade etmesini engellememiştir. Ancak Komisyon'un haklı olarak belirttiği gibi, bu cezalar yine de, gelecekte tekrar bu eleştirilerde bulunma cesaretini kırıcı türden bir sansür anlamına gelmektedir. Siyasal tartışma bağlamında verilen böyle bir cezanın, gazetecileri toplumun yaşamını etkileyen sorunların aleni tartışmaların a katkıda bulunmaktan caydırma ihtimali vardır. Bu tür bir yaptırım, yine aynı sebeple, basını bilgi sağlama ve kamuoyu bekçiliğinde bulunma görevini yerine getirmesini engeller (*Barthold, §58*).

45. Avusturya Mahkemeleri ilk olarak, Lingens'in aleyhinde görülen sözlerin, objektif olarak hakaret içerip içermediğini karara bağlamaya girişmişlerdir; bu Mahkemeler "adi fırsatçılık", "ahlak dışılık" ve "şerefsizlik" gibi sözlerin, gerçekten hakaret niteliğinde olduğu sonucuna varmışlardır.

Davalı ise, söz konusu tabirlerin ifade özgürlüğünü kullanırken dile getirilen birer değer yargısı olduğu savunmuştur. Komisyon gibi Mahkeme de bu görüşe katılmaktadır. Aslında başvurucunun sözleri, o tarihte Federal Hükümetin Başbakanı olan Kreisky'nin benimsediği tutuma karşı yöneltilmiştir. Söz konusu olan başvurucunun haber dağıtma hakkı değil, fakat düşünce ve fikirlerini iletme özgürlüğüdür; buna rağmen Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında yer alan kısıtlamalar, olayda uygulanabilir.

46. Ulusal Mahkemeler daha sonra Ceza Kanununun 111(3). fıkrası gereğince, davalının beyanlarının doğruluğunu kanıtlayıp kanıtlayamadığını tespit etmeye girişmişlerdir (bk. yukarıda §20). Bu Mahkemeler esas itibarıyla Kreisky'nin davranışını değerlendirmenin birçok yolu olduğu ve diğer bütün yorumların dışında tek bir yorumun doğru olduğunun mantıksal olarak kanıtlanamayacağı görüşüyle, başvurucunun hakaretten suçlu olduğu sonucuna varmışlardır.

Mahkeme'nin görüşüne göre, maddi yargılar ile değer yargıları arasında dikkatlice bir ayrım yapılması gerekir. Olayların varlığı kanıtlanabilir, fakat değer yargılarının doğruluğu ispata elverişli değildir. Bu bağlamda Mahkeme, Lingens'in değer yargılarını dayandırdığı olayların varlığı üzerinde bir tartışma bulunmadığını ve ayrıca kendisinin iyi niyetli olduğundan da kuşku duyulmadığını kaydeder.

Böyle bir durumda gazeteciler, Ceza Kanununun 111(3). fıkrasıyla birlikte okunan 111(2). fıkrası gereğince, beyanlarının doğruluğunu kanıtlayamadıkça, aynı maddenin 1. fıkrasında belirtilen haller bakımından, mahkûmiyetten kurtulamazlar.

Bu şartın değer yargıları bakımından yerine getirilmesi imkânsız olup, böyle bir şart, Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından güvence altına alınan hakkın temel bir unsuru olan düşünce özgürlüğünü ihlal eder.

Viyana Bölge Mahkemesi 1 Nisan 1981 tarihli kararında bu konudaki ispat külfetinin kanunun bir gereği olduğunu ve bu külfeti hafifletmenin Mahkemelere değil ama

yasakoyucuya düştüğünü belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin ihlalinden hangi ulusal makamın sorumlu olduğunu belirtmesi gerekmediğine işaret etmektedir (*Zimmermann ve Steiner, §32*).

47. Yukarıda anlatılanlardan, Lingens'in ifade özgürlüğünü kullanılmasına yapılan müdahalenin "başkalarının (...) itibarlarının korunması için (...) demokratik bir toplumda gerekli" bir müdahale olmadığı, izlenen meşru amaçla orantılı olmadığı anlaşılmaktadır. Buna göre Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

24.05.1988 10737/84 MÜLLER VE DİĞERLERİ - İSVİÇRE

♦ *müstehcen resim—sergilenen resme el konulması* (başvurucunun 'fri-art 81' adlı resim sergisinde insanlarla insanları ve insanlarla hayvanları cinsel ilişki halinde kaba bir şekilde resmeden tablosunun sergilenmesi üzerine resme el koyulması ve ressamlara para cezası verilmesi) ■ ifade özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Birinci başvurucu Josef Felix Müller bir ressamdır. Diğer dokuz başvurucu ise, başvurucunun resimlerinin sergilendiği sergiyi açan kişilerdir. Josef Felix Müller, özellikle 1981 yılından sonra, tek başına veya başkalarıyla birlikte, İsviçre'de ve başka bazı ülkelerde, hem özel galerilerde ve hem de müzelerde, bir çok kez resim sergisi açmıştır. Müller, Federal Kültür Bakanlığının desteğiyle, 1984 yılında Avustralya'da Sidney Bienaline katılmış ve burada İsviçre'yi temsil etmiştir. Müller birkaç ödül kazanmış ve çalışmalarını Zürih'teki Kunsthalle müzesi gibi, bazı müzelere satmıştır.

Sözü edilen son dokuz başvurucu, 1981 yılında, yıkılmasına karar verilen bir bina olan Fribourg'daki eski Grand Seminary'de bir resim sergisi açmayı tasarlamışlardır. "Fri-Art 81" adlı bu sergi, Fribourg Kantonunun İsviçre Konfederasyonuna katılmasının 500. yılı kutlamaları çerçevesinde gerçekleştirilmiştir. Sergiyi düzenleyenler, sergide yer almaları için birkaç sanatçıyı davet etmişler; bunlardan her biri de kendilerinin seçtikleri başka sanatçıları katılmaya davet etmişlerdir. Sanatçılar kendilerine tahsis edilen yerleri kullanmışlardır. 1981 Ağustos ayının başından itibaren, kendilerine tahsis edilen yerlerde meydana getirdikleri ürünler, serginin sona erdiği 18 Ekim 1981 tarihinde kaldırılmıştır.

Bir diğer sanatçı tarafından davet edilen Josef Felix Müller, 3.11m x 2.24m, 2.97m. x 1.98m ve 3.74m x 2.20m boyutlarında, "Üç Gece, Üç Resim" (Drei Nachte, drei Bilder) adıyla, üç gece içinde üç büyük resim yapmıştır. Bu resimler, serginin başladığı 21 Ağustos 1981'de gösterilmeye başlanmıştır. Serginin, basında ve afişlerde ilanları çıkmış, giriş için bir ücret alınmamış ve herkese açık tutulmuştur. Ön gösterim için özel olarak basılmış bir katalogda, resimlerin birer fotoğrafı yer almıştır.

Serginin resmi açılışının yapıldığı 4 Eylül 1981'de, Fribourg Başsavcısı, yukarıda sözü edilen üç resmin, Ceza Kanunun müstehcen yayınları yasaklayan 204. maddesine girdiğini, soruşturma yargıcına bildirmiş ve kaldırılmalarına karar verilmesini istemiştir.

Başsavcı, üç resimden birinin ayrıca Ceza Kanununun 261. maddesi anlamında, dinsel inanç ve ibadet özgürlüğüne de aykırı olduğunu ileri sürmüştür.

Hükümete göre Başsavcı, bir adamın küçük kız çocuğunun sergideki resimlere şiddetle tepki gösterdiğini bildirmesi üzerine hareket geçmiştir. Bundan birkaç gün önce başka bir ziyaretçi de, resimlerden birini yere düşürmüş, üstüne basmış ve çiğnemiştir.

Soruşturma yargıcı 4 Eylül günü sergiye gitmiş, on gün sonra, bir el koyma kararı vermiştir. Bu karara karşı yapılan itiraz, 30 Eylül 1981'de, Ceza Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

Sarine Ceza Mahkemesi on başvurucu hakkında açılan ceza davasında, 24 Şubat 1982'de başvuruculardan her birine, müstehcen materyal yayınlama suçundan 300'er İsviçre Frangı para cezası vermiş, fakat dinsel inanç ve ibadet özgürlüğüne aykırı davranma isnadından beraat kararı vermiş; mahkumiyetlerinin bir yıl sonra adli sicilden silinmesine hükmetmiştir. Bu mahkeme ayrıca, müsadere edilen resimlerin güvenli bir şekilde saklanmaları için, Sanat ve Tarih Müzesine tevdi edilmelerine karar vermiştir. Bu mahkeme 24 Şubat tarihli duruşmada, Josef Felix Müller'in ürünlerinin sanatsal özelliği hakkında, Basle'deki Kunsthalle müze müdürü bay Jean-Christophe Ammann'ı dinlemiştir.

Sarine Ceza Mahkemesi karar gerekçesinde her şeyden önce, "Ceza Kanunun 204. maddesindeki müstehcenliğin (obscenity) tanımlanmamış olduğunu ve bu kavramın, maddenin amacı ile birlikte, kanundaki ve genel olarak hukuk sistemi içindeki yeri göz önünde tutularak yorumlanmak suretiyle, anlamının açıklığa kavuşturulması gerektiğini" belirtilmiştir. Bu karar gerekçesinde Federal Mahkemenin konuyla ilgili kararlarına gönderme yapıldıktan sonra, başka şeylerin yanında, şöyle denilmiştir:

"Mevcut davaya konu bay Müller'in üç çalışması, ortalama duyarlılığa (sensitivity) sahip bir kimsenin cinselliğini uyandırıcı (arousing) olmamakla birlikte, hiç kuşkusuz, en azından iğrençtirler (repugnant). Bütünü itibarıyla, gemlerinden kurtulmuş bir ahlaksızlık ve hatta cinsel sapıklık (perversion) izlenimi vermektedirler. Sodomi, fellatio, vahşilik (bestiality), dikleşmiş penis konuları, tabi ki nüfusun ortalama çoğunluğunun ahlakına aykırıdır. Ahlaki ortamda kötüye doğru bazı değişikliklere göz yumulması gerekse bile, önümüzde duran şey, ahlaki ortamı devrimci bir dönüşüme uğratacak bir şeydir. Müsadere edilen çalışmalar üzerinde yorum yapmak gereksizdir; bu çalışmaların bayağılığı (vulgarity) açıkça görülmekte ve üzerinde daha fazla durmayı gerektirmemektedir.

…

Ortalama duyarlılığa sahip bir kimsenin, kendisine sunulan şeyin ötesine geçmesi ve resmi gördüğünden bağımsız bir şekilde ikinci bir değerlendirmeye tabi tutması da beklenemez. Bunu beklemek demek, bu kimsenin gördüğü şeyin, aslında gördüğünü düşündüğü şey olmadığını açıklamaları için, sergileri seksologlarla, psikologlarla, sanat kuramcılarıyla ve etnologlarla birlikte gezmesini istemek demektir.

Son olarak, bu çalışmaları Michelangelo'nun ve J. Bosch'un çalışmalarıyla karşılaştırmak da yanıltıcıdır. Onların çalışmalarında, Müller'in resimlerindeki gibi bir görüntü bulunmaması bir yana, … kabalığa düşmeden, cinselliğin yer aldığı sanat tarihiyle veya kültürel eserlerle, doğru bir karşılaştırma yapılamaz. Kaba bir cinsellik, sanatsal bir amaçla bile korunmaya değmez … . Batı uygarlığının yabancı uygarlıklarla karşılaştırılması da doğru değildir."

Ayrıca bu mahkeme bu üç çalışmanın imha edilmemesine karar vermiştir. Bu mahkemeye göre, el konulan çalışmaları biraz özensiz görünse de, hiç kuşku yok ki Müller, özellikle kompozisyon konusunda ve renk kullanımındaki başarısıyla, bir sanatçıdır. Bununla beraber, bu üç resmi halkın gözünden uzak tutmak, bunları bir müzeye yerleştirmek ve

müze müdüründen bunları şehvet düşkünlerine değil, ama sadece sanatsal veya kültürel açıdan ilgi duyan birkaç ciddi uzmana göstermesini istemek yeterli olacaktır.

Bütün başvurucular 24 Şubat 1982'de, bu kararı temyiz etmişlerdir. Temyiz Mahkemesi olarak toplanan Fribourg Kanton Mahkemesi, bu başvuruyu 26 Nisan 1982 tarihinde reddetmiştir. Bu mahkeme, Federal Mahkemenin içtihatlarına göndermede bulunarak, "yakın geçmişte ve halen günümüzde, ahlaksal ve sosyal yaşam tarzı konusunda halkın zamana ve yere göre farklılık gösteren genel yaklaşımının, bazı şeyleri daha objektif ve daha doğal görme şeklinde değiştiğini" kabul etmiştir. Dava Mahkemesi bu değişimi dikkate almak zorundadır; fakat bu, Ceza Kanununun 204. maddesinin uygulanmasına yer bırakmayacak kadar tam bir hoşgörü göstereceği anlamına gelmez.

Bu mahkemeye göre sanat çalışmaları, kendiliğinden ayrıcalıklı bir statüye sahip değildirler. Müstehcen oldukları taktirde, en fazla imha edilmekten kurtulabilirler. Sanat ürünlerinin yaratıcıları, her şeye rağmen Ceza Kanununun 204. maddesine tabidirler; "çünkü bu yasa hükümleri, bir bütün olarak, güzel sanatlar alanında bile genel ahlakı korumayı amaçlamaktadır". Bu nedenle mahkeme, şikayet konusu resimlerin "sanatsal düşünce" ürünü olup olmadıkları sorunu hakkında karar vermekten kaçınabilir; "çünkü niyet başka bir şeydir, niyeti gerçekleştirmek başka bir şeydir".

Dava Mahkemesi gibi bu mahkeme de, Josef Felix Müller'in resimlerinin, "tiksinme ve iğrenme" (repugnance and disgust) duygusu uyandırdığı sonucuna varmıştır:

"Bu çalışmalar, belirli bir konuyu ve görüntüyü düşünerek, az veya çok özenle, cinsel faaliyetleri ima eden çalışmalar değildir. Bu çalışmalar, ön planda tuttuğu cinsel faaliyetleri, erkeğin ve kadının kucaklaşması şeklinde değil ve fakat sodomi, erkekler arasında fellatio, vahşilik, dikleşmiş penisler ve mastürbasyon şeklinde görüntülemektedir. Her üç resimde cinsel faaliyet, tek olmasa da temel bir unsurudur; ne üst başvuruda bulunanların açıklamaları ve ne de uzman tanık bay Ammann'ın bütünüyle ikna edici olmayan sözleri, bu durumu değiştirmemektedir. Ne kadar sevimsiz olsa da ayrıntılara girildiğinde, bu resimlerden birinde en az sekiz dikleşmiş öğe yer almaktadır. Görüntülenen bütün kişiler tamamen çıplak olup, bunlardan biri, diğer iki adamla ve bir hayvanla çeşitli şekillerde cinsel uygulamalarda bulunmaktadır. Dizlerinin üzerine çökmüş bu kişi, sadece bir hayvana girmekle (sodomosing) kalmamakta, fakat aynı zamanda bu hayvanın dikleşmiş penisini başka bir hayvanın ağzına tutmaktadır. Aynı anda, bu kişinin bedeninin alt tarafı, hatta kalçaları başka bir erkek tarafından okşanmakta ve bunun dikleşmiş penisi, üçünü bir erkek tarafından birinci erkeğin ağzına doğru tutulmaktadır. Kendisine girilen hayvan, dilini dördüncü erkeğin kalçalarına doğru uzatmış olup, bu erkeğin penisi de dikleşmiş durumdadır. Hayvanların dilleri bile, özellikle en küçük resimde, şekil ve açı bakımından, dilden çok dikleşmiş erkek organlarını ima etmektedir. Cinsel faaliyet, bir düşünceyi anlatmanın bir sonucu olarak değil, fakat sırf kendisi uğruna, kaba (crude) ve bayağı (vulgar) bir şekilde resmedilmiştir. Son olarak resimler, kabalık ve bayağılığı daha da ağır hale getirecek kadar … büyüktürler.

Mahkeme, üst başvuruda bulunanların, resimlerin sembolik olduğu şeklindeki savunmalarıyla ikna olmamıştır. Burada göz önünde tutulması gereken şey, resimlerin itibari değerleri (face value) ve izleyende bıraktığı etki olup, görünenle tamamen ilgisiz bazı soyutlamalar veya görüneni cilalayan şeyler değildir. Ayrıca, önemli olan şey, sanatçının verdiği veya vermek istediği anlam değil, fakat görüntünün izleyendeki objektif etkisidir … .

Üst başvuru sırasında, müstehcenlik kastı (intention) veya farkındalığı (awareness) sorunu üzerinde pek bir savunma yapılmamıştır; aslında yapılamazdı da. Bir yaratıcı (author), ürününün cinsel konuları ele aldığını ve bu konulardaki yazılı veya görsel imaların

(allusion), genel olarak kabul görmüş yaklaşımlar ışığında, ortalama bir okuyucu ve izleyicinin namusuna (decency) ve adabına (propriety) büyük ölçüde karşı çıktığını bildiği taktirde, ürününün müstehcen olduğunun farkında demektir. Yargılama sırasındaki delillerin de teyid ettiği gibi, durum burada tamamen böyledir. … Gerçekten sanıklardan bir çoğu, bu resimlerin kendilerini şok ettiğini kabul etmişlerdir. Müstehcenliğe karşı duyarsız olan bir kimsenin bile, bunun başkalarını taciz edilebileceğini (disturb) anlayabileceği kaydedilmelidir. Dava mahkemesinin de işaret ettiği gibi sanıklar, en azından duyarsız (reckless) bir şekilde hareket etmişlerdir.

Son olarak, benzer çalışmaların başka yerlerde sergilendiği iddiasının da bir önemi yoktur. Dava mahkemesinin haklı olarak dediği gibi, söz konusu üç resim, bu nedenle müstehcen olmaktan çıkmaz. …"

Başvurucular 18 Haziran 1982'de, Federal Mahkemeye başvurmuşlardır. Federal Mahkemenin Ceza Temyiz Dairesi, bu başvuruyu 26 Ocak 1983'te, aşağıdaki gerekçelerle reddetmiştir:

"Karar verilmiş olan davalar göstermektedir ki, Ceza Kanununun 204. maddesine göre müstehcen ürün, kabul edilmesi güç bir şekilde, cinsel adap duygusuna muhalefet eden bir üründür; müstehcenlik, normal bir kimsenin cinselliğini uyandırma veya iğrenme (disgust) veya nefret etme (repel) sonucunu doğurur. … Bir mahkemenin uygulayacağı müstehcenlik testi, bir ürünün veya çalışmanın bir bütün olarak, olağan duyarlılığa sahip bir kimsede, ahlaken muhalefete (moral offence) sebep olup olmadığıdır. …

Söz konusu resimler, büyük boyda kaba bir tarzda görüntülenmiş sodomi, bestiality, petting gibi, doğal olmayan cinsel uygulamalara aşırı düşkünlüğü (orgy) göstermektedir. Bu resimler, olağan duyarlılıktaki kimselerin cinsel adabına büyük ölçüde aykırı durumdadır. Üst başvuruda bulunanlar tarafından dayanılan sanatsal ehliyet, mevcut olayda varılan sonucu herhangi bir şekilde değiştiremez.

Anayasal özgürlüklerin içeriği ve kapsamı, yürürlükte olan federal yasalara dayanılarak belirlenmektedir. Bu durum, diğerleri yanında, basın özgürlüğü, fikir özgürlüğü ve sanat özgürlüğü bakımından da geçerlidir; Federal Anayasanın 113. maddesi gereğince Federal Mahkeme, federal yasalarla bağlıdır. … Sanatsal yaratıcılık alanında, sanatsal çalışmaların kendiliğinden, herhangi bir özel statüden yararlanmadığı belirtilmiştir. … Ancak bir sanatçı cinsel nitelikteki bir konuyu, inciticilik (offensiveness) tonunu düşürerek ve baskın olmaktan uzaklaştırarak, sanatsal bir formda vermeye çalışacak olursa, bu sanat ürünü müstehcen olmaz. … Ceza mahkemesi bir karara varırken, kendisine genellikle aykırı gelecek olan bir sanat eleştirmenin gözüyle çalışmayı görmek zorunda olmayıp, bu çalışmanın masum bir ziyaretçiyi incitip incitmediğine karar vermek zorundadır.

O halde, söz konusu çalışmanın sanatsal niteliği konusunda uzman görüşü, bu aşamada önemli değildir; fakat yeni suçların işlenmesini önlemek için ne gibi işlemler yapılması gerektiği konusunda karar verirken önemli olabilir (Ürünün imhası veya el konulması; Ceza Kanunu md. 204(3) …).

Kanton Mahkemesi, resimleri gereği gibi derinlemesine incelemiş ve estetik dışı unsurun baskın olduğu sonucuna varmıştır. Bu mahkeme, özellikle her üçünde birkaç cinsel özelliği (örneğin birinde sekiz dikleşmiş unsuru) göz önünde tutarak, incitici biçimlerde cinselliğe vurgu yapıldığını ve bu unsurun söz konusu ürünlerde tek olmasa da, baskın bir özellik olduğuna karar vermiştir. Federal Mahkemenin Temyiz Dairesi bu görüşe katılmaktadır. Müller'in resimlerinin yarattığı genel izlenim, normal duyarlılıktaki bir kimseyi ahlaken incitici (morally offensive) olabileceği şeklindedir. O halde Kanton Mahkemesinin bunların müstehcen olduğu konusundaki tespiti, federal yasaya aykırı değildir.

Üst başvuruda bulunanlar, suçlarda yayınlama unsurunun bulunmadığını savunmuşlardır. Söyledikleri yanlıştır.

Müstehcen resimler, basın ve afişler yoluyla ilan edilen, halka açık bir sergide gösterilmiştir. 'Fri-Art 81' sergisine, yaş sınırı gibi bir giriş koşulu konmamıştır. Böylece söz konusu resimlerin, Ceza Kanununun 204. maddesi bakımından alenilik kriteri olan, ortalama sayıdaki kişiye ulaşılabilirliği sağlanmıştır. …"

Federal Mahkemenin Ceza Dairesi son olarak, kanton mahkemesi tarafından karar verilmediğinden, resimlerin iadesi için yapılan başvurunun kabul edilemez olduğunu belirtmiştir.

Sarine Ceza Mahkemesi 20 Ocak 1988'de, Josef Felix Müller'in 29 Haziran 1987'de yaptığı başvuruyu kabul ederek, resimlerin iadesine karar vermiştir. Josef Felix Müller, Mart 1988'de resimlerini geri almıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

26. Başvurucular, mahkûm edilmelerinin ve söz konusu resimlerin müsadere edilmesinin, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuşlardır. …

Hükümet bu iddiayı reddetmiştir. Komisyon da şikâyet konusu birinci tedbir bakımından reddetmiş, fakat ikinci tedbir bakımından iddiayı kabul etmiştir.

27. Birinci başvurucu resimleri yapmak ve sonra bunları sergilemekle, diğer dokuz başvurucu ise, açmayı tasarladıkları "Fri-Art 81" adlı sergide kendisine bu resimleri halka gösterme imkânı vermekle, ifade özgürlüğünü kullandıkları konusunda bir tereddüt yoktur.

Tabi ki Sözleşme'nin 10. maddesi, burada söz konusu olan sanatsal ifade özgürlüğünün bu madde kapsamına girdiğini belirtmemektedir; fakat bu madde, çeşitli ifade biçimleri arasında bir ayrım yapmış da değildir. Mahkeme önüne çıkan taraflar, bu maddenin, özellikle haber ve düşünceleri alma ve iletme özgürlüğü içinde, her türlü kültürel, siyasal ve sosyal haber ve düşüncelerin aleni alış verişinde bulunma imkânı veren sanatsal ifade özgürlüğünü de kapsadığını kabul etmişlerdir. Bu yorumun doğruluğunu, eğer ihtiyaç varsa, "televizyon veya sinema girişimciliği" gibi, sanat alanını da kapsayan medya faaliyetlerinden söz eden Sözleşme'nin 10(1). fıkrasının ikinci cümlesi de teyit etmektedir. İfade özgürlüğü kavramının sanatsal ifadeleri de içerdiğine dair bir teyit de, "sanatsal biçim"deki haber ve düşüncelere ifade özgürlüğünün içinde özel olarak yer veren Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 19(2). fıkrasında bulunabilir.

28. Başvurucular, ilk olarak 24 Şubat 1982'de Sarine Ceza Mahkemesi tarafından verilen ve daha sonra 26 Nisan 1982 tarihinde Fribourg Kanton Mahkemesi ve ardından 26 Ocak 1983 tarihinde Federal Mahkeme tarafından onaylanan (bk. yukarıda §14, 16 ve 18) mahkûmiyet kararı nedeniyle; ikinci olarak da, aynı zamanda karar verilen fakat daha sonra kaldırılan resimlerin müsaderesi kararı (bk. yukarıda §19) nedeniyle, ifade özgürlüğünün kullanılmasına "kamu makamlarının müdahale"siyle karşılaşmışlardır.

"Ceza" veya "kısıtlama" oluşturan bu tür tedbirler, ifade özgürlüğüne sırf müdahalede bulundukları için Sözleşme'ye aykırı değildirler; çünkü bu hakkın kullanımı, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki öngörülen şartlara göre durdurulabilir. Sonuç olarak, şikâyet konusu bu iki tedbir, "hukuken öngörülmüş" oldukları, 2. fıkrada belirtilen meşru amaçlardan birine veya bir kaçına sahip oldukları ve bu amaçları gerçekleştirmek için "demokratik bir toplumda gerekli" oldukları taktirde, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmezler.

Komisyon gibi Mahkeme de, başvurucuların mahkûmiyetlerine ve resimlerin müsadere edilmesine, sırayla bu noktadan bakacaktır.

I. Başvurucuların mahkûmiyetleri

1. Hukuken öngörülmüş olma

29. Başvuruculara göre, İsviçre Ceza Kanununun 204(1). fıkrası ve özellikle buradaki "müstehcen" kelimesi, bireylerin davranışlarını ayarlamalarına imkân vermeyecek kadar muğlâktır; bu nedenle ne sanatçılar ve ne de sergiyi düzenleyenler, bir suç işlediklerini önceden göremezlerdi. Hükümet ve Komisyon bu görüşü paylaşmamışlardır.

Mahkeme'nin içtihatlarına göre "önceden görülebilirlik", Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki "hukuken öngörülmüş olma" deyimine içkin şartlardan biridir. Vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek için yeterli açıklıkta düzenlenmemiş bir norm, "hukuk" kuralı olarak kabul edilemez; vatandaşlar belirli bir eylemin doğuracağı sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve gerekiyorsa uygun bir danışmayla, önceden görebilmelidir. (*Olsson, §61*(*a*)). Ancak Mahkeme daha önce de, özellikle toplumdaki egemen görüşlere göre durumların değiştiği alanlarda, kanunları yaparken mutlak bir belirginlik sağlamanın imkânsız olduğunu vurgulamıştır (*Barthold, §47*). Aşırı katılıktan kaçınma ve değişen koşullara ayak uydurabilme ihtiyacı, kuralların kaçınılmaz olarak az ya da çok, geniş terimlerle ifade edilmesini gerektirir (*Olsson kararı, aynı yer*). Müstehcenlikle ilgili ceza kanunu hükümleri, bu kategoriye giren hükümlerdir.

Mevcut davada, "müstehcen" ürünlerin "yayınlanması" konusunda Federal Mahkeme'nin istikrarlı birkaç kararının (bk. yukarıda §20) bulunduğu da kaydedilmelidir. Yayınlanmış oldukları için ulaşılabilir bulunan ve alt derece Mahkemeler tarafından izlenen bu kararlar, Ceza Kanununun 204(1). fıkrasının sözlerini tamamlamışlardır. O halde başvuruculların mahkûmiyetleri, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamından "hukuken öngörülmüş"tür.

2. İzlenen amacın meşruluğu

30. Hükümet, şikâyet konusu müdahalelerin amacının, ahlakı ve başkalarının haklarını korumak olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet, ikinci noktayla ilgili olarak, her şeyden önce, "Fri-Art 81" sergisini ziyaret eden bir adamın ve kızının tepkilerini (bk. yukarıda §12) zikretmiştir.

Mahkeme, İsviçre Ceza Kanununun 204. maddesinin amacının genel ahlakı korumak olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre bu maddeyi mevcut olayda uygulayan İsviçre Mahkemelerinin, Sözleşme'yle bağdaşmayan başka bir hedeflerinin bulunduğunu düşünmek için bir sebep yoktur. Dahası, Komisyon'un işaret ettiği gibi, ahlakı korumak ile başkalarının haklarını korumak arasında doğal bir bağ bulunmaktadır.

Sonuç olarak başvurucuların mahkûmiyetleri, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki meşru bir amaca sahiptir.

3. Demokratik bir toplumda gereklilik

31. Mahkeme önüne çıkanların yaptıkları savunmalar, tartışma konusu müdahalenin, yukarıda belirtilen meşru amacı gerçekleştirmek için "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı üzerinde yoğunlaşmıştır.

Başvuruculara göre sanatsal ifade özgürlüğü, öylesine temel bir öneme sahiptir ki, bir sanat çalışmasının yasaklanması veya bir sanatçının mahkûm edilmesi, Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alanın hakkın özünü zedeler ve demokratik bir toplum için zararlı sonuçlar doğurur. Tartışma konusu resimlerin, halen geçerli olan toplumsal ahlaka uzak düşen bir cinsellik kavramını yansıttığından kuşku yoktur. Fakat, yine başvuruculların iddiasına göre, bu resimlerin sembolik anlamları dikkate alınmalıdır; çünkü bunlar sanat çalışmalarıdır. Josef Felix Müller'in resimleri gibi resimler, çağdaş deneysel sanat

sergisinin bir parçası olarak, sanatla ilgilenen kişilere gösterilemeyecek olursa, sanat özgürlüğünün içeriği boşaltılmış olacaktır.

Hükümete göre ise, özellikle resimlerin konuları ve sergilendikleri şartların özelliği göz önünde tutulduğunda, müdahale gereklidir.

Komisyon, benzer gerekçelerle ve sanatsal veya sembolik olmaya dair değerlendirmeleri dikkate almaksızın, İsviçre Mahkemelerinin, resimlerin müstehcen olduğu şeklinde makul bir sonuca varabilecekleri ve böylece başvurucuların Ceza Kanununun 204. maddesindeki suçtan suçlu olduklarını tespit edebilecekleri görüşünde olduğunu belirtmiştir.

32. Mahkeme sürekli bir şekilde, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki "gerekli" sıfatının, bir "toplumsal ihtiyaç baskısı"nı ima ettiğini belirtmiştir (*Lingens, §39*). Sözleşmeci Devletler, böyle bir ihtiyacın bulunup bulunmadığı konusunda değerlendirme yaparken, belirli bir takdir alınana sahiptirler; fakat bu, hem mevzuatı ve hem de bağımsız Mahkemeler tarafından da olsa, mevzuatı uygulayan Mahkeme kararlarını da kapsayan bir Avrupa denetimiyle el ele gider (bk. aynı yer). O halde Mahkeme, bir "kısıtlama" veya "ceza"nın, Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğü ile uzlaştırılabilir olup olmadığı konusunda karar vermekle yetkilidir (bk. aynı yer).

Mahkeme denetim yetkisini kullanırken, tartışma konusu Mahkeme kararlarını tek başlarına ele almakla yetinemez; söz konusu resimler ile bunların sergilendikleri bağlam dâhil olmak üzere, olayın bütünselliği içinde bu kararlara bakmak zorundadır. Mahkeme, söz konusu müdahalenin "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını ve bu kararları haklı kılmak için İsviçre Mahkemeleri tarafından gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını karara bağlamak zorundadır (bk. aynı karar, §40).

33. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin 10(1). fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturduğunu ve gerçekten toplumun ilerlemesinin ve bireyin kendini gerçekleştirmesinin başta gelen şartlarından biri olduğunu hatırlatır. İfade özgürlüğü, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasının sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz (*Handyside, §49*). Sanat ürünlerini yaratanlar, gösterenler, dağıtanlar veya sergileyenler, demokratik bir toplumda asıl olan düşünce ve fikirlerin alış verişine katkıda bulunurlar. Bu nedenle Devletler, onların ifade özgürlüğüne gereksiz yere tecavüz etmeme yükümü altındadırlar.

34. Sanatçılar ve onların çalışmalarını sunanlar, tabi ki Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında öngörülen sınırlamalardan muaf değildirler. İfade özgürlüğünü kullanan kim olursa olsun, bu fıkradaki açık terimler gereğince, "ödev ve sorumluluk" da üstlenirler; bunun kapsamı, kendisinin durumuna ve kullandığı vasıtalara göre değişir (*Handyside, §49*). Mahkeme, bir cezanın "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını incelerken, meselenin bu yönünü görmezlikten gelemez.

35. Başvurucuların mahkûmiyetlerinin dayanağı olan İsviçre Ceza Kanununun 204. maddesi, ahlakı korumayı amaçlamıştır. Mahkeme'nin *Handyside* kararını (*§48*) verdiği tarihte olduğu gibi, bu gün de Sözleşmeci Devletlerin hukuksal ve sosyal düzenlerinde tek tip bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Ahlakın gerekleri konusundaki görüşler, özellikle konu hakkındaki fikirlerin geniş çapta evrim geçirdiği günümüzde, zamana ve yere göre değişmektedir. Devlet yetkilileri, ülkelerindeki yaşamsal güçlerle doğrudan ve sürekli temas halinde olduklarından, bu gereklerin tam içeriğinin yanında bu

gerekleri karşılamayı amaçlayan bir "kısıtlama" veya "ceza"nın "gerekliliği" hakkında görüş bildirebilmek için, uluslararası yargıçtan daha iyi bir konumdadırlar.

36. Mevcut olayda, İsviçre'de kanton düzeyinde hem ilk derece ve üst derece Mahkemelerin ve hem de Federal düzeydeki Mahkemenin vurguladığı gibi (bk. yukarıda §14, 16 ve 18), söz konusu resimlerde, özellikle insanlar ve hayvanlar arasında cinsel ilişkilerin kaba bir tarzda gösterildiğini belirtmek gerekir. Bu resimler, serginin amacına uygun olarak sergi yerinde, kendiliğinden bir şekilde yapılmış, sergiyi düzenleyenler bir giriş ücreti veya yaş sınırı koymadıkları için, herkesin görebilmesine açık tutulmuştur. Gerçekten de resimler, sınırsız olarak bütün herkese açık ve herkesin ilgisini çekecek surette sergilenmişlerdir.

Mahkeme, İsviçre Mahkemeleri gibi, cinsel ahlak anlayışlarının yakın geçmişteki yıllarda değiştiğini kabul etmektedir. Bununla birlikte, resimlerin orijinallerini inceleyen Mahkeme, İsviçre Mahkemelerinin, cinselliğin en kaba biçimlerine vurgu yapan bu resimlerin, "olağan duyarlılıktaki kişilerin cinsel adabına büyük ölçüde muhalif" (bk. yukarıda §18) oldukları görüşüne varmalarında bir gayri makullük görememektedir. Bu koşullarda, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasının kendilerine bıraktığı takdir alanı göz önünde tutulduğunda, İsviçre Mahkemeleri, ahlakı korumak için başvuruculara müstehcen materyal yayınladıkları gerekçesiyle para cezası verilmesini "gerekli" görmekte haklıdırlar.

Başvurucular, bu resimlerin sergilenmesinin halkın protestosuna yol açmadığını ve basının bir bütün olarak kendilerinin yanında yer aldıklarını iddia etmişlerdir. Josef Felix Müller'in, çalışmalarını benzer bir yoldan, "Fri-Art 81" sergisinden hem önce ve hem de sonra, İsviçre'nin diğer bölgelerinde ve yurtdışında sergilemiş olması (bk. yukarıda §9) da doğru olabilir. Ancak bu durum, başvurucuların Friburg'daki mahkûmiyetlerinin, olayın bütün şartları içinde, davayı gören her üç İsviçre Mahkemesinin de esas itibarıyla teyit ettiği gibi, gerçek bir sosyal ihtiyacı karşılamadığı anlamına gelmez.

37. Sonuç olarak, tartışma konusu tedbir, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmemiştir.

II. Resimlerin müsadere edilmesi

1. Hukuken öngörülmüş olma

38. Başvurucuların iddiasına göre resimlerin müsadere edilmesi, İsviçre Ceza Kanununun müstehcen şeylerin imha edilmesini gerektiren 204(3). fıkrasının açık ve sarih ifadesine aykırı olduğu için, "hukuken öngörülmüş" değildir.

Hükümet ve Komisyon haklı olarak, bu fıkrayla ilgili Federal Mahkemenin 10 Mayıs 1963 tarihli Rey davasında verdiği kararla başlayan, İsviçre Mahkemelerinin içtihatlarındaki gelişmeden söz etmişlerdir. Bu tarihten itibaren, resim gibi, kültürel alana giren ve yerine konulması zor veya imkânsız olan müstehcen bir şey bakımından Ceza Kanununun 204(3). fıkrasının gereklerini yerine getirebilmek için, Mahkemenin bu şeyi halkın gözünden uzaklaştırmak amacıyla gerekli gördüğü her türlü tedbiri alması yeterlidir (bk. yukarıda §21). 1982 yılında müsadere, ilgili içtihatlarda yer alan ve bu amaç için kullanılan bir kuraldır. Herkesin ulaşabileceği durumda olan ve alt Mahkemeler tarafından takip edilen bu içtihatlar, Ceza Kanununun 204(3). fıkrasının sertliğini hafifletmiştir. Sonuç olarak söz konusu tedbir, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamında "hukuken öngörülmüş" bir tedbirdir.

2. İzlenen amacın meşruluğu

39. Resimlerin müsadere edilmesi, başvurucuların sorumlu görüldükleri suçun tekrarını önlemek suretiyle, ahlakın korunmasını amaçlamıştır; Mahkeme'nin önüne çıkan taraflar

da aynı fikirdedir. Buna göre bu müdahale, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki bir meşru amaca sahiptir.

3. Demokratik bir toplumda gereklilik

40. Burada da yine, Mahkeme önüne çıkan taraflar yaptıkları savunmalarda, müdahalenin "gerekliliği" üzerinde yoğunlaşmışlardır.

Başvurucular, müsaderenin izlenen amaçla orantısız olduğunu düşünmüşlerdir. Başvuruculara göre davayı gören Mahkemeler, daha hafif bir tedbir ve hatta insan haklarını korumak amacıyla hiçbir tasarrufta bulunmamayı yeğleyebilirlerdi. Başvurucular, Fribourg'daki yetkililerin resimleri müsadere etmekle, aslında kendi ahlak görüşlerini bütün bir ülkeye yaydıklarını ve konuyla ilgili fikirlerdeki bilinen farklılık göz önünde tutulduğunda, bunun kabul edilemez, Sözleşme'ye aykırı ve çelişik bir şey olduğunu iddia etmişlerdir.

Hükümet bu iddiaları reddetmiştir. İsviçre Mahkemeleri, resimlerin imhası konusunda daha ağır tedbirlere başvurmaktan kaçınmak suretiyle, gerekli olanın asgarisini yapmışlardır. Müsadere kararının 20 Ocak 1988'de kaldırılmış olması, ki birinci başvurucu bunun için daha erken bir tarihte de başvurabilirdi, müsaderenin orantılılık ilkesine aykırı düşmediğini açıkça göstermiştir; aslında bu, orantılılık uygulamasının da bir örneğidir.

Komisyon ise, resimlerin müsaderesinin meşru amaçla orantılı olmadığını kabul etmiştir. Komisyona göre yargısal makamlar, söz konusu çatışan menfaatleri tartma ve süresiz olarak müsadereden daha hafif bir tedbire karar verme yetkisine sahip değildir.

41. Federal Mahkeme içtihatlarının, Ceza Kanununun 204(3). fıkrasının katı görünen ifadesine rağmen, bazı şeyleri müstehcen bulan Mahkemeye, bunların imha edilmeleri yerine müsadere edilmelerine karar verme imkânı tanıdığı açıktır. Mevcut davada, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası bakımından incelenmesi gereken tedbir, ikinci tedbirdir.

42. Sözleşmeci Devletlerin hepsinde bulunan bir hukuk ilkesi, "genel yarara aykırı ve tehlikeli olduğuna hukuken karar verilen malların" müsaderesine imkân vermektedir (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, yukarıda geçen Handyside, §63). Mevcut olaydaki amaç, halkı suçun tekrarına karşı korumaktır.

43. Başvurucuların mahkûmiyeti, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasına göre gerçek bir sosyal ihtiyaca cevap oluşturmuştur (bk. yukarıda §36). Bu tedbiri haklı kılan gerekçeler, Mahkeme'ye göre, aynı anda karar verilen müsadere için de geçerlidir.

Hiç kuşkusuz, başvurucuların ve Komisyon'un da haklı olarak vurguladıkları gibi müsadere edilen şey, mevcut olaydaki gibi orijinal bir resim olduğunda, özel bir sorun ortaya çıkmaktadır. Alınan tedbir nedeniyle sanatçı, kendi ürününden dilediği şekilde yararlanamayacaktır. Böylece Josef Felix Müller, ahlakı koruma ihtiyacının Fribourg'da olduğundan daha az sert olduğu başka yerlerde de resimlerini gösterme imkânını kaybetmiştir.

Ancak, 1980 tarihli Fahrer davasındaki karara kadar geri giden ve daha sonra mevcut olayda uygulanan içtihada göre (bk. yukarıda §19 ve 22), müsadere edilen çalışmanın sahibinin, söz konusu şeyin artık bir tehlike oluşturmaması veya daha ılımlı başka bir tedbirin genel ahlakı korumak için yeterli olması halinde, müsadere kararının kaldırılması veya değiştirilmesi için ilgili kanton Mahkemesine başvurmasının mümkün olduğu belirtilmelidir. Sarine Ceza Mahkemesi 20 Ocak 1988 tarihinde verdiği kararda, ilk müsadere kararının "mutlak olmadığı ve yeniden değerlendirme için başvurulmasına yer bırakan geçici bir süre için verildiğini" söylemiştir (k. yukarıda parag. 19). Bu Mahkeme, "önleyici tedbirin, bu resimlerin önlem alınmadan bir kez daha sergilenmemesinin sağlanması

şeklindeki işlevini" yerine getirmiş olduğu gerekçesiyle, bay Müller'in başvurusunu kabul etmiştir (bk. aynı yer).

Tabi ki birinci başvurucu, çalışmalarından yaklaşık sekiz yıl boyunca yoksun kalmıştır; fakat daha önce kendisine teslim edilmek üzere başvurmasını engelleyen herhangi bir şey yoktur. Konuyla ilgili Basle Üst Mahkemesi kararları aleni ve ulaşılabilir niteliktedir; kaldı ki, bizzat Hükümet temsilcisi, Komisyon önündeki 6 Kasım 1985 tarihindeki duruşma sırasında, bu noktaya başvurucunun dikkatini çekmiştir. Mahkeme'nin önünde, böyle bir başvurunun başarısız kalacağına dair bir delil yoktur.

Bu nedenle ve takdir alanı da göz önünde tutulduğunda, İsviçre Mahkemeleri, söz konusu resimlerin müsaderesinin, ahlakı korumak için "gerekli" bulmakta haklıdırlar.

44. Sonuç olarak, tartışma konusu tedbir, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı altı oyla, başvurucuların mahkûmiyetlerinin, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmediğine;
2. İkiye karşı beş oyla, resimlerin müsaderesinin, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

22.02.1989 11508/85 BARFOD - DANİMARKA

♦ *yargıca hakaret* (biri meslekten yargıç ikisi meslekten yargıç olmayan memurlardan oluşan mahkemenin idare lehine karar vermesi üzerine davanın tarafı başvurucunun bir dergide yayımlanan yazısında, meslekten olmayan memur yargıçlar hakkıda 'işlerini yaptılar' şeklinde ifadeler yer alması üzerine yargıca iftira suçundan para cezasına mahkum edilmesi) ■ ifade özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu Bjorn Barfod, 1919 doğumlu bir Danimarka vatandaşıdır. Başvurucunun mesleği değerli taş işçiliğidir. Yerel Hükümetinin 1979 yılında, Greenland'daki Amerikan tesislerinde çalışan Danimarka vatandaşlarına vergi koymaya karar vermesi üzerine, aralarında Barfod'un bulunmadığı birkaç kişi bu karara karşı, mahkemeye başvurmuşlardır. Bu kişiler, söz konusu kararın hukuka aykırı olduğunu, bu yöredeki yerel seçimlerde oy kullanma hakları bulunmadığını ve buradaki idari makamların herhangi bir hizmetinden yararlanmadıklarını iddia etmişlerdir. Bu dava, biri meslekten yargıç, ikisi meslekten olmayan yargıçtan oluşan Greenland Mahkemesi tarafından görülmüştür. Meslekten olmayan yargıçların ikisi de Yerel Hükümet memurlarıdırlar. Bu mahkeme, Yerel Hükümetin lehine karar vermiştir. Bu karar daha sonra Doğu Danimarka Yüksek Mahkemesi tarafından ("1981 vergi davası") onanmıştır.

Başvurucu, Greenland Mahkemesinin kararını öğrendikten sonra, bu karar hakkında bir makale yazmış ve bu makale bir dergide yayınlanmıştır. Başvurucu makalesinde, meslekten olmayan iki yargıcın, Anayasanın 62. maddesine göre yargıçlık yapamayacaklarını ifade etmiştir. Başvurucu ayrıca bu yargıçların, işverenlerine karşı açılmış bir davada tarafsız hareket etme kabiliyetlerinin ve güçlerinin bulunup bulunmadığını da tartışmıştır. Makalede şu pasaj yer almaktadır:

"Yerel Hükümet üyelerinden bir çoğu, biri müze müdürü ve diğeri kentsel konut işlerinde danışman olan ve Yerel Hükümet tarafından doğrudan istihdam edilen bu iki meslekten olmayan yargıcın işlerini yapmalarını izlemek için zaman ayırmışlar, onlar da işlerini

yapmışlardır. Karar, bire karşı iki oyla Yerel Hükümetin lehine çıkmıştır; böyle yargıçların bulunduğu bir heyette, kimin nasıl oy kullandığını tahmin etmek zor değildir."

Greenland Mahkemesindeki meslekten yargıç, meslekten olmayan iki yargıç hakkındaki bu sözlerin, halkın gözünde kendilerinin itibarını zedeleyecek ve böylece hukuk sistemine güveni olan güveni zayıflatacak nitelikte olduğunu düşünmüştür. Bu yargıç, Greenland adliyesinin başkanı olarak, cezai bir soruşturma açması için Greenland Emniyet Müdürlüğüne başvurmuştur. Daha sonra başvurucu hakkında, Greenland Ceza Kanununun 71(1). fıkrasındaki iftira suçunu işlemekten, Narssaq Bölge Mahkemesinde dava açılmıştır.

Bölge Mahkemesi verdiği kararda sanığın söz konusu makalenin bir paragrafında, iki yargıcın şereflerinin zedelendiğinden haklı olarak kaygı duymalarına yol açan kelimeler kullandığı sonucuna varmış ve başvurucuyu 2,000 Danimarka Kronu para cezasına mahkûm etmiştir. Bu karar üst yargı organları tarafından onanmıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

24. Başvurucu, iftira suçundan Greenland Yüksek Mahkemesi tarafından mahkûm edilmesinin, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. …

Hükümet bu iddiayı reddetmiş, Komisyon ise kabul etmiştir.

25. Tartışma konusu olduğu kadarıyla başvurucunun mahkûmiyeti, kendisinin Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğüne bir kamu makamı tarafından açıkça bir müdahale oluşturmuştur. Bu tür müdahaleler, bu maddenin ikinci fıkrasında gösterilen şartları yerine getirmiş olmaları halinde, Sözleşme'ye aykırı düşmezler.

26. Başvurucu, bu müdahalenin "hukuken öngörülmüş olduğuna" veya müdahalenin amacının Hükümet tarafından ileri sürülen amaçlara, yani başkalarının şerefini koruma amacına girdiğine itiraz etmemiştir. Komisyon gibi Mahkeme'nin de, müdahalenin bu yönlerden Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki şartları taşıdığından kuşku duyması için bir sebep yoktur.

27. Mahkeme önünde tartışılan tek sorun, müdahalenin, yukarıda sözü edilen amacı gerçekleştirmek için "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığıdır.

28. Mahkeme sürekli olarak, Sözleşmeci Devletlerin, böyle bir gerekliliğin varlığını ve boyutunu değerlendirirken belirli bir takdir alanına sahip olduklarını, fakat bu alanın Avrupa denetimine tabi olduğunu ve hem mevzuatı ve hem de bu mevzuatı uygulayan bağımsız bir Mahkeme tarafından verilmiş kararları da kapsadığını vurgulamıştır.

O halde Mahkeme, bir "kısıtlama" veya "ceza"nın, ifade özgürlüğüyle bağdaşabilir olup olmadığı konusunda nihai kararı vermekle yetkilidir. Mahkeme bu konuda karar verirken, şikâyet konusu 3 Temmuz 1984 tarihli kararı, başvurucunun yazısındaki beyanları ve bunların yazılma bağlamı dâhil, bir bütün olarak olayın ışığında ele almak zorundadır. Mahkeme ayrıca, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün önemine gerekli dikkati göstererek, söz konusu müdahalenin "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını karar bağlamak durumundadır (*Müller ve Diğerleri, §32-33*).

29. Mevcut olayda orantılılık, kamuyu ilgilendiren konularda açık tartışmanın değeri ile Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında belirtilen amaçları izlemenin tartılması gerektiğini ima eder (*Lingens, §42*). Mahkeme, bu menfaatler arasında adil bir denge kurarken, başvurucu ve Komisyon'un da haklı olarak işaret ettiği gibi, kamuyu ilgilendiren meselelerde, cezai veya diğer yaptırım korkusuyla insanları görüşlerini dile getirmekten caydırmamanın büyük bir öneme sahip olduğunu göz ardı edemez.

30. Başvurucunun yazısında iki unsur bulunmaktadır; ilk olarak, 1981'deki vergi davasında Yüksek Mahkemenin kompozisyonuna yönelik bir eleştiri; ikinci olarak, iki meslekten olmayan yargıcın "işlerini yaptıkları" şeklindeki beyanı olup, bu sözler bu bağlamda ancak, bu yargıçların bağımsız ve tarafsız yargıçlar olarak değil, ama Yerel Hükümetin memurları olarak oylarını kullandıkları anlamına gelecek sözlerdir.

31. Başvurucunun ifade özgürlüğüne müdahaleye, sadece bu ikinci unsur yol açmıştır. Ne var ki Komisyona göre bu beyan, yargı organı dâhil, kamu idaresinin işleyişiyle ilgili kamusal yarara giren konularla ilgili bir beyandır. Komisyona göre bu konulardaki gereklilik testi, çok daha katı olmak zorundadır; bu nedenle, söz konusu yazı, iki meslekten olmayan yargıca bir saldırı olarak yorumlansa bile, yargı organının işleyişi hakkında aleni tartışmadaki genel menfaat, bu iki meslekten olmayan yargıcın başvurucunun yazısında ifade ettiği türden eleştirilere karşı korunma şeklindeki menfaatlerine göre çok daha ağır basmaktadır.

Başvurucu, Komisyon'un bu görüşünü desteklemiştir. Başvurucu ayrıca sarf ettiği sözlerin, Yüksek Mahkeme Yargıcının davaya bakmaması gereken meslekten olmayan yargıcı önerdiği zaman yaptığı usul hatasına dikkat çektiği için, açıkça kamuyu ilgilendiren bir konuyla ilgili olduğunu savunmuştur.

Hükümet, Komisyon'un başvurucunun tartışma konusu beyanlarını Yüksek Mahkemenin kompozisyonuna yönelik basit bir eleştiri olarak görmekle, bu beyanları önemsizleştirdiğini savunmuştur. Hükümete göre aslında bu sözler, Greenland Ceza Kanununun 28. maddesini ihlal edecek nitelikte, kamu görevini kötüye kullanma şeklinde bir suçlamadır. Hükümet ayrıca, Komisyon'un gereklilik testine ilişkin yorumuna da katılmamış, ulusal makamların takdir alanını önemle vurgulamıştır. Hükümete göre başvurucunun suçlamaları, kanıtlarla desteklenmeyen bir iftira niteliğinde olup, aslında yanlıştır da; dahası, meslekten olmayan yargıçların 1981 yılındaki vergi davasına bakıp bakamayacakları bir yana, kendileri hakkındaki suçlamalar, demokratik bir toplumda korunmaya değer nitelikte kamuoyu görüşü meydana getirilmesine katkı oluşturmamıştır.

32. Greenland Yüksek Mahkemesi kararı, yargı yetkisini kendi usulüne göre kullanma sonucu yaptığı tespite dayanmaktadır. Bu karara göre, "… iki meslekten olmayan yargıcın işlerini yaptıkları, yani işverenleri olan Yerel Hükümetin lehine karar verme işini yerine getirdikleri anlamındaki makalede yer alan bazı sözler, kendilerini halkın gözünde küçük düşürecek nitelikte ağır bir suçlama"dır. Bu kararı ve başvurucunun mahkûmiyetine yol açan diğer koşulları göz önünde tutan Avrupa Mahkemesi, başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin, 1981 tarihli vergi davasında Yüksek Mahkemenin kompozisyonunu alenen eleştirme hakkını kısıtlamayı amaçlamadığına kanaat getirmiştir. Aslında başvurucunun bu konudaki görüşlerini dile getirme hakkı, Yüksek Mahkemenin 3 Temmuz 1984 tarihli kararında açıkça tanınmıştır.

33. Ayrıca mahkûmiyetin, başvurucunun bu hakkını etkili bir şekilde kısıtlama sonucu doğurduğu da kabul edilemez.

Meslekten olmayan iki yargıca şahsen saldırmadan da, Yüksek Mahkemenin kompozisyonunu sorgulamak pek ala mümkündü. Ayrıca, başvurucunun eleştirisinin iki unsurunun, meslekten olmayan iki yargıçla ilgili beyanını meşru kılacak kadar birbirleriyle bağlantılı olduğuna inanmakta haklı olduğunu gösteren bir delil de sunulmamıştır. Meslekten olmayan yargıçlara yöneltilen suçlamalarla ilgili kanıt bulunmadığına dair Yüksek Mahkemenin tespiti, itiraz edilmeden durmaktadır. O halde başvurucunun suçlamalarını sadece, meslekten olmayan iki yargıcın, 1981 tarihli vergi davasında davalı olan Yerel Hükümet tarafından istihdam edilmelerine dayandırdığı kabul edilmelidir. Bu durum, Mahkemenin gereği gibi oluşup oluşmadığı konusunda farklı fikirlere yol açsa bile, tabi

ki fiilen tarafgirliğin bir kanıtı sayılamaz; başvurucunun da bunun farkında olmadığı düşünülemez.

34. O halde, meslekten olmayan iki yargıcın itibarını koruma konusundaki devletin menfaati, Yüksek Mahkemenin yapısal tarafsızlığı meselesi hakkındaki aleni tartışmaya serbestçe katılabilmesi şeklindeki menfaatiyle çelişmemektedir.

Yüksek Mahkeme yine de, verilen para cezasının miktarını değerlendirirken, şikâyet konusu beyanın, bu Mahkemenin 1981'deki oluşumuna yönelik başvurucunun eleştirileri bağlamında yayınlandığını göz önünde tutmuştur.

35. Başvurucu, 1981 tarihli vergi davasının siyasal ardalanı dikkate alındığında meslekten olmayan yargıçlara karşı suçlamalarının daha geniş bir eleştiri sınırını haklı kılan siyasal tartışmanın bir bölümü olarak görülmesi gerektiğini iddia etmiştir.

Mahkeme bu iddiayı kabul etmemektedir. Meslekten olmayan yargıçlar, yargısal bir görev yerine getirmişlerdir. Tartışma konusu ifade, 28 Ocak 1981 tarihli karar gerekçesinin bir eleştirisi olmayıp, Yüksek Mahkemenin 3 Temmuz 1984 tarihli kararında tespit ettiği gibi, meslekten olmayan yargıçları kamuoyu gözünde aşağılayacak şekilde, destekleyici deliller olmadan ileri sürülen, iftira niteliğinde bir suçlamadır. Bu düşünceler ışığında, vergi davasının içinde yer aldığı siyasal bağlam, orantılılık sorunuyla ilgili görülemez.

36. Yukarıda anlatılanları göz önünde tutan Mahkeme, mevcut davanın koşulları içinde, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

23.04.1992 11798/85 CASTELLS - İSPANYA

♦ *Hükümeti aşağılama* (seçilmiş bir senatör olan başvurucunun haftalık yerel bir dergide yayımlanan yazısında, faili meçhul cinayetlerin aydınlatılmaması nedeniyle Hükümeti suçlaması üzerine dokunulmazlığının kaldırılması ve hapis cezasına mahkum edilmesi) ■ ifade özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Bir İspanyol vatandaşı olan Manuel Castells, avukatlık yaptığı San Sebastian'da ikamet etmektedir. Olayın geçtiği sırada, Bask Bölgesinin bağımsızlığını savunan bir siyasal parti olan Herri Batasuna'nın listesinden seçilmiş bir senatördür.

A. Dava konusu olaylar

1. Tartışma konusu makale

Haftalık "Punto y Hora de Euskalherria" dergisinin 4-11 Haziran 1979 tarihli sayısında, başvurucunun imzasını taşıyan "Muafiyet Rezaleti" başlıklı bir makale yayınlanmıştır. Makale şöyledir:

"Birkaç gün sonra, San Fermín tatilinde, German Rodríguez'in Pamplona'da (Iruna) ve Joseba Barandiarán'ın San Sebastian'da (Donosti) öldürülmelerinin üstünden bir yıl geçmiş olacak. Yetkililer bu cinayetlerin faillerini belirleyemediler. Faillerin hangi örgüte mensup olduklarını da henüz tespit edemediler. Yetkililer, 12-15 Mayıs 1977 tarihleri arasında, Remteria'da 63 yaşındaki Gregorio Marichalar Ayestran'ı ve 78 yaşındaki

Rafael Gomez Jauregui'yu, Irun'da Jose Luis Cano'yu ve Ortuella'da Manuel Fuentes Mesa'yı; yine 14 Mayıs 1977'de San Sabestian'da Jose Luis Aristizabal'ı ve aynı günlerde ve aynı şehirde 70 yaşını aşkın Isidro Susperregui Aldekoa'yı; yine 1977'nin Haziran ayı başında Bilbao'da Javier Nunez Fernandez'i; 3 Mart 1976'da Gasteiz'de Francisco Aznar Clemente'yi, Pedro Maria Martinez Ocoio'yu, Romualdo Barroso Chaparro'yu, Juan Jose Castillo'yu ve Bienvenido Pereda Moral'ı; yine aynı yıl 7 Mart'ta Basauri'de Vicente Anton Ferrero'yu, 9 Mayıs'ta Montejurra'da Aniano Jimenez'i ve Ricardo Pellejore'yi, Haziran'da, Eibar'da Alberto Romero Solino'yu Santiago Navas'ı; Eylül'de, Fuenterrabia'da Jesus Maria Zabala'yı, Kasım'da Santesteban'da Santiago Navas ve Jose Javier Nuin'i ve 10 Temmuz'da Santurce'de Normi Menchaka'yı; biri Apatomonasterio'da ve diğeri Sestao'da olmak üzere, 24 Temmuz 1978'de, 16 yaşındaki Jose Emilio Fernandez Perez'i ve 25 Temmuz 1978'de 15 yaşındaki Felipe Carro Flores'i öldürenleri de bulamadılar. Sadece ölenleri belirttim ve ölenlerin listesi saymakla bitmez. Bunlar sadece birer örnek. Bask Bölgesi'nde (Euzkadi) işlenen bitmez tükenmez bu faşist cinayetler listesinde yer alan tek bir cinayetin, tekrar ediyorum, tek bir cinayetin yetkililer tarafından aydınlatıldığına dair en küçük bir belirti yoktur. Pek kısa bir süre önce işlenen cinayetlerden Emilia Larrea'yı, Roberto Aramburu'yu, Josemari Iturrioz'u, Agurtzane Arregui'yi, Argala'yı, Jose Ramon Ansa'yı ve Gladys del Estal'ı katledenler ortaya çıkarılacak mı? Pek kısa bir süre önce derken, 9 Haziran 1979 tarihini kastediyorum, çünkü yarın başkaları olacak.

Ve daha yüzlerce olay duruyor; insanların hazırdaki tabancalarını köylerin barlarında ve varoşlarında ateşledikleri (Amorebieta, Durango, Eguia, Loyola, vb.) veya sadece caddelerde karşılarına çıkanları döverek ve yaralayarak geçip gittikleri; kamuya açık yerlere veya arabalara bomba konarak yapılan ve hayatta kalanlara yaşamları boyunca acı çektiren saldırılar gibi (Punto y Hora, Bordatxo, Alay Bar, Santi Bar, Askatasuna, v.d.), daha yüzlerce olay duruyor.

Bu suçların failleri, tam bir muafiyetle işlerine devam ediyor ve sorumlu mevkileri işgal ediyorlar. Bunların yakalanmaları için herhangi bir müzekkere çıkarılmadı. Bu eylemleri yapanların eşkâlleri ne yazıldı ne de yayınlandı; ne de şüphelilerin listesi veya robot portreleri, en azından ödül vaatleri veya şüphelilerin gözaltına alındıkları veya evlerinin arandığı gazetelerde yer aldı. Başka olaylarda olduğu gibi, medya aracılığı ile halktan yardım istenmedi. Bu suçlarla ilgili yardımların kabul edilmemesi gerçekten anlamlıdır. Diğer olaylardaki gibi, herhangi bir bağlantı kurulmadı, açık açık suçlamalar ve lanetlemelerle dolu resmi beyanlar basında yer almadı.

İktidarda bulunan sağ kanat, bu çok sayıda suçun faillerini bulmak ve cezalandırmak için polisiyle, mahkemeleriyle ve cezaevleriyle, her türlü araca sahip durumda. Ama endişelenmeyin, sağcılar kendilerini arayıp bulmayacaktır.

Aşırı sağ örgütler mi? Franko'nun ölümünden önce Bask Bölgesi'nde hiç kimse, "yasadışı örgütler"in tek bir üyesinin, hele "Triple A", "Batallon Vasco-Espanol", "Battallon Guezalaga", ATE, Hitler'in komandoları, Francisco Franco komandoları, Musolini komandoları, Yeni Düzen, Omega, "Movimiento Social Español", "Accion Nacional Española", veya "Guerrilleros de Cristo Rey" gibi örgütlerin liderlerinden birinin yakalanmasının ve mahkûm edilmesinin mümkün olduğunu düşünmedi. Şimdi de düşünmüyor.

Ya "ETA" üyeleri? Yüzlercesi hapsedilmiş durumda. "ETA" üyesi olduğundan kuşkulanılanlar mı? Binlercesi karakollarda tutuldu. Ya sempatizanları? Liste sonsuza kadar götürülebilir. Ama Triple A'nın tek bir lideri ya da üyesi rahatsız dahi edilmedi.

Kamu düzeni ve suçların kovuşturulmasında bugün yetkili olanlarla daha önce yetkili olanlar aynı kişiler. Muafiyet ve sorumluluk meselesi söz konusu olduğunda ise, burada, Bask Bölgesi'nde hiçbir şey değişmedi.

Fraga'nın İçişleri Bakanı, Ibanez Freire'nin Emniyet Genel Müdürü olduğu dönem, Bask Bölgesi'nde aşırı sağcı denilen faaliyetlerde büyük artışın olduğu bir dönemdir. Aynı olay, aynı rastlantılarla şimdi de tekrarlanmakta.

Diledikleri gibi hareket etmekte serbest olan grupların faaliyetlerindeki artışı, genellikle Bask Bölgesi'ndeki güvenlik kuvvetlerinin gücündeki artış izlemiştir.

Bunlara bir ad vermemiz gerekirse, bu komandolar, Bask Bölgesi'nde, kendilerine bütünüyle hasım olan bir toplumun ortasında, tamamen evlerindeymiş gibi görünüyorlar. Bu durum da açıklanamaz, çünkü bunun sarih bir açıklaması yok. Saldırılarda bulunabilmek için, bölgedeki insanların sahip olabileceğinden genellikle daha ayrıntılı ve kesin bilgiye sahipler. Günü gününe tuttukları önemli dosyaları var. Sınırsız maddi imkân ve kaynağa sahipler ve tam bir muafiyetle iş görüyorlar. Suçların işlenmesindeki zamanlama ve koşullar düşünülecek olursa, önceden hukuki muafiyetle güvence altına alındıkları söylenebilir. İnsanları bu durumu görmekten men etmek, nafiledir.

Bu durum insanlar için önemlidir. Bask Bölgesinde özerklik, demokratik konsensüs ve diğer anlamsız veya soyut saçmalıklar gibi tüm geçici projelerden daha önemlidir; çünkü bu olaylar, insanların günlük yaşamlarında her gün karşılaştıkları, görülebilir, elle tutulur gerçeklerdir.

Açıkça söylemek gerekirse, yukarıda sözünü ettiğim faşist örgütlerin, devlet cihazından bağımsız bir varlığı olabileceğine inanmıyorum. Başka bir deyişle, onların gerçekten var olduklarına inanmıyorum. Bütün bu değişik rozetlere rağmen, bunlar hep aynı kişiler.

Bu eylemlerin ardında, sadece Hükümet, Hükümet Partisi ve onların adamları olabilir. Bask muhaliflerinin insafsızca avlanmalarını ve ortadan kaldırılmalarını, giderek daha fazla politik bir vasıta olarak kullanacaklarını biliyoruz. Siyasal önseziden yoksun olarak böyle yapmak istiyorlarsa, bu onların problemi! Ama bir sonraki kurbanımızın hatırı için, sorumlular derhal bütün açıklığı ile ortaya çıkarılmalıdır."

2. Başvurucu hakkındaki ceza davası

Olayı soruşturan yetkililer, 3 Temmuz 1979'da, Castells hakkında hükümeti aşağılamak suçundan ceza davası açmışlardır. Yargılamaya yetkili Yüksek Mahkeme Senatodan başvurucunun yasama dokunulmazlığının kaldırılmasını istemiş, Senato da 27 Mayıs 1981'de oyçokluğu ile yasama dokunulmazlığını kaldırmıştır.

Başvurucu 7 Temmuz 1981'de Yüksek Mahkemede, Hükümeti ve kamu görevlilerini ciddi bir biçimde aşağılamakla suçlanmıştır. Mahkeme daha sonra söz konusu suç için öngörülen altı yıldan on iki yıla kadar olan hapis cezasını dikkate alarak başvurucunun tutuklanmasına karar vermiş, ancak başvurucunun senatörlük durumu ve işlendiği iddia edilen suçun bir tehlike meydana getirmemesi nedeniyle, başvurucuyu kefaletle salıvermiştir.

Yüksek Mahkeme, 28 Eylül 1981'de önceki kararını değiştirmiştir. Düzenli aralıklarla yargıca haber vermesi koşuluyla, başvurucunun geçici olarak salıverilmesine karar vermiştir. Yukarıda belirtilen koşullara ilave olarak Yüksek Mahkeme, Castells'in sorgusu sırasında işbirliği içinde bulunduğunu ve makalesinin Hükümeti veya üyelerini aşağılamayı değil, siyasal bir açıklama yapmayı amaçladığını belirttiğini vurgulamıştır.

Başvurucunun avukatları 12 Aralık 1981'de, Yüksek Mahkemenin ilgili dairesinin beş üyesinden dördünü reddetmişlerdir. Bu üyelerin siyasal kanaatlerinin ve önceki siyasal

rejimde işgal ettikleri konumlarının, başvurucu gibi söz konusu rejime muhalif olmakla ün salmış bir kişinin düşünce özgürlüğü ile ilgili davasına bakmalarını engellediğini ileri sürmüşlerdir. Avukatlar, Ceza Usul Kanununun 54 Maddesinin 9. fıkrasına dayanmışlardır.

Yargıç reddi ile ilgili birçok başvuru yapılmış, bunlardan biri Anayasa Mahkemesinin 12 Temmuz 1982'de Yüksek Mahkemeye yargıç reddini kabul etmeme talimatıyla sonuçlanmış; daha sonra genel kurul halinde toplanan Anayasa Mahkemesi, 11 Ocak 1983'te yargıç reddi ile ilgili itirazı esastan reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, reddedilen yargıçların önceki rejim sırasında Yüksek Mahkemenin Ceza Dairesinin yargıçları olmasına, hatta bunlardan birinin 1966-1968 yıllarında Kamu Düzeni Mahkemesinin başkanlığını yapmış olmasına rağmen, bu yargıçların o dönemde sadece yürürlükte bulunan mevzuatı uyguladıkları görüşüne varmıştır.

Castells'in Anayasanın tarafsız Mahkeme hakkı ile ilgili 24. maddesinin ikinci fıkrasının ihlal edildiğini iddia ederek yaptığı şikâyeti (amparo) Anayasa Mahkemesi 4 Mayıs 1983'te reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi, Ceza Usul Kanununun 54(9). fıkrasının, söz konusu yargıçların başvurucudan farklı siyasal inançlara sahip olmaları sorununun çözümü ile doğrudan veya dolaylı olarak ilgili görülemeyeceği sonucuna varmıştır.

Bu arada davadaki yargılama ilerlemiştir. Savcı 3 Şubat 1982'de, olayın Hükümete karşı ağır aşağılama suçu oluşturduğunu ileri sürmüş ve altı yıl hapis cezası verilmesini talep etmiştir. Savunma avukatları 2 Nisan 1982'de yaptıkları savunmada, tartışma konusu makalenin gerçek bilgilere dayandığını ve sanığın kişisel görüşlerini değil, kamuoyunun görüşlerini ifade ettiğini belirtmişlerdir. Avukatlar, bilgilerin gerçekliğini ortaya koymak için delil sunmayı teklif etmişlerdir. Avukatlar ayrıca, makalede sözü edilen saldırılardan sorumlu tutulan aşırı sağ grup üyeleri hakkında polis soruşturması, gözaltında tutma, soruşturma veya başka bir işlemin yapıldığına dair belgelerin yetkili makamlar tarafından ortaya konulması gerektiğini; söz konusu olayların herkesin bilgisi dâhilinde olduğuna göre aşağılamadan söz edilemeyeceğini ileri sürmüşlerdir. Savunma avukatları buna ek olarak Belçika, İtalya, Fransa, İngiltere, İrlanda ve Danimarka Parlamentoları ile Avrupa Parlamentosu üyelerinin dâhil olduğu 52 tanığın, siyasal eleştiri özgürlüğü bakımından parlamento gelenekleri konusunda ifadelerinin alınmasını talep etmişlerdir. Avukatlar ayrıca, sanığın seçilmiş bir temsilci sıfatıyla ve bu sıfata uygun olarak hareket ettiğini belirtmişlerdir.

Yüksek Mahkeme 19 Mayıs 1982'de verdiği kararda, savunma tarafından gösterilen delillerin çoğunun, yayılan haberlerin gerçekliğini gösterme amacı taşıdığı gerekçesiyle reddetmiştir.

Devlet kurumlarına yöneltilmiş aşağılama konusunda ispat hakkı (exceptio veritatis) istenip istenemeyeceği konusunda birbirine muhalif akademik görüşler ve içtihatlar vardır; ancak daha sonraki Ceza Kanunu reformları sorunu aydınlatmıştır. Bu kurumlar ispat hakkının dışında tutulmuş, Ceza Kanununun 461. maddesi sadece kamu görevlilerine hakaret konusunda ispat hakkını öngörmüştür. O halde savunmanın göstermek istediği deliller, sanığın isteği zaman başka bir ceza davası açma imkânı saklı kalmak kaydıyla, görülmekte olan bu davada kabul edilmez.

Castells bu karara aynı Mahkemede itiraz etmiş; fakat Yüksek Mahkeme 16 Haziran 1982'de, bilginin doğruluğunun Hükümeti aşağılama suçlaması konusunda önemli olmadığı gerekçesiyle, daha önce verdiği kararı teyit etmiştir.

Başvurucu, savunma hakkının çiğnendiğini iddia ederek Anayasa Mahkemesine başvuruda bulunmuştur. Bu Mahkeme 10 Kasım 1982'de, sorunun ancak davanın bütünlüğü içinde ve dava Mahkemesinin kararından sonra çözülebileceğini kabul ederek, başvuruyu reddetmiştir.

Yüksek Mahkemenin Ceza Dairesinde 27 Ekim 1983'te duruşma yapılmış ve Mahkeme 31 Kasım'da kararını vermiştir. Yüksek Mahkeme başvurucuyu, Hükümeti hafif surette aşağılamaktan bir yıl hapis cezasına mahkûm etmiş, ayrıca aynı süreyle kamu hizmeti ile meslek icrasından mahrumiyetine ve dava masraflarını ödemesine karar vermiştir.

Yüksek Mahkeme ilk olarak, suçun objektif unsuru bakımından makalede kullanılan ifadelerin zarar gören tarafın itibarına zarar verecek kadar ağır olduğunu ve bunun da saygısızlığı ortaya koyduğunu belirtmiştir. Yüksek Mahkeme suçun sübjektif unsuru bakımından ise, Castells'in bir senatör olarak, Hükümetin faaliyetlerini gözlemleme ve eleştirme görevini sürdürebilmesi için Meclis İçtüzüğünde öngörülen ifade yollarına sahip olduğunu; bu yolları kullanmadığından, seçmenleri adına hareket ettiğini ileri süremeyeceğini kabul etmiştir. Savunmanın ikinci iddiası olan makalenin siyasal eleştiri amacı taşıması, makalenin hakaret kastını ortadan kaldırmamış, ancak aşağılamanın ağırlığını hafifletmiştir. İncelenen bu olayda, siyasal eleştiri amacıyla yapılan aşağılama, eleştirinin izin verilebilir sınırlarını aşmış ve Hükümetin şahsiyetine tecavüz etmiştir. Bu nedenle Ceza Kanununun 161. maddesi yerine, Hükümete karşı daha hafif bir aşağılama suçunu öngören 162. maddesinin uygulanması yerinde olur. Anayasal bir hak olan ifade özgürlüğü, ayrıca şeref, özel yaşama saygı hakkı ve ismin kullanılmasını denetleme hakkı ile sınırlıdır. Ayrıca aşağılamanın basında çıkan bir makale yoluyla meydana gelmesi, bunun daha karmaşık bir düşünsel sürecin ve onu daha açık ve kesin yapan bir uslamlamanın sonucu olduğunu göstermektedir.

Yüksek Mahkeme son olarak, ispat hakkının kabuledilebilirliği ile ilgili 19 Mayıs 1982 tarihli kararını teyit etmiştir.

Başvurucu Yüksek Mahkemede, Anayasanın 14., 20., 23. ve 24. maddelerine dayanarak, karar aleyhinde temyizde bulunacağını belirtmiş; 22 Kasım 1983'te kararı temyiz etmiştir.

Davanın koşullarını dikkate alan Yüksek Mahkeme, 6 Kasım 1983'te, hapis cezasının infazını iki yıl süreyle ertelenmesine, fakat yardımcı cezaların uygulanmasına karar vermiştir. Ancak yardımcı cezaların infazı da Anayasa Mahkemesinin 22 Şubat 1984 tarihli kararıyla ertelenmiştir.

Castells, 22 Kasım 1983 tarihli amparo başvurusunda, Yüksek Mahkemenin verdiği kararın daha yüksek bir Mahkeme tarafından incelenemediğinden ve yargılamanın uzunluğundan şikâyet etmiştir.

Castells ayrıca, Yüksek Mahkemenin delil gösterme talebini reddetmekle, masumluk karinesi ilkesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

Castells, acil olarak ve detaylı bir biçimde toplumun dikkatini çektiği için yeteri kadar önemli ve doğru ifadede bulunan bir kimseyi, bu olayda ise bir senatörü, ifadesinin doğruluğunu kanıtlama olanağı vermeden mahkûm etmenin, adaletin temel kurallarına aykırı olduğunu belirtmiştir.

Castells bunlara ilave olarak, başka kişilerin herhangi bir güçlükle karşılaşmadan benzer makaleleri yayınladıklarından, tek başına veya ifade özgürlüğü ile birlikte ele alındığında, hukuk önünde eşitlik ilkesinin de ihlal edildiğini iddia etmiştir. Castells ayrıca, senatör sıfatıyla kendisine uygulanabilen Anayasanın 23. maddesinde içkin bulunduğunu ileri sürdüğü siyasal eleştiri hakkının ihlali nedeniyle mağdur olduğundan yakınmıştır. Castells'e göre, kamu hizmetlerine katılma hakkını güvence altına alan bu hüküm, kendisine herhangi bir organ veya kullanabileceği başka bir araç vasıtasıyla, parlamenterlik görevi olan denetim yapma hakkı vermiştir.

Başvurucu, şikâyetini özetlerken bir kez de Anayasanın 20. maddesine dayanmıştır.

Savcı 22 Mart 1984 tarihli mütalaasında, Anayasanın 14. maddesinin hukuk dışında değil, hukuk önünde eşitliği güvence altına aldığını kaydetmiştir. Anayasanın 23. maddesine dayanan şikâyet, bir önceki şikâyeti aşmakta ve yanlış bir yoruma dayanmaktadır. Elbette ki Parlamentonun bir üyesi, görevini sadece mecliste değil, dokunulmazlığa sahip olmadan dışarıda da sürdürebilir; Hükümetin tasarruflarını herhangi bir vatandaş gibi eleştirirken, ifade özgürlüğünün Anayasa tarafından belirlenmiş sınırları olduğu unutulmamalıdır.

Castells 21 Mayıs 1984 tarihli dilekçesinde, ifadelerinin doğruluğunu kanıtlama talebini yinelemiştir. Çünkü Castells'e göre "itiraz konusu Mahkeme kararının, Anayasanın 20. maddesinde düzenlenen 'yayın araçları yoluyla doğru bilgi elde etme ve iletme' hakkını ihlal ettiği" ortaya çıkmıştır. Castells bu hakkı, Anayasa Mahkemesinin 20 Temmuz 1984'te ispat teklifini reddetmesine karşı yaptığı başvuruda ve 21 Şubat 1985 tarihli mütalaasında da belirtmiştir.

Anayasa Mahkemesi 10 Nisan 1985'te bu başvuruyu reddetmiştir.

Anayasa Mahkemesi kararının "gerekçe" kısmının ikinci paragrafında başvurucunun şikâyetleri özetlenirken, savcının yaptığı gibi Anayasanın 20. maddesinden söz edilmeden, bu şikâyetleri yani 14. maddede düzenlenen hukuk önünde eşitlik hakkının ihlal edildiği iddiasını, itiraz konusu kararın bir senatörün inceleme, araştırma ve eleştirme yetkilerini kısıtladığını göz önünde bulundurarak 23. madde ile birlikte ele alınmıştır.

Anayasa Mahkemesi kararının altıncı paragrafında, parlamenter ayrıcalıkların dar yorumlanması gerektiği, aksi takdirde başkalarının haklarını ihlal etmek için bir araç haline gelebileceği, siyasetçi sıfatıyla olsa bile bu ayrıcalığa sahip olanların sade bir vatandaş gibi hareket ettiklerinde bu ayrıcalıklarının sona ereceği ifade edilmiştir.

Anayasa Mahkemesi, kararının 9. ve 10. paragraflarında asıl sorunu, yani savunma yaparken ilgili delillere dayanma hakkını ve ayrıca tartışma konusu suç türü bakımından gerçeği ispat talebini ele almıştır. Mahkeme bu bağlamda şunları kaydetmiştir:

"Gösterilmek istenen delilin ilgili olup olmadığını değerlendirebilmek için, bu delil ile tarafların iddialarına dayanılarak daha önce belirlenmiş "thema decidendi" [dava konusu] arasında bir bağlantı kurmak gerekir. Olayların aşikâr veya herkesin bilgisi dâhilinde olduğu durumlar hariç, bir Mahkeme davanın esası hakkında önceden hüküm vermemek için, bu konuda kısmen de olsa müdahalede bulunmamalıdır(...) Mahkemelerin böyle bir ön değerlendirmeden kaçınmaları tercih edilir; ancak bu ön değerlendirme, diğer savunma haklarına saygı duyulmasını öngören anayasal hakları kendiliğinden ihlal etmez. Bu davada da Mahkeme delillerin ilgisini değerlendirirken gerçeği ispat savunması üzerinde görüşünü belirtmemesi gerektiği halde, bu aykırılık bu nedenle, özellikle tek dereceli bir muhakemede, sadece maddi bir hakkı ihlal etmesi halinde ilgili delilleri kullanma hakkını ihlal eder.

(...)"

Ceza Kanununun 161. maddesi ifade özgürlüğünü sınırladığı için akademisyenler arasında tartışmaya yol açmıştır. Her halükarda bu madde, ifade özgürlüğünü güvence altına alan Anayasanın 20. maddesi ile birlikte okunmalıdır. Bu bağlamda ceza mevzuatının, tartışma konusu özgürlüğün gerçek içeriğini koruması koşuluyla, temel hakların kullanılması düzenlemede uygun bir araç olduğu kabul edilmiştir. Haber ve düşünce özgürlüklerinin sınırları, demokratik kurumların itibarını azaltma girişimleriyle tehlikeye sokulabilecek Devlet güvenliği alanına taşamaz. Sonuç olarak, bu alanda gerçeği ispat talebinin kabul edilip edilmemesi yasanın yorumlanması sorunudur; Ceza Kanununun 161. maddesinin bu davada uygulanması, münhasıran Yüksek Mahkemenin yetkisine giren bir konudur.

Yüksek Mahkeme 1 Nisan 1986'da, hapis cezasının tamamen çekildiğine karar vermiştir. Mahkûmiyete ilişkin siciller Ceza Kanunun 118. maddesine göre daha sonra kaldırılmıştır. Bu nedenle, yeni bir ceza soruşturmasıyla bağlantılı olarak bir Mahkeme ya da yargıç tarafından istenmedikçe, başvurucunun ceza sicili incelenemez.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası

23. Castells, Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu iddia etmiştir (...).

Komisyon bu iddiaya katılırken Hükümet buna karşı çıkmıştır.

A. Hükümetin ilk itirazı

(...)

B. Şikâyetin esası

33. Castells'in iddiasına göre, Hükümeti aşağılama nedeniyle hakkında ceza davası açılması ve sonra mahkûm edilmesi, özellikle makalesindeki beyanlarının doğruluğunu ortaya koymasına izin verilmediği için, ifade özgürlüğüne müdahale oluşturmuştur.

34. Castells'in şikâyetçi olduğu yasaklar ve cezalar, hiç kuşku yok ki, söz konusu ifade özgürlüğünün kullanılmasına bir "müdahale"dir. Bu tür bir müdahalenin 10. maddeyi ihlal etmemesi için "hukukun öngördüğü" bir müdahale olmalı, 10. maddenin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlardan bir veya birkaçını gerçekleştirmek için yerine getirilmiş olmalı ve bu amaç veya amaçlara varabilmek için "demokratik bir toplumda gerekli" olmalıdır.

1. Hukuken öngörülmüş olma

35. İtiraz konusu suçlamanın Ceza Kanununun 161. ve 162. maddelerine dayanan hukuki bir temeli olduğundan kuşku yoktur. Başvurucu bu noktayı tartışmamış, ancak kendisinin ispat hakkı talebinin, özellikle 1978 tarihli Anayasanın kabulünden sonra reddedilebileceğini beklemediğini iddia etmiştir. Başvurucu, 19 Mayıs 1982 tarihine kadar Yüksek Mahkemenin Hükümeti aşağılama suçu ile ilgili bir sorun hakkında karar vermediğini ve bu tür suçlarda ispat hakkının kabuledilebilirliği (Madde 240) hakkında akademisyenler arasında ve içtihatlarda görüş farklılıkları bulunduğunu ileri sürmüştür.

36. Hükümete göre ise, söz konusu alanda ispat hakkının sadece kamu görevlilerinin görevlerini yerine getirmeleri sırasında tahkir edilmeleri halinde kabul edilebileceği, İspanyol mevzuatında ve özellikle Ceza Kanununun 461. maddesinde açıktır; Yüksek Mahkeme ne 1978'den önce ve ne de sonra bireylere karşı hakaretler için ispat hakkı (exceptio veritatis) tanımıştır. Ne var ki Castells, Hükümeti bir bütün olarak suçlamıştır.

37. Mahkeme bu yorumu, Ceza Kanununun 461. maddesinin yazılış tarzı bakımından, makul görmektedir. Konuyla ilgili açık bir örnek olay yoktur; bu nedenle Yüksek Mahkeme 19 Mayıs 1992 tarihli kararında tereddüt göstermektedir; ancak burada önemli olan bu değildir. Muhtemel birçok hakaret tipini genel bir üslup ile kapsayan ve yeni durumlarda kaçınılmaz olarak kullanılabilir olan yasa metninin kendisidir. Yukarıda sözü edilen karar, yasa hükmünü farklı koşullara uygulamaktan ibarettir.

Bu nedenle Mahkeme, Komisyon gibi, itiraz konusu müdahaleyi düzenleyen kuralların, Sözleşme'nin 10. maddesinin ikinci fıkrası bakımından yeterli ölçüde önceden görülebilir olduğunu tespit etmektedir.

2. İzlenen amaç meşru mu?

38. Başvurucuya göre hakkındaki suçlama ve mahkûmiyet kararı, Sözleşmenin 10. maddesi ikinci fıkrası bakımından meşru bir amaç izlememektedir. Yüksek Mahkemenin de kabul ettiği gibi, kendisinin suçlandığı fiiller herhangi bir tehlike meydana getirmemiştir; ayrıca 31 Ekim 1983 tarihli kararda, müdahalenin amacının kamu düzenini ve ulusal güvenliği korumak olmadığı, fakat aslında davalı Hükümetin itibarını sağlam tutmak olduğu görülmektedir.

39. Bununla beraber, Hükümetin dile getirdiği 10 Nisan 1985 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında demokratik kurumları itibardan düşürme girişimleri tarafından Devlet güvenliğinin tehdit edilebileceği beyan edilmiştir. Castells makalesinde, Bask bölgesinde birçok saldırı ve cinayeti içeren çok ciddi olayları sadece betimlemekle kalmamış, yetkililerin ve özellikle polisin hareketsizliğinden ve hatta bunların suçlularla birlikte hareket etmelerinden şikâyet etmiş ve buradan da Hükümetin sorumluğunu çıkarsamıştır.

Böylece, Hükümet ve Komisyonun görüşüne uyarak, İspanya'nın 1979'daki koşullarında başvurucuya karşı, sadece "başkalarının(...) şerefini korumak" amacıyla değil; ama 10. maddenin ikinci fıkrasındaki "düzensizliğin önlenmesi" amacıyla da dava açıldığı söylenebilir.

3. Müdahalenin gerekliliği

40. Castells, Komisyon ile aynı görüşte olduğunu belirtmekte ve ifade özgürlüğünün, seçmenlerinin düşünce ve kaygılarının sözcüsü olan seçilmiş temsilciler için hayati önemini vurgulamaktadır. Üstelik tartışma kamu yararı ile ilgili bir konuda olduğu zaman bu özgürlük daha fazla koruma gerektirmektedir. Aslında bu olayda söz konusu olan da budur; itiraz konusu makale 1977'den beri Bask bölgesinde süre giden huzursuzluk ortamı ile ilgili geniş kapsamlı tartışmanın bir kısmıdır. Başvurucunun mahkûmiyeti, Hükümeti haksız ve iftira niteliğindeki suçlamalara karşı korumaktan çok, muhalefetin tacizlerine karşı yetkilileri korumak için düşünülmüştür. Hükümet için sıkıntı verici olsa da, söz konusu olayların ortaya konulması kamu yararına hizmet etmiştir.

41. Hükümet, ifade özgürlüğünün mutlak olmadığını, bu özgürlüğün, "görev" ve "sorumluluk" ile birlikte kullanılabildiğini belirtmektedir (Sözleşmenin 10. maddesinin ikinci fıkrası). Hükümete göre Castells siyasal tartışmanın normal sınırlarını aşmış, İspanya'nın çok duyarlı hatta kritik bir döneminde, yani Anayasanın kabulünden kısa bir süre sonra, farklı siyasal görüşlerden bazı grupların siyasal şiddete başvurduğu bir sırada, demokratik hükümeti sarsabilmek için onu aşağılamıştır.

42. Mahkeme, 10. maddenin birinci fıkrasında tanınan ifade özgürlüğünün, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturduğunu ve toplumun gelişmesi için temel koşullardan biri olduğunu hatırlamaktadır. İfade özgürlüğü, 10. maddenin ikinci fıkrasına tabi olarak, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız görülen veya ilgilenmeye değmez bulunan "haber" ve "düşünceler" için değil; fakat aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen ve rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.

İfade özgürlüğü herkes için önemli olmakla birlikte, halkın seçilmiş temsilcileri için özellikle önemlidir. Bu kişiler seçmenlerini temsil eder; onların zihinlerini meşgul eden sorunlara dikkat çeker; onların yararlarını savunur. Bu nedenle başvurucu gibi Parlamentodaki bir muhalefet üyesinin ifade özgürlüğüne müdahale, Mahkeme'nin çok daha dikkatli incelemesini gerektir.

43. Bu olayda Castells görüşlerini yaptırım korkusu duymaksızın senatoda ifade edebileceği halde, böyle yapmamış, bir dergide dile getirmeyi yeğlemiştir. Bu, başvurucunun Hükümeti eleştirme hakkını kaybettiği anlamına gelmez.

Bu noktada, hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir devlet içerisinde basının seçkin rolü unutulmamalıdır. Gerçi, basının "düzensizliğin önlenmesi" ve "başkalarının haysiyetinin korunması" için konan sınırları aşmaması gerekir; ancak basın, siyasal sorunlar hakkında ve kamu yararıyla ilgili konularda haber ve düşünceleri yayma görevini üstlenmiştir.

Basın özgürlüğü, halkın siyasal liderlerin düşünceleri ve davranışları hakkında fikir sahibi olabilmeleri için en iyi araçlardan biridir. Özellikle siyasetçilere, kamuoyunun zihnini meşgul eden sorunlar hakkında düşüncelerini ve yorumlarını belirtme fırsatı vermektedir. İfade özgürlüğü ayrıca herkesin, demokratik bir toplumun özünde yer alan serbest siyasal tartışmaya katılmasını mümkün kılmaktadır.

44. Yüksek Mahkeme 31 Ekim 1983 tarihli kararında itiraz konusu makalenin kullandığı bazı kelimeler yüzünden, az da olsa siyasal eleştiri sınırını aşarak aşağılama alanına girdiği görüşüne varmıştır.

45. Tıpkı Komisyon gibi Mahkeme de, Castells'in 1977'den beri Bask bölgesinde çok sayıda saldırıda bulunan değişik aşırı grup üyelerinin bir muafiyete sahip olduklarını söyleyerek makaleye başladığını kaydeder. Castells bundan sonra, söz konusu derginin çoğunun satıldığı bölgedeki kamuoyunu yakından ilgilendiren olayları yeniden saymaktadır. Ancak sonuca bağlarken, kendi görüşüne göre ortaya çıkan durumdan sorumlu olan Hükümete karşı ciddi suçlamalar yöneltmektedir.

46. Hiç kuşku yok ki, siyasal konuları tartışma özgürlüğü mutlak değildir. Sözleşmeci Devletler bu özgürlüğü belirli "yasaklara" ve "cezalara" bağlayabilirler. Fakat bu tür önlemlerin, 10. maddede yer alan ifade özgürlüğüne uygunluğu hakkında nihai kararı vermek, Mahkeme'nin görevidir.

Hükümeti eleştirmenin hoş görülebilir sınırları, şahısları ve hatta politikacıları eleştiri sınırından daha geniştir. Demokratik bir sistemde Hükümetin eylemleri ve ihmalleri, sadece yasama ve yargılama organlarının değil, basının ve kamuoyunun da yakından incelemesine tabidir. Dahası, Hükümetin işgal ettiği üstün mevki, özellikle muhaliflerinin veya medyanın haksız saldırılarını ve eleştirilerini karşılamak için başka araçları kullanabileceği durumlarda ceza davasına başvurmada kendisini sınırlı görmesini gerektirir. Ancak yetkili Devlet otoriteleri, kamu düzeninin güvencesi olmaları sıfatıyla, temelden yoksun veya kötü niyetle oluşturulmuş iftira niteliğindeki suçlamalara, aşırıya kaçmadan ve gereği gibi tepki göstermeyi amaçlayan cezai nitelikte önlemleri de almakta serbesttirler.

47. Bu davada Castells, dile getirdiği olayların yaygın olarak bilindiğini ve doğruluğunu ortaya koymak için hem Yüksek Mahkemeye hem de Anayasa Mahkemesine defalarca başvurmuştur. Castells'in görüşüne göre bu durum, beyanlarının aşağılama amacına sahip olmadığını göstermektedir.

Yüksek Mahkeme 19 Mayıs 1982'de, kamu kurumlarına karşı hakaretler bakımından ispat hakkı taleplerinin kabul edilemeyeceği gerekçesiyle bu talebi kabul etmemiş; bu yorumunu 31 Ekim 1983 tarihli kararında teyit etmiştir. Anayasa Mahkemesi ise, bunun yasa hükmünün yorumlanması sorunu olduğu ve kendi yetkisinin dışında kaldığı görüşüne varmıştır.

Bu nedenle başvurucu, kendisi hakkında Ceza Kanununun 161. maddesine göre açılan bir davada, gerçeği ispata ve iyi niyete başvuramamıştır.

48. Hükümetin itirazına göre, Castells'in iddiaları yeterince açık olmadığından bunların doğruluğu da gösterilemez; ayrıca bu iddialar birer değer yargısı olarak görülebilir ki, bunların da ispat hakkı ile ilgisi yoktur.

Bu iddia ikna edici değildir. "Punto y Hora de Euskalherria" dergisinde yer alan makale bir bütün olarak değerlendirilmelidir. Başvurucu, Bask bölgesinde işlenen cinayetlerin ve yapılan saldırıların uzun bir listesini vererek başlamış, sonra bu eylemlerin cezalandırılmadan kaldığını vurgulamış; adını verdiği değişik aşırı örgütlerin bu olaylara karıştığını iddia etmiş ve son olarak sorumluğu Hükümete yüklemiştir. Tıpkı Castells'in iyi niyetini gösterebilmesi gibi, aslında bu iddiaların çoğunun ispat edilebileceği de kuşkuludur.

Başvurucunun göstermek istediği delilleri Yüksek Mahkeme kabul etmiş olsaydı, yargılama sonucunun ne olacağını bilmek mümkün değildir. Ancak Mahkeme, söz konusu suçlar için bu tür delillerin kabul edilmemiş olmasına büyük önem vermektedir. Mahkeme, başvurucunun ifade özgürlüğüne böylesi bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığını kabul etmektedir.

49. Hükümet ayrıca, verilen cezanın çok yumuşak oluşuna dayanmıştır. Ancak Mahkemenin vardığı sonuca göre bu argümanı incelemesi gerekmemektedir.

50. Özetle, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir."

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

...

2. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;

3. Davanın 10. madde ile birlikte ayrıca 14. madde açısından da ele alınmasının gerekli bulunmadığına;… Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;

…

KARAR VERMİŞTİR.

23.09.1994 15890/89 JERSİLD - DANİMARKA

♦ *ırkçı ifadeleri yayımlama* (televizyon gazetecisi olan başvurucunun ırkçı görüşlere sahip 'yeşil ceketliler' adlı bir grup gençle yaptığı röportajda gençlerin siyahlar ve yabancı işçiler için küfürlü ve aşağılayıcı sözlerini ciddi bir televizyon haberleri programında yayınlaması nedeniyle para cezasına mahkûm edilmesi) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü

DAVANIN ESASI

I. Dava konusu olaylar

9. Danimarka vatandaşı başvurucu Bay Jens Olaf Jersild bir gazeteci olup, Kopenhag'da yaşamaktadır. Başvurucu bu davaya yol açan olayların geçtiği tarihte ve halen, adı Danimarka Radyosu olan ama hem radyo ve hem de televizyon programları yayınlayan Danimarka Radyo Televizyon Yayın Şirketinin yayınladığı Pazar Haberleri Programında görevlidir. Bu program yabancı düşmanlığı, göç ve mülteciler gibi, çok çeşitli sosyal ve siyasal meseleleri ele alan, bilgili izleyiciler için hazırlanmış ciddi bir televizyon programı olarak bilinmektedir.

A. Yeşil ceketliler konusu

10. 31 Mayıs 1985 tarihinde Haber adlı gazetede, Kopenhag'ın Osterbro bölgesinde kendilerine "Yeşil ceketliler" diyen bir grup gencin ırkçı tutumlarını anlatan bir yazı yayınlanmıştır. Daha sonra başvurucu bu grubun temsilcileriyle temas kurmuş, bir sosyal hizmet uzmanı olan ve bölgedeki gençlik yurdunda çalışan Bay Per Axholt ile birlikte bunlardan üç tanesini televizyonda röportaja davet etmiştir. Başvurucu tarafından yapılan röportaj sırasında üç yeşil ceketli, Danimarka'daki göçmenler ve etnik gruplar hakkında küfürlü ve aşağılayıcı sözler sarf etmişlerdir. Bu röportaj beş altı saat kadar sürmüş, bunun iki veya iki buçuk saat kadarı videoya kaydedilmiştir. Danimarka Radyosu, her zamanki uygulamasına göre röportaj ücreti ödemiştir.

11. Daha sonra başvurucu, bunu yayına hazırlamış ve röportaj filmini beş dakikaya indirmiştir. Bu beş dakikalık röportaj filmi, 21 Temmuz 1985 günü Pazar Haberleri Programının içinde yayınlanmıştır. Program, örneğin Güney Amerika'da sıkıyönetim, Danimarka'da kar paylaşımı ve merhum Alman yazarı Heinrich Böll üzerinde tartışma gibi çeşitli konulardan oluşmaktadır. Yeşil ceketliler konusundaki konuşmalar şöyledir: [(S): TV sunucusu; (B) başvurucu; (Y) Yeşil ceketlilerden herhangi biri]:

(S): "Son yıllarda Danimarka'daki ırkçılık konusunda çok şey söylendi. Şu günlerde gazetelerde azınlıklara şüpheyle bakan ve garez içeren hikâyeler yayınlanmakta. Azınlıklardan nefret edenler kim? Nereden geliyorlar? Zihniyetleri nedir? Bay Jens Olaf Jersild Kopenhag'ın Osterbro bölgesindeki bir grup aşırı uçtaki genci ziyaret etti.

(B): Duvardaki bayrak, Amerikan İç Savaşı'nda güneyli devletlerin bayrağı; fakat bugün bu bayrak, ayrıca ırkçılığın sembolü, Amerikan ırkçılık hareketi Ku Klux Klan'ın sembolü ve bu bayrak Lille Steen, Henrik ve Nisse'nin ne olduklarını gösteriyor.

Siz ırkçı mısınız?

(Y): Evet, ben kendimi böyle görüyorum.

Irkçı olmak iyidir.

Biz Danimarka'nın Danimarkalılara ait olduğuna inanıyoruz.

(B): Henrik, Lille Steen ve gençlerden oluşan bu grubun diğer bütün üyeleri Kopenhag'da Osterbro bölgesinde STUDSEN denilen Studsgardsgade'de yaşıyorlar. Bunlar sosyal konutta oturuyorlar ve burada oturanların çoğu işsiz ve sosyal güvenlikle yaşıyorlar; suç oranı yüksek. Bu çevredeki bazı gençler daha önce suç eylemlerine katılmışlar ve mahkûm olmuşlar.

(Y): Benzin istasyonuna sıradan bir silahlı saldırıydı.

(B): Ne yaptınız?

(Y): Hiçbir şey. Sadece … bir silahla benzin istasyonuna girdim ve biraz para istedim. Sonra koşarak uzaklaştım. Hepsi bu.

(B): Sen söyle bakalım, ne oldu?

(Y): Ben bunu daha fazla konuşmak istemiyorum.

(B): Yani bu bir şiddet olayı mıydı?

(Y): Evet.

(B): Dışarı yeni çıktınız … gözaltındaydınız, neden gözaltına alınmıştınız?

(Y): Sokak olayları.

(B): Ne olmuştu?

(Y): Bazı arkadaşlarımla beraber polisle küçük bir kavgamız olmuştu.

(B): Bu sık sık oluyor mu?

(Y): Evet, buralarda olur.

(B): Aynı grupta STUDSEN'den hepsi hepsi 20-25 tane genç var.

Yakında yıkılacak olan bazı eski evlerin yanında, sosyal konutlara hiç de uzak olmayan bir yerde buluşuyorlar. Başka şeylerin yanı sıra, ırkçılıklarını, göçmenlere karşı kinlerini ve Ku Klux Klan'a desteklerini vurgulamak için burada toplanıyorlar.

(Y): Ku Klux Klan, Amerika Birleşik Devletleri'nde eski devirlerden, yani iç savaşın olduğu zamanlardan gelen bir şey, çünkü Kuzey Eyaletler zencileri özgür insanlar yapmak istemişler, ama onlar insan değiller, hayvanlar, tamam mı, olanlar yanlış şeyler. İnsanların köle sahibi olmalarına izin verilmeli. Her neyse, ben böyle düşünüyorum.

(B): Çünkü siyahlar insan değil, öyle mi?

(Y): Değiller, bunu onların beden yapılarından da anlayabilirsiniz, büyük basık burunlar, karnabahar kulaklar vd., geniş kafalar ve çok geniş ve kıllı bedenler, sanki bir gorile bakıyormuş gibi oluyorsunuz, bir maymunla karşılaştırın, aynı tavırlar içinde olduğunu göreceksiniz, aynı hareketler, uzun kollar, uzun parmaklar vs. uzun ayaklar.

(B): Birçok kişi farklı şeyler söylüyor. Bunu söyleyen birçok insan var, ama …

(Y): Alın bir gorilin fotoğrafını ve sonra bir zenciye bakın, aynı beden yapısı ve her şey aynı, düz alın ve bunun gibi her şey.

(B): Örneğin ABD'de bir çok siyah insanın önemli işleri var.

(Y): Tabi, her zaman gösteriş yapan birileri bulunur, sanki kendileri beyazlardan daha iyilermiş gibi, fakat uzun vadede iyi olan beyazlardır.

(B): Ku Klux Klan sizin için ne ifade ediyor?

(Y): Çok şey ifade ediyor, çünkü yaptıkları şeyin doğru olduğunu düşünüyorum. Zenci insan değildir, hayvandır, bu durum Türkler, Yugoslavlar ve kendilerine ne denirse densin diğer bütün yabancı işçiler için de geçerlidir.

(B): Henrik 19 yaşında ve sosyal yardım işinde çalışıyor. Studsgardsgade'de kiralık bir odada kalıyor. Henrik, Klan'ın güçlü taraftarlarından biri ve yabancı işçilerden, 'Perkere'den (Danimarkaca göçmen işçiler için kullanılan çok aşağılayıcı bir kelime) nefret ediyor.

(Y): Buraya geliyorlar ve bizim toplumumuzun sırtından geçiniyorlar. Zaten bizim sosyal yardım almada yeterince problemimiz var, ama onlar sosyal yardımları hemen şıp diye alıyorlar. Bizler paramızı almak için sosyal yardım müdürlüğündeki ahmaklarla tartışıyoruz, ama onlar hemen alıyorlar, onlar konut listesinin başında bulunuyorlar, onlar bizden daha iyi daireler alıyorlar, çocuk sahibi olan bazı arkadaşlarımız kenar mahallelerdeki en kötü evlerde oturuyorlar, evlerinde bir duş bile yok, ve işte bu 'Perkere' aileler yedi çocuklarıyla buraya geliyorlar ve pahalı bir daireyi hemen alıp çıkıyorlar. Paraya bağlı olan her şeyi alabiliyorlar, bu doğru bir şey değil, Danimarka Danimarkalılarındır, tamam mı?

Onlar 'Perkere', biz onları bunun için sevmiyoruz, tamam mı? Ve onların zihniyetini de sevmiyoruz, yani onlar kesinlikle (...) ne derler (...) yani evlerinde Rusça konuşmak istiyorlarsa, tamam mı, konuşsunlar, fakat bizim sevmediğimiz şey Zimbabwe giysileri içinde çevrede dolaşmaları ve caddelerde şu hula-hula dilinde konuşmaları, ve kendilerine

bir şey sorduğunuz zaman veya kullandıkları taksilerden birine bindiğiniz zaman şöyle diyorlar: neresi bilmiyorum, yolu siz tarif edin.

(B): Belki de sizin biraz kıskanç olmanızın nedeni, 'Perkere' dediğiniz o kişilerden bazılarının kendi dükkânları ve arabaları olması, geçinebilmeleri (...)

(Y): Onlar uyuşturucu satıyorlar, 'Vestre'deki hükümlülerin yarısı uyuşturucudan orada, Vestre'deki hükümlülerin yarısı tamam mı, onlar uyuşturucu veya benzeri şeyler satarak zaman geçiren insanlar.

Hepsi oradalar, çünkü hepsi 'Perkere', uyuşturucu nedeniyle, tamam mı? Bu kadarı yeter, ne derler, bu ülkede uyuşturucu olmamalı, fakat eğer bunun ticareti yapılacak ise, bunu bizzat bizim yapmamız gerektiğini düşünüyorum, yani sanırım, şu yabancıların buraya gelip (...) ne derler (...) Danimarkalıları daha çok uyuşturucu bağımlısı gibi şeyler yapmalarının haksızlık olduğunu düşünüyorum.

Kapılarını boyadık ve umarım bundan bıkıp usanırlar ve en yakın zamanda terk ederler, arabalarının üzerinde tepindik ve yataklarında uyurken yüzlerine boya attık.

(B): Boya atarak ne yapmak istediniz – niçin boya?

(Y): Çünkü beyaz boyaydı, sanırım bu onlara yakıştı, zaten istediğimiz de buydu.

(B): Bir göçmen ailesinin camından içeri boya mı attınız?

(Y): Evet.

(B): Sonra ne oldu?

(Y): Sadece suratına boya yemiş oldu, işte o kadar. Sanırım uyandı ve dışarı çıktı ve kendi hula-hula dilinden bir şeyler bağırdı.

(B): Bunu polise bildirdi mi?

(Y): Bildirip bildirmediğini bilmiyorum, yani, böyle yapmakla bir yere varamaz.

(B): Niçin?

(Y): Bilmiyorum, bu sadece çocuk oyunu gibi bir şey, diğer insanların başkalarının yüzüne su atması gibi bir şey, onun da yüzü boyandı. Bundan bir şey çıkaramazlar.

(...)

(B): Per Axholt, ona 'Pax'(P) diyorlar, Studsgardsgade'daki gençlik yurdunda çalışıyor.

Birkaç yıldır burada, fakat zor çevresel koşullar nedeniyle birçok kimse çok daha kısa bir sürede işi bırakıyor. Per Axholt, gençlerin göçmenlere böyle eziyet etmelerinin nedenini, onların bizzat kendilerinin güçsüz ve şaşkın olmalarına bağlıyor.

Eğer onlara sormuş olsaydın, ne istediklerini söyleyeceklerini düşünüyorsun?

(P): Sen ve ben ne istiyorsak onu. Hayatlarını biraz kontrol edebilmek, iyi sayılabilecek ve sevebilecekleri bir iş, makul bir ekonomik durum, mazbut bir aile, bir eş ve birkaç çocuk, makul bir orta sınıf hayatı, senin ve benim sahip olduğumuz gibi.

(B): Herhalde bunları elde etmelerini engelleyen bir çok şey yapıyorlar.

(P): Bu doğru.

(B): Bunu niçin yaptıklarını düşünüyorsun?

(P): Çünkü daha iyi yapabilecekleri bir şey yok. Uzun bir süredir kendilerine başarıya ulaşmanın yolunun para olduğu söylendi. Parayı meşru yollardan kazanamayacakları

için, suç fiilleri vasıtasıyla elde etmeye çalışıyorlar. Bazen başarılı oluyorlar, bazen olamıyorlar, işte bu nedenle birçok genci cezaevine gider durumda görüyoruz, çünkü bu yol işe yaramıyor.

(...)

(B): Suç faaliyetlerine başladığın zaman kaç yaşındaydın?

(Y): Bilmiyorum, sanırım 14.

(B): Ne yaptın?

(Y): İlkini hatırlamıyorum, bilmiyorum, hırsızlık.

(B): İlk suçunu 14 yaşındayken işledin.

(Y): Öyle diyebilirsin, yani, eğer bu bir suç kariyeri ise. Eğer 15 yaş ve sonrasında suça karışmışsanız, sanırım bir suç kariyerinizin var olduğunu söyleyebilirsiniz.

(B): Bana biraz yaptıklarından söz eder misin?

(Y): Hayır, söylemem. Hep aynı şeyler. 'Perkere'ler müşterilerimizken, videoların aşırılması var, Bu nedenle onlarda para var. Eğer insanlar buradan dışarıya çıkmak, iyi zaman geçirmek ve ırkçı olup bira içmek ve eğlenmek isterlerse, tabi ki cezaevinde kalmak istemezsin.

(B): Fakat hapsedilme tehlikesi, insanları gerçekten yasadışı şeyler yapmaktan caydıran bir şey değil midir?

(Y): Hayır cezaevi değil, bu insanları korkutmuyor.

(B): Onun için mi burada her gece bıçaklarla birbirine giren insanlar hakkında hikâyeler işitiyorsunuz. Bunun nedeni polislerin kendilerini yakalamasından korkmamaları mı?

(Y): Evet, gerçekten bir şey çıkmıyor, yani olumsuz bir sonuç olmuyor, herhalde bunun içindir. Mesela kavgalar ve bıçaklamalar ve adamı yere yıkmalar gibi şeyler (...) Gerçekten bunlara karışacak olursan, çok az bir ceza verilir, yani, genellikle hemen ertesi gün salıveriliyoruz. Son seferinde bir barda bir olaya sebebiyet vermiştik, bizi ertesi sabah bıraktılar. Gerçekten bir şey olmuyor. Bu bizi caydırmıyor, fakat hemen çıkan beş kişiydik ve dün son çıkan arkadaşımızı da alıp kutladık, muhtemelen bir süre için bir kez daha içeri girmek istemiyorlar, o nedenle muhtemelen yeniden büyük suç işlemezler.

(B): Büyüdüğün yer olan Studsgardsgade'e dönmek isteyebilirsin, fakat orasının suç oranının yüksek olduğu bir yer olduğundan eminiz. Çocuğunun da kendin gibi yetişmesini ister miydin?

(Y): Hayır, onun öyle yetişeceğini sanmıyorum. Bir kere o bir kız, kızlarla ilgili istatistikler riskin o kadar da büyük olmadığını gösteriyor, yani muhtemelen işlemezler, fakat suç oranının yüksek olduğu bir çevrede oturuyorsun diye suç işlemek zorunda değilsin. Kızımın yaşlı bir kadını ıssız bir yerde korkutarak soymasını ve onun el çantasını alıp kaçmasını kabul edemem.

(B): Eğer o, göçmenleri dövenlerin arasında yer alırsa ne olur?

(Y): O tamam, ona bir itirazım yok.

(...)

(S): Bu grubun gelecek kuşakta zihniyetini değiştirip değiştirmediğini göreceğiz. Son olarak, Osterbo'daki STUDSEN'de bu gibi gençlik gruplarının, Kopenhag'ın herhangi bir yerinde bulunduğunu söylemek isteriz.

B. Kopenhag Mahkemesi'ndeki yargılama

12. Programın yayınlanmasının ardından, bu konulardaki şikâyetleri incelemeye yetkili Radyo Kuruluna veya Danimarka Radyosuna bir şikâyette bulunulmamış; fakat sadece Alborg Piskoposu, Adalet Bakanlığına bir şikâyette bulunmuştur. Savcı soruşturma yaptıktan sonra, başvurucunun röportaj yaptığı üç genç aleyhine, aşağıdaki beyanlarıyla Ceza Kanununun 266(b) bendini (bk. aşağıda, §19) ihlal ettikleri gerekçesiyle Kopenhag Mahkemesine ceza davası açmıştır:

"(...) çünkü Kuzey Eyaletler zencileri özgür insanlar yapmak istemişler, ama onlar insan değiller, hayvanlar."

"Alın bir gorilin fotoğrafını ve sonra bir zenciye bakın, aynı beden yapısı ve her şey aynı, düz alın ve bunun gibi her şey."

"Zenci insan değildir, hayvandır, bu durum Türkler, Yugoslavlar ve kendilerine ne denirse densin diğer bütün yabancı işçiler için de geçerlidir."

"Onlar 'Perkere', biz onları bunun için sevmiyoruz, tamam mı? Ve onların zihniyetini de sevmiyoruz, (...) bizim sevmediğimiz şey, Zimbabwe giysileri içinde çevrede dolaşmaları ve caddelerde şu hula-hula dilinde konuşmaları (...)"

"Onlar uyuşturucu satıyorlar, 'Vestre'deki hükümlülerin yarısı uyuşturucudan orada, Vestre'deki hükümlülerin yarısı (...), onlar uyuşturucu veya benzeri şeyler satarak zaman geçiren insanlar (...)"

"Hepsi oradalar, çünkü hepsi 'Perkere', uyuşturucu nedeniyle (...)"

Başvurucu, Ceza Kanununun 23. maddesiyle bağlantılı olarak 266(b) fıkrasına göre, üç gence yardım etmekle suçlanmış; Danimarka Radyosu haber müdürü bay Lösse Jensen aleyhine de aynı isnatlarda bulunulmuştur.

13. Başvurucunun ve Bay Jensen'in avukatı, Kopenhag Mahkemesindeki savunmada sanıkların beraatlarını istemiştir. Avukat, başvurucu ve Bay Jensen'in fiillerinin, hiçbir şekilde görüşlerine sempati duymadıkları diğer üç sanığın fiillerine benzemediğini savunmuştur. Başvurucu ile Bay Jensen, sadece sosyal bir problemin gerçekçi bir fotoğrafını sunmak istemişlerdir; gerçekten de program sadece kendilerini alay konusu yapan diğer üç sanık hakkında kızgınlık ve acıma duygusu uyandırmıştır. Buna göre, Danimarka Radyosunun başkalarını Yeşil ceketlilerin görüşlerini benimsemeye ikna etmek gibi bir niyeti olamaz, aslında tam tersidir. Yürürlükteki kanuna göre beyanlarda bulunan kişiler ile program editörleri arasında bir ayrım yapılması gerekli olup, program editörleri ifade özgürlüğünden özel olarak yararlanmalıdırlar. O tarihlerde yayın tekeli bulunan Danimarka Radyosunun halkı ilgilendiren bütün görüşleri, konuşmacıların kendi ifade tarzını yansıtacak şekilde iletme görevi vardır. Ne kadar sevimsiz olursa olsun, halkın da bu tür kötü tutumlardan haberdar olmakta menfaati vardır. Bu program, basında haber ve yorumlar doğuran aleni bir tartışma bağlamında yayınlanmıştır; program sadece söz konusu gençlerin gerçekleriyle ilgili dürüst bir haberdir. Avukat, başka şeylerin yanında yukarıda sözü edilen haber yazısına da atıfta bulunarak, bu nitelikteki olaylarda istikrarlı bir soruşturma pratiği bulunmadığına işaret etmiştir.

14. Kopenhag Mahkemesi 24 Nisan 1987'de verdiği kararla, üç gençten birini "zencilere" ve "yabancı işçilere" "hayvan" dediği için, ikisini ise, uyuşturucu ve "Perkere" sözleriyle ilgili iddialarda bulundukları için mahkûm etmiştir. Başvurucu bu gençlere yardım ettiği için, Bay Jensen ise program sorumlusu sıfatıyla mahkûm edilmişlerdir; başvurucuya 1,000 Kron, Bay Jensen'e 2,000 Kron para cezası, alternatif olarak beş gün hapis cezası verilmiştir.

Kopenhag Mahkemesi başvurucuyla ilgili olarak, 31 Mayıs 1985 tarihli haber yazısının ardından başvurucunun Yeşil ceketlileri ziyarete gittiğini ve diğerlerinin yanında Bay Axholt ile konuştuktan sonra üç gencin televizyon programına katılmaları konusunda anlaştıklarını tespit etmiştir. Programın amacı, daha önceki haber yazısında sözü edilen Yeşil ceketlilerin Osterbro'daki ırkçılık konusundaki tutumlarını yansıtmak ve bu kişilerin toplumsal ardalanlarını göstermektir. Kopenhag Mahkemesine göre başvurucu, televizyon programının yapılmasında bizzat inisiyatif almıştır; dahası başvurucu röportaj sırasında ırkçı nitelikte ayrımcı beyanlarda bulunulacağının, bulunanların televizyonda yayınlandığı zaman Ceza Kanununun 266(b) fıkrasına aykırılık oluşturacağının farkındadır. Söz konusu beyanların kayıtları başvurucu tarafından yayına hazırlandıktan sonra, dengeleyici yorumlar yapılmadan yayınlanmıştır. Bu nedenle başvurucu, Kanunun 266(b) fıkrasının ihlal edilmesine yardımcı olmaktan suçludur.

C. Doğu Danimarka Üst Mahkemesindeki yargılama

15. Başvurucu ve Bay Jensen, Kopenhag Mahkemesinin kararına karşı Doğu Danimarka Üst Mahkemesine (High Court) başvurmuşlar, fakat üç Yeşil ceketli başvurmamıştır. Başvurucu ve Bay Jensen, esas itibarıyla Kopenhag Mahkemesi önündeki savunmalarını tekrarlamışlar, başvurucu bunlara ek olarak, Yeşil ceketlilerin beyanlarının suç olabileceğinden kuşkulandığını, fakat kendilerinin gerçek tutumlarını gösterebilmek için bunların hayati öneme sahip olduklarını düşünerek, bunları programdan çıkarmadığını belirtmiştir. Başvurucu, Yeşil ceketlilerin bu beyanlarda bulunurken suç işleyebileceklerinin farkında olduklarını düşünmüş ve bu nedenle kendilerini bu konuda uyarmamıştır.

16. Üst Mahkeme 16 Haziran 1988 tarihli kararla, bire karşı beş oyla, üst başvuruyu reddetmiştir.

Muhalif üyeye göre, Yeşil ceketlilerin beyanları Ceza Kanununun 266(b) fıkrasına göre suç oluşturmuştur; ancak başvurucu ve Bay Jensen, televizyon ve diğer medya vasıtalarına tanınan ifade özgürlüğünün sınırlarını aşmamışlardır; çünkü programın amacı, özel bir ırkçı tutum ile söz konusu gençlerin toplumsal ardalanları konusunda yapılan aleni tartışmalar hakkında halkı bilgilendirmek ve tartışmaları canlandırmaktır.

D. Yüksek Mahkeme önündeki yargılama

17. Başvurucu ve Bay Jensen Üst Mahkemenin izniyle, Üst Mahkeme kararına karşı Yüksek Mahkemeye başvurmuşlar; bu Mahkeme de 13 Şubat 1989 tarihli kararla, başvuruyu bire karşı dört oyla reddetmiştir. Çoğunluk görüşünde şöyle denmiştir:

"Sanıklar, dar bir çevreye mensup insanların ırkçı beyanlarının yayınlanmasına ve bu kişilerin suç işlemelerine sebep olmuşlar ve böylece Kopenhag Mahkemesi ve Üst Mahkeme tarafından belirtildiği gibi Ceza Kanununun 23. maddesiyle bağlantılı olarak 266(b). fıkrasını ihlal etmişlerdir. Irkçı ayrımcılık karşısından korunma yerine sanıkların halkı ilgilendiren konularda ifade özgürlüğüne dayanarak beraat edebileceklerini düşünmüyoruz. Bu nedenle aleyhine başvurulan kararın lehine oy kullandık."

Yargıç Pontoppidan muhalif oy gerekçesinde şöyle demiştir:

"Programın amacı, kamuoyunda yaygın ve bazen de duygusal olarak tartışılan yabancılara yönelik tutum meselesi üzerinde mevcut bilgilere katkıda bulunmaktır. Programın Yeşil ceketlilerin görüşleri hakkında aydınlık bir fotoğraf sunduğu, böylece halkın da bilgilenme ve bu konuda bir görüş oluşturma fırsatı bulduğu düşünülmelidir. Bu görüşlerin niteliği karşısında, program sırasında veya öncesinde veya sonrasında dengeleyici bir tavır, yararlı bir amaca hizmet etmeyecektir. Bu program oldukça küçük bir grubun aşırı görüşleriyle ilgili olmakla birlikte, makul bir ölçüde haber ve bilgi değerine sahiptir.

Sanıkların bu tür görüşlerin yayılmasında inisiyatif almış olmaları, sanıkların davranışlarının değerlendirilmesinde büyük öneme sahip değildir. Bu koşullar içinde ve söz konusu beyanların Ceza Kanununun 226(b) fıkrasını ihlal etmiş olmasına bakılmaksızın, sanıkların bu fıkrayı ihlal etmiş olmaktan suçlu görülebileceklerinden şüpheliyim. Bu nedenle sanıkların beraat etmeleri yönünde oy kullandım."

18. Yüksek Mahkeme önemli bir ilke sorununun ortaya çıktığı bir davada bir karar verdiği zaman, çoğunluğa mensup üyelerden birinin karar gerekçesi hakkında yetkili elden ve ayrıntılı yazılı bir açıklamada bulunması bir gelenektir. Bu geleneğe uygun olarak Yargıç Hermann, 20 Ocak 1990 tarihli Haftalık Hukuk Dergisinde (Ugeskrift for Retsvaesen, 1989, s. 399) böyle bir açıklama yazısı yayınlamıştır.

Başvurucu ve bay Jensen'in mahkûmiyeti ile ilgili olarak çoğunluk, ırkçı beyanların alenileşmesine sebebiyet vermiş olmalarına büyük önem atfetmiştir. Başvurucunun hazırladığı kısım, toplantıyla ilgili doğrudan bir haber değildir. Başvurucunun kendisi bu üç genç ile temas kurmuş ve daha önce haber yazısından bildiği ve muhtemelen tekrarlamalarını beklediği iddialarda bulunmalarına yol açmıştır. Saatlerce süren röportaj kayıtlarını bizzat kendisi keserek, kaba lafları içeren birkaç dakikalık bölüme indirmiştir. Geniş bir çevreye ulaştırılmamış olsaydı Ceza Kanununun 266(b) fıkrasına göre suç sayılması zor olan bu beyanlar, başvurucunun inisiyatifi ve bay Jensen'in onayı ile televizyonda yayınlandığı zaman suç oluşturmuştur. Bu nedenle, başvurucunun ve bay Jensen'in bu beyanların yayılmasına yardım ettikleri şüpheden uzaktır.

Başvurucu ve bay Jensen'in beraat etmeleri, ancak fiillerindeki kusurluluğu kaldıran sebeplerin varlığı halinde mümkündür. Bu bağlamda, söz konusu beyanlarla ağır hakarete uğrayanları korumadaki menfaatin ağırlığı ile bu beyanlardan halkı haberdar etmekteki menfaatin ağırlığı karşılaştırılmalıdır. Basına toplumu bilgilendirme konusunda mümkün olan en iyi şartları vermek arzu edilir olmakla birlikte, basın özgürlüğü sınırsız değildir; çünkü basın özgürlüğünün kullanılması sorumluluk gerektirir.

Çoğunluğu oluşturan üyeler çeşitli menfaatler arasında denge kurarken, geniş bir çevreye ulaştırılan beyanların, çok kişiyi pek ilgilendirmeyen görüşlerin sahibi pek küçük bir grubun üyeleri tarafından meramını anlatamayan, küçültücü ve aşağılayıcı bir dizi sözden oluşan beyanlar olduğunu görmüştür. Bu beyanların haber veya bilgi değerine sahip olması, bunların yayılmasını haklı kılmaz ve bu nedenle sanıkların beraat etmelerini gerektirmez. Bu demek değildir ki, aşırı uç görüşlere basında yer verilmemelidir; fakat bu tür haberlere, söz konusu televizyon programında olduğundan çok daha dengeli ve kapsamlı bir tarzda yer verilmelidir. Toplantılardan halkın ilgisini çekebilecek doğrudan haberlere de yer verilmedir.

Öte yandan azınlık, haber alma hakkının Ceza Kanununun 266(b) fıkrasıyla korunan menfaatlere üstün geldiğini kabul etmiştir.

Son olarak yargıç Hermann, tartışma konusu tedbirlerin Sözleşme'nin 10. maddesine uygunluğunun yargılama sırasında ileri sürülmediğini kaydetmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası

25. Başvurucu, ırkçı sözlerin yayılmasına yardım suçundan mahkûm edilip cezalandırılmasının, Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir.

26. Hükümet bu iddiayı reddetmiş, ama Komisyon kabul etmiştir.

27. Başvurucunun davasına yol açan tedbirlerin ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğu ortak bir görüştür.

Dahası, başvurucunun mahkûmiyeti Ceza Kanununun 266(b) ve 23(1) fıkralarına dayandığı için, bu müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olduğu tartışmasızdır. Bu bağlamda Hükümet, eski hükmün BM Sözleşmesi'ne uygunluk sağlamak için koyulduğunu belirtmiştir. Mahkeme Hükümetin bu gerekçesini şu şekilde anlamıştır: Sözleşme'nin 10. maddesi uygulanabilir olmakla birlikte, Mahkeme Sözleşme'nin 10(2). fıkrasını uygularken, Ceza Kanununun ilgili hükümlerinin BM Sözleşmesi'nin (bk. yukarıda §21) varlık nedenine uygun olarak daha geniş bir şekilde yorumlanacağını ve uygulanacağını düşünmelidir. Başka bir deyişle Sözleşme'nin 10. maddesi, BM Sözleşmesi'ne göre ırk ayrımcılığına karşı korunma hakkını kısıtlayacak, askıya alacak veya ortadan kaldıracak şekilde yorumlanmamalıdır.

Son olarak müdahalenin meşru bir amaca, yani "başkalarının şeref ve haklarının korunması" amacı taşıdığı da itiraz konusu değildir.

Tek tartışma konusu, bu tedbirlerin "demokratik toplumda gerekli" olup olmadığıdır.

28. Başvurucuya ve Komisyona göre, Danimarka'nın BM Sözleşmesi'ne taraf bir ülke olarak (bk. yukarıda §21) yükümlülükleri ne olursa olsun, "başkalarının şeref ve haklarının korunması" ile başvurucunun bilgi verme hakkı arasında adil bir denge kurulmalıdır. Başvurucuya göre bu denge, BM Sözleşmesi'nin "(...) İnsan Hakları Evrensel Bildirisi ile bu Sözleşme'nin beşinci maddesinde yer alan prensipleri göz önünde bulundurarak" diyen 4. maddesinde kurulmaya çalışmıştır. Bu hüküm daha Sözleşme'nin tasarı aşamasında konulmuştur; çünkü Sözleşme'nin 4(a) bendindeki "[Sözleşmeci Devletler] ırk üstünlüğüne veya düşmanlığına dayanan, ırk ayrımcılığını teşvik eden bütün fikirlerin yayılmasının (...) kanunen cezalandırılacak bir suç olduğunu beyan eder" şeklindeki hükmün çok geniş olmasından ve diğer insan hakları bakımından ve özellikle düşünce ve ifade özgürlükleri bakımından sorunlar doğurabileceğinden kaygı duymuşlardır. Yine başvurucuya göre bu durum, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin Avrupa Konseyi üyelerini BM Sözleşmesini onaylamaya teşvik ederken, niçin onay belgelerine başka şeylerin yanında Avrupa Sözleşmesi'ne de uygun davranacaklarını da vurgulayan bir yorumlayıcı beyan eklemelerini önerdiğini (Bakanlar Komitesi tarafından kabul edilen 31 Ekim 1968 tarihli ve (68) 30 sayılı Tavsiye kararı) açıklamaktadır.

Başvurucu ve Komisyon, söz konusu program yayınının bir bütün olarak ele alındığı zaman, suçlanan sözlerin, bunları sarf edenlerin ırkçı görüşlerini öne çıkarmak yerine onları alay konusu ettiğini vurgulamışlardır. Programa bir bütün olarak bakıldığında, programın halkı yakından ilgilendiren bir konuya yani ırkçılık ve yabancı düşmanlığı konusuna halkın dikkatini çekmek istediği izlenimi vermektedir. Başvurucu suçlanan beyanları ırkçı görüşleri yayma niyetiyle değil, fakat bunları teşhir ederek karşı çıkma niyetiyle, kasıtlı olarak programa almıştır. Başvurucu izleyicilere o dönemde Danimarka'da, kendini iyi ifade edemeyen ve sosyal bakımdan dezavantajlı gençler tarafından şiddete dayalı bir ırkçılığa başvurma şeklinde yeni bir olguyu göstermeye, analiz etmeye ve açıklamaya çalıştığını belirtmiştir. Komisyon'un da katıldığı başvurucunun görüşüne göre, yayının "başkalarının şeref ve hakları" üzerinde önemli bir zararlı etkisi olamazdı. Bu nedenle, başvurucunun ifade özgürlüğünün korunmasındaki menfaat, başkalarının korunmasındaki menfaate ağır basar.

Ayrıca başvurucuya göre, söz konusu dönemde 1991 tarihli Medya Yasası yürürlükte olmuş olsaydı, kendisi bir kovuşturmayla karşılaşmazdı; çünkü bu Yasaya göre kural olarak sadece suç konusu beyanlarda bulunan kişiye ceza verilebilir. Bu durum, başvurucunun

mahkûmiyetini BM Sözleşmesi'nin gerektirdiğine ve Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesi bakımından da "gerekli" olduğuna dair Hükümetin iddiasını çökertmektedir.

29. Hükümet, başvurucunun Yeşil ceketlilerle ilgili video kaydını bilgilendirici bir tarzda değil ama sansasyonel bir tarzda düzenlediğini ve bu programın haber veya bilgi değerinin çok düşük olduğunu ileri sürmüştür. Televizyon güçlü bir yayın organı olup, normalde Danimarkalıların çoğunluğu, kaydın yayınlandığı haber programını izlerler. Kaldı ki başvurucu, Yeşil ceketlilerin suç işleyeceklerini bile bile, onları ırkçı beyanlarda bulunmaya teşvik etmiş ve programda bu beyanları dengeleyici unsurlara yer vermemiştir. İzleyicilerin bu sözleri oldukları gibi ele almayacaklarını varsaymak çok ince bir yaklaşım olur. Bu programın sadece bir kaç şikâyete yol açmış olmasına önem atfedilemez, çünkü aşağılayıcı sözlerin mağdurları, bilgilerinin olmaması veya Danimarkacayı yeterince bilmemeleri ve hatta şiddete başvuran ırkçılardan çekinmiş olabilecekleri için şikâyette bulunmamış olabilirler. Bu durumda başvurucu, bir televizyon gazetecisi olarak kendisine yüklenmiş olan "ödev ve sorumlulukları" yerine getirmemiştir. Kendisine Ceza Kanununun 266(b) bendindeki suçlara verilebilecek olan cezanın en alt sınırından ceza verilmiş olup, bu nedenle bu ceza bir gazeteciyi, ırkçılık ve yabancı düşmanlığı konusundaki aleni tartışmaya katkıda bulunmaktan caydırabilecek nitelikte değildir. Bu ceza sadece, ırkçı ifadelerin ciddiye alınacağına ve bunlara hoşgörü gösterilmeyeceğine dair açık bir hatırlatma sonucunu doğurmuştur.

Hükümet ayrıca, eğer 1991 tarihli Medya Yasası o tarihte yürürlükte olsaydı konunun daha farklı bir şekilde ele alınmış olacağı iddiasına karşı çıkmıştır. Sadece suç konusu beyanda bulunan kişinin cezalandırılacağına dair kuralın istisnaları vardır (bk. yukarıda §20); başvurucuyla ilgili olayın nasıl olup da 1991 tarihli Yasaya göre incelenebileceği meselesi tam bir spekülasyon konusudur.

Hükümet, Avrupa Mahkemesine göre programın sonuçlarını daha iyi değerlendirebilecek konumda bulunan üç aşamadaki Danimarka Mahkemelerinin, olaydaki bütün menfaatleri dikkatli bir şekilde dengelemeye çalıştıklarını vurgulamıştır. Bu Mahkemeler tarafından yapılan denetim, Sözleşme'nin 10. maddesine göre yapılan denetime benzemektedir; bu Mahkemelerin kararları, ulusal makamlara bırakılması gereken takdir alanının içinde kalmakta ve toplumsal ihtiyaç baskısına karşılık gelmektedir.

30. Mahkeme hemen ilk başta, ırk ayrımcılığının her biçim ve görünümüyle mücadelenin yaşamsal bir öneme sahip olduğunun bilincinde olduğunu belirtir. Başvurucunun dediği gibi, yakın tarihli olayların bir sonucu olarak, bu günlerde ırk ayrımcılığının tehlikeleri konusundaki farkındalığın, bundan on yıl öncesine göre çok daha yoğun olduğu doğrudur. Bununla birlikte bu mesele, örneğin BM Sözleşmesi'nin 1965 tarihli olmasının da gösterdiği gibi, o tarihlerden bu yana genel bir öneme sahip olmuştur. Sonuç olarak, Hükümetin vurguladığı gibi BM Sözleşmesi'nin amacı ve gayesi, Danimarka'nın BM Sözleşmesine uygunluğunu sağlamak için çıkardığı bir yasa hükmüne dayanılarak başvurucuya verilen mahkûmiyet kararının Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamında "gerekli" olup olmadığı karara bağlanırken önemli bir ağırlığa sahiptir.

İkinci olarak, Danimarka'nın Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından yükümlülükleri, mümkün olduğu kadar BM Sözleşmesi bakımından yükümlülükleriyle uzlaştırılacak şekilde yorumlanmalıdır. Bu noktada BM Sözleşmesi'nin 4. maddesindeki çeşitli yorumlara açık olan "göz önünde bulundurma" hükmünün anlamını açıklamak Mahkeme'ye düşmez. Ancak Mahkeme, mevcut davadaki Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesine dair kendi yorumunun, Danimarka'nın BM Sözleşmesi bakımından yükümlülükleriyle uyumlu bulunduğu görüşündedir.

31. Mevcut olayın önemli bir özelliği, başvurucunun tartışma konusu beyanlarda bulunmuş olmaması, fakat Danimarka Radyosu'nda haber programı yetkilisi bir televizyon gazetecisi olarak o beyanların yayılmasına yardım etmiş olmasıdır (bk. yukarıda §9 ve 11). O halde Mahkeme, başvurucunun mahkûm edilmesinin ve cezalandırılmasının "gerekli" olup olmadığını değerlendirirken, basının rolüyle ilgili yerleşik içtihatlarında ortaya çıkan prensipleri göz önünde tutacaktır (*Observer ve Guardian, §59*).

Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini oluşturduğunu ve basına tanınması gereken güvencelerin özel bir öneme sahip bulunduğunu hatırlatır (aynı yer). Mevcut sınırları, yani "başkalarının şeref ve haklarını koruma" gibi sınırları aşmadan halkı ilgilendiren haber ve fikirleri iletmek, basına düşen bir görevdir. Sadece basının bu tür haber ve fikirleri iletme görevi yoktur; ama aynı zamanda halkın da bunları edinme hakkı vardır. Aksi olsaydı, basın yaşamsal önemi bulunan "halkın gözcülüğü" görevini yapamazdı (aynı yer). Bu prensipler öncelikle yazılı basın için geliştirilmiş olmakla birlikte, hiç kuşku yok ki görsel-işitsel basın için de geçerlidir.

Bir gazetecinin "ödev ve sorumlulukları" göz önünde tutulurken, söz konusu basın organının potansiyel etkisi önemli bir faktör olup, görsel-işitsel basının yazılı basına göre çok daha hızlı ve güçlü bir etkiye sahip olduğu yaygın olarak kabul edilen bir durumdur (*Purcell ve Diğerleri – İrlanda, Komisyon [k.k.], no. 15404/89*).

Ayrıca, objektif ve dengeli haber verme metotları, başka şeylerin yanında, söz konusu basın organının niteliğine göre önemli ölçüde değişebilir. Gazetecilerin hangi haber verme tekniğini benimsenmeleri gerektiği konusunda basının görüşünün yerine kendi görüşlerini koymak, ne Mahkeme'ye ve ne de ulusal Mahkemelere düşen bir iştir. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin sadece ifade edilen haber ve fikirlerin içeriğini değil, fakat aynı zamanda bunların nakledilme biçimlerini de koruduğunu hatırlatır (*Oberschlick, §57*).

Mahkeme, şikâyet konusu müdahaleye olayın bütünlüğü içinde bakacak ve ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin müdahaleyi haklı kılmak için ilgili ve yeterli olup olmadığını ve kullanılan araçların izlenen amaçla orantılı olup olmadığını belirleyecektir (bk. yukarıda geçen Observer ve Guardian, §59). Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan prensiplere uygun standartları uyguladıklarına ve ayrıca konuyla ilgili maddi olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayandıklarına ikna olmalıdır (*Swabe, §29*).

Mahkeme değerlendirmesini yaparken, Yeşil ceketlilerle röportajın yapılış tarzına, içeriğine, yayınlandığı ortama ve programın amacına bakacaktır. Devletlerin BM Sözleşmesi'ne ve diğer uluslararası belgelere göre her türlü ırk ayrımcılığını tasfiye etme ve ırkçı doktrin ve uygulamaları önleme ve bunlarla mücadele etme yükümlülükleri (bk. yukarıda §21) bulunduğunu akılda tutan Mahkeme'nin yapacağı değerlendirmede, yayınlanan programa bir bütün olarak bakıldığında programın objektif açıdan ırkçı yaklaşım ve fikirlerin propagandasını yapma amacı taşır görünüp görünmediği önemli bir faktör olacaktır.

32. Ulusal Mahkemeler, Yeşil ceketlilerle röportajın yapılmasında başvurucunun bizzat inisiyatif almış olmasına ve röportaj sırasında ırkçı beyanlarda bulunacaklarını önceden bilmekle kalmayıp, aynı zamanda bu tür beyanlarda bulunmaları için onları teşvik etmiş olmasına büyük önem vermişlerdir. Ulusal Mahkemelere göre, başvurucu programı saldırgan iddiaları içerecek şekilde düzenlemiştir. Kendisinin katkısı olmaksızın, bu beyanlar geniş bir çevreye yayılmayacak ve cezalandırılmayacaktı (bk. yukarıda §14 ve 18).

Mahkeme bu gerekçelerin, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası bakımından ilgili gerekçeler olduklarına ikna olmuştur.

33. Öte yandan, programın Yeşil ceketlilerle ilgili kısmında, TV sunucusunun yakın zamanlarda Danimarka'da ırkçılık üzerine kamuoyunda mevcut tartışmadan ve basındaki yorumlardan söz ederek başladığı, böylece izleyicileri programı bu bağlamda izlemeye davet ettiği kaydedilmelidir. TV sunucusu programın amacının, bazı ırkçıları ortaya çıkarıp, onların zihniyetlerini ve toplumsal ardalanlarını göstermek suretiyle, problemin bazı yönlerine değinmek olduğunu söylemiştir. Ardından yayınlanan röportajların bu amacı yerine getirdiğinden şüphelenmek için sebep yoktur. Bir bütün olarak ele alındığında, objektif açıdan röportajın, ırkçı görüş ve düşüncelerin propagandasını yapma amacı taşıdığı görülmemektedir. Tam tersine bu program röportaj yoluyla, sosyal durumları itibarıyla kısıtlanmış ve engellenmiş belirli bir gençlik grubunu suç sicilleri ve şiddet içeren davranışlarıyla ve o zamana kadar halkı endişelendiren bir konunun özel bir yönünü ele almak suretiyle göstermeye, analiz etmeye ve açıklamaya çalışmıştır.

Yüksek Mahkeme, röportajın haber veya bilgi değerinin, suç konusu sözlerin yayılmasını haklı kılacak kadar çok olmadığını belirtmiştir (bk. yukarıda §18). Ne var ki Mahkeme, yukarıda 31. paragrafta söylediği prensipler açısından baktığında, Pazar Haberleri Programında görevli çalışanların, programı yapma ve yayınlama kararına esas oluşturan programın haber ve bilgi değerini takdir edişlerini sorgulamak için sebep görmemektedir.

34. Ayrıca söz konusu röportajın, bilgili izleyiciler için hazırlandığı ve Danimarka'da ciddi bir haber programının bir parçası olarak yayınlandığı akılda tutulmalıdır.

Mahkeme, Yeşil ceketliler röportajında ifade edilen aşırı görüşlerin dengelenmeye çalışılmaksızın sunulduğuna dair ulusal mahkemelerin gerekçeleriyle ikna olmamıştır. Hem TV sunucusunun yaptığı giriş ve hem de başvurucunun röportaj sırasındaki tutumu, kendileriyle röportaj yapılan kişileri örneğin Ku Klux Klan taraftarı "bir grup aşırı görüşlü genç" şeklinde tarif eden başvurucuyu onlardan açıkça soyutlamıştır. Başvurucu ayrıca, örneğin önemli işleri bulunan siyahlar olduğunu hatırlatmak suretiyle bazı ırkçı ifadeleri çürütmüştür. Son olarak, gösterilen manzaraya bir bütün olarak bakıldığında, ırkçı beyanların Yeşil ceketlilerin genel anti sosyal tavırlarının bir parçası olduğu izlenimi verdiği unutulmamalıdır.

Tabi ki gösterilen kısım, ırkçı düşmanlığın ve bir ırkın diğer ırka üstünlüğünü savunan görüşlerin açıkça ahlaka aykırılığını, tehlikelerini ve hukuka aykırılığını hatırlatmış değildir. Bununla birlikte, yukarıda sözü edilen dengeleyici unsurların bulunması, bu tür unsurları uzun bir programın kısacık bir bölümünde dile getirmenin doğal sınırlarının olması ve ayrıca kullanılacak ifadelerin biçimi konusunda gazetecilerin takdire sahip olmaları karşısında Mahkeme, bu tür uyarıcı hatırlatmaların bulunmamasının konuyla ilgili olmadığını düşünmektedir.

35. Röportajlara dayanan haberler, ister düzelenmiş isterse düzenlenmemiş olsun, basının "halkın gözcüsü" rolünü oynayabileceği en önemli araçlardan birini oluşturur (*Observer ve Guardian, §59*). Bir gazetecinin başka bir kimsenin röportaj sırasındaki beyanlarının yayılmasına yardım etme suçundan cezalandırılması, basının halkı ilgilendiren konularda tartışmaya katkıda bulunmasını ciddi surette engelleyecektir; cezalandırma için çok güçlü sebepler bulunmadıkça, cezalandırma tasavvur dahi edilmemelidir. Mahkeme, cezanın çok küçük olduğuna dair Hükümetin argümanını kabul etmemektedir; burada önemli olan şey, gazetecinin mahkûm edilmiş olmasıdır.

Hiç kuşku yok ki, Yeşil ceketlilerin mahkûm edildikleri sözler (bk. yukarıda §14), hedef grup üyelerine hakaretten daha fazla bir şey olup, bu sözler Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasından yararlanmazlar (*Glimmerveen ve Hagenbeek – Hollanda, Komisyon [k.k.], no. 8348/78; Künen – Almanya, no. 12194/86*). Bununla birlikte, başvurucunun Yeşil ceketlilerle ilgili kısmı nasıl hazırladığı (bk. yukarıda §32) göz önünde tutulsa bile,

bir bütün olarak bakıldığında röportajın başvurucunun Ceza Kanunundaki bir suçtan mahkûmiyetini ve cezalandırılmasını haklı kıldığı gösterilememiştir.

36. Dahası başvurucunun söz konusu yayını derlerken ırkçı bir amacı bulunmadığı tartışma konusu değildir. Başvurucu bu noktaya iç hukuktaki yargılama sırasında dayanmış olmakla birlikte, konuyla ilgili kararların gerekçelerinde (bk. yukarıda §14, 17 ve 18) böylesi bir faktörün dikkate alındığı görülmemektedir.

37. Yukarıda anlatılanlara göre, başvurucunun mahkûm edilmesi ve cezalandırılması için gösterilen gerekçeler, başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunu ikna edici bir şekilde ortaya koyacak kadar yeterli değildir; özellikle kullanılan araçlar, "başkalarının şeref ve haklarını" koruma amacıyla orantısızdır. Buna göre söz konusu tedbirler, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline yol açmıştır.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Yediye karşı on iki oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;

…

KARAR VERMİŞTİR.

26.09.1995 17851/91 VOGT - ALMANYA

♦ *anayasaya sadakatsizlik nedeniyle memuriyetten çıkarma* (öğretmenlik görevinde daimi kadroya atanan başvurucu hakkında sonradan yapılan disiplin soruşturmasında, Alman Komünist Parti üyesi olma ve okul dışında bu parti lehine siyasal faaliyette bulunduğu gerekçesiyle anayasaya sadakatsizlikten memuriyet görevine son verilmesi) ■ ifade özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Orta öğretimde Fransızca ve Almanca öğretmeni olan başvurucu Bayan Vogt, yaşam boyu memuriyet kadrosuna öğretmen olarak atanmıştır. Mart 1981'de başvurucu hakkında düzenlenen raporda, başvurucunun hem mesleki nitelikleri ve hem de çalışma açısından tümüyle yeterli olduğu belirtilmiştir.

Başvurucu bayan Vogt'un dediğine göre kendisi 1979 yılından beri Alman Komünist Partisinin (DKP) bir üyesidir.

Weser-Ems idare kurulu bir hazırlık araştırmasının ardında, başvurucunun 1980 sonbaharından itibaren içinde bulunduğu siyasi faaliyetlerinin bir sonucu olarak siyasal sadakat ödevine uymadığı gerekçesiyle başvurucu hakkında bir idari soruşturma açmıştır. Bayan Vogt'a isnatlar arasında, DKP adına siyasal faaliyetlerinin memurluk statüsüyle bağdaşmadığının düşünüldüğü yer almıştır. 12 Ağustos 1986'da Wesr-Ems idare kurulu bayan Vogt'u geçici olarak görevden almış ve Ekim ayından itibaren başvurucunun maaşının sadece yüzde 60'ı ödenmeye başlanmıştır.

15 Ekim 1987'de Oldenberg İdare Mahkemesi, anayasa karşıtı amaçlar izleyen bir partide aktif rol oynayan başvurucunun anayasaya sadakat ödevine aykırı davrandığı sonucuna varmıştır. İdare Mahkemesi başvurucuya memuriyetten çıkarılma şeklinde disiplin cezası verilmesine karar vermiştir. Bayan Vogt bu karara karşı Aşağı Saksonya İdare Mahkemesine başvurmuştur. Başvurucunun üst başvurusu reddedilmiştir.

Başvurucu Federal Anayasa Mahkemesine bir anayasa şikâyetinde bulunmuştur. Anayasa Mahkemesinde üç yargıçlı bir heyet yaptığı ön incelemede, başvurucunun şikâyetinin bir başarı şansı bulunmadığı gerekçesiyle şikâyetin görülmesini reddetmiştir.

Başvurucuya 1 Şubat 1991 tarihinden itibaren, Aşağı Saksonya Eyaleti Eğitim Müdürlüğünde yeniden bir öğretmen olarak görev verilmiştir. Bundan önce Eyalet Hükümeti, aşırı görüşlülerin kamu hizmetlerinde istihdam edilmelerine dair kararnameyi değiştirmiştir. Başvurucu bayan Vogt, DKP'deki siyasal faaliyetleri nedeniyle kamu görevinden çıkarılmasının, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası

A. Müdahalenin varlığı

[42-44]: Mahkeme Sözleşme'deki güvencelerin, kural olarak memurları da kapsadığını hatırlatmıştır. Mahkeme, daimi memuriyet kadrosuna atanmış bir başvurucuyla ilgili olan mevcut davayı, kamu hizmetine girme meselesinin merkezi bir sorun oluşturduğu Glasenapp ve Kosiek davalarından ayırmıştır.

Başvurucunun siyasal sadakat ödevine aykırı davrandığı gerekçesiyle bir disiplin cezasıyla memuriyetten çıkarılması, ifade özgürlüğünü kullanmasına bir müdahale oluşturmuştur.

B. Müdahalenin haklılığı

[45-56]: Müdahalenin hukuken öngörülebilirliği konusunda Mahkeme, Aşağı Saksonya Memurlar Hakkında Kanunun 61(2). fıkrası dâhil Eyalet mevzuatının ve Federal mevzuatın memurlara getirilen siyasal sadakat ödevinin Federal Anayasa Mahkemesi ile Federal İdare Mahkemesi tarafından açıkça tanımlandığını kaydetmiştir. Nazizm kâbusundan sonra 1949 yılında 'kendini savunabilir bir demokrasi' kurma arzusuna yol açan Weimar Cumhuriyeti tecrübesi nedeniyle, Almanya'da siyasal (anayasal) sadakat ödevi özel bir öneme sahiptir. Bu nedenle, başvurucunun memuriyetten çıkarılması Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki meşru amaçları izlemektedir.

Mahkeme, temel prensiplerini içtihatlarında gösterdiği ifade özgürlüğüne bağlanan önemi hatırlatarak, bunun memurlara da uygulandığını belirtmiştir. Böylece Mahkeme, bireyin temel haklarından olan ifade özgürlüğü ile demokratik bir devletin kamu hizmetlerini gereği gibi yerine getirirken Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında gösterilen meşru amaç arasında adil bir denge kurup kurmadığını belirmek durumundadır.

Mahkeme bu denetimi yaparken, memurların ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, 10(2). fıkrada geçen "ödevler ve sorumluluklar"ın özel bir önem kazandığını ve söz konusu müdahalenin yukarıdaki amaçlarla orantılığını belirlerken ulusal makamlara belirli bir takdir alanı bırakmayı gerektirdiğini hatırlatmıştır.

57. Bu davada Mahkeme'nin görevi, bayan Vogt'un memuriyetten çıkarılmasının "toplumsal ihtiyaç baskısını" karşılayıp karşılamadığını ve "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını belirlemektir. Bu amaçla Mahkeme, dava konusu olayları, söz konusu tarihte Federal Almanya Cumhuriyetinde mevcut durumun ışığında inceleyecektir.

58. Bayan Vogt, 1972 yılında DKP üyesi olmuştur. Bu durumun başvurucu 1979 yılında kadrolu memur olarak atanırken ve hatta memuriyetteki deneme süresi sona ermeden önce yetkili makamlar tarafından bilindiği konusunda bir tartışma yoktur. Ancak, başvurucunun siyasal faaliyetleri hakkında araştırma yapıldıktan sonra, başvurucu hakkında 1982 yılında disiplin soruşturması başlatılmıştır (...) Bu soruşturma, daha başka araştırmaların yapılması için birçok kez durdurulmuş, fakat bayan Vogt en sonunda 15 Ekim

1987'de, siyasal sadakat ödevini ihlal ettiği gerekçesiyle memuriyetten çıkarılmıştır. Başvurucunun DKP içindeki çeşitli siyasal faaliyetleri, bu partideki konumu ve Eyalet Parlamentosu seçimlerinde bu partiden adaylığı (...), başvurucuya karşı eleştirilerin odağında yer almıştır.

Almanya'da memurların tabi olduğu siyasal sadakat ödevi, Federal Anayasa Mahkemesinin 22 Mayıs 1975 tarihli kararında tanımlandığı şekliyle, bütün memurlara, Devlete saldıran ve mevcut anayasal sistemin özüne karşı çıkan guruplardan kendilerini tereddüde yer bırakmayacak bir şekilde soyutlama ödevi yüklemektedir. Olayların geçtiği dönemde Alman Mahkemeleri, DKP'nin kendi resmi programına dayanarak bu partinin amacının, Federal Alman Cumhuriyeti anayasal düzenini ve toplumsal yapıyı yıkmak ve yerine Demokratik Alman Cumhuriyetindekine benzer bir siyasal sistem kurmak olduğu sonucuna varmışlardır.

59. Mahkeme, demokratik bir Devletin memurlarından, üzerinde kurulu bulunduğu anayasal ilkelere sadakat göstermelerini isteme hakkı bulunduğu temelinden hareket etmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, Almanya'nın, Weimar Cumhuriyeti altında ve bu rejimin çöküşünden 1949 tarihli Anayasanın kabulüne kadar geçen dönemde yaşadığı acı tecrübeleri dikkate almaktadır. Almanya yeni Devletini, "kendini savunabilir bir demokrasi" düşüncesi üzerinde kurmak suretiyle, bu tecrübelerin tekrarından kaçınmak istemiştir. Almanya'nın o tarihteki siyasal bağlam içindeki konumu da unutulamamalıdır. Bu koşullar, bu temel kavrama ve buna karşılık gelen memurlara yüklenen siyasal sadakat ödevine daha fazla ağırlık verilmesini gerektirmektedir.

Bu durumda bile, bu ödevin Alman Mahkemeleri tarafından yorumlandığı gibi mutlak bir niteliğe sahip olması çarpıcıdır. Görevi ve düzeyi ne olursa olsun, bütün memurlar eşit ölçüde bu ödevle yükümlüdür. Bu ödev, kendi görüşleri ne olursa olsun, bütün memurların yetkili makamın Anayasaya hasım gördüğü bütün guruplardan ve hareketlerden hiç tereddüde yer bırakmayacak bir şekilde uzak durmak zorunda olduğunu ima etmektedir. Bu ödev, hizmet yaşamı ile özel yaşam arasında bir ayrım yapmamaktadır; her zaman ve her koşulda vardır.

Konuyla ilgili bir başka nokta, olayların geçtiği tarihte, Avrupa Konseyi Üyesi başka bir Devlette memurlara aynı sert sadakat ödevinin yüklenmiş olduğu görülmemektedir; kaldı ki, Almanya'da bile bu ödev, ülkenin her yanında aynı tarzda yorumlanıp uygulanmamıştır; Eyaletlerin önemli bir kısmı, burada söz konusu olan faaliyetlerin bu ödev ile bağdaşmaz olduğunu düşünmemektedirler.

60. Bununla birlikte Mahkeme'den, bu sistemi değerlendirmesi istenmemiştir. Buna göre Mahkeme, bayan Vogt'un memuriyetten çıkarılması meselesi üzerinde yoğunlaşacaktır.

Bu bağlamda Mahkeme ilk olarak, bir orta öğretim öğretmeninin ödeve aykırılık nedeniyle disiplin tedbiri yoluyla memuriyetten çıkarılmasının çok ağır tedbir olduğunu düşünmek için birçok sebep bulunduğunu kaydeder. Çünkü, birincisi, böyle bir kişinin itibarını etkileyeceği ve ikincisi bu şekilde memuriyetten çıkarılan orta öğretim öğretmenleri genellikle geçim kaynaklarını kaybedeceği için, disiplin Mahkemesi bunlara aylıklarının bir kısmının ödenmesinin devamına karar verebileceğinden, bu tedbir önemlidir. Son olarak, bu durumdaki bir orta öğretim öğretmeninin, başka bir yerde öğretmenlik işi bulması hemen hemen imkânsızdır; çünkü Almanya'da memuriyet dışında öğretmenlik kadroları çok azdır. Sonuç olarak bu kişiler yapmayı istedikleri, öğrenimini gördükleri ve yetkisini ve tecrübesini kazandıkları tek mesleği icra etme imkânından, hemen hemen kesin olarak yoksun kalacaklardır.

Kaydedilmesi gereken ikinci nokta, bayan Vogt'un, niteliği gereği güvenlik riski taşımayan bir kadroda, orta öğretimde Almanca ve Fransızca öğretmenliği yapmasıdır.

Öğretmenlere yüklenen ödev ve sorumluluklara aykırı olarak, bayan Vogt'un dersler sırasında öğrencilerini belirli bir görüşü aşılamak (endoktrine etmek) veya başka bir şekilde uygunsuz etkide bulunmak amacıyla konumunun getirdiği avantajdan yararlanma ihtimali şeklinde bir risk vardır. Ancak şimdiye kadar kendisine bu noktadan hiçbir eleştiri yapılmamıştır. Tam tersine, başvurucunun okuldaki çalışmaları amirleri tarafından bütünüyle tatmin edici bulunmuş ve öğrencileri ve velileri ile diğer meslektaşlarından saygı görmüştür (...); disiplin Mahkemeleri, başvurucunun görevini her zaman eleştiriye maruz kalmayacak bir şekilde yerine getirdiğini kabul etmişlerdir (...) Gerçekten de yetkili makamların, disiplin soruşturması açtıktan dört yıl gibi uzun bir süre sonra başvurucuyu görevden almaları (...), öğrencileri başvurucunun etkisinden uzaklaştırma ihtiyacının acil olmadığını düşündüklerini göstermektedir.

Öğretmenler, öğrencilerin gözünde otorite oldukları için, öğretmenlerin özel ödev ve sorumlulukları, belirli bir ölçüde okul dışındaki faaliyetleri için de geçerlidir. Ancak, bayan Vogt'un okul dışında bile, anayasaya aykırı beyanlarda bulunduğunu veya anayasaya aykırı bir tutum benimsediğini gösteren herhangi bir delil yoktur. Kendisine yöneltilen tek eleştiri, DKP'nin aktif bir üyesi olması, parti içindeki konumu ve Eyalet Parlamentosu seçimlerinde aday olmasıdır. Bayan Vogt, bu faaliyetlerinin, Alman anayasa düzenin ilkelerinin taraftarı olmakla bağdaştığına dair kişisel kanaatini ısrarla savunmuştur. Disiplin Mahkemeleri, başvurucunun kişisel kanaatini hukuki bakımından önemli görmemekle birlikte (...), samimi ve içten bulmuşlardır.

Akılda tutulması gereken son bir nokta da, DKP'nin Federal Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmamış olduğu ve sonuç olarak başvurucunun bu parti için yaptığı faaliyetlerin tamamen yasal olduğudur.

61. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, bayan Vogt'un ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı göstermek için Hükümetin ileri sürdüğü gerekçelerin konuyla ilgili olduğu, fakat demokratik bir toplumda gerekliliğini ikna edici bir şekilde ortaya koymak için yeterli olmadığı sonucuna varmaktadır. Devlete belirli bir takdir alanı tanınmış olsa bile, bayan Vogt'u disiplin yaptırımıyla orta öğretim öğretmenlik kadrosundan çıkarmanın, izlenen meşru amaçla orantısız olduğu sonucuna varılmalıdır.

Buna göre Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir."

II. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali iddiası

64. Sözleşme'nin 11. maddesinin özerk bir rolü ve ayrı bir uygulama alanı bulunmakla birlikte, mevcut davada Sözleşme'nin 10. maddesinin ışığında ele alınmalıdır (*Young, James ve Webster, §57 ve 26.04.1991 tarihli Ezelin, §37*). Sözleşme'nin 10. maddesinin güvence altına aldığı kişisel görüşleri koruma, 11. maddede yer alan toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün de hedeflerinden biridir.

65. Kadrolu bir memur olan bayan Vogt, yukarıda Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından belirtilen (...) prensipler gereğince, Sözleşme'nin 11. maddesinin de korumasında yararlanır.

Başvurucu, kişisel görüşüne göre DKP üyeliğinin sadakat ödeviyle bağdaşmaz olmadığı gerekçesiyle kendisini bu partiden soyutlamayı ısrarlı bir şekilde reddettiği için memuriyetten çıkarılmıştır.

Buna göre Sözleşme'nin 11(1). fıkrasıyla korunan hakkın kullanılmasına bir müdahale vardır.

66. Böyle bir müdahale, son cümlesindeki istisna dışında, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki şartlarla aynı olan Sözleşme'nin 11(2). fıkrasındaki şartları yerine getirmedikçe, 11. maddeye bir aykırılık oluşturur.

67. Bu noktada Mahkeme, söz konusu görevlinin işgal ettiği kadroyu dikkate alarak, bu maddedeki "devlet idaresi" deyiminin dar yorumlanması gerektiğine dair Komisyon görüşüne katılmaktadır.

68. Ancak öğretmenler, Sözleşme'nin 11(2). fıkrası bakımından "Devlet idaresi"nin bir unsuru olarak kabul edilseler bile, ki Mahkeme mevcut davada bu sorunu karara bağlamayı gerekli görmemektedir, bayan Vogt'un memuriyetten çıkarılması, Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından daha önce gösterilen gerekçelerle (...), izlenen meşru amaçla orantı değildir.

Buna göre, Sözleşme'nin 11. maddesi de ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLER MAHKEME,

1. İkiye karşı on yedi oyla, bu davada Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulanabilir olduğuna;
2. Dokuza karşı on oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
3. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 11. maddesinin uygulanabilir olduğuna;
4. Dokuza karşı on oyla, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine;
5. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 10. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesine göre incelemenin gerekli olmadığına;
6. İkiye karşı on yedi oyla, Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanabilirliği sorununun karara olmadığına

...

KARAR VERMİŞTİR.

12.02.2008 14277/04 GUJA - MOLDOVA

♦ *basına bilgi sızdırma nedeniyle işten çıkarma* (politikacılar tarafından savcılığa gönderilmiş iki mektubun savcılık görevlisi tarafından basına sızdırılması ve bu mektupların basında politikacıların adliyeye baskı yaptığının örnekleri olarak yayınlanması üzerine başvurucunun işten çıkarılması, çalışanın işverene liyakat bağı, kamunun yolsuzluk ya da siyasi baskılarla ilgili bilgilere erişme hakkı) ■ ifade özgürlüğü—haber ve görüşleri alma ve verme özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Dava konusu olaylar

Bu dava, savcılıkta çalışan bir görevli olan başvurucunun basına bazı bilgileri sızdırdığı gerekçesiyle işten atılması hakkındadır.

Ocak 2003'te Moldavya Başkanı, yolsuzlukla mücadelenin önemi hakkında bir açıklama yapmış ve kamu çalışanlarının kendilerine yapılan baskılara karşı direnmeleri gerektiğini vurgulamıştır. Bu açıklama basın tarafından yayımlanmıştır. Birkaç gün sonra savcılığın basın birimini yöneten başvurucu, bir ulusal gazeteye savcılığa gelen iki mektubu iletmiştir. Bu mektuplar "gizli" ibaresi taşımamaktadır. Meclis başkan yardımcısı tarafından savcılığa gönderilen bir mektupta, haklarında dava açılan dört polis hakkında olumlu

görüşler ortaya konmaktadır. İkinci mektup ise, bir bakan yardımcısından gelmekte ve söz konusu polislerden birisinin daha önce tutuklulara eziyet etmekten mahkûm olduğu, ancak cezasının affedildiği belirtilmektedir.

Gazetede, Moldova'da yolsuzluk ve adli kurumlar üzerinde baskının ciddi bir sorun olduğunu belirten bir yazı yayımlanmış ve bu mektuplar dayanak olarak gösterilmiştir. Bunun üzerine başvurucu "gizli" belgeleri basına ilettiği gerekçesiyle işinden atılmıştır.

Konuyla ilgili hukuk

Bazı Uluslarası Hukuk Belgeler

Birleşmiş Milletler Belgeleri

Moldova'nın, 14 Şubat 1997 tarihinde onaylamış olduğu, Uluslararası Çalışma Örgütü 158 sayılı "Hizmet İlişkikisine İşveren Tarafından Son Verilmesi Hakkında Sözleşme"nin ilgili hükümleri şöyledir:

Madde 5

'Özellikle aşağıdaki hususlar işe son verme için geçerli bir neden teşkil etmezler:

(...)

c) İşvereni şikayet etmek veya işveren aleyhine mevzuata aykırılık iddiasıyla başlatılmış sürece katılım veya işveren aleyhine idari makamlar nezdinde müracaatta bulunmak ;

(...)'

Birleşmiş Milletler Genel Kurulunun, 58/4 sayılı Kararıyla, 31 Ekim 2003'te kabul ettiği "Yolsuzlukla Mücadele Sözleşmesi", 14 Aralık 2005'te yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme'nin ilgili hükümleri şöyledir:

'Madde 33 – İhbarda bulunan kişilerin korunması

Her taraf devlet, bu sözleşmeye uygun olarak ihdas edilen suçlarla ilgili hususlarda yetkili makamlara makul gerekçelerle ve iyi niyetli olarak ihbarda bulunan kişileri haksız muamelelerden koruyacak uygun önlemleri iç hukuk sisteminde dahil etmeyi değerlendirecektir.'

Bu kararın kabul edildiği tarihte 140 devlet Sözleşme'yi imzalamış, 77 devlet onaylamıştı. Moldova Cumhuriyeti ise bu Sözleşme'yi imzalamamış ve onaylamamıştı.

Avrupa Konseyi'nin Belgeleri

Avrupa Konseyi'nin 27 Ocak 1999 tarihli ve Yolsuzluğa Karşı Ceza Hukuku Sözleşmesi'nin ilgili hükümleri şöyledir:

'Giriş

Bu Sözleşmeyi imzalayan Avrupa Konseyi üyesi Devletler ve diğer Devletler,

(...)

Yolsuzluğun, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları için bir tehdit oluşturduğunu, iyi yönetim, hakkaniyet ve sosyal adalet ilkelerini temelinden sarstığını, rekabeti bozduğunu, iktisadi gelişmeyi köstekleyiğini ve demokratik kurumların istikrarını ve toplumun ahlaki temellerini tehlikeye attığını vurgulayarak,

(...)

Aşağıdaki hususlarda anlaşmışlardır:

(...)

Madde 22 – Adaletle işbirliği yapanların ve tanıkların korunması

Taraflar,

a) 2 ila 14 üncü maddelerde düzenlenen suçlara ilişkin bilgi sağlayan ya da bir başka şekilde soruşturma ve kovuşturma makamları ile işbirliği yapan kişilerin,

b) bu nevi suçlarla ilgili olarak ifade veren tanıkların,

etkin ve uygun şekilde korunmalarını sağlamak amacıyla gerekli gördükleri yasal ve diğer önlemleri alırlar.'

Bu Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporu, 22. maddeyle ilgili bölümde şunları belirtmektedir:

'111. (...) 'tanık' ifadesi, Sözleşme'nin 2. maddesinden 14. maddesine kadar olan maddelerde tanımlanan, yolsuzluk suçlarıyla ilgili ceza davalarıyla ilişkin bilgisi bulunan herkesi ve bu ilişkiyi gösteren kişileri kapsamaktadır.'

Moldova tarafından 24 Haziran 1999'da imzalanan Sözleşme, bu ülkede 1 Mayıs 2004'te yürürlüğe girmiştir.

Avrupa Konseyi'nin 4 Kasım 1999 tarihli, Yolsuzluğa Karşı Özel Hukuk Sözleşmesi'nin, ilgili bölümleri aşağıdaki şekildedir:

'Giriş

Bu Sözleşme'ye imza atan Avrupa Konseyi üyesi Devletler, diğer Devletler ve Avrupa Topluluğu,

(...)

Yolsuzluk olgusunun hukukun üstünlüğü, demokrasi ve insan hakları, hakkaniyet ve sosyal adalet için ciddi bir tehdit oluşturduğunu, ekonomik gelişmeyi engellediğini ve piyasa ekonomilerinin düzgün ve dürüst işlemelerini tehlikeye soktuğunu vurgulayarak;

Yolsuzluğun bireyler, devlet kurumları, uluslar arası kuruluşlar ve şirketler için menfi sonuçlarını teyit ederek,

(...)

Aşağıdaki gibi anlaşmışlardır.

(...)

Madde 9 – Çalışanların Korunması

Taraflar kendi iç hukuklarında, iyi niyetle ve makul şüpheler temelinde, yolsuzluk fiillerini yetkili kişi ya da makamlara ihbar eden görevlilere karşı kanıtlanmamış herhangi bir haksız yaptırımın uygulanmaması amacıyla uygun bir koruma sağlamayı öngörürler.'

Bu Sözleşme'nin Açıklayıcı Raporunun, 9. maddeye ilişkin kısmı aşağıdaki gibidir:

'66. Bu madde, her taraf devlete, iyi niyetle ve makul şüphelere dayanarak, yolsuzlukla ilgili ihbarda bulunan çalışanları, her türlü haksız cezaya karşı koruma yükümlülüğü yüklemektedir.

9. madde uyarınca alınacak tedbirlere gelince, tarafların hukuku, örneğin bir işverenin haksız bir caza almış olan çalışana tazminat ödemeye hükmedilmesini öngörebilir.

Sonuçta yolsuzluk davalarının tespit edilmesi ve soruşturulmaları zordur ve çalışanlar ya da ilgili kişilerin meslektaşları (kamu ya da özel sektörden), anormal bir durum olduğunu ilk tespit eden kişilerdir.

'Haksız cezaya karşı uygun koruma', bu Sözleşme gereğince, bir yolsuzluk fiilini yetkili kişi ya da makamlara bildirmesi nedeniyle çalışanlara verilen her türlü cezanın haksız olduğu anlamını taşımaktadır. Sonuçta, yolsuzluk olaylarının bildirilmesi, gizliliğin korunması ödevinin bir parçası olarak görülmemelidir. Bu haksız cezalar, örneğin, işten çıkarma ya da tayin yerinin değiştirilmesi veya çalışanın kariyerine zarar getirebilecek her türlü tedbiri kapsayabilir.

İşverenlerin çalışanlara karşı örneğin iş hukuku alanında gereken işlemlerde bulunmalarına hiç kimsenin engel olamaz; ancak işverenlerin çalışanlara, sadece sorumlu makam ya da kişiye şüphelerini bildirdikleri bahanesiyle haksız yaptırımlar uygulayamacakları açıkça belirtilir.

Tarafların sağlamakla yükümlü oldukları uygun koruma, çalışanları şüphelerini yetkili kişi ya da makama bildirmeye cesaretlendirmelidir. Aslında birçok olayda, yolsuzlukla ilgili eylemlerle ilgili bilgisi olan kişiler, bunları özellikle olumsuz sonuç endişesiyle bildirmezler.

Öngörülen koruma, çalışanların sadece şüphelerinin yerinde olduğu ve iyi niyetli olmaları durumunu kapsar. Diğer bir deyişle bu koruma, sadece dürüst şekilde hareket eden kişilere uygulanır, kötü niyetli olanlara uygulanmaz.'

Bu Sözleşme Moldova tarafından 4 Kasım 1999 tarihinde imzalanmış ve bu ülke için 1 Temmuz 2004 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Bakanlar Komitesi'nin, 11 Mayıs 2000 tarihinde kabul ettiği, (2000) 10 sayılı ve Kamu Görevlileri İçin Model Davranış Kurallarına İlişkin Tavsiye Kararı'nın ilgili kısımları aşağıdaki gibidir:

'Madde 11

Resmi bilgilere erişme hakkı göz önünde tutularak, kamu görevlisi görevi esnasında veya görevinin bir sonucu olarak elde ettiği bilgi ve belgeleri gerekli gizlilik kurallarına uygun olarak işleme tabi tutumkla yükümlüdür.

Madde 12 – Rapor etme

(...)

5. Bir sorunun, kamu hizmeti ile ilgili kanunlarda belirtilen prosedürlere başvurulara rağmen ilgili kamu görevlisince kabul edilebilecek bir tarzda çözülemediği durumlarda, kamu görevlisi kendine verilen hukuka uygun talimatları yer getirmelidir.

6. Kamu görevlisi, işini yaptığı sırada ya da işi gereği öğrendiği kamu hizmeti ilgili hukuka aykırı veya suç niteliğindeki eylemlere ilişkin şüphe, iddia veya bir delili yetkili makamlara bildirir. Rapor edilenler hakkında soruşturma, yetkili makamlar tarafından yürütülmelidir.'

HÜKÜM GEREKÇESİ

Başvurucu, kendisinin, Jurnal de Chişinau'e söz konusu mektupları iletmesinin ardından işten çıkarılmasının, ifade özgürlüğü ve özellikle de üçüncü kişilere bilgi ve fikir iletme hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür.

I. Kabuledilebilirlik

B. Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin şikâyet

52. Mahkeme, 10. maddedeki korumanın, genel olarak mesleki alanı ve özellik olarak da memurları kapsadığını hatırlatmaktadır (*Vogt, §53; Wille, [B.D.], §41; Ahmed ve Diğerleri, §56; Fuentes Bobo, §38*).

53. Başvurucunun gazeteye gönderdiği mektuplar, daha sonra gazete tarafından yayınlanmıştır. Sözleşme'nin 10. maddesinin bilgi verme özgürlüğünü güvence altına aldığı ve ilgilinin bu mektupların yayınlanmasına katkıda bulunduğu dikkate alındığında, Mahkeme, Hükümetin ilk itirazının reddine karar vermektedir.

54. Mahkeme, başvurucunun 10. maddeye ilişkin şikâyetinin, karmaşık olgusal ve hukuki sorunlar çıkardığını ve bunların esas incelemesi yapılmadan çözümlenemeyeceği kanaatindedir. Hiçbir kabuledilmezlik gerekçesi bulunmadığını tespit eden Mahkeme, bu şikâyetin kabuledilebilir olduğuna karar vermiştir. Sözleşme'nin 29/3. maddesinde öngörülen seçeneği uygulama kararına uygun olarak, derhal bu şikâyetin esasını inceleyecektir.

II. Esas

A. Müdahalenin varlığı

55. … Mahkeme, … söz konusu mektupları kamuyla paylaştığı gerekçesiyle, başvurucu hakkında alınan, işten çıkarma tedbirinin, başvurucunun bu maddenin birinci fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğüne 'bir kamu makamının müdahalesi' olduğu kanaatindedir.

56. Böyle bir müdahale, sadece, 'hukuken öngörülmüş' olması, bu maddenin 2. fıkrası bağlamında bir veya daha fazla meşru amacının bulunması ve söz konusu amaç ya da amaçları gerçekleştirmek için 'demokratik bir toplumda gerekli olması durumları dışında, 10. maddeye aykırılık oluşturur.

B. Hukuken öngörülmüş olma

57. Başvurucu ilk dileçesinde, müdahalenin hukuken öngörülmediğini öne sürmüştür. Başvurucu, resmi makamlar tarafından müdahale için dayanılan hukukun yeteri kadar önceden görülebilir olmadığı kanaatindedir. Başvurucu bu konuya daha sonraki dilekçelerinde değinmemiştir.

58. Mahkeme, başvurucunun, Savcılık İç Tüzüğü'nün 1.4 ve 4.11 maddelerine aykırı davrandığı için İş Kanununun 263/1. maddesine göre işten çıkarıldığını tespit etmektedir. Taraflar, bu hususa Mahkeme önünde itiraz etmedikleri için, Mahkeme, Savcılık İç Tüzüğünün 1.4. ve 4.11. maddelerinin, 'hukuken öngörülmüş olma' koşuluna uygun olduklarını varsayarak incelemesine devam edecektir.

C. Meşru amaç

59. Başvurucu, müdahalenin hiçbir meşru amacı olmadığını öne sürmüştür. Hükümet, söz konusu tedbirin birçok meşru amacı olduğunu savunmuştur; bunlar, yargı organının otoritesinin sağlanması, suçun önlenmesi ve başkalarının şerefinin korunması gibi amaçlardır. Mahkeme ise izlenen meşru amacın, gizli bilgilerin ifşa edilmesini önlemek olduğunu kabul etmektedir. Mahkeme buna karar verirken, başvurucunun işten çıkarılma sırasında bilgi kaynağını ifşa etmeyi reddettiğini ve bunun da söz konusu bilgilere kolaylıkla ulaşılamayacağını ve bu bilgilerin kamuya açık olmadığını gösterdiği kanaatindedir (*Haseldine – Birleşik Krallık, no. 18957/91, Komisyon kararı*). Bu durumda, Mahkeme,

müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını ve özellikle de ulaşılmak istenen meşru amaçla orantılı olup olmadığını incelemelidir.

D. Demokratik bir toplumda gereklilik

1. Tarafların iddiaları

(...)

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a) Mevcut olayda uygulanabilecek olan genel prensipler

69. Çözülmesi gereken temel sorun, müdahalenin 'demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı' sorunudur. Bu konuya ilişkin temel prensipler Mahkeme'nin içtihadında yerleşmiş olup, aşağıdaki şekilde özetlenebilir (*Jersild, §31; Hertel, §46; Steel ve Morris, §87*):

"i. İfade özgürlüğü, demokratik toplumun esaslı temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve bireyin gelişimi için temel koşullarından birini oluşturmaktadır. İfade özgürlüğü, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası çerçevesinde, sadece lehte olduğu kabul edilen ya da kırıcı olmayan veya ilgilenmeye değmez görülen 'bilgiler' ya da 'fikirler' için değil, ama aynı zamanda, aykırı olan, şok eden ya da rahatsız eden 'bilgiler' ya da 'düşünceler' için de geçerlidir; bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gereğidir; bunlar olmaksızın, 'demokratik toplum' olmaz. Sözleşme'nin 10. maddesinde belirttiği gibi, ifade özgürlüğünün istisnaları vardır; bu istisnalar dar yorumlanmalıdır ve ifade özgürlüğünün kısıtlanması olan ihtiyaç, ikna edici şekilde ortaya konulmalıdır (...)

ii. Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamında, 'gerekli' sıfatı, 'toplumsal bir ihtiyaç baskısını' ima etmekdedir. Sözleşmeci devletler böyle bir ihtiyacın varlığını değerlendirirken, belli bir takdir alanına sahiptirler; bu değerlendirme, kanun veya kanunu uygulayan bağımsız mahkemeler tarafından yapılmış da olsa, Avrupa denetimi ile el ele yürür. Mahkeme son tahlilde' kısıtlamanın', 10. maddenin güvence altına aldığı ifade özgürlüğüyle uyumlu olup olmadığına karar vermekle yetkilidir.

iii. Mahkeme denetim yaparken, yetkili ulusal makamların yerine geçmez, fakat onların takdir yetkisine dayanarak verdikleri kararları, 10. maddeye göre incelemekle görevlidir. Bu, Mahkeme'nin yapacağı denetimin, davalı devletin bu yetkiyi sadece iyi niyetle, özenle ve makul şekilde kullanıp kullanmadığını incelemekle sınırlı olduğu anlamına gelmez. Mahkeme, söz konusu müdahaleye bir bütün olarak bakmalı ve müdahalenin 'izlenen amaçla orantılı olup olmadığını' belirlemeli ve ulusal makamların müdahaleyi haklı çıkarmak için ileri sürdükleri gerekçelerin 'ilgili ve yeterli' olup olmadıklarını incelemelidir. (...) Böylelikle Mahkeme, ulusal makamların, 10. maddede belirtilen prensipleri uygun şekilde uyguladıklarına ve dahası ilgili olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayandıklarına ikna olmalıdır (...)'

70. Mahkeme bunun yanı sıra, Sözleşme'nin 10. maddesinin mesleki alana da uygulandığını ve başvurucu gibi memurların ifade özgürlüğünün bulunduğunu hatırlatır (bk. yukarıda §52). Aynı zamanda Mahkeme, çalışanların işverenlere karşı bağlılık, ihtiyat ve ketumluk ödevinin bulunduğunu da unutmamaktadır. Bu ilkeler, kamu görevlileri içinde geçerlidir; çünkü kamu görevi niteliği gereği kamu görevlilerinden bağlı ve ketum olmalarını gerektirir (*Vogt, §53; Ahmed ve Diğerleri, §55; De Diego Nafria, §37*).

71. Demokratik bir toplumda memurların görevi Hükümetin işlevlerini yerine getirmesine yardım etmek olduğu için ve halkın da memurların bu yardımı sağlamalarını ve demokratik olarak seçilen Hükümete engel çıkarmamalarını bekleme hakkı olduğu için,

bağlılık ve ketumluk yükümlülüğü memurlara ilişkin ciddi bir önem arz etmektedir (*Ahmed ve Diğerleri, §53*). Ayrıca memurlar, konumlarının niteliği gereği, Hükümetin çeşitli meşru sebeplerle gizli veya sır olarak tutmakta menfaatlerinin bulunduğu bilgilere ulaşabilmektedirler. Bu nedenle kamu görevlileri genel olarak, daha güçlü bir ketumluk yükümlülüğüne tabidirler.

72. Şimdiye kadar Mahkeme, bir kamu görevlisinin iç bilgileri sızdırdığı herhangi bir olayla ilgili bir karar vermemiştir. Bu bağlamda mevcut olay yeni bir olay olup, bir memurun müdahalesi olmaksızın sızdırmanın söz konusu olduğu *Stoll – İsviçre* (*[BD], no.69698/01*) davasından farklıdır. Bu noktada Mahkeme, bir kamu görevlisinin işi sırasında, yayımlanmasında ya da ifşa edilmesinde güçlü bir kamu yararının olabileceği kurum içi bilgilere ulaşabileceklerini kaydeder. Bu nedenle Mahkeme, kamu sektöründe çalışan bir kamu gerevlisi veya bir çalışan tarafından işyerindeki yasadışı bir eylemin ya da suiistimalin ihbar edilmesinin, bazı durumlarda korunması gerektiği kanaatindedir. Söz konusu kamu görevlisinin tek başına ya da küçük bir grupla bir birlikte iş yerinde olanların farkında olan bir kişi olması ve böylece işvereni ya da kamuoyunu haberdar ederek kamu yararına uygun olarak hareket edebilecek durumda olması halinde, bu koruma gerekli olur. Bu bağlamda Mahkeme, Avrupa Konseyi'nin Yolsuzluğa İlişkin Özel Hukuk Sözleşmesi'nin aşağıdaki kısmını göz önünde tutmuştur:

'Sonuçta yolsuzluk davalarının tespit edilmesi ve soruşturulmaları zordur ve çalışanlar ya da ilgili kişilerin meslektaşları (kamu ya da özel sektörden), anormal bir durum olduğunu ilk tespit eden kişilerdir'.

73. Yukarıda belirtilen ketum olma yükümlülüğü dikkate alındığında, ilgili kişinin önce üstü ya da yetkili bir makam veya kurum nezdinde ifşada bulunması gerekir. Halka ifşada bulunmak, açıkça başka türlü hareket etmenin imkânsız olduğu durumlarda, son aşamada düşünülmelidir (*Haseldine kararı*). Böylece Mahkeme, ifade özgürlüğüne yapılan kısıtlamanın orantılı olup olmadığının tespit edebilmek için, başvurucunun ifşa etmek istediği istismarı gidermek için başka etkil ibir imkânının olup olmadığını incelemelidir.

74. Böyle bir olayda Mahkeme, bir kamu görevlisinin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığını belirlerken, başka etkenleri de dikkate almalıdır. İlk olarak, ifşa edilen bilginin temsil ettiği kamu yararına dikkat etmelidir. Mahkeme, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasının, kamuyu ilgilendiren sorunlar hakkında tartışmanın kısıtlanmasına pek yer vermediğini hatırlatır (*Sürek* (*no. 1*) *[BD], §61*). Demokratik bir sistemde Hükümetin eylemleri ya da ihmalleri sadece yasama ve yargının denetiminde değil, ama aynı zamanda medya ve kamuoyunun da denetimine tabidir. Belli bir bilgi konusunda kamuoyunun yararı, bazen kanunun dayattığı gizlilik yükümlülüğünden de üstün olabilir (*Fressoz ve Roire [BD]; Radio Twist, A.S.*).

75. Denge kurulurken dikkate alınacak ikinci etken, ifşa edilen bilginin gerçekliğidir. Devletin yetkili makamları, iftira niteliğindeki temelsiz ya da kötü niyetli suçlamalara karşı uygun şekilde tepki verebilmek amacıyla tedbirler alabilirler (*Castells, §46*). Dahası, ifade özgürlüğünün kullanılması bazı ödev ve sorumluluklar yüklediğinden, bilgi ifşa etmeyi seçen herkes, koşulların izin verdiği ölçüde, bu bilgilerin kesin ve güvenilir olduklarını dikkatli bir şekilde teyit etmelidir (*Morissens - Belçika, no. 11389/85, Komisyon [k.k.]; Bladet Tromso ve Stensaas, [BD], §65*).

76. Mahkeme terazinin öbür tarafına, söz konusu ifşanın kamu kurumuna verdiği zararı koymalı ve kamunun bu ifşadan elde edebileceği faydaya ağır gelip gelmeyeceğini tespit etmelidir (*Hadjianastassiou, §45; Stoll, §130*). Bu bağlamda, ifşanın konusu ve ilgili idari kurumun niteliği dikkate alınmalıdır (*Haseldine kararı*).

77. Belirli bir ifşanın korumadan yararlanıp yararlanıp yararlanmayacağına karar verirken, ifşa eden çalışanın davranışlarının ardındaki saik, bir başka belirliyici etmendir. Örneğin, kişisel hınç ya da sıkıntı nedeniyle ya da özellikle maddi bir kazanç gibi şahsi bir çıkar için gerçekleştirilen böyle bir fiil, yüksek bir korumadan faydalanmaz (*Haseldine kararı*). İlgili kişinin ifşada bulunurken iyi niyetle ve bilginin gerçek olduğu ve bunu ifşa etmenin kamu yararına olduğu kanaatiyle hareket etmiş olduğu ve istismarı telafi edebilecek daha ketum bir vasıta bulunmamış olması ortaya konulmadır.

78. Nihayet, müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılılığının değerlendirilmesi, verilen cezanın ve sonuçlarının dikkatli bir şekilde incelenmesini gerektirmektedrir (*Fuentes Bobo, §49*).

79. Mahkeme, belirtilen prensipler ışığında, mevcut olayların incelenmesine geçmektedir.

b) Belirtilen prensiplerin mevcut olayda uygulanması

i. Başvurucuın bilgileri ifşa ederken başka yolunun olup olmadığı sorunu

80. Başvurucu, ifşada bulunmak için başka hiçbir etkili yolunun olmadığını öne sürmektedir. Hükümet ise aksine, ilgilinin meseleyi önce üstlerine, olmazsa da Parlamento ya da Ombudsman nezdinde gündeme getirebileceğini savunmuştur.

81. Mahkeme, ne Moldova mevzuatında ne de Savcılık İçtüzüğünde, iş yerinde işlenen usulsüzlüklerin çalışanlar tarafından ifşa edilmesi konusunda herhangi bir hüküm bulunmadığını kaydeder. Bu alanda bir düzenleme bulunmadığından, başvurucu kaygılarını sadece üstleri nezdinde dile getirebilirdi.

82. Bununla birlikte ifşa, bir Parlamento Başkan Yardımcısı'nın, yani yüksek derecedeki bir kişinin tutumunu kapsıyordu ve yaklaşık altı aydan beri durumdan haberdar olan Savcının buna bir karşılık verme niyeti yoktu; böylece Savcı, üzerinde yapılan baskılara teslim olduğu intibaını bırakmıştı.

83. Hükümetin ileri sürdüğü diğer ifşa etme olanaklarına gelince Mahkeme, Hükümetin, mevcut olayın özel koşullarında belirtilen olanakların etkili olmadıklarına dair başvurucunun iddiasını geçersiz kılacak nitelikte bir delil sunmadığı kanaatindedir.

84. Bu bilgiler ışığında Mahkeme, mevcut olayın koşullarında, gazeteye bile olsa dışarıya bilgi vermenin haklı görülebileceği kanaatindedir.

ii. Bilginin ifşa edilmesindeki kamu yararı

85. Başvurucu, Bay Mişin'in notunda, adaletin işleyişine siyasi bir müdahalenin söz konusu olduğunu öne sürmektedir. Hükümet, bu iddiaya karşı çıkmaktadır.

86. Mahkeme, polislerin [Meclis Başkan Yardımcısı] Bay Mişin'e yazdıkları mektupta, savcılık tarafından kendilerine karşı suç isnadında bulunulmasının kanuni olup olmadığını teyit etmesini istemiş olduklarını kaydeder. Bay Mişin, savcılığa resmi bir mektup yazarak, buna karşılık vermiştir. Hükümet'e göre Bay Mişin'in eylemi, özellikle Milletvekillerinin Statüsüne İlişkin Kanun'a uygundur. Bu bağlamda Mahkeme, demokratik bir toplumda mahkemelerin ve soruşturma makamlarının her türlü siyasi baskıdan uzak olmaları gerektiğini hatırlatmalıdır. Parlamento üyelerinin haklarını belirleyen bir kanunun yorumu da, bu prensibe uygun olmalıdır.

Mahkeme, Bay Mişin'in Başsavcıya gönderdiği notu inceledikten sonra bu notun, Hükümet'in söylediği gibi sadece polislerin mektubunun yetkili makama iletilmesinden başka bir şey olmadığını iddiasını kabul edemez. Özellikle Bay Mişin'in kullandığı ifadelere ve bağlama bakıldığında, söz konusu notun, olayın 'kesin olarak kanuna uygun

biçimde incelenmesi gerektiğine' ilişkin ifade dikkate alınmasa bile, savcılık üzerinde bir baskı kurmayı hedeflediği göz ardı edilemez.

87. Mahkeme, Moldova Başkanının, politikacılar tarafından ceza adaet sistemine siyasi müdahale yapılmasına karşı kampanya yürütmüş olduğunu ve konunun Moldova medyasında geniş bir şekilde yer aldığını kaydeder. Bunun dışında Mahkeme, Moldova'da kuvvetler ayrılığının bozulduğuna ve yargının bağımsız olmadığına ilişkin kaygılarını dile getiren uluslararası sivil toplum kuruluşlarının raporlarını da dikkate almaktadır.

88. Bu açıklananlar ışığında Mahkeme, başvurucu tarafından ifşa edilen mektupların, kuvvetler ayrılığı, üst düzey siyasetçilerin uygunsuz davranışları ve polis şiddetine karşı Hükümetin tavrı gibi sorunlarla ilgili oldukları kanaatindedir. Tüm bunların, demokratik bir toplumda siyasi tartışma alanına giren ve kamuoyunun haberdar edilmekte meşru bir menfaatinin olduğu çok önemli sorunlar olduğu konusunda şüphe yoktur.

iii. İfşa edilen bilgilerin gerçekliği

89. Başvurucu tarafından Jurnal de Chişinau'e verilen mektupların gerçekliği konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmamaktadır.

iv. Savcılığa verilen zarar

90. Mahkeme, devletin soruşturma yapmakla görevli makamlarının siyasi tarafsızlıklarına ve bağımsızlıklarına olan güvenin sağlanmasının kamunun yararı olduğunu gözlemlemektedir (*Prager ve Oberschlick, §34*). Başvurucunun, gazeteye gönderdiği mektuplar savcılığın temsilcileri tarafından yazılmamıştır. Hükümet'e göre Bay Mişin'in mektubu, devlet organları arasındaki normal bir iletişim olup, savcılığın polislere karşı başlatılan soruşturmanın kapatılması kararında hiçbir rol oynamamıştı. Bununla birlikte, savcılığın haksız bir etki altında olduğuna ilişkin gazete yazılarında varılan sonuç, halkın bu kurumun bağımsızlığına ilişkin güveni üzerinde olumsuz etkilere neden olmuş olabilir.

91. Ancak Mahkeme'ye göre kamunun, Savcılık içinde istismar ve haksız baskı bulunduğuna dair bilginin açıklanmasındaki menfaati demokratik bir toplumda o denli önemlidir ki, kamunun Başsavcılığa olan güveninin sürdürülmesine ağır bastığı kanaatindedir. Mahkeme bu bağlamda, kamuyu ilgilendiren sorunların serbestçe tartışılmasının demokraside temel bir unsur olduğunu ve vatandaşların bu konularda görüşlerinin dillendirmekte cesaretlerinin kırılmaması gerektiğini hatırlatır (*Barfod, §29*).

v. Başvurucuın iyi niyeti

92. Başvurucu, mektupları ifşa ederken tek amacının nüfuz ticaretine ve yolsuzlukla mücadeleye yardım etmek olduğunu iddia etmiştir. Başvurucunun işvereni buna itiraz etmemiştir. Hükümet, özellikle ilgilinin bu açıklamayı milli mahkemeler önünde yapmadığını iddia ederek, başvurucuın iyi niyetinden şüphe duyduğunu belirtmiştir.

93. Elindeki delillere göre Mahkeme'yi, başvurucunun eyleminden kişisel bir fayda sağlamayı amaçladığını, işvereni ya da Bay Mişin'e karşı şahsi bir hınç beslediğini ya da farklı bir gizli niyetle hareket etmiş olduğunu düşündürecek herhangi bir neden yoktur. Mahkeme, başvurucunun milli mahkemelerde yolsuzlukla ve nüfuz ticaretiyle mücadaleye ilişkin iddialarını öne sürmemiş olmasının belirleyici olmadığı kanaatindedir; çünkü başvurucu, işvereni tarafından işten çıkarılmasına ilişkin gösterilen gerekçelere karşı çıkmaya odaklanmış ve işvereninin ileri sürmediği hususlara değinmenin gereksiz olduğunu düşünmüş olabilir.

94. Böylece Mahkeme, başvurucunun belirttiği niyetlerle ve iyi niyetle hareket etmiş olduğu sonucuna varmaktadır.

vi. Verilen cezanın ağırlığı

95. Nihayet Mahkeme, başvurucuya, verilebilecek en ağır cezanın verilmiş olduğunu kaydeder. Resmi makamların başvurucuya daha hafif bir ceza vermeleri mümkün olduğu halde, başvurucuyu işten çıkarmayı seçmişlerdir; bu da şüphesiz çok sert bir yaptırımdır (*Vogt, §60*). Bu yaptırım başvurucunun kariyeri üzerinde çok olumsuz etkileri olmuştur; ayrıca bu yaptırım, savcılığın diğer memurlarının usulsüz davranışları bildirmeleri konusunda cesaretini kırma riskini de taşımaktadır. Bununla birlikte, medyanın başvurucunun olayında uyandırdığı yankı dikkate alındığında, bu yaptırımın sadece savcılığın çalışanları üzerinde değil, ama aynı zamanda diğer kamu görevlileri ve çalışanlar üzerinde de caydırıcı bir etkisi olmuş olabilir.

96. Mahkeme Hükümet'in, başvurucunun söz konusu mektubu 'çaldığını', bu mektubun sır niteliğinde olduğunu ve bir ceza dosyasının parçası olduğunu ve Bay Mişin'in savcılık üzerinde hiçbir baskı kullanmadığını öne sürdüğünü gözlemektedir. Hükümet'e göre, burada söz konusu olan, devlet organları arasında normal bir iletişim olup, bunun polisler hakkındaki soruşturmanın kapatılması kararıyla bir ilgisi yoktur. Bu koşullarda Mahkeme, bu kadar ağır bir yaptırımın haklı gösterilmesinin zor olduğunu tespit etmiştir.

c) Sonuç

97. Mahkeme, geneli ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünün, memurların ve diğer çalışanların iş yerinde tespit ettikleri kanuna aykırı tutumları bildirme haklarının, çalışanların işverenlerine karşı ödev ve sorumluluklarının ve işverenlerin çalışanlarını yönetme hakkının tümüyle farkında olarak, mevcut olayda söz konusu olan diğer çıkarları da tarttıktan sonra, başvurucunun ifade özgürlüğüne, özellikle bilgi verme hakkına yapılan müdahalenin, 'demokratik bir toplumda gerekli olmadığı' sonucuna varmıştır.

Buna göre Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kabuledilebilir olduğuna;
2. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
3. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

25.11.1997 24348/94 GRIGORIADES - YUNANİSTAN

♦ *askeri teşkilatı aşağılama* (bir yedek subayın komutana gönderdiği mektupta askerlik ve silahlı kuvvetler hakkında ağır eleştirileri üzerine açılan ceza davasında mahkum edilmesi)
■ ifade özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu, zorunlu askerlik hizmeti yapan asteğmen rütbesinde bir yedek subaydır. Başvurucu, askerlik hizmeti sırasında askerlere yapılan pek çok kötülüğü gördüğünü ve bunun sonucu olarak da üstleriyle ters düştüğünü iddia etmiştir. Kendisine karşı ceza davaları ve disiplin soruşturmaları açılmıştır. Ceza davası beraat ile sonuçlanmış, ancak kendisine disiplin cezası verilmiş ve bu nedenle askerlik süresi uzamıştır. 30 Nisan 1989'da başvurucuya 24 saat için izin verilmiştir. Başvurucu bu izin süresinin dolmasından sonra askeri birliği dönmemiştir. 6 Mayıs 1989'da başvurucu firari sayılmış ve hakkında soruşturma başlatılmıştır.

Başvurucu 10 Mayıs 1989'da bir taksi şoförü vasıtasıyla birlik komutanına bir mektup göndermiştir. Mektup şöyledir:

"KİŞİSEL BEYAN

Yedek subay olarak iki yıl boyunca askerlik yaptıktan sonra, askerlerin haklarını savunduğum için bana askerlik süresini uzatma cezası verilmesine itiraz ettiğimi bildirmeye kendimi mecbur hissetim. Bugünkü tecrübelerimle baktığımda, bu cezanın hem kişilik haklarını ve hem de anayasal hakları ve kişi özgürlüğünü koruma hakkını bastırmayı amaçlayan genel bir yaklaşımın parçası olduğunu düşünüyorum. Kişisel sonuçlarının ötesinde, genel olarak genç askerlere ceza verilmesini, hele bu cezanın genç insanların siyasi - sosyal - insan haklarına saygı mücadelesi ve askerlik cihazının insanı aşağılamasına karşı kişiliklerini savunma mücadelesi Bu nedenle verilmesini, kabul edilemez ve anayasaya aykırı buluyorum. Konu üzerinde 24 ay süreyle bilinçli ve mücadeleci bir tutum sürdürdükten sonra, toplum yararının bana yaptırdığı hareketlerimin şimdi her zamankinden daha fazla ve tümüyle farkında olarak, aynı zamanda bir görev olan sosyal adaleti ve barışı kurma hakkımı saklı tutuyor ve AÇIKLIYORUM:

Ordu, insana ve topluma karşı bir cihaz olup, niteliği gereği barışla çelişmektedir.

Askerliğin şiddet psikolojisi yaratmak suretiyle, şiddete karşı olan tüm ahlaki ve psikolojik direnci kırdığı için toplumda işlenen suçlardan ve saldırganlıktan sorumlu olduğuna artık kesinlikle eminim.

Ordu, bir yıldırı havası yaratmak ve radikal gençliğin ruh zenginliğini parçalayıp ufalamak suretiyle, bir suç ve terör cihazı olarak kalmaya devam ediyor; insanları, gayri liberal ve baskıcı bir Yönetmelik (No. 20 - 1) vasıtasıyla, siyasal kanaatlerin fişlenmesi ve diğerleri tarafından güdülen bir korku hiyerarşisi kurmak suretiyle, insan doğasını yıkan ve insanların dostluk ve sevgi ilişkilerini bağımlılık ilişkisine dönüştüren baskı cihazının basit bir parçası haline dönüştürmeyi amaçlıyor. Gerçek şu ki, ordudaki yaşam koşulları tahrip edici olmaları nedeniyle kabul edilemez; herhangi bir sağlam direnç ve herhangi bir diyalog girişimi bastırılmakta ve kaldırılması gereken tehlikeli bir kurum olan askeri Mahkeme önüne savunmasız olarak çıkarılmaktadır. Bütün bunlar Milli Savunma Bakanının askerlerin kişiliklerine saygı gösterilmesiyle ilgili seçim konuşmalarına rağmen meydana gelmektedir; gerçekte ise Bakanlık da bu baskıcı sürece katılıp uygulanmasını teşvik etmektedir. Bu protesto aracılığıyla, yaşamları harap edildiği için derin adaletsizlik duygusu içinde bulunan ben ve tüm genç insanlar:

Sosyal adaleti, barışı ve kendi yaşamlarımızı ilgilendiren sorunlar üzerinde söz sahibi olma hakkını geliştirme süreçlerinde yer alanlara yapılan her türlü baskıyı durdurmak; Bakanlığın, askeri gücü anlamlı bir tarzda denetleyeceği ve otoriterlikten gerçekten sorumlu olanları sistematik olarak korumak yerine onları cezalandıracağı bir siyasal iradeye sahip olmasını sağlamak; devletin, bu tür ideallerin gerçekleştirilmesi üzerindeki tüm cezaları kaldırarak, genç insanlara hemen ve her yönüyle girişim ve toplumsal seçme imkânı vermesi için SAVAŞACAĞIZ. Bu protesto "sosyalist söylem"le yetinip yok edicilik politikası izlememelidir; bu otoriter kurumların tasfiye edilmesi çok yönlü bir problem olup, sosyal, politik ve kişisel düzeylerde uzun mücadeleler gerektirir; hepsi çürümüş organların kullandıkları metotlar olan ayrımcılığa, kayırmacılığa ve korumacılığa son verilmelidir.

Böylece, bu tecrübelerden geçmiş olarak, kendimi bu suç mekanizmasının hem işleyişi hem de yapısı içinde yer almaktan ve suç ortağı olmaktan alıkoyan kendi özgür vicdanımı oluşturdum; şu andan itibaren bu şartlar altında üniformamı giymeyi reddediyorum. Liberal düşüncelerle büyütülmüş bir kişi olarak, mizacıma ve inançlarıma aykırı şekilde şayet bu üniformayı giyecek olursam, vicdani bir bunalım içine gireceğimi hissediyorum.

Biz genç nesiller, askerlik kurumunun bir aracı olmamız ve zayıflıkla ezilmemiz için yapılacak her türlü girişime karşı koyacağız. Benim bu davranışım, temel insan haklarından kaynaklandığı ve Yunan Anayasasının hükümlerine uygun olduğu içindir ki, kanunen firar veya itaatsizlik sayılamaz. Ben kendi vicdanıyla ve ondan çıkan özgür iradesiyle tutarlı olmaya çalışan bir vatandaş ve özgür bir insan olarak kaldığımı kabul ediyorum.

Ben ayrıca aşağılanmaya karşı bu tutumumun ve dile getirdiğim bu protestomun, vicdani retçilerle dayanışma ve onlara desteğin samimi bir ifadesi olduğunu düşünüyorum; çünkü bütün içtenliğimle bunun toplumsal kurtuluş ve barış için verilen bir mücadele olduğuna inanıyorum."

Başvurucunun bir yedek subay arkadaşı, Ioannina Daimi Askeri Mahkemesi (bk. aşağıda, §17) önünde verdiği ifadede, başvurucunun 10 Mayıs 1989 tarihli mektubunun bir kopyasını kendisine verdiğini söylemiştir. Mektubun başka kopyalarının dağıtıldığı iddia edilmemiştir.

Komutan, mektubun içeriğinin silahlı kuvvetlere hakaret oluşturduğu düşüncesiyle, Askeri Ceza Yasasının 74. maddesine göre başvurucu hakkında cezai soruşturma açmıştır.

Başvurucu 12 Mayıs 1989'da, kolordu Mahkeme üyesi olan soruşturma subayının önüne çıkarılmış ve bu subay başvurucuyu firar suçundan tutuklamıştır.

Başvurucu 27 Haziran 1989'da İoannina Daimi Askeri Mahkemesi tarafından firar ve orduya hakaret suçlarından yargılanmıştır.

Savunma tarafı hemen duruşmanın başında, ikinci suç isnadı ile ilgili hüküm "lex certa" (kanunilik ilkesine uygun) olmadığı ve eleştirinin hakaret sayılamayacağı gerekçesiyle, anayasaya aykırılık itirazında bulunmuştur. Bu ilk itiraz reddedilmiştir.

Mahkeme başkanı duruşmanın sonunda, Mahkeme üyelerinin başvurucunun suçluluğuna karar vermeden önce üzerinde düşünmeleri gereken sorular hazırlamıştır. Hakaret isnadıyla ilgili sorular şöyledir:

"(a) Sanık, yedek subaylığını yaparken, 10 Mayıs 1989'da, aynı gün bir başka kişinin daha bilgi sahibi olduğu ve başka şeylerle birlikte, ordunun otoritesini küçük düşüren ve hakir gören '(...) Ordu, insana ve topluma karşı bir cihaz(dır) (...) Ordu, bir yıldırı havası yaratmak ve radikal gençliğin ruh zenginliğini parçalayıp ufalamak suretiyle, bir suç ve terör cihazı olarak kalmaya devam ediyor; insanları, gayri liberal ve baskıcı bir Yönetmelik (No. 20 - 1) vasıtasıyla, siyasal kanaatlerin fişlenmesi ve diğerleri tarafından güdülen bir korku hiyerarşisi kurmak suretiyle, insan doğasını yıkan ve insanların dostluk ve sevgi ilişkilerini bağımlılık ilişkisine dönüştüren baskı cihazının basit bir parçası haline dönüştürmeyi amaçlıyor(...)" ifadelerini içeren iki sayfalık daktiloda yazılmış şahsi beyanını X birliğinin komutanına göndermekle Yunan ordusunu aşağılama suçunu işlemiş midir? Eğer işlemiş ise, ulusun anayasal bir kurumu olan Yunan Ordusu kasten mi aşağılanmıştır?

(b) …[başvurucu] yürürlükteki Anayasanın 14. maddesinin sınırları içinde eleştiri yaptığına hatalı bir biçimde fakat iyi niyetle inanarak mı [hareket etmiştir]?"

Mahkeme tarafından aynı gün oybirliğiyle verilen kararda, ilk soruya olumlu ikinci soruya ise olumsuz cevap verilmiştir. Başvurucu firar ve orduya hakaret suçlarından suçlu bulunmuştur. Başvurucunun ilk defa suç işlediğini göz önüne alan Mahkeme, kendisini birinci suçtan 1 yıl sekiz ay ve ikinci suçtan üç ay hapse mahkûm etmiş ve toplam olarak bir yıl on ay hapis cezası yatmasına karar vermiştir.

Başvurucu Askeri Üst Mahkemeye üst başvuruda bulunmuş, bu başvuru 5 Eylül 1989 tarihinde görüşülmüştür. Askeri Üst Mahkeme aynı gün verdiği kararda, başvurucunun firar

suçundan mahkûmiyetini bozmuştur. Ancak bu Mahkeme, başvurucunun olayla ile ilgili kanun maddelerinin anayasaya aykırılık itirazını reddettikten sonra, ikiye karşı üç oyla, orduya hakaret suçundan mahkûmiyetini onaylamış, başvurucunun daha önceden başka mahkûmiyeti bulunmadığını göz önüne alarak üç ay hapsine karar vermiştir. Başvurucunun tutuklu olarak kaldığı süre cezasından indirilerek hemen salıverilmiştir.

Başvurucu Askeri Ceza Yasası'nın 74. maddesinin doğru yorumlanmadığı ve uygulanmadığı gerekçesiyle, bu kararı 20 Eylül 1989'da Askeri Temyiz Mahkemesinde (Arios Pagos) temyiz etmiştir. Başvurucu, başka şeylerle birlikte, silahlı kuvvetlerin genel eleştirisinin bir hakaret sayılamayacağını ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca, söz konusu kanun hükmünün muğlak olduğunu, lex certa (kanunilik ilkesine uygun) sayılamayacağını ve ayrıca ifade özgürlüğünü aşırı ölçüde sınırladığı gerekçesiyle anayasaya aykırı olduğunu iddia etmiştir.

Başvurucunun bu temyizi, Temyiz Mahkemesinin bir Dairesi tarafından 12 Mart 1991'de görüşülmüştür. Temyiz Mahkemesinin bu Dairesi 26 Haziran 1991'de, Askeri Ceza Kanununun 74. maddesinin Anayasaya aykırı olmadığını ve bu maddenin başvurucunun davasında doğru uygulandığını ikiye karşı üç oyla kabul ederek, dosyayı Mahkeme Genel Kurulu önüne getirmeye karar vermiştir.

Temyiz Mahkemesi Genel Kurulu 20 Eylül 1993'te verdiği kararda, Yasanın 74. maddesinin suçun unsurlarını, yani aşağılama ve sanığın kastını yeterli ölçüde çerçevelediğini kabul etmiştir. Temyiz Mahkemesi bu konudaki görüşünü ayrıntılı olarak anlatırken şöyle demiştir:

"Aşağılama kavramı, korunan değerin itibarına, saygınlığına ve şerefine zarar veren her türlü saygısızlık hareketini içerir. Bir ifadenin aşağılama olarak nitelendirilebilmesi için saygısızlığı, sataşmayı ve lekelemeyi bir arada bulundurması gerekir; korunan değeri sadece sorgulamak yeterli değildir. Bu değer, tek tek kara kuvvetleri veya hava kuvvetleri veya deniz kuvvetleri değil, fakat silahlı kuvvetlerdir; bu silahlı kuvvetler ki, kendisine ülkenin özgürlük ve bağımsızlığını savunma görevi verilmiş ve silah taşımaya muktedir her Yunanlının gerekli eğitimi alacağı bir kurumun bütünüdür. Yasakoyucunun niyeti, belirli bir türdeki davranışı aşağılama sayan veya belirli bir tarzda veya araçla işlenen bir suç oluşturmak olmadığından, Askeri Ceza Kanununun 74. maddesi aşağılamanın niteliğini veya aşağılamanın yapılabileceği tarzı veya araçları belirtmemiştir. Silahlı kuvvetler mensubu bir kimse tarafından ordunun herhangi bir şekilde aşağılanması, suç oluşturur. Bu durum suçun unsurları açısından bir belirsizlik yaratmaz. Başka bir unsurun ilavesi suçun kapsamını yasakoyucunun tasarlamadığı bir şekilde daraltacaktır. Düşünce özgürlüğünü güvence altına alan Anayasanın 14. maddesi, yasakoyucunun bir ordu mensubunun orduyu aşağılamasının her şeklini suç haline getirmesini önlemez. Anayasanın 14. maddesinin getirdiği koruma, hukuk tarafından öngörülen sınırlamalara tabidir(...)"

Bu gerekçelerle, Temyiz Mahkemesi Genel Kurulu başvurucunun mahkûmiyetini onamıştır.

İç hukuk: Askeri Ceza Yasasının 74. maddesi şöyledir:

"Bayrağı ve silahlı kuvvetleri aşağılama:

Bayrağı, silahlı kuvvetleri veya bir komutanlık amblemini aşağılayan silahlı kuvvetler mensubu bir kimse, altı aydan az olmamak üzere hapisle cezalandırılır. Suçu işleyen bir subay ise, rütbesi geri alınır."

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası

32. Başvurucu orduyu aşağılamaktan mahkûmiyetinin, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. (...)

A. Başvurucunun 10. maddedeki haklarına bir müdahale var mıdır?

33. Başvurucunun orduya aşağılama suçundan mahkûm edilmesinin ve üç ay hapis cezasına çarptırılmasının, Sözleşme'nin 10(1). fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğu ortak görüştür.

Mahkeme, aksini kabul etmek için bir neden görmemektedir.

B. Müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığı

34. Başvurucu, mahkûmiyetinin ulusal hukukta bir temeli bulunduğuna, bunun da o tarihte yürürlükte olan Askeri Ceza Yasasının 74. maddesi olduğuna itiraz etmemiştir. Diğer taraftan, başvurucu bu kanun hükmünün, "hukuken öngörülmüş" ifadesinden kaynaklanan, önceden bilebilirlik şartının gereklerini karşılayacak kadar açık olmadığını ileri sürmüştür.

Başvurucunun iddiasına göre bu hükmün yazılış tarzı çok geniştir. Bu davayla ilgili olarak Yunanistan Temyiz Mahkemesi tarafından verilen kararda kabul edildiği gibi 74. madde, "aşağılama" kavramını tanımlamamış veya aşağılama sayılabilecek fiilleri belirtmemiştir. Bu hükme rehberlik edecek herhangi bir içtihat da yoktur.

Başvurucuya göre, resmi makamlara ve resmi makamların sembollerine sivil aşağılama suçunu düzenleyen Ceza Kanunun 181. maddesiyle ilgili Hükümet tarafından sunulan içtihatlar konuyla alakasızıdır. Öncelikle ve her halükarda, Ceza Yasasının 181. maddesi farklı ve konuyla alakasız bir hükümdür; ikinci olarak, bu maddede kullanılan ve bu nedenle içtihatlarla yorumlanan ifade, "aşağılama" fiiline dayanmaktadır; oysa Askeri Ceza Yasasının 74. maddesinde başka bir fiil kullanılmış olup, gerçeğe daha uygun olarak "kırıcı" şeklinde çevrilebilir.

35. Hükümet, Askeri Ceza Yasasının 74. maddesindeki orduyu aşağılama suçunun, Ceza Yasasının 181. maddesinde düzenlenen kamu makamlarını aşağılama suçunun özel bir şekli olduğunu, bu nedenle Ceza Yasasının 181. maddesi üzerinde yapılan yorumların Askeri Ceza Yasasının 74. maddesini de aydınlatmaya yaradığını savunmuştur.

36. Komisyon, Askeri Ceza Yasasının 74. maddesinin "aşağılama"yı suç sayan diğer yasa maddelerinden herhangi bir şekilde farklılaşmadığını kabul etmiştir.

37. Mahkeme, ilgili ulusal hukukun, kişilerin bir hareketinin yol açacağı sonuçları gerektiğinde uygun hukuki mütalaayla, mevcut şartlar altında makul bir ölçüye kadar önceden bilebilmelerini mümkün kılacak açıklıkta formüle edilmesi gerektiği yönündeki içtihatlarını hatırlatır.

38. Yunanistan Askeri Ceza Yasasının 74. maddesinin suçu çok geniş terimlerle ifade ettiği doğrudur. Ancak yine de, Mahkeme'nin görüşüne göre bu madde, yukarıdaki standardı taşımaktadır. "Kırıcı" terimine çok yakın olan "aşağılama" sözcüğünün olağan anlamı bakımından dahi, başvurucu cezai bir yaptırıma uğrama tehlikesine girebileceğini anlamış olmalıydı. Buradan çıkan sonuca göre şikâyet edilen müdahale, "hukuken öngörülmüş"tür.

C. Müdahalenin meşru bir amaç izleyip izlemediği

39. Hükümet, Askeri Ceza Yasasının 74. maddesine göre başvurucuya karşı alınan tedbirlerin amacının, iç ve dış tehditlere karşı Yunan toplumunu koruma görevine sahip olan ordunun görevlerini yerine getirirken etkililiğini sürdürmesini sağlamak olduğunu ileri sürmüştür. Bu tedbirler bu nedenle, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasına göre meşru olan ulusal güvenlik, ülke bütünlüğü ve kamu güvenliği amacını izlemiştir.

40. Başvurucu bu görüşe karşı bir görüş ileri sürmemiştir. Komisyon ise, başvurucunun mahkûmiyetinin "orduda disiplini sürdürmek için verilmiş olduğu ölçüde" meşru bir amaç izlediğini kabul etmiştir.

41. Mahkeme, etkili bir askeri savunmanın silahlı kuvvetlerde uygun disiplin tedbirlerinin sürdürülmesini gerektirdiğinden kuşku duymamakta ve buna göre şikâyet konusu müdahalenin, Hükümet tarafından ileri sürüldüğü gibi, bir ölçüye kadar ulusal güvenliği ve kamu güvenliğini koruma amacını izlediği sonucuna varmaktadır.

D. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı

1. Mahkeme önündeki iddialar

(...)

2. Mahkemenin değerlendirmesi

44. Mahkeme uygulanabilir prensipleri, *Vogt - Almanya* kararında aşağıdaki şekilde belirtmiştir (*§52*):

(i) İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini, toplumun ilerlemesi ve her bir bireyin gelişimi için temel koşullardan birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin ikinci fıkrasına tabi olarak, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız görülen veya ilgilenmeye değmez bulunan "haber" ve "düşünceler" için değil, fakat aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen ve rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleri olup, bunlar olmaksızın "demokratik toplum" olmaz. Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtildiği üzere, bu özgürlüğün istisnaları vardır; ancak bu istisnalar dar yorumlanmalı ve bir kısıtlama ihtiyacının bulunduğu inandırıcı bir şekilde ortaya konmalıdır (*Handyside, §49; Lingens, §41; Jersild, §37*).

(ii) Sözleşme'nin 10(2). fıkrası kapsamındaki "gerekli" sıfatı, "toplumsal ihtiyaç baskısı"nın varlığını ima etmektedir. Sözleşmeci Devletler böyle bir ihtiyacın olup olmadığını değerlendirirken belli bir takdir alanına sahiptirler, ancak bu takdir alanı, hem ulusal mevzuatı hem de bağımsız bir mahkeme tarafından verilmiş olsa bile, bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsayan Avrupa denetimi ile birlikte el ele gitmektedir. Bu nedenle Mahkeme, bir "sınırlamanın", 10. madde tarafından güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile bağdaşır olup olmadığı konusunda son kararı vermekle yetkilidir.

(iii) Mahkeme bu denetim yetkisini kullanırken görevi, yetkili ulusal makamların yerine geçmek olmayıp, ulusal makamların takdir yetkileri gereğince aldıkları kararları 10. maddeye göre incelemektir. Bu demek değildir ki denetim, davalı devletin takdir yetkisini makulce, özenle ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını tespit etmekle sınırlıdır. Mahkeme'nin yapması gereken şey, şikâyet konusu müdahaleye olayın bütünlüğü içinde bakmak ve müdahalenin "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını ve müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını belirlemektir (*Sunday Times* (*No. 2*)*, §50*). Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların 10. maddede yer alan ilkelerle uyumlu olan standartları uyguladıklarına ve ayrıca maddi olayları kabul edilebilir bir şekilde takdir ederek karar verdiklerine ikna olmalıdır (...).

45. Sözleşme'nin 10. maddesi, kışlanın kapısında durmaz. Bu madde, Sözleşmeci Devletlerin egemenlik alanı içinde bulunan diğer insanlara olduğu gibi asker kişilere de uygulanır. Bununla birlikte, Mahkeme'nin daha öncede belirttiği gibi, silah altındakilerin askeri disiplini zayıflatmalarını önlemek için düzenlenmiş hukuk kuralları bulunmadan, bir ordunun gereği gibi görev yapabileceğini düşünmek mümkün olmadığı için, askeri disipline karşı gerçek bir tehdidin bulunması halinde, Sözleşmeci Devletler ifade özgürlüğüne kısıtlamalar koyabilmelidirler (*Vereinigung demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi, §36*). Ancak ulusal makamlar, ifade bir kurum olarak ordunun kendisine karşı yöneltilmiş olsa bile, ifade özgürlüğünün içini boşaltmak amacıyla bu tür kurallara dayanamazlar.

46. Bu davada başvurucu, komutanına bir mektup göndermiş, bu mektubun silahlı kuvvetleri aşağıladığı kabul edilmiştir. Başvurucunun komutanı bu nedenle konuyu daha ileriye götürmeye ve başvurucu hakkında Askeri Ceza Yasasının 74. maddesine göre dava açılmasına karar vermiştir.

47. Mektubun Yunan Ordusu ile ilgili bazı sert ve kızgın ifadeler içerdiği doğrudur. Ancak Mahkeme söz konusu ifadelerin, askeri yaşama ve bir kurum olarak orduya yönelik genel ve uzunca bir eleştirel söylev şeklinde dile getirilmiş olduğunu kaydeder. Mektup başvurucu tarafından yayınlanmamış veya bir kopyasının bir subaya verilmesi dışında, daha geniş bir kitleye dağıtılmamış ve başka kimselerin de bu mektubu bildiği iddia edilmemiştir. Mektupta, mektubun gönderildiği kişiye veya başka bir kimseye yönelik bir aşağılama da yer almamıştır. Bu durum karşısında Mahkeme, mektubun askeri disiplin üzerinde objektif etkisinin önemsiz olduğunu kabul eder.

48. Buna göre Mahkeme, başvurucunun suçlanmasının ve mahkûm edilmesinin Sözleşme'nin 10(2) fıkrası anlamında "demokratik toplumda gereklilik" bakımından haklı kılınamayacağını kabul eder. Bu nedenle bu madde ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Sekize karşı on iki oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

Yargıçlar Bernhardt ve Wildhaber kararla aynı yönde, Yargıç Jamberk kararla aynı yönde, yargıçlar Russo, Valticos, Loizou ve Morenilla'ın katıldıkları Sir John Freeland'ın karşı oy, Yargıç Casadeval'ın karşı oy, yargıçlar Gölcüklü ve Pettiti'nin karşı oy görüşleri karara eklenmiştir.

17.07.2001 39288/98 EKİN DERNEĞİ - FRANSA

♦ *kitabın dağıtılmasının yasaklanması* (Bask kültürünü ve yaşama biçimini korumayı amaçlayan ve başvurucu dernek tarafından Fransa'da yayımlanan ve Bask bölgesindeki çatışmayı tarihsel ve kültürel yönleriyle anlatan kitabın 'yabancı kökenli yayınların' dağıtımının yasaklanması konusunda Bakanlığa geniş yetki veren hükmü gereğince yasaklanması, Bakanlık kararının iptali için açılan davada idare mahkemesinin bu kararın yasal dayanağı bulunmadığına ve kitabın içeriğinin basın özgürlüğüne müdahaleyi gerektirmediğine ancak yasa hükmünün ifade özgürlüğünü ihlal etmediğine karar verilmesi) ■ ifade özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu dernek 1987 yılında 'Euskadi Savaşta' adlı bir kitap yayınlamıştır. Bu kitap Baskça, İngilizce, İspanyolca ve Fransızca olmak üzere dört dilde yayınlanmış olup,

aralarında Fransa ve İspanya'nın da bulunduğu birçok ülkede dağıtılmıştır. Başvurucu derneğe göre Bask ülkesi konusunda uzmanlaşmış akademisyenlerin işbirliğiyle oluşturulmuş kolektif bir çalışma olan bu kitap, Bask sorununu tarihsel, kültürel, dilsel ve sosyo-politik açıdan anlatmaktadır. Kitap, Bask ulusal bağımsızlık hareketi tarafından yazılmış olan "Euskadi Savaşta, bir Barış Sözü" başlıklı siyasal bir makaleyle sona ermektedir.

Kitap, 1987 yılının bahar aylarında çıkmıştır. Fransa İçişleri Bakanlığı, 6 Mayıs 1939 tarihli kararnameyle değişik 29 Temmuz 1881 tarihli Yasanın 14. maddesine dayanarak verdiği 19 Nisan 1988 tarihli bir kararla, "ayrılıkçılığı teşvik eden ve şiddete başvurmayı haklı göstermeye çalışan bu kitabın Fransa'da dağıtım ve satışının kamu makamlarına karşı tehdit oluşturacağı" gerekçesiyle, her dört baskısının da Fransa'da dolaşımını, dağıtımını ve satışını yasaklamıştır. Bu karar gereğince, Hava ve Hudut Emniyet Müdürlüğü 6 Mayıs 1988 tarihinde söz konusu kitabın 2,000'den fazla nüshasının Fransa'ya sokulmasına izin vermemiştir.

Başvurucu dernek 1 Haziran 1988'de bu yasağa karşı idari itirazda bulunmuştur. Başvurucu itirazın zımni olarak reddedilmesinin ardından 29 Kasım 1988 tarihinde Pau İdare Mahkemesine dava açmıştır.

Bu Mahkeme görevsizlik kararı vermiş ve dosyayı Yüksek İdare Mahkemesine (Conseil d'Etat) göndermiştir. Yüksek İdare Mahkemesinin Dava Dairesi Başkanı 9 Ocak 1991 tarihli bir kararla, davayı görmesi için dosyayı yeniden Pau İdare Mahkemesine göndermiştir.

Pau İdare Mahkemesi 1 Temmuz 1993 tarihinde her iki tarafın da hazır bulunduğu aleni duruşmadan sonra verdiği kararla, başvurucu derneğin davasını aşağıdaki gerekçelerle reddetmiştir:

"Uyuşmazlık konusu Euskadi Savaşta başlıklı kitabın İspanya'da basıldığı, kitabın beş bölümünün İspanyol yazarlar tarafından yazıldığı ve bu eserin yazımı sırasında yararlanılan belgelerin esas olarak İspanya kökenli olduğu sabittir. Bu nedenle dava konusu kitap, genel merkezi Bayonne'da bulunan başvurucu dernek tarafından yayımlanmış olmasına karşın, yukarıdaki düzenlemeler ışığında yabancı kökenli eser olarak kabul edilmesi gerekir; buna göre İçişleri Bakanlığının kitabın dolaşımını, dağıtımını ve satışını yasaklaması hukuka uygundur.

Uyuşmazlık konusu kitabın özellikle 4. bölümünde, İspanyol Devletinin uyguladığı şiddetin, ETA terör örgütünün orantılı karşı şiddete başvurmasını haklı kıldığının savunulduğu göz önünde tutulacak olursa, kitap kamu düzenine karşı tehdit oluşturabilecek nitelikte olduğundan, İçişleri Bakanlığı açık takdir hatası yapmamıştır.

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesine göre "herkes ifade özgürlüğü hakkına sahiptir …"; Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğüne yönelik bir kısıtlamanın hedeflenen meşru amaçla orantılı olup olmadığını ve yabancı yayına getirilen yasağın istenen amaca uygunluğunu değerlendirmek, idare Mahkemelerinin görevidir. Mevcut dava dosyasındaki deliller, uyuşmazlık konusu kitapla ilgili genel yasaklama tedbirinin kamu düzeni çerçevesinde hedeflenen amaçlarla orantısız olduğu olduğunu göstermemektedir …"

Başvurucu dernek bu karara karşı 20 Ağustos 1993 tarihinde Yüksek İdare Mahkemesine başvurmuştur.

Yüksek İdare Mahkemesi 9 Temmuz 1997 tarihinde, öncelikle 1881 tarihli Yasanın 14. maddesinin Sözleşme'nin 10 ve 14. maddelerine aykırı olmadığına karar vermiştir:

"6 Mayıs 1939 tarihli Kararname ile değişik 29 Temmuz 1881 tarihli Yasanın 14. maddesi hükmü gereğince, 'süreli olsun veya olmasın, yabancı dilde yazılmış gazete veya kitapların Fransa içinde dolaşımı, dağıtımı ve satışı, İçişleri Bakanlığı kararıyla yasaklanabilir. Yine Fransa'da veya yabancı ülkelerde Fransızca basılmış yabancı kökenli gazete ve kitaplar da yasaklanabilir'. Bu hükme dayanılarak alınan kararların hukukiliğini çerçeveleyen şartları ortaya koyan kanun hükümleri bulunmadığından, Bakanlığın yetkisine yönelik herhangi bir kısıtlama, Bakanlığın saygı göstermekle yükümlü olduğu kamu özgürlükleri ve özelikle basın özgürlüğü ile genel menfaatleri uzlaştırma ihtiyacından doğmaktadır. Böyle bir yasak kararına karşı bir idare Mahkemesine dava açıldığı zaman bu Mahkemelerin görevi, yasaklanan yayının kamu özgürlüklerine tecavüzü gerektirecek ölçüde genel menfaatlere karşı bir tehdit oluşturup oluşturmadığını değerlendirmektir. Başvurucu derneğin iddialarının aksine, İçişleri Bakanlığı tarafından bu şekilde kullanılan ve Mahkemelerin denetimine tabi olan bu yetki, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerini Korumaya Dair Avrupa Sözleşmesi'nin 10 ve 14. maddelerindeki birbirleriyle bağlantılı hükümlerine aykırılık oluşturmamaktadır …"

Öte yandan Yüksek İdare Mahkemesi, aşağıdaki gerekçelerle hem söz konusu Mahkeme kararını ve hem de 29 Nisan 1988 tarihli Bakanlık kararını kaldırmıştır:

"İçişleri Bakanlığı itiraz konusu kararla, yukarıda anılan 29 Temmuz 1881 tarihli yasanın 14. maddesi anlamında yabancı eser olarak kabul edilmesi gereken Euskadi Savaşta adlı kolektif eserin dolaşımı, dağıtımı ve satışı yasaklamıştır. Bakanlığın korumakla görevli olduğu özellikle kamu güvenliği ve kamu düzeni gibi menfaatleri dikkate alan Mahkememiz, söz konusu yayının içeriğinde, itiraz konusu kararda mevcut basın özgürlüğüne karşı ağır tecavüzü yeterine haklı kılacak bir şey görmemiştir.

Yukarıdaki düşüncelerden çıkan sonuca göre, Ekin Derneği tarafından yayınlanan Euskadi Savaşta kitabının İçişleri Bakanlığının 29 Temmuz 1881 tarihi Yasanın 14. maddesine dayanarak verdiği Fransa'da dolaşımı, dağıtımı ve satışa konulmasının yasaklanması kararına karşı yapılan itirazın Pau İdare Mahkemesi tarafından reddine dair kararının haksız olduğuna dair bu derneğin iddiası yerindedir."

Başvurucu, Bakanlık tarafından 2 Aralık 1997 tarihli alınan taahhütlü bir yazıyla, 9 yıldan fazla süren 29 Nisan 1988 tarihli yasaklama nedeniyle uğradığı maddi ve manevi zararları için Bakanlıktan tazminat talep etmiştir. Başvurucuya göre bu kararın icrası, yetkili makamlar bakımından haksız fiil oluşturmuştur. Başvurucu dernek, 481,000 FF'lık kısmı doğrudan kitabın Fransa'da satışının yasaklanmasından doğan mali zarara karşılık olmak üzere toplam 831,000 FF tazminat istemiştir. Başvurucu şu ana kadar İçişleri Bakanlığından bir cevap almamıştır. Fransız idari yargılama usulü kurallarına göre bu suskunluk, başvurucunun talebinin reddi anlamına gelmektedir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

(...)

II. Sözleşme'nin tek başına 10. maddesinin veya 14. maddeyle birlikte ihlali iddiası

39. Başvurucu dernek Sözleşme'nin 10. maddesine dayanarak, 1881 tarihli Yasanın değişik 14. maddesinin bir hukuk kuralı sayılabilmek için çok belirsiz olduğundan ve böylece ulaşılabilirlik ile önceden görülebilirlik şartlarını taşımadığından şikâyetçi olmuştur. Bu maddenin izin verdiği müdahale de demokratik bir toplumda gerekli değildir. Dahası bu madde, ifade özgürlüğü konusunda dile veya ulusal kökene dayanan ayrımcılığa yol açmakta ve böylece 10. maddeyle birlikte ele alınan 14. maddeyi ihlal etmektedir. …

40. Hükümet, başvurucu derneğin ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin Sözleşme'nin 10(2). fıkrası bakımından haklı olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu buna karşı çıkmıştır.

41. Mahkeme, başvurucu derneğin şikâyetini, Sözleşme'nin 10. maddesini tek başına ele alarak incelemeye başlayacaktır.

A. Bir müdahalenin var olup olmadığı

42. Mahkeme, başvurucu dernek tarafından yayınlanan kitabın Fransa'da dolaşımını, dağıtımını ve satışını yasaklayan Fransa İçişleri Bakanlığının 29 Nisan 1988 tarihli kararına dayanak oluşturan 29 Temmuz 19881 tarihli Yasanın 6 Mayıs 1939 tarihli Kararnameyle değişik 14. maddesinin, bizzat başvurucu derneğin, ifade özgürlüğünün bütünleyici bir parçası olan yazılı metinler ve yayınlar yapma özgürlüğüne bir "müdahale" oluşturduğundan kuşku duymamaktadır (*Klass ve Diğerleri, §41*). Hükümet de buna itiraz etmemektedir.

B. Müdahalenin haklılığı

43. Bu tür müdahaleler, "hukuken öngörülmüş olma"dıkça, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında yer alan meşru amaç veya amaçlardan birini izlemedikçe veya bu amaçları gerçekleştirmek için "demokratik bir toplumda gerekli" olmadıkça, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal eder.

1. Hukuken öngörülmüş olma

44. Mahkeme, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamında "hukuken öngörülmüş olma" ifadesinin, öncelikle uyuşmazlık konusu işlemin iç hukukta bir temeli bulunmasını gerektirdiğini belirtir. Mahkeme'ye göre bu ifade aynı zamanda söz konusu hukukun, ilgili kişi bakımından ulaşılabilir olması ve sonuçlarının önceden görebilir olması ile hukukun üstünlüğüyle bağdaşabilir olmasını gerektiren bir niteliğe sahip bulunması anlamına gelir (*Kruslin, §27*).

45. Mevcut olayda birinci koşulun yerine getirilmiş olduğu konusunda tereddüt yoktur, çünkü kararın hukuki temelini 1881 tarihli Yasanın değişik 14. maddesi oluşturmaktadır. Geriye kalan şey, söz konusu kuralın ulaşılabilirlik ve önceden görülebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığı konusunda karar vermektir. Bu konuda tarafların görüşleri farklılaşmaktadır. Başvurucu dernek, bu madde hükmünün bir hukuk kuralı oluşturamayacak kadar belirsiz olduğu ve bu nedenle ulaşılabilirlik ve önceden görülebilirlik şartlarını taşımadığı kanaatindedir. Öte yandan Hükümet ise, 1881 tarihli Yasanın değişik halinin, ulaşılabilirlik ve önceden görülebilirlik şartlarını taşıdığını, çünkü Conseil d'Etat'ın çok sayıdaki kararında bunun ayrıntılarıyla anlatıldığını, bunlardan en yakın tarihli olanın da bizzat Ekin kararı olduğunu savunmuştur.

46. Mahkeme, yerleşik içtihadına göre "hukuk" kavramının "biçimsel" değil ama "maddi" anlamıyla anlaşılması gerektiğini belirtir. Bu nedenle hukuk, kanunlardan daha düşük derecedeki mevzuat dâhil, yazılı hukuku oluşturabilecek her şeyi (*De Wilde, Ooms ve Versyp, §93*) ve bunları yorumlayan Mahkeme kararlarını içerir (*Kruslin, §29*). Mevcut davada sorun, Bakanlık kararının verildiği 29 Nisan 1988 tarihinde, 1881 tarihli Yasanın değişik 14. maddesinin içeriğini, başvurucu dernek kitapları yayınlarken tutumunu düzenleyecek şekilde ayrıntılı olarak anlatan Fransız Mahkemelerinin açık, sarih ve birbirleriyle uyumlu kararları bulunup bulunmadığıdır.

Tartışma konusu işlemlerin yapıldığı tarihte Conseil d'Etat'ın yapmış olduğu sınırlı sayıda denetimi göz önünde tutan Mahkeme, başvurucu dernek tarafından şikayet edilen kısıtlamanın, önceden görülebilirlik şartını taşımadığını düşünmeye eğilimlidir. Conseil d'Etat'ın, Mahkeme'nin önündeki davada 9 Temmuz 1997 tarihli kararında önceki kararlarını gözden geçirdiği ve yaptığı denetimin alanını 1881 tarihli Yasanın 14. maddesine göre alınan Bakanlık kararları bakımından tam denetime doğru genişlettiği doğrudur.

Bununla birlikte Mahkeme, müdahalenin gerekliliği konusunda vardığı sonucun ışığında (bk. aşağıda, §64), bu nokta hakkında karar vermenin gerekli olmadığını kabul etmektedir.

2. Meşru amaç

47. Hükümet, 1881 tarihli değişik Yasanın öngördüğü ve daha sonra verilen Mahkeme kararlarının ayrıntılı olarak gösterdiği yasaklayıcı işlemlerin meşru bir amaç izlediğini, yani düzensizliğin önlenmesi amacını taşıdığını ve daha çok ırkçı yayınlara ve halkı şiddete teşvik eden yayınlara karşı uygulandığını savunmuştur. Başvurucu derneğe göre ise söz konusu hükümler, yazarın milliyetine ve yayının diline dayanan ayrımcı bir görüşü yansıtmaktadır.

48. Mahkeme mevcut davada, ulusal makamlar tarafından 1881 tarihli Yasanın değişik 14. maddesini uygularken, ayrılıkçılığı teşvik eden ve şiddet kullanmayı kışkırtan bir kitabın Fransa'da dolaşımını yasaklamak suretiyle düzensizliğin önlenmesini amaçladığını kaydeder. Bask Bölgesindeki mevcut durumu göz önüne tutan Mahkeme, başvurucu derneğe karşı alınan tedbirin Hükümet tarafından sözü edilen amaçları izlediği, yani suç veya düzensizliği önlemeyi amaçladığı sonucuna varmanın mümkün olduğunu düşünmektedir. Gerçekten de, bu kitapta söz konusu olduğu gibi, ayrılıkçı bir hareket ne zaman şiddet kullanılmasına dayanan metotlara başvuracak olsa, durum böyle olur (*Sürek ve Özdemir, §51*).

3. Demokratik bir toplumda gereklilik

a) Tarafların iddia ve savunmaları

(...)

b) Mahkeme'nin değerlendirmesi

i) Genel prensipler

56. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesiyle ilgili kararlarından çıkan ilkeleri hatırlatır (*Handyside kararı; Sunday Times kararı; Lingens kararı; Oberschlik kararı; Observer ve Guardian kararı*).

İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtildiği gibi bu özgürlük, kesin olarak dar yorumlanması gereken istisnalara tabidir ve herhangi bir kısıtlama ihtiyacı ikna edici bir şekilde ortaya konmalıdır.

Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamındaki "gerekli" sıfatı, "toplumsal ihtiyaç baskısının" varlığını ima etmektedir. Sözleşmeci Devletler, böyle bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirirken, belirli bir takdir alanına sahiptirler; fakat bu takdir alanı, hem mevzuatı ve hem de bağımsız mahkemeler tarafından verilmiş olsa bile bunu hayata geçiren kararları üzerinde bir Avrupa denetimiyle el ele gider. Bu nedenle Mahkeme, "kısıtlamanın" Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunan ifade özgürlüğüyle bağdaştırılabilir olup olamadığı konusunda nihai kararı vermekle yetkilidir.

Mahkeme'nin görevi, herhangi bir biçimde yetkili ulusal Mahkemelerin yerini almak değil, fakat ulusal Mahkemelerin takdir yetkilerini kullanarak verdikleri kararların Sözleşme'nin 10. maddesine uygunluğunu denetlemektir. Bu demek değildir ki,

Mahkeme'nin denetimi davalı bir devletin takdir yetkisini makulce, dikkatlice ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını tespit etmekle sınırlıdır; Mahkeme'nin yapması gereken şey, şikâyet konusu müdahaleye olayın bütünlüğü içinde bakmak ve müdahalenin "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını ve ulusal makamların bir müdahaleyi haklı kılmak için gösterdikleri gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını karara bağlamaktır.

Sözleşme'nin 10. maddesi, yayın gibi şeyler üzerinde ön kısıtlamalar konulmasını yasaklamamaktadır. Bu durum, sadece bu maddede "şartlar", "kısıtlamalar", "önleyen", "önlenmesi" gibi kelimelerin yer almış olmasından değil, ama aynı zamanda Mahkeme'nin yukarıda geçen *Sunday Times* ve *Markt Intern Verlag GmbH ile Klaus Beermann* kararlarından da anlaşılmaktadır. Öte yandan, ön kısıtlamalara içkin bulunan tehlikeler o kadar büyüktür ki, Mahkeme'nin bu konuda çok dikkatli ve derin bir inceleme yapması gerekir. Bu durum özellikle basın davalarında söz konusudur, çünkü haber dayanıksız bir mal olup, kısa bir süre için de olsa yayınlanmaması, kendisini bütün değerinden ve ilgiden yoksun bırakabilir. Bu tehlike, periyodik olmamakla birlikte kamusal meseleleri el alan yayınlar için de geçerlidir.

57. Mahkeme bu ilkelerin, genel olarak kitapların ve periyodik yayınlar dışındaki diğer yazılı eserlerin yayınlanmasına da uygulanabileceği görüşündedir.

ii) Yukarıdaki ilkelerin olaya uygulanması

58. 1881 tarihli Yasasının değişik 14. maddesi çok geniş ifadelerle yazılmış olup, yabancı kökenli veya yabancı dilde yazılmış yayınların dağıtımı üzerinde idari yasaklar koyması için İçişleri Bakanlığına geniş yetkiler vermektedir. Yukarıda da belirtildiği gibi bu tür kısıtlamalar, prensip gereği Sözleşme'yle zorunlu bir şekilde bağdaşmaz değildir. Bununla birlikte, hem yasakların kapsamı üzerinde sıkı bir kontrolü ve hem de yetki istismarını önlemek için etkili bir yargısal denetimi getiren bir hukuki çevrece gereklidir.

59. Hükümet, İçişleri Bakanlığının yetkisinin, eserin yasaklanması kararını iptal edebilen idare Mahkemelerinin tam denetimine tabi olduğunu belirtmiştir. Bunun yanında, 1983 tarihli kararnamenin 8. maddesi gereğince, 1881 tarihli Yasanın değişik 14. maddesine göre alınmış kararlar, ancak ilgili kişiye yazılı mütalaasını sunma fırsatı verildikten sonra veya talep etmişse kendisi dinlendikten sonra uygulanabilir (bk. yukarıda §32).

60. Mahkeme, 1881 tarihli Yasanın değişik 14. maddesinin, yabancı yayınlara uygulanabilecek düzenlemenin kapsamı konusunda İçişleri Bakanlığına, yabancı dilde yazılmış bütün eserlerin ve hatta Fransızca yazılmış olsa bile yabancı kökenli kabul edilen bütün yayınların, Fransa sınırları içinde dolaşımını, dağıtımını ve satışını genel ve mutlak bir şekilde yasaklama yetkisi vererek, genel düzenlemeye bir istisna getirdiğini kaydeder. Mahkeme, bu maddenin, yetkinin uygulanabileceği koşulları belirtmediğini kaydeder. Özellikle "yabancı kökenli" kavramının tanımı bulunmadığı gibi, yabancı sayılan bir yayının hangi sebeplerle yasaklanabileceği de belirtilmemiştir. Buna karşılık bu boşluklar zaman içinde idari Mahkemelerinin kararlarıyla doldurulmuştur. Bununla birlikte, başvurucu derneğin de işaret ettiği gibi bu kuralların uygulanışı, bazı olaylarda çok şaşırtıcı sonuçlara yol açmış ve bazı olaylarda da eserin dili veya yayın yerine bağlı olarak keyfilik sınırına yaklaşmıştır.

61. İdari yasaklamaların yargısal denetiminin kapsamı ve biçimi konusunda Mahkeme, hukuki denetimin sonradan (ex post facto) yapıldığını kaydeder. Ayrıca bu yargısal denetim otomatik olarak yapılmamaktadır; çünkü denetim ancak yayıncının Mahkemeye başvurması üzerine yapılmaktadır. Yargısal denetimin kapsamı ve etkililiği konusunda ise Mahkeme, Conseil d'Etat tarafından mevcut davada verilen karara kadar, idari Mahkemelerinin 1881 tarihli Yasanın değişik 14. maddesine göre verilen kararları sınırlı bir

şekilde denetlediklerini gözlemlemektedir. Conseil d'Etat denetim yetkisini, ancak 9 Temmuz 1997 tarihli Ekin Derneği kararından sonra, yasaklama kararının gerekçelerini her yönüyle denetleyecek şekilde genişletmiştir. Bu halde bile başvurucu, kesin bir Mahkeme kararı elde etmek için 9 yıldan fazla beklemek zorunda kalmıştır. Hiç kuşku yok ki dava, konusu gereği çok daha hızlı bir şekilde görülebilecek olduğu halde uzun sürmüş, bu da yargısal denetimin etkililiğini önemli ölçüde zayıflatmıştır. Hükümetin de itiraz etmediği bunu ağırlaştıran diğer bir faktör de, Mahkeme'nin önündeki olayda uygulanabilecek yasal hükümlere göre yürütmeyi durdurma kararının, ancak bunu talep eden tarafın, yasağın telafisi çok güç bir zarara sebep olacağını göstermesi halinde verilecek olmasıdır. Bu en azından yerine getirilmesi güç bir koşuldur. Son olarak, 28 Kasım 1983 tarihli Kararnamenin 8. maddesine göre, idari makam tedbirin acil olarak gerektiğini göstermesi halinde, yayıncının bu yasaklama kararının alınmasından önce yazılı veya sözlü mütalaa sunma imkânı yoktur. Olay da tam bu şekilde olmuştur. Sonuç olarak Mahkeme, mevcut yargısal denetim usulünün, yayınlar üzerinde idari yasaklamalarla ilgili olaylarda kötüye kullanmaya karşı yeterli bir güvence sağlamadığı kanaatindedir.

62. Bu mevzuatın, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan hakkın "ulusal sınırlarla kısıtlanmaksızın" korunduğunu ifade eden 10 maddenin 1. fıkrasının lafzıyla doğrudan bir çelişki içinde olduğu görülmektedir. Hükümet, yabancı kökenli yayınlarla ilgili özel bir mevzuatın gerekli olduğunu, çünkü yasaklanmış fiilden suçlu yazarların veya yayıncıların yurt dışında faaliyette bulunmaları halinde haklarında dava açmanın mümkün olmadığını savunmuştur. Mahkeme bu savunmayı ikna edici bulmamıştır. İkinci Dünya Savaşı başlarında 1939 yılındaki olağanüstü şartlar yabancı yayınlar üzerinde sıkı bir denetim yapılmasını haklı kılsa bile, yabancı yayınlara karşı ayrımcılık içeren böyle bir sistemin hala yürürlükte olması gerektiğini savunmak mümkün görünmemektedir. Ayrıca Mahkeme, yasaklanmış eserin yayıncısı olan başvurucu derneğin ikametgâhının Fransa'da bulunduğunu kaydeder.

63. Mevcut olayda Mahkeme, Conseil d'Etat gibi, kitabın içeriğinin, özellikle kamu düzeni ve kamu güvenliği açısından başvurucu derneğin ifade özgürlüğüne İçişleri Bakanlığının koyduğu yasak kadar ağır bir müdahaleyi haklı kılmadığı görüşündedir. Sonuç olarak Mahkeme, söz konusu yasaklama kararının toplumsal ihtiyaç baskısına cevap vermediği ve izlenen meşru amaçla orantılı olmadığı görüşündedir.

64. Mahkeme bu değerlendirmelerinin ve tartışma konusu mevzuat ışığında, 1881 tarihli Yasanın değişik 14. maddesinden kaynaklanan müdahalenin "demokratik toplumda gerekli" görülemeyeceği sonucuna varmıştır. Bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

65. Vardığı sonucu göz önünde tutan Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesiyle birlikte 14. maddesinin ihlali şikâyetini ayrıca incelemeyi gerekli görmemektedir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

(...)

2. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

13.02.2003 40153/98 ÇETİN VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE

♦ *gazetenin olağanüstü hal bölgesine sokulmasının yasaklanması* (Ülkede Gündem adlı gazetenin olağanüstü bölge valisinin kararıyla olağanüstü bölgesine sokulmasının yasaklanması ve bu karara karşı yargı yolu bulunmaması) ■ ifade özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucular Türk vatandaşı olup Diyarbakır'da oturmaktadırlar. Olayların meydana geldiği sırada merkezi İstanbul'da bulunan ve Türkçe yayınlanan 'Ülkede Gündem' gazetesinde gazeteci olarak çalışmaktadırlar. Bu gazete 24 Ekim 1998'de kapanmış yerine 'Özgür Bakış' gazetesi çıkmaya başlamıştır. 27 Nisan 2000'de '2 Binde Yeni Gündem' isimli bir başka gazete çıkmış, bu da yerini 31 Mayıs 2001'de haftalık 'Yedinci Gündem' isimli gazeteye bırakmıştır.

Olayların meydana geldiği tarihlerde V.Çetin 'Ülkede Gündem' gazetesinde her salı yayınlanmakta olan Diyarbakır'dan notlar kroniğini yazmaktadır. İ.Balkaç, 'Ülkede Gündem' gazetesinin Diyarbakır temsilcisidir. Diğer başvuru sahiplerinden Z.Bağır halen Lice Belediye Başkanıdır, M.Kaya avukattır, K.Şahin ve N.Kılıç Türkiye'nin doğusunda ilkokul öğretmenliği yapmaktadırlar. A.Sünbül hala '7. Gündem' adlı gazetede çalışmaktadır. M.Dağ Kayapınar Belediyesinde basın müşaviridir.

Bu dava, 'Ülkede Gündem' gazetesinin olağanüstü hal bölgesinde yayınlanmasının Olağanüstü Hal Bölge Valisi tarafından 1 Aralık 1997 tarihinde yasaklanmasıyla ilgilidir.

1 Aralık 1997'de OHAL Bölge Valisi, 'Ülkede Gündem' Gazetesinin olağanüstü hal bölgesinde çıkarılması ve dağıtılmasını yasaklamıştır. 7 Mayıs 1999'da OHAL Bölge Valisi 'Ülkede Gündem' gazetesinin yerine geçen 'Özgür Bakış' gazetesinin çıkarılması ve dağıtımını yasaklamıştır. Aynı biçimde 1 Haziran 2000'de '2 Binde Yeni Gündem' gazetesinin çıkarılması ve dağıtımı valilik kararıyla yasaklanmıştır. Nihayet '2 Binde Yeni Gündem' gazetesinin yerini alan Haftalık 'Yedinci Gündem' gazetesi 27 Haziran 2001'de aynı biçimde yasaklanmıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

…

II. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali

40. Başvurucular, OHAL Bölge Valisi tarafından 1 Aralık 1997'de verilen dağıtım yasağı kararı nedeniyle bilgi ve fikirleri iletme haklarının kullanımına haksız bir müdahalede bulunulduğundan şikâyetçidirler. …

A. Bir müdahalenin varlığı

41. Mahkeme, Ülkede Gündem gazetesinin olağanüstü hal bölgesinde çıkarılması ve dağıtılmasının OHAL Bölge Valisi tarafından, 2935 saydı Kanunun 11.e ve 430 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1.a maddeleri gereğince 1 Aralık 1997'de yasaklanmasının, başvurucuların, bilgi ve fikirleri iletme hakkını da içeren ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğundan kuşku duymamaktadır (*Purcell ve Diğerleri – İrlanda, no. 15404/89,; O. – Birleşik Krallık, no: 18714/91; Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi, §27; Ekin Derneği, §42*). Zaten buna kimse itiraz etmemektedir.

B. Müdahalenin haklılığı

42. Bir müdahale bu maddenin 2. paragrafında yer alan şartları yerine getirmiyor ise 10. maddeye aykırıdır. O halde bu müdahalenin "yasayla öngörüldüğünü", bu paragraf

çerçevesindeki meşru amaç ya da amaçlardan esinlendiğini ve bu amaçlara ulaşmak için "demokratik bur toplumda gerekli olup olmadığını" belirlemek kalmaktadır.

1. Hukuken öngörülmüş olma

43. Sözleşmenin 10(2). fıkrası anlamında "hukuken öngörülmüş" deyimi, söz konusu önlemin iç hukukta bir temeli olmasını gerektirir, ancak bu deyim söz konusu yasanın niteliği ile de ilgilidir. Yani bu hukuk ilgili kişi tarafından erişilebilir olmalı, bu kişi bu hukukun kendine yönelik sonuçlarını önceden görebilmeli ve bu hukuk, hukukun üstünlüğüyle uyumlu olmalıdır.

44. Birinci şartın yerine getirilmesiyle ilgili bir tartışma konusu bulunmamaktadır. Söz konusu yasaklama, yasal bir temele yani 2935 sayılı Kanunun 11.e ve 430 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1.a maddelerine dayanmakta ve Sözleşmenin 10(2). fıkrası anlamında "hukuken öngörülme" niteliğini taşımaktadır. Geriye, söz konusu hukuksal normun erişilebilirlik ve önceden görülebilirlik şartlarını yerine getirip getirmediğini incelemek kalmaktadır.

Mahkeme, müdahalenin gerekliliği açısından vardığı sonucu göz önünde bulundurarak, bu soruyu yanıtlamanın gereksiz olduğu görüşündedir (bk. aşağıda §66).

2. Meşru amaç

45. Başvurucular söz konusu müdahalenin Sözleşmenin 10(2). fıkrası anlamında meşru bir amaç güttüğünü inkâr etmemektedirler.

46. Türk Hükümeti uyuşmazlık konusu müdahalenin kamu düzeninin, ulusal güvenliğin ve devletin toprak bütünlüğünün korunması gibi meşru amaçlar güttüğünü ileri sürmektedir.

47. Terörizmle mücadelenin hassas karakterini ve ulusal makamların şiddeti artırma eğilimindeki eylemlere karşı titizliklerini kullanma gereğini göz önünde bulunduran Mahkeme, uyuşmazlık konusu müdahalenin Sözleşmenin 10(2). fıkrası anlamında kamu düzeninin ve ulusal güvenliğin korunması gibi iki meşru amaç güttüğünün kabul edilebileceği görüşündedir.

3. Demokratik bir toplumda gereklilik

48. Geriye, uyuşmazlık konusu önlemin bu amaçlara ulaşmak için "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığının belirlenmesi kalmaktadır.

a. Genel ilkeler

49. Mahkeme konuyla ilgili içtihadından ortaya çıkan temel ilkeleri hatırlatır (*Castells, §46; Zana, §51; Fressoz ve Roire [BD], §45; Ceylan [BD], §32; Öztürk kararı; Ayşe Öztürk, §67*).

i) İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en esaslı temellerinden birini ve toplumun ve her bireyin ilerlemesi ve gelişmesi için vazgeçilmez koşullardan birini oluşturur.

İfade özgürlüğü, 10(2). maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz.

ii) Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamındaki "gerekli" sıfatı, "toplumsal ihtiyaç baskısının" varlığını ima etmektedir. İfade özgürlüğünün kullanımında bir müdahalenin "gerekliliği" ikna edici bir biçimde ortaya konmalıdır. Bir müdahaleyi gerektiren bir ihtiyacın

olup olmadığını değerlendirmek, en başta ulusal makamlara düşmektedir; bu noktada ulusal makamlar belirli bir takdir alanına sahiptirler. fakat bu takdir alanı, hem mevzuatı ve hem de bağımsız mahkemeler tarafından verilmiş olsa bile bunu hayata geçiren kararları üzerinde bir Avrupa denetimiyle el ele gider.

Ancak bu takdir alanı, hem yasayı ve hem de yasayı uygulayan mahkeme kararları üzerinde Mahkemenin kontrolüne tabidir. Mahkeme bu kontrolü yaparken kesinlikle ulusal yargı organlarının yerine geçmez. Bu nedenle da müdahaleyi oluşturan "kısıtlamanın" ya da "yaptırımın" 10. madde tarafından korunan ifade özgürlüğüyle bağdaşıp bağdaşmadığını kontrol eder.

iii) Öte yandan olay, basında yayımlanan bir yazıya karşı alınan önlemlerle ilgili olduğu taktirde, söz konusu müdahaleyi basının bir siyasi demokraside oynadığı rolü göz önünde bulundurarak incelemek gerekir (*Lingens, §41; Fressoz ve Roire kararı, §45*). Basının, özellikle ulusal güvenlik ve toprak bütünlüğü gibi devletin hayati menfaatlerinin şiddete karşı korunması veya düzenin korunması ve suçların önlenmesi için belirlenen sınırları aşmaması gerektiği kabul edilmekle birlikte, kamuoyunu bölen siyasi konular dâhil olmak üzere haber ve düşünceleri yayınlamak basına düşmektedir. Basının bu yayınlama fonksiyonuna kamunun da bu yayınları elde etme hakkı eklenir. Basın özgürlüğü, kamuoyuna yöneticilerin fikir ve tutumlarını tanıma ve bu konuda karar verme olanaklarından en iyisini sağlar (*Lingens, §41-42*).

iv) Nihayet Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesinin başlı başına yayın öncesi kısıtlamaları yasaklamadığını hatırlatır. Sözleşme'nin 10. maddesinde kullanılan "formaliteler", "şartlar", "yasaklar" ve "yaptırımlar" terimleri buna işaret etmektedir. Bununla birlikte bu kısıtlamalar öyle tehlikeler içerirler ki, Mahkeme'nin sıkı bir biçimde incelemesini gerektirirler. Özellikle basın söz konusu olunca durum böyledir: Haber çabuk eskiyen, bozulan bir üründür, kısa bir süre için dahi olsa onun yayınlanmasını geciktirmek tüm kıymetini ve yararını giderme riski taşır (*Sunday Times* (*no 2*)*, §51*).

b. Yukarıdaki ilkelerin olayda uygulanması

50. Türk Hükümetine göre ifade özgürlüğü Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından güvence altına alındığı şekliyle mutlak bir niteliğe sahip değildir. Bu özgürlüğe bu maddenin 2. fıkrasında öngörülen bir bazı yasal sınırlamalar getirilebilir. Bu noktada Türk Hükümeti terörist eylemler nedeniyle özellikle hassas bir ortamın hüküm sürdüğü belirli bir bölgede söz konusu gazetenin dağıtımının engellendiğini belirtmektedir. Bu gazetenin toplatılmasına neden olan makaleler, halkı isyana teşvik etmeye ya da terörist eylemleri haklı göstermeye çalışmaları nedeniyle, bölgedeki kamu düzeni üzerinde önemli bir etkiye yol açabilirdi.

51. Hükümet, Sözleşme organlarının içtihatlarını aktararak, Sözleşmenin 17. maddesinin, Sözleşme'nin güvence altına aldığı insan haklarını yıkmaya yönelik bir eyleme girişmeleri durumunda, bireylere Sözleşme'de yer alan bir özgürlüğü ileri sürmelerine izin vermediğini söylemiştir. Ayrıca Mahkeme, Türkiye'nin geçirmekte olduğu nazik dönemlerde kontrol edilemeyecek tepkileri tetikleme riski bulunan sözler söz konusu olduğunda, olayın meydana geldiği bağlamı nazarı itibara almak zorundadır.

52. Hükümete göre uyuşmazlık konusu müdahale, belirli bir bölgede olması ve toplam 53 gün sürmesi nedeniyle izlenen amaçla orantılıdır. Nihayet Ülkede Gündem gazetesinin 24 Ekim 1998 tarihinde kapanması nedeniyle Türk Hükümeti dava konusunun düştüğünü ileri sürmüştür.

53. Başvurucular Türk Hükümetinin bu iddialarına karşı çıkmışlar ve uyuşmazlık konusu müdahalenin fikir ve haber iletme haklarını açık bir biçimde ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.

54. Başvuruculara göre söz konusu yasaklama kesinlikle kamu düzeninin korunması amacıyla yapılmamıştır. Başvuruculara göre, söz konusu gazete, Hükümete yönelik eleştiriler yayınlayarak güvenlik güçlerinin bölgede görevlerini yerine getirmelerini zorlaştırıyordu. Başvurucular, gazeteci olarak bölgede meydana gelen olaylarla ilgili haberleri ve bu konuyla ilgili kendi yorumlarını yayınlama amacında olduklarını söylemişlerdir. Bununla birlikte bölgede oturanların bu haberleri almak için başka hiçbir imkânları bulunmamaktadır.

55. Başvurucular, OHAL Bölge Valisine verilen geniş yetkinin, yargı denetimi dışında kalması nedeniyle, ifade özgürlüğü için çok tehlikeli bir tehdit oluşturduğunu ileri sürmüşlerdir.

56. Hükümetin, gazetenin başka bir isimle tekrar yayınlanmaya başlaması nedeniyle başvurunun düşmesi gerektiği yönündeki iddiasıyla ilgili olarak başvurucular, maruz kaldığı baskılar nedeniyle Ülkede Gündem gazetesinin kapandığını ileri sürmüşlerdir. Oysa gazete Özgür Bakış ismiyle yayınlanmaya devam etmektedir. Bununla birlikte bu gazetenin dağıtımı da söz konusu bölgede valilik kararıyla yasaklanmıştır.

c. Mahkeme'nin değerlendirmesi

57. Mahkeme öncelikle 10. maddenin, ifade özgürlüğünü "herkes" için güvence altına aldığını, gerçekleştirilmek istenen amacın doğasına veya gerçek ya da tüzel kişilerin bu özgürlüğün kullanımında oynadıkları role göre bir ayırım yapmadığını vurgulamaktadır (*Casado Coca, §35*). Bu özgürlük, haberlerin içeriğinin yanı sıra yayın araçlarını da ilgilendirir, zira bu araçlara yapılacak bir kısıtlama haber alma ve iletme özgürlüğüne dokunmaktadır (*Autronic AG, §47*).

Mahkeme'ye göre, gazeteciler tarafından toplanan ve bölgeye ilişkin haberleri yayınlayan ve yorumlayan Ülkede Gündem gazetesine karşı bir yasaklama olduğundan, olayda başvurucuların olağanüstü hal bölgesi sakinlerine haber iletme özgürlüklerinin kullanımı söz konusudur.

58. Uyuşmazlık konusu tedbir ulusal mahkemelerin denetiminin dışında kaldığından ve OHAL Bölge Valisi kararında herhangi bir gerekçe gösterilmediğinden, Mahkeme söz konusu müdahalenin gerekliliğini 2935 sayılı OHAL Kanununun 11.e ve 430 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1.a maddelerinin metinleri ve davalı hükümet tarafından Mahkeme'ye sunulan savunmalar ışığında inceleyebileceği görüşündedir.

59. 2935 sayılı OHAL Kanununun 11.e ve 430 sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin 1.a maddeleri oldukça geniş ifadeler içermekte olup, OHAL Bölge valisine yayınların çıkarılması ve dağıtılmasıyla ilgili idari yasaklamalar konusunda geniş yetkiler tanımaktadır. Bu tür ön kısıtlamalar, kural olarak Sözleşme ile bağdaşmaz değildir. Ancak bu tür ön kısıtlamalar sadece, yasakların kapsamını düzenleyen sıkı hukuk kurallarının ve muhtemel kötüye kullanmalara karşı etkili bir yargısal denetimin yürürlükte olması halinde konulabilir.

60. İlk olarak Valinin yetkilerinin kapsamıyla ilgili olarak Mahkeme, söz konusu hükümlerin valiye bölgede kamu düzenini ciddi biçimde bozacağı, yöredeki halkı kışkırtacağı, bölgede yürütülen operasyonları yanlış bir şekilde anlatarak güvenlik güçlerinin görevlerini yapmalarını engelleyeceği düşünülen her türlü yazılı yayının çıkarılması ve dağıtılmasını yasaklama yetkisi verdiğini kaydeder.

61. İstisnai nitelikte olan ve doğaları gereği çok özel şartlarla haklı görülebilen bu yetkilerin kapsamını dikkatli bir şekilde inceleyen Mahkeme, bu yetkilerin pratikte kötüye kullanmalara karşı ne tür koruyucular bulunduğunu belirlemeye çalışması gerekmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, bu yetkilerin ancak sıkı ve etkili bir yargısal denetimle sınırlanıp

dengelenmesi mümkün olduğu halde, olağanüstü hal bölge valisine yetkileri veren hükümlerin ve bu hükümlerin uygulanma tarzının yargısal denetime tabi olmadığını gözlemlemektedir. Bu konuda Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin aşağıdaki sözlerle ifade ettiği endişelerine katılır:

"[Olağanüstü hal bölge valisi tarafından yapılan işlemlerin yargısal denetini engelleyen] bu maddeyi hukuk devleti kavramıyla bağdaştırmak mümkün değildir. ... Olağanüstü hal ilanıyla meydana gelen yönetim biçimi, bütün yargısal denetimden kurtulan keyfi bir yönetim değildir. Olağanüstü hal yönetimi devam ederken yetkili makamlar tarafından yapılan birel ve düzenleyici işlemlerin yargısal denetime tabi olması gerektiğinden kuşku yoktur. Özgürlüğe dayanan ve demokratik rejimler tarafından yönetilen ülkelerde bu ilkeye aykırılık düşünülemez. Ancak kanun hükmünde kararnamede yer alan itiraz konusu hüküm, anayasal denetime tabi değildir. ..."

62. Mahkeme, önündeki olayların ardalanını ve özellikle terörle mücadeleye ilişkin güçlükleri hesaba katmaya nazırdır. Bununla birlikte Komisyon'un bu davaya benzer şartlarda görsel basına bazı yasaklamalar getiren bakanlık kararlarına karşı yapılan iki başvuruyu reddettiğini hatırlatır (*Purcell ve Diğerleri [k.k.], no. 15404/89; Brind ve Diğerleri [k.k.], no. 18714/91*). Bununla birlikte bu başvuru, yazılı basına göre daha çabuk ve güçlü etkileri olan görsel basınla ilgili kısıtlamaların söz konusu olduğu yukarıdaki başvurulardan ayrılmaktadır. Ayrıca Komisyon tarafından incelenen düzenleme, yasaklamanın uygulanacağı program tiplerini (bazı örgütlerin sözcüleriyle yapılan röportajlar) detaylı bir biçimde göstermektedir. Nihayet, bu yasaklama kararları yargısal bir denetime tabidirler.

63. Bu arada Mahkeme, Türk Hükümetinin yasaklama kararının söz konusu gazetede yayınlanan makalelerin halkı isyana teşvik etme, terör eylemlerini haklı göstermeye çalışma ve bölgedeki kamu düzeni üzerinde önemli bir etkide bulunma riski nedeniyle alındığı yönündeki iddiasına katılamayacağını gözlemlemektedir. Mahkeme, olayların meydana geldiği dönemde söz konusu bölgede terör eylemleri nedeniyle hüküm süren siyasi gerginliğin dikkate alınması gereken bir etmen olduğunu kabul etmektedir (*Piermont, §77*). Gazetelerin toplatılmasına yol açan makalelerin zaten mevcut durumu ağırlaştırma ihtimali bulunmakla birlikte, yasaklama kararı herhangi bir gerekçe içermemekte ve İstanbul'daki yargıçlar tarafından verilen toplatma kararlarına gönderme yapmamaktadır. Ayrıca yasak, Hükümetin dayandığı toplatma kararlarının bir sonucu olarak verilmiş bir önleyici tedbir değildir, çünkü önleyici bir tedbir olarak toplatmaya, bu olayda olduğundan farklı olarak, bir ceza soruşturması bağlamında yargıç tarafından karar verilebilir. Buna göre, uygun bir yargısal denetimin ve detaylı bir gerekçelendirmenin bulunmaması nedeniyle, böyle bir önlemin uygulanması farklı yorumlara yol açmaya müsaittir. Bu durumda başvuruculara göre, uyuşmazlık konusu yasaklamanın gerekçesi, Ülkede Gündem gazetesinin güvenlik güçlerinin bölgedeki eylemlerine karşı sert eleştirilerin yayınlanması olabilir.

64. Hükümetin bölgedeki halkın fikir ve haberleri almak için birçok kaynağa sahip oldukları ve başvurucuların birer gazeteci olarak değişik gazeteler çıkarmak suretiyle fikir ve haberleri yurdun her tarafına yayabildirleri biçimindeki iddiasıyla ilgili olarak Mahkeme, basının demokratik bir toplumda oynadığı rolü hatırlatır. Yurttaşların pasif muhatap olarak çeşitli mesajları almalarına, bunlar arasından seçim yapabilmelerine ve ifade edilen görüşler hakkında fikirlerini oluşturabilmelerine izin verilmesi gerekir. Demokratik toplumu oluşturan şey, haberve fikirlerlerdeki çoğulculuktur.

65. Öte yandan Hükümetinin iddia ettiğinin tersine, söz konusu yasaklama 53 günün ardından kalkmamıştır. Dosyadan anlaşıldığına göre Ülkede Gündem gazetesi 24 Ekim 1998'de kapanmasına rağmen uyuşmazlık konusu önlem Haziran 2000'de hala yürürlükte kalmıştır. Ayrıca Ülkede Gündem'i takip eden gazeteler de aynı akıbete uğramışlardır. Nihayet, idare mahkemelerinde iptal davası açma olanağı bulunmadığından, bu

tür önlemlerin kaldırılması ancak OHAL Bölge Valisinin keyfi ve tek taraflı bir işlemiyle mümkündür.

66. Sonuç olarak Mahkeme, yayınlar üzerindeki idari yasakların yargısal denetime tabi olmaması nedeniyle, başvurucular muhtemel kötüye kullanmaya karşı etkili koruyuculardan yoksun bırakılmış olduklarını kaydeder. Mahkeme bu değerlendirmelerin ışığında, Olağanüstü Hal Kanununun 11.e ve 430 sayılı Kanun Hükmünde Kararname'nin 1.a maddesinin neden olduğu müdahalenin ve bu hükümlerin davaya konu olan olayda uygulanma tarzının, "demokratik bir toplumda gerekli" bir müdahale olarak görülemeyeceğini ve izlenen meşru amacın gereklerinin ötesine geçtiğini tespit etmektedir. Bu nedenle, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir."

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;

...

KARAR VERMİŞTİR

28.10.2003 39657/98 STEUR - HOLLANDA

♦ *avukatın yargılama sırasındaki beyanları nedeniyle disiplin soruşturması* (savunma dilekçelerinde sosyal güvenlik araştırması kapsamında avukatsız ve çevirmensiz ifadesi alınan kişiye baskı yapıldığını dile getiren avukatın baro tarafından disiplin soruşturmasına tabi tutulması) ■ ifade özgürlüğü—savunma sırasında ifade özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu 1951 doğumlu bir Hollanda vatandaşı olup, avukatlık yapmaktadır.

1992 yılında, sosyal güvenlik araştırma memuru W., sosyal güvenlik imkânlarından haksız olarak yararlandığından ve bu kapsamda sahtecilik yaptığından şüphelenilen Sürinam kökenli B.'nin ifadesini almıştır. B., ifade alma sırasında W. ile yalnız kalmış ve bir avukatın veya bir çevirmenin yardımından yararlanamamıştır. B. daha sonra sosyal güvenlik sahteciliği suçundan yargılanmıştır. Ayrıca B.'den kendisine yapılan fazla ödemenin geri alınması için bir hukuk davası açılmıştır.

Başvurucu, her iki davada B.'nin avukatı olarak görev yapmıştır. Başvurucu, hukuk davasında, başka şeylerin yanında, şu beyanda bulunmuştur:

"W. tarafından kaydedilen ifade, B.'nin yanında bir çevirmen bulunmadığı için, önemini hiç veya yeterince anlayamayacağı kendini suçlayıcı beyanlarını elde etmek amacıyla kendisine kabul edilemez bir tarzda baskı uygulanması dışında bir yolla elde edilmiş olamaz."

Bu pasaj, 27 Haziran 1994'te Lahey Bölge Mahkemesinde yapılan duruşmada sunulan savunma notları içinde yer almaktadır.

Mayıs 1995'te bu ifadeyi öğrenen W., Avukatlık Kanununun ilgili maddesi çerçevesinde Baro Başkanlığına başvurucu aleyhine disiplin soruşturması açılması için şikâyette bulunmuştur. W., başvurucunun temelsiz varsayımlarının, kendisinin mesleki şeref ve itibarını zedelediğinden, başvurucunun terbiye sınırlarını aştığından ve başvurucunun kendisini dolaylı olarak ilgili raporu yazarken yalan yere yemin etmekle suçladığından şikâyet etmiştir.

Baro Başkanı yazışmalardan sonra, W.'nin şikâyetini Baro Disiplin Kuruluna göndermiştir.

Disiplin Kurulu 1 Temmuz 1996 tarihinde verdiği kararda, yalan yere yemin ile ilgili şikâyeti temelsiz olduğu için reddetmiştir. Ancak Disiplin Kurulu başvurucunun, W.'nin B. üzerinde kabul edilemez bir tarzda baskı uyguladığı iddiasının herhangi bir olayla desteklenmediğini kabul etmiştir. Disiplin Kurulu, başvurucunun böylece kabul edilebilir davranış sınırlarını aştığı ve bir avukattan beklenecek standartları yerine getirmediği sonucuna varmıştır. Disiplin Kurulu, başvurucunun söz konusu davranışının niteliğini ve sınırlı bir ağırlığa sahip olduğunu kaydederek, W.'nin şikâyetinde haklı bulmasının yeterli olduğunu kabul etmiş, fakat bir disiplin cezası vermemiştir.

Başvurucu bu karara karşı Disiplin Üst Kuruluna başvurmuştur. Başvurucu, B.'nin ifade alınırken bir avukat bulunmasını istemesine karşın ifadesini imzalamadan önce bir avukat yardımından yararlanamadığını, sorgulama sırasında bir çevirmen bulunmadığını, B.'nin uyuşturucu bağımlısı olduğunu ve kendisine baskı yapıldığını söylediğini savunmuştur. Başvurucu ayrıca, 5 Aralık 1994 tarihinde sorgu yargıcı tarafından B.'den alınan aşağıdaki ifadeden söz etmiştir:

"Söz konusu dönemde polise, neden eski karımla birlikte yaşadığımı söylediğim sorusuna cevap olarak (...) bu sorgu süresince baskı gördüğümü söyleyebilirim.

Bu baskı, masayı tekmeleme ve bana vurma hareketleri şeklindeydi. Ayrıca sözlü olarak da aşağılandım.

İfadenin imzalanmasına sıra geldiğinde şefi sordum, fakat eve gitmiş olduğu söylendi. Bunun üzerine bir avukat talep ettim, çünkü bir çevirmenin gelmesini ve ifademi bana okumasını istedim. Ancak polis avukat gelmeyeceğini söyledi. Böylece sonunda ifadeyi sadece imzaladım."

Başvurucu müvekkilini savunurken, daha önce olduğu gibi, müvekkilinin ikrarının soruşturma memuru tarafından uygulanan kabul edilmez bir baskının sonucu olduğu şeklinde yorum yapabilmesi gerektiğini belirtmiştir. Bundan sonra böylesi kabul edilemez bir baskının gerçekten uygulandığının kanıtlanıp kanıtlanmadığına karar vermek, bu iddianın sunulduğu mahkemenin yetkisindedir. Müvekkilin duruşmada savunulması sırasında yapılan bu açıklamanın yeterince doğrulanmadığı için kabul edilmez olduğuna karar vermek, disiplin kurulunun yetkisine girmez.

Disiplin Üst Kurulu 1 Temmuz 1996 tarihli kararı onaylamıştır. Disiplin Üst Kurulu söz konusu iddianın, başvurucunun ilk derece mahkemesi önündeki savunmasında olduğu gibi, B. ile ilgili hukuk davasında ve üst başvuru üzerine Lahey Bölge Mahkemesi önündeki yargılamada (ki bu yargılamada 27 Haziran 1994'te yapılan bir duruşmada) ileri sürüldüğünü kaydetmiştir. Üst Kurul, başvurucunun söz konusu dönemde gerçekten de B.'nin W. tarafından ifadesi alınırken kendisine kabul edilmez bir baskı uygulandığı konusunda bilgilendirildiğini tespit edememiştir. Üst Kurul ayrıca, başvurucunun iddiasının söz konusu dönemde tamamen dayanaksız kaldığını kaydetmiştir.

Disiplin Kurulunun görüşüne katılan Disiplin Üst Kuruluna göre, bir avukatın maddi bir delil olmaksızın böylesi suçlayıcı beyanlarda bulunma hakkı yoktur; bu durum, bir avukatın bu tür iddialarda bulunmadan önce, uygulandığı iddia edilen kabul edilemez baskıyı oluşturan şartlar hakkında müvekkilinden bilgi istemesi gerektiğini göstermektedir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası

26. Başvurucu, Disiplin Üst Kurul kararının, bir avukatın kendisi tarafından bilinen olaylardan müvekkiline kabul edilemez bir tarzda baskı yapıldığına dair duruşmalarda bir yorumda bulunmasına izin verilemeyeceği anlamına geldiğinden şikâyetçi olmuştur.

Başvurucu, Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınmış olan ifade özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Hükümet bu hükmün ihlal edildiği iddiasını reddetmiştir.

A) Bir müdahalenin varlığı

27. Hükümet başvurucunun müvekkili Bay B.'nin çıkarlarını gerektiği gibi temsil etmekten kendisini alıkoyacak nitelikte herhangi bir "formalite, şart, sınırlama veya cezaya" tabi tutulmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu müvekkilinin sosyal güvelik soruşturma memurunca kabul edilemez bir baskı altında tutulduğu açıklaması dâhil olmak üzere, uygun göreceği bütün açıklamaları yapabilir. Disiplin Kurulu ve Disiplin Üst Kurulu, başvurucunun sadece ifadesinin aslında maddi bir temele dayandırmasını sağlamak için görevini ihlal ettiğini saptamıştır. Bu Kurullar başvurucuya herhangi bir yaptırım uygulamamışlardır.

28. Başvurucu bu noktayla ilgili bir savunma yapmamıştır.

29. Mahkeme başvurucuya, en hafifinden bir uyarı cezası şeklinde bile bir yaptırım uygulanmadığını kabul etmektedir. Bununla birlikte başvurucu, yürürlükteki mesleki standartları ihlal ettiğinden dolayı resmen kusurlu bulunmuştur. Bu durum, başvurucunun gelecekteki davalarda müvekkillerini savunurken tercih edeceği maddi ve hukuki gerekçeler konusunda kendini sınırlanmış hissetmesi gibi, üzerinde olumsuz bir sonuç doğurabilir. Bu nedenle, başvurucunun ifade özgürlüğünün "formalite" veya "sınırılama"ya tabi olduğunu düşünmek makuldür. Mahkeme bu dava ile *Nikula - Finlandiya* (*no. 31611/96, 21 Mart 2002*) davası arasında paralellik kurmaktadır. Nikula davasında Finlandiya Yüksek Mahkemesinin başvurucuya uygulanan cezayı kaldırmasına karşın, bu durum Mahkeme'yi Sözleşme'nin 10. maddenin uygulanabilir olduğunu tespit etmesini engellememiştir.

30. Burada çıkan sonuca göre Mahkeme, mevcut davada da aynı saptamayı yapabilir.

B) Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilip edilmediği

31. Şikâyet konusu kararların hukuken öngörülmüş olduğu ve "başkalarının şeref ve haklarını" korumayı amaçladığı tartışma konusu değildir. Tartışma, bu kararların sözü edilen meşru amacın izlenmesi için "demokratik toplumda gerekli" olup olmadığı merkezindedir.

32. Başvurucu kabuledilebilirlik aşamasında yaptığı savunmada, ilk olarak B.'nin kabul edilemez bir baskı altına tutulduğu şeklindeki beyanının objektif koşullara dayandığını ve B.'nin sorgu yargıcına verdiği ifade ile desteklendiğini ileri sürmüştür. Bu nedenle Disiplin Üst Kurulu, sırf başvurucu ilk kez bu iddiada bulunurken müvekkilinin ifadesinden alıntı yapmadığı gerekçesiyle başvurucuyu kusurlu bulmamalıydı.

33. Başvurucu daha genel olarak, demokratik bir devlette bir avukatın müvekkilinden aldığı bilgilere dayanarak, yargılamanın bütün aşamalarında mümkün olan her türlü iddia veya savunmayı ileri sürmeye hakkı olduğu söylemiştir.

34. Hükümet 17 Kasım 1998 tarihli *Peree - Hollanda* kabuledilebilirlik kararına (*no. 34328/96*) dayanarak, Mahkeme'nin denetim görevini yerine getirirken ulusal makamların yerine geçemeyeceğini, fakat daha ziyade, alınmış kararları takdir yetkisinin sınırları içinde, Sözleşme'nin 10. maddesine göre incelemekle görevli olduğunu söylemiştir. Hükümet ayrıca, bir avukatın belirli bir bölgedeki yargıçları, savcıları ve avukatları topluca reddettiği üst başvuru dilekçesindeki bir beyanı nedeniyle kendisine verilen kınama cezası nedeniyle yaptığı şikâyetin, Mahkeme tarafından temelsiz bulunarak reddedildiği 21 Mart 2002 tarihli *Wingerter – Almanya* (*no. 43718/98*) kabuledilebilirlik kararına dayanmıştır.

35. Mevcut davaya dönüldüğünde Mahkeme başvurucunun, müvekkilinin suçlu olduğuna dair bir ikrarı imzalaması için polis memuru W. tarafından açıkça baskı altında tutulduğunu söylemesi nedeniyle bir disiplin suçu işlemiş kabul edildiğini kaydeder. Söz konusu ikrar, sosyal güvelik sahteciliği konusunda yürütülen cezai bir soruşturma sırasında elde edilmiş ve bu ikrara fazla ödenen paranın geri alınması için açılan buna paralel bir hukuk davasında delil olarak kullanılmıştır. İşte bu hukuk davasında, başvurucu tartışma konusu beyanda bulunmuştur.

36. Mahkeme *Nikula* kararında, uygulanabilir ilkelerin şunlar olduğu belirtmiştir (*§44-45*):

"44. Mahkeme denetim yetkisini kullanırken söz konusu müdahaleye, başvurucu aleyhine görülen sözlerinin içeriği ve bunları söylediği bağlam dâhil, bir bütün olarak olayın şartları ışığında bakmak zorundadır. Mahkeme özellikle, söz konusu müdahalenin "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığı ve ulusal makamların müdahaleyi haklı göstermek için dayandığı gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını belirlemek zorundadır. Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların uyguladığı standartların Sözleşme'nin 10. maddesindeki ilkelerle uyumlu olduğuna, dahası ulusal makamların söz konusu olayların mantıklı bir değerlendirmesine dayandıklarına ikna olmalıdır.

45. Mahkeme, avukatların halk ile mahkemeler arasındaki aracılar olarak sahip oldukları özel statünün, adalet dağıtımında kendilerini merkezi bir konuma yerleştirdiğini hatırlatır. Böyle bir konum, Baro üyelerinin davranışlarına getirilen olağan sınırlamalara anlam vermektedir. Dahası, hukukun üstünlüğüne dayalı bir devlette temel bir işlev gören ve adaletin garantörü olan mahkemeler, halkın güveninden yararlanmak zorundadırlar. Avukatların bu alandaki kilit rolleri göz önünde tutulduğunda, adaletin gereği gibi dağıtılmasına katkıda bulunmaları ve bu böylece halkın güvenini sürdürmeleri beklentisi, haklı bir beklentidir. (...)"

37. Avukatların özel görevleri, aynı kararda Mahkeme'yi, yargılama sırasında avukatın ifade özgürlüğüne müdahalenin, belli şartlarda sanık müvekkilin adil yargılanma hakkı bakımından Sözleşme'nin 6. maddesine göre bir mesele ortaya çıkarabileceği sonucuna götürmüştür (aynı karar, §49).

38. Mahkeme, avukatlar tarafından yürütülen mesleğin özel niteliğinin dikkate alınması gerektiğini daha önce de belirtmiştir. Avukatlar, mahkeme görevlisi olmaları sıfatıyla, mesleki davranışlarında özenli, dürüst ve güvenilir olmak gibi kısıtlamalara tabidirler; fakat avukatlar aynı zamanda, hukuk sisteminden sistemine değişen, ama genellikle aralarında bir yargılama sırasında kullanılan gerekçeler bakımından belirli bir serbestlik bulunan, kendilerine münhasır haklardan ve ayrıcalıklardan yararlanırlar (*Nikula, §36; Casado Coca, §46*).

39. Mahkeme, başvurucunun yargılama sırasında yaptığı eleştirinin, müvekkilini cezai bir olayda ve gözaltında tutulduğu sırada, sorgulama yetkisine sahip bir soruşturma memurunun delil toplama tarzını hedef aldığını kaydeder. Mahkeme'nin savcılara referansla kaydettiği gibi (*Nikula, §50*), bir soruşturma memuru konumu ile sanığın konumu arasındaki fark, bir sanığın böyle bir memuru eleştirdiği beyanlara daha fazla koruma sağlanmasını gerektirir. Aynı şey, delillerin toplanma şeklinin, bu delillerin kullanılacakları hukuk davasında eleştirildiği bu olayda da geçerlidir.

40. Başvurucunun açıklamasının, özen hareket ettiğini iddia eden W. gibi bir polis memurunun güvenilirliğini sarsacak nitelikte olduğu açıktır. Ancak bu bağlamda Mahkeme, kamu görevlilerine görevleri nedeniyle yapılan eleştirinin kabul edilebilir sınırlarının, bazı şartlarda özel kişiler göre daha geniş olabileceğini hatırlatır (*Nikula, §48*).

41. Kamu görevlilerinin görevlerini yapmalarıyla ilgili olarak kanuna aykırı ve kötüleyici nitelikteki sözlü saldırılara karşı korumadan yoksun bırakıldıkları söylenemez (*Janowski [BD], §33*); ama mevcut olaydaki eleştirinin, W.'nin genel mesleki veya diğer nitelikleri üzerinde yoğunlaşan eleştiriden uzak, tamamen başvurucunun müvekkili aleyhine bir olayda soruşturma memuru olarak eylemleriyle sınırlı olduğu dikkate alınmalıdır. Dahası bu eleştiri Mahkeme salonu ile sınırlı kalmış, kişisel bir hakarete varmamıştır. Görüldüğü gibi başvurucunun savunması, sorgulama sırasında çevirmen bulunmaması nedeniyle müvekkilinin kendini suçlayıcı ifadesini tam olarak anlayamamış olmasına dayanmıştır. Bu savunma, başvurucunun müvekkilinin daha sonra 5 Aralık 1994'te, yani W. başvurucu hakkında şikâyette bulunmadan ve Disiplin Kurulu ile Disiplin Üst Kurulu da olayı incelemeden önce, sorgu hâkimine verdiği ifadeyle de uyumludur.

42. Mahkeme bu bağlamda ilk olarak, ulusal disiplin makamlarının, şikâyet konusu beyanın doğruluğunu veya yanlışlığını ortaya koyma girişiminde bulunmadıklarını ve ikinci olarak bu beyanın iyi niyetle yapılıp yapılmadığı meselesini hiçbir zaman ele almadıklarını, başka bir deyişle başvurucunun davranışında samimi olup olmadığının hiçbir zaman sorgulanmadığını kaydeder.

43. Bu şartlar altında Mahkeme, başvurucunun sırf kendisini suçlu duruma düşüren beyanda bulunduktan sonra müvekkilinden elde ettiği bilgiyi zikredebileceği şeklindeki Disiplin Üst Kurulunun gerekçesiyle ikna olmamıştır.

44. Başvurucuya herhangi bir yaptırım uygulanmadığı doğrudur; fakat böyle olmakla birlikte, müvekkilinin ifadesinin alınma tarzını eleştirmesinin geçmişe dönük olarak incelenme tehdidini, müvekkilinin çıkarlarını savunan bir avukatın göreviyle bağdaştırmak zor olup, mesleki görevlerini yerine getirirken "caydırıcı etki"de bulunabilir (*Nikula, §54*).

45. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre, söz konusu müdahale için yeterli gerekçeler gösterilememiştir. Bu nedenle, başvurucunun ifade özgürlüğüne getirilen sınırlama, herhangi bir "toplumsal ihtiyaç baskısı"na karşılık gelmemektedir.

46. Bu nedenlerle Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

13.11.2003 39394/98 SCHARSACH ve NEWS VERLAGSGESELLSCHAFT - AVUSTURYA

♦ *siyasetçiye hakaret* (gazeteci olan başvurucunun bir parti üyesini eski gizli Nazi olarak nitelendirmesi nedeniyle açılan hakaret davasında mahkumiyetine ve derginin sahibi olan şirketin tazminat ödemesine karar verilmesi) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü

DAVANIN ESASI

1943 doğumlu bir Avusturya vatandaşı olan birinci başvurucu, Viyana'da yaşayan bir gazetecidir. Başvurucunun şirketi, Avusturya'da yayınlanan haftalık News dergisinin sahibi ve yayıncısıdır.

İlk başvurucunun 1995 yılında News dergisinde, bir sayfalık "Siyah ve Kırmızı yerine Kahverengi mi?" başlıklı bir yazısı yayımlanmıştır. Avusturya siyasal kültüründe "Kahverengi", Nasyonal Sosyalist ideolojiyle ilişkisi bulunan bir kişi veya grup anlamına gelmekte; "Siyah" Halk Partisini (ÖVP) ve "Kırmızı" ise Sosyal Demokrat Partiyi (SPÖ) çağrıştırmaktadır. Makalede, Jörg Haider başkanlığında Avusturya Özgürlük Partisi (FPÖ) ile bir koalisyon hükümeti kurmanın olası ve istenir bir şey olup olmadığını tartışmaktadır.

Birinci başvurucu, böyle bir koalisyonun niçin arzu edilir olmadığını kendi görüşüne göre açıklamaktadır. Başvurucu bunun için her biri ayrı bir alt başlık altında açıklanan dokuz gerekçe göstermektedir. Başvurucu, Haider'in ve diğer FPÖ üyelerinin açıklamalarına atıfta bulunarak, FPÖ'nün özgün tarih görüşü, FPÖ'nün Alman yabancı düşmanlığı (Deutschtümelei), yani Almanya ile şovenist ve nostaljik bağları, FPÖ'nün ırkçı eğilimleri, bu Parti tarafından başlatılan "önce Avusturya" (Österreich zuerst) anketi, FPÖ'nün siyaset tarzı ve yabancı ülkelerin olası negatif tepkileri gibi konuları özetleyerek ele almaktadır.

Tartışma konusu pasaj

"4. Şiddet sahnesi Sağ-kanat holiganları, kundakçılar ve bombacılar FPÖ'den çıkmışlardır. Burger, Haas, Honsik ve Küssel gibi kahverengi terörün önde gelen isimleri, kariyerlerine Özgürlük Partisinde başlamışlardır. Steger döneminde 'eski gizli Naziler [Kellernazi] partiden ayrılmışlardır. Haider döneminde partiye geri dönmektedirler ve hatta görev almalarına bile izin verilmektedir. Bu partideki B., Bl., D., Dü., G., Gr., H., Hat., K., M., Mi., Bayan Rosenkranz, S., Sch., St., Su. ve W. gibi isimler, Haider'in sürekli olarak vurguladığı aşırı sağdan kendini soyutlama gibi bir şeyin, aslında hiç gerçekleşmediğini göstermektedir."

Partinin daha ılımlı görüşleri savunduğu 1980 yılların başında, Steger parti başkanıydı. Haider 1986'da FPÖ başkanı olmuştur. Bayan Rosenkranz ise aynı dönemde Aşağı Avusturya Bölge Parlamentosu üyesi bir politikacı ve FPÖ'nün Aşağı Avusturya Şubesinin yöneticisi olup, şu anda Avusturya Ulusal Meclisi üyesi ve FPÖ'nün Aşağı Avusturya Bölge Şube başkanıdır. Rosenkranz'ın kocası tanınmış sağcı bir politikacı ve aşırı sağcı olarak değerlendirilen bir derginin editörüdür.

Hakaret davası ve Basın Kanununa göre tazminat

Rosenkranz St. Pölten Bölge Mahkemesinde hakaret nedeniyle birinci başvurucuya karşı şahsi ceza davası açmış ve Basın Kanununa dayanarak birinci başvurucunun şirketinden tazminat talep etmiştir. Pölten Mahkemesi birinci başvurucuyu 21 Haziran 1998 tarihinde Ceza Kanununun 111. maddesi gereğince hakaret suçundan 40 gün karşılığı adli para cezasına, ödenmemesi halinde 20 gün hapis cezasına mahkum etmiş, cezaları üç yıl süreyle ertelemiştir. Başvurucu şirketin Rosenkranz'a 30,000 Şilin ödemesine hükmetmiştir.

Bölge Mahkemesi karar gerekçesinde, söz konusu pasajın ortalama bir okuyucunun kavrayabileceği bir biçimde anlaşılması gerektiğini kaydetmiştir. "Gizli Nazi" terimi, kamuya açık olarak değil ama kapalı olarak yürüttüğü faaliyetlerle, gizlice Nasyonal Sosyalist görüşleri destekleyen kişiler için kullanılmıştır. Böyle bir çevreye mensup olmak, saygısız bir karakter sahibi olmak ve şeref ve ahlaka aykırı bir tarzda davranmak anlamına gelir. Bölge Mahkemesine göre, Rosenkranz'ın kocasının editör olduğu dergide onunla birlikte editörlük yaptığı saptanamamıştır. Başvurucunun iddia ettiği gibi Rosenkranz bu dergide yayınlanan bazı yazılara katkıda bulunmuş olsa bile, bu yazılar Nasyonal Sosyalizmin Yasaklanması hakkında Kanun çerçevesinde bir sorun yaratmamıştır. Bu Mahkeme, Rosenkranz'ın kocasının faaliyetlerini ahlaka aykırı bulmadığı ifadesiyle ilgili olarak, kocasının Yasak Kanununa muhalefetten mahkûm edilmediğini kaydetmiştir. Öte yandan Rosenkranz, kocasının faaliyetlerini desteklediğini veya kendisini

o faaliyetlerle tanımladığını söylememiştir. Bundan başka bir eşin kocasını kamuya açık olarak eleştirmesi beklenemez. Bu mahkemeye göre Rosenkranzt, Yasak Kanununu kamuya açık bir şekilde eleştirmiş ise de, "gizli Nazi" olarak nitelendirilmeyi haklı kılacak herhangi bir gizli Nasyonal Sosyalist faaliyette bulunduğu başvurucular tarafından ortaya konamamıştır.

Başvurucular bu karara karşı yaptıkları üst başvuruda, "gizli Nazi" teriminin o zamanki FPÖ lideri Steger tarafından yaratıldığını iddia etmişlerdir. Başvuruculara göre bu terim, Steger'in resmen demokrasiyi destekleyen fakat gayri resmi veya gizli olarak Neo-Nazi görüşlerden kendilerini soyutlamayan veya Neo-Nazi çevreyle teması olan partili arkadaşlarını ifade etmektedir. Bu nedenle kendilerinin aşırı sağla ilişkileri açık değildir. Başvurucular, yerel mahkemenin Rosenkrantz'ın kocasının yabancı düşmanı dergisine katkıda bulunduğunu saptayamamış olmasından şikâyetçi olmuşlardır.

Viyana Üst Mahkemesi 3 Mart 1997'de, üst başvuruyu reddetmiş ve ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Üst Mahkeme'ye göre, Bölge Mahkemesinin doğru bir şekilde saptadığı gibi "gizli Nazi" terimi, 6 yıl önce Steger tarafından bu terime yüklenen orijinal anlamı bilmesi beklenemeyecek ortalama bir okuyucunun bakış açısından değerlendirilmedir. Bu nedenle yazı, Rosenkranz'ın kanıtlanmamış gizli neo-Nazi faaliyetlerde bulunduğunu ima etmiştir. Sonuç olarak başvurucuların önerdiği üzere, kocasının olası aşırı sağ faaliyetleriyle ilgili delil toplamanın konuyla alakası yoktur. Dahası, ilk derece mahkemesinin doğru bir biçimde saptadığı gibi, Rosenkranz'ın kocasının dergisindeki yazıların belli pasajlarıyla karşılaştırıldığında, kendisinin kamuya açık konuşmaları veya kocasının faaliyetlerini ahlaka aykırı bulmadığını belirten ifadeleri, Rosenkranz'ın Nasyonal Sosyalist görüşleri desteklediği sonucunu haklı çıkarmaz. Bu nedenle, başvurucunun Bayan Rosenkranz'ın kocasının dergisinin içeriğini bildiği ve gerçekte zaman zaman yazıların edite edilmesine yardım ettiği şeklinde göstermek istediği delil, kendisinin Nasyonal Sosyalist görüşleri gizlice desteklediğini kanıtlamak için yeterli değildir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası

23. Başvurucular, Ceza Kanunu ile Basın Kanununa göre hakaret suçundan mahkûmiyetlerinin, Sözleşme'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğünü ihlal ettiğinden şikâyet etmişlerdir. (...)

A) Bir müdahale bulunup bulunmadığı

24. Mahkeme, tarafların da uzlaştığı bir nokta olarak, başvurucuların Avusturya mahkemeleri tarafından mahkûm edilmelerinin, Sözleşme'nin 10(1). fıkrasındaki haklarına bir müdahale oluşturduğu görüşündedir.

B) Müdahalenin haklı olup olmadığı

25. Bir müdahale, Sözleşme'nin 10. maddesine göre "hukuken öngörülmüş olma"dıkça, ikinci fıkrasındaki amaçlardan birini izlemedikçe ve bu amaçları gerçekleştirmek için "demokratik bir toplumda gerekli" olmadıkça, Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı düşer.

1. Hukuken öngörülmüş olma

26. Tarafların da kabul ettiği gibi Mahkeme, müdahalenin hukuken öngörülmüş olduğunu, yani Ceza Kanununun 111. maddesine ve Basın Kanununun 6. maddesi bakımından öngörülmüş olduğunu kabul etmektedir.

2. Meşru amaç

27. Yine taraflarca itiraz edilmediği gibi Mahkeme, müdahalenin meşru bir amaç izlediğini, yani Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki "başkalarının haklarını koruma" meşru amacına hizmet ettiğini tespit etmektedir.

3. Demokratik bir toplumda gereklilik

28. Başvurucular, ulusal mahkemelerin söz konusu deyimi bir değer yargısı olarak nitelemek yerine yanlış bir biçimde maddi yargı olarak niteledikleri, her halükarda bu yargının gerçek olaylara dayandığını savunmuşlardır. Rosenkranz FPÖ'nün bir üyesidir; kocası aracılığıyla neo-Nazilerle doğrudan bağlantı içindedir; zaman zaman bu aşırı sağ derginin yazım ve gramer hatalarının düzeltilmesine yardımcı olmuştur; Haider'in duyurularına ve açıklamalarına karşın, açıkça ve kamusal olarak Nasyonal Sosyalist görüşlerle bağlantısını koparmamıştır. FPÖ'nün kendini aşırı sağcılardan soyutlamamış olmasına yönelik eleştiriler bağlamında Rosenkranz'ın ismine yer verildiği için, derginin ortalama bir okuru için söz konusu terimin anlamı açıktır. Birinci başvurucunun açık niyeti, asla Rosenkranz'a hakaret etmek veya onu bir suçla ilişkilendirmek değil, fakat onun FPÖ içindeki konumunu ve neo-Nazi görüşlerden kendisini açıkça soyutlamamış olmasını eleştirmektir. Bu nedenle bu beyan, hiçbir şekilde aşırı değildir; Rosenkranz bir politikacı ve Bölge Parlamentosunun bir üyesi olarak beyandaki eleştiriye katlanmak zorundadır. Her halükarda birinci başvurucunun mahkûmiyeti ve başvurucunun şirketine para cezası verilmesi orantısızdır.

29. Hükümet, ulusal mahkemelerin söz konusu pasajı, Rosenkranz'ın kanıtlanmamış gizli neo-Nazi faaliyetlerde bulunduğunu ima eden bir maddi yargı olarak nitelendirdiklerini kaydetmiştir. Avusturya'da bir kimsenin Nasyonal Sosyalizmle muğlak bir ilişkisi bulunduğuna dair bir iddia, çeşitli biçimlerdeki Nasyonal Sosyalist faaliyetleri yasaklayan ve bunları ağır şekilde cezalandıran Yasak Kanununa göre işlenmiş bir suç isnadına yaklaşan çok ciddi bir suçlamadır. Son olarak, başvuruculara uygulanan cezalar uygulanabilir en düşük cezalardır; bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından müdahale orantısız değildir.

30. Mahkeme Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından yerleşik içtihatlarıyla oluşturulan ilkeleri hatırlatır:

(i) Basın demokratik bir toplumda temel bir rol oynamaktadır. Basın, özellikle başkalarının itibar ve hakları konusundaki belirli sınırları aşmamak zorunda olmakla birlikte, kamuyu ilgilendiren bütün konularda haber ve düşünceleri, ödev ve sorumluluklarına uygun bir tarzda vermekle görevlidir (*De Haes ve Gijsels, §37*). Bu tür bilgi ve düşünceleri vermek sadece basının görevi değildir; ama aynı zamanda kamunun da bunları alma hakkı vardır. Aksi takdirde basın, "kamunun bekçisi" olma şeklindeki hayati rolünü oynayamaz (*Thorgeir Thorgeirson, §63; Bladet Tromso ve Stensaas, §62; Unabhängige Initiative Informationsvielfalt, §46*).

(ii) İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun esaslı temellerinden birini ve toplumun ilerlemesi ve her bir bireyin gelişimi için temel koşullardan birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10(2). fıkrasına tabi olarak, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız görülen veya ilgilenmeye değmez bulunan "haber" ve "düşünceler" için değil, fakat aynı zamanda aleyhte olan, çarpıcı gelen ve rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Sözleşme'nin 10. maddesinde belirtildiği üzere, bu özgürlüğün istisnaları vardır; ancak bu istisnalar dar yorumlanmalı ve bir kısıtlama ihtiyacının bulunduğu inandırıcı bir şekilde ortaya konmalıdır (*Nilsen ve Johnsen [BD], §43*).

(iii) Siyasal ifadeler veya kamuyu ilgilendiren meseleler hakkındaki tartışmalar üzerinde kısıtlamaların alanı, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasına göre çok dardır (*Sürek* (*No. 1*) (*BD*), *§61*). Bundan başka, bir siyasetçiye yönelik eleştirilerin kabul edilebilir sınırları, özel bir şahsa yönelik eleştiri sınırına göre daha geniştir. Bir siyasetçi, özel şahıstan farklı olarak, her sözünü ve eylemini bilerek ve kaçınılmaz bir biçimde, gazetecilerin ve halkın yakın denetimine açar; bu nedenle daha geniş bir hoşgörü göstermek zorundadır (*Lingens, §42; Incal, §54*).

(iv) Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından "gerekli" kavramı, "toplumsal bir ihtiyaç baskısının" varlığını ifade eder. Sözleşmeci Devletler bu konuda belirli bir takdir alanına sahiptirler; ancak bu takdir alanı, az çok koşullara bağlı olarak, bir Avrupa denetimiyle el ele yürür. Mahkeme, ulusal makamların takdir alanları gereğince aldıkları kararları Sözleşme'nin 10. maddesine göre denetlerken, bir bütün olarak olayın ışığında, söz konusu müdahalenin izlenen amaçla "orantılı" olup olmadığına ve müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığına karar vermek durumundadır (*Lingens, §39-40; Sunday Times* (*no. 2*), *§50*).

(v) Müdahalenin orantılılığı değerlendirilirken, uygulanan cezaların niteliği ve ağırlığı dikkate alınacak faktörlerden bazılarıdır (*Ceylan [BD], §37; Tammer, §69; Perna [BD], §39*).

31. Mahkeme, olayın özel şartlarına bakarken, aşağıdaki unsurları değerlendirecektir: a) müdahalenin niteliği; b) başvurucuların ve davayı açan Rosenkranz'ın konumları; c) yazının konusu; d) ulusal mahkemeler tarafından gösterilen gerekçeler.

(a) Müdahalenin niteliği

32. Müdahalenin niteliği bakımından Mahkeme, ilk başvurucunun 60,000 Avusturya Şilini (4,360 Euro) tecil edilmiş bir para cezasına mahkûm edildiğini gözlemlemektedir. Para cezası en alt sınırdan verildiği ve 3 yıl için tecil edildiği halde, ceza hukukuna göre verilmiş ve başvurucunun adli siciline işlenmiş bir cezadır.

33. İkinci başvurucunun hukuk davası sonunda, Rosenkranz'a tazminat olarak 30,000 Avusturya Şilini (2,180 Euro) ödemesine hükmedilmiştir. Mahkeme bu para cezasının normal olduğunu düşünmektedir.

(b) Başvurucuların ve davayı açan Rosenkranz'ın konumları

34. Mahkeme, başvurucuların konumları bakımından, ilk başvurucunun bir gazeteci olduğunu, başvurucu şirketin ise yazının yayınlandığı derginin sahibi olduğunu kaydeder. Rosenkranz bir politikacıdır; şu anda Avusturya Ulusal Meclis üyesi ve FPÖ'nün Aşağı Avusturya Bölge Şubesi başkanıdır.

(c) Yazının konusu

35. Yazının konusu başvurucunun, Haider başkanlığında olası bir koalisyon hükümetinin arzu edilir olmadığını açıkladığı görüşleridir. Bu nedenle, söz konusu pasaj dâhil, bu yazı, o dönemde kamuyu ilgilendiren bir mesele üzerinde bir siyasal nitelikte bir yazıdır.

(d) Ulusal Mahkemeler tarafından gösterilen gerekçeler

36. Mahkeme, Avusturya Mahkemelerinin tartışma konusu beyanın bir değer yargısı olduğuna dair başvurucunun savunmasını kabul etmediklerini, fakat bu beyanın daha ziyade Rosenkranz'ın kanıtlanmamış gizli neo-Nazi faaliyetleri hakkında maddi yargı olarak gördüklerini gözlemlemektedir. Avusturya Mahkemelerine göre, böyle bir kişi topluluğuna dâhil olmak utanç verici bir karakter sahibi olma ve onura ve ahlaka aykırı davranma anlamına gelmektedir. Bu nedenle söz konusu pasaj, Rosenkranz'ı aşağılamaktadır.

37. Mahkeme, Avusturya Mahkemeleri tarafından gösterilen gerekçelerin, şikâyet edilen müdahaleyi haklı göstermek bakımından "ilgili" olduklarını düşünmektedir. Bu durumda Sözleşme'nin 10(2). fıkrası bakımından gösterilen bu gerekçelerin, aynı zamanda "yeterli" olup olmadıklarının incelenmesi gerekmektedir.

38. Mahkeme, bu yazının siyasi bir bağlamda, yani FPÖ'nin dâhil olduğu bir koalisyon hükümetinin arzu edilir olup olmadığı tartışılırken yazıldığını ve yazıda birinci başvurucunun böyle bir koalisyon hükümetinin arzu edilir olmadığına dair görüşlerinin yer aldığını gözlemlemektedir. "Gizli Nazi" terimi, aralarında Rosenkranz'ın da bulunduğu FPÖ politikacılarının kendilerini aşırı sağdan soyutlamamaları nedeniyle eleştirildikleri bir bağlamda kullanılmıştır. Dahası Mahkeme, bir karının kocasını alenen eleştirmesinin beklenemeyeceğine dair Bölge Mahkemesinin tespitini ikna edici bulmamıştır, çünkü açıkça bu olaydaki beyan, o tarihte Aşağı Avusturya Bölge Parlamentosu üyesi ve FPÖ'nün Aşağı Avusturya Şubesi başkan vekili bulunan ve kendilerine karşı kabul edilebilir eleştirinin sınırları özel şahıslara göre daha geniş olan bir politikacı ve kamusal bir şahsiyet durumundaki Rosenkranz'a yöneliktir (*Feldek, §85*). Bu nedenle Mahkeme, Avusturya Mahkemelerinin tartışma konusu terimin anlamını değerlendirirken siyasi bağlamını yeterince dikkate almadıklarını tespit etmektedir.

39. Söz konusu yazıda Bayan Rosenkranz'ın adının, kendilerini aşırı sağcılardan soyutlamadıkları yani aşırı sağcılara karşı bir tutum almadıkları için eleştirilen diğer FPÖ politikacılarıyla birlikte aynı cümle içinde geçtiğini gören Mahkeme, "gizli Nazi" teriminin kendi bağlamında ele alınması halinde, bu ifadeyi ilk kez kendi partisinde siyasal tartışma bağlamında kullanan Steger'in ona verdiği anlamda, yani Nasyonal Sosyalist fikirlerle muğlak ilişkiye sahip bir kimseyi tarif edecek şekilde anlaşılması gerektiğini düşünmektedir.

40. Mahkeme ayrıca, tartışmaların çoğunun "gizli Nazi" teriminin bir maddi yargı mı yoksa bir değer yargısı mı olduğu etrafında döndüğünü, ulusal mahkemelerin bunu maddi yargı olarak değerlendirdiklerini ve hiçbir zaman değer yargısı olarak incelemediklerini gözlemlemektedir. Mahkeme bu noktada, birçok olayda belli bir ifadenin bir değer yargısı mı yoksa maddi yargı mı olduğunu değerlendirmenin zor olduğunu kaydeder. Ancak, Mahkeme'nin içtihatlarına göre, bir değer yargısının Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından ılımlı bir yorum olabilmesi için, yeterince maddi olaya dayanması gerekir (*De Haes ve Gijsels, §47; Jerusalem, §43*); son tahlilde bunlar arasındaki fark, ortaya konması gereken maddi olayları kanıtlama derecesindeki farktır (*Krone Verlag GmbH & CoKG ve Mediaprint Zeitschriften Verlag GmbH & CoKG - Avusturya [k.k.], no. 42429/98*).

41. Mevcut olayda Mahkeme, Rosenkranz'ın neo-Nazi olduğuna ilişkin herhangi bir belirtinin bulunmadığına dair ulusal mahkemelerin tespitlerine katılmaktadır. Ancak Mahkeme, yerel mahkemelerin görüşünün aksine, tartışma konusu beyan kendi bağlamında ele alındığında bir maddi yargı olarak değil, fakat hoş görülebilir bir değer yargısı olarak anlaşılması gerektiği görüşündedir. Rosenkranz, aşırı sağ-kanat olarak değerlendirilen bir derginin editör olan iyi bilinen sağ-kanat bir politikacının karısıdır. Bu unsur tek başına yeterli maddi temel oluşturmaz. Ancak Rosenkranz, kendisini hiçbir zaman aleni olarak kocasının görüşlerinden soyutlamamış, fakat Nasyonal Sosyalist faaliyetleri yasaklayan Yasak Kanununu aleni olarak eleştirmiş bir politikacıdır. Bu bağlamda, tartışma konusu yazının özünün, kendilerini açıkça aşırı sağdan soyutlamayan FPÖ politikacılarını kesin bir şekilde kınama olduğu kaydedilmelidir. Bu nedenle mevcut olaylar bütünü, yukarıdaki anlamıyla anlaşılan, yani Rosenkranz'ın aşırı sağ siyasal görüşlere karşı duruşunun en azından belirsiz olması anlamına gelen tartışma konusu beyan için yeterli maddi bir temel oluşturmaktadır. Mahkeme, başvurucuların ılımlı bir yorum olarak görülebilecek, yani birinci başvurucunun Avusturya siyasal sahnesine ilişkin kişisel analizini yayınladıklarını

düşünmektedir. Bu nedenle, birinci başvurucunun görüşü, kamuyu ilgilendiren önemli bir konuda bir değer yargısıdır.

42. Avusturya'da bir kimsenin Nasyonal Sosyalizmle muğlak bir ilişkisi bulunduğuna dair bir iddianın, çeşitli biçimlerdeki Nasyonal Sosyalist faaliyetleri yasaklayan ve bunları ağır şekilde cezalandıran Yasak Kanununa göre işlenmiş bir suç isnadına yaklaşan çok ciddi bir suçlama oluşturduğuna dair Hükümetin savunması karşısında Mahkeme, Avusturya'da "Nazi" teriminin özel çağrışımlar yarattığını kabul ettiği ve yapılan müdahaleyi diğerleri arasında Sözleşme'nin 10(2). fıkrası çerçevesinde haklı bulduğu *Wabl - Avusturya* kararına (*§41*) gönderme yapmaktadır. *Wabl* davasındaki müdahalenin aksine mevcut davadaki müdahale, belli bir ifadenin tekrarlanmasını yasaklayan ve medeni hukuk kapsamında çıkarılan bir tedbir kararı değil, fakat birinci başvurucu için bir mahkûmiyet ve başvurucu şirket için para cezasıdır.

43. Mahkeme "Nazi" terimini kullanmanın, bu terime yapıştırılan özel damga nedeniyle otomatik olarak hakaret suçundan mahkûm edilmeyi haklı kılmadığını düşünmektedir. Mahkeme bu bağlamda, yetkili bir mahkemenin suç isnadını kanıtlanmış sayması için gerekli kesinlik derecesinin, bir gazetecinin kamuyu ilgilendiren bir konuda görüşlerini özellikle bir değer yargısı biçiminde ifade ederken araması gereken kesinlik derecesiyle karışlaştırılmasınını pek mümkün olmadığını hatırlatır (*Unabhängige Initiative Informationsvielfalt, §46*). Bu nedenle Mahkeme, Rosenkranz'ın kocasının siyasi faaliyetlerinde ahlaka aykırı hiçbir durum görmediği şeklindeki açıklamasına karşılık, Bölge Mahkemesinin Bay Rosenkranz'ın Yasak Kanununa muhalefetten şimdiye kadar mahkûm edilmemiş olduğu biçimindeki gerekçesiyle tatmin olmamıştır. Bir kişinin siyasi faaliyetlerini ahlaki yönden değerlendirirken uygulanan standartlar ile ceza kanununa göre bir suçun varlığını kanıtlarken gerekli standartlardan farklıdır.

44. Bundan başka Mahkeme, mevcut davada "Nazi" teriminin kesin olarak FPÖ'nün bazı politikacılarının kendilerini aşırı sağdan soyutlamadıkları iddiası bağlamında kullanıldığı halde, *Wabl* davasında bu terimin asıl tartışmayla hiçbir bağlantısı olmadan kullanılmış olduğunu gözlemlemektedir.

45. Bir yandan Rosenkranz'ın bir politikacı olduğu, diğer yandan gazetecilerin ve basının kamuyu ilgilendiren konularda muhalif, çarpıcı veya rahatsız edici de olsa bilgi ve görüşlerini iletme rolü dikkate alındığında, "gizli Nazi" teriminin kullanılması, mevcut davanın şartları içinde kabul edilebilir sayılabilecek sınırları aşmamıştır.

46. Sonuç olarak Mahkeme, Avusturya Mahkemeleri tarafından uygulanan standartların Sözleşme'nin 10. maddesindeki ilkelerle uyuşmadığını ve ulusal mahkemelerin söz konusu müdahaleyi, yani birinci başvurucunun hakaret suçundan mahkûmiyetini ve başvurucu şirkete eleştirel açıklamadan dolayı para cezasını haklı kılmak için "yeterli" gerekçeler göstermediğini tespit etmektedir. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasının kamuyu ilgilendiren konular üzerinde tartışmaların kısıtlanmasına çok az izin verdiğini dikkate alarak, ulusal mahkemelerin üye devletlere tanınmış olan dar takdir alanını aştıkları ve müdahalenin izlenen amaçla orantılı olmadığı ve böylece "demokratik toplumda gerekli" olmadığı sonucuna varmaktadır.

Sonuç olarak, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

06.10.2006 59405/06 ERBAKAN - TÜRKİYE

♦ *kin ve düşmanlığa tahrik* (siyasetçinin açık hava toplantısında yaptığı konuşma yaklaşık dört buçuk yıl sonra açılan ceza davasında halkı dine, etnik kökene ve bölge ayrımına dayalı olarak kine ve düşmanlığa tahrik etmekle suçlanması ve bir yıl hapis ve para cezasına mahkum edilmesi) ■ ifade özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu Necmettin Erbakan 25 Şubat 1994 tarihinde Bingöl'de, yerel seçim kampanyası sırasında halka açık bir toplantı sırasında konuşma yapmıştır. Bu konuşma resmi olarak kaydedilmemiştir.

Hükümet, söz konusu sözlerin sarf edildiği bölgede o dönemde hüküm süren duruma dikkat çekmektedir. Coğrafi konum olarak, Bingöl ili Türkiye'nin güneydoğusunda, o tarihte terör eylemlerinin sıkça meydana geldiği bölgenin merkezinde yer almaktadır. Bu şehir aynı zamanda, birçok terör saldırı düzenleyen aşırı İslamcı terör örgütü Hizbullah'ın üssü konumundadır. Üstelik bu konuşma, kundaklama sonucu otuz üç kişinin ölümüne neden olan Sivas olaylarından altı ay sonra yapılmıştır. Bunun yanı sıra, bölge halkı köktendinci hareketlerin benzeri elem verici pek çok eyleminin kurbanı olmuştur.

Cumhuriyet Savcısı 2 Temmuz 1998 tarihinde, Diyarbakır DGM'de (eski) TCK'nın 312(2). fıkrasında tanımlanan suç kapsamında başvurucu hakkında bir ceza davası açmıştır. Cumhuriyet Savcısı, başvurucuyu bu konuşma esnasında halkı dine, etnik kökene ve bölge ayrımına dayalı olarak kine ve düşmanlığa tahrik etmekle suçlamıştır. Cumhuriyet Savcısı, bu konuşmanın kayıtlı olduğu bir video kasetini ("Birinci kaset") kanıt mahiyetinde sunmuştur. Bu kaset 6 Ağustos 1997 tarihinde bir vakıfta yapılan arama sırasında ele geçirilmiştir. Hazırlanan iddianamede yer aldığı şekliyle konuşma metni aşağıdaki gibidir:

"(...) Allah'ın izni ile çile devri bitti, zulüm bitti. Türkiye'de Rusya'dan büyük bir devrim oldu. Nasıl Rusya'da komünizm çöktüyse Türkiye'de de batı taklitçiliği, gâvur aşıklığı çöktü. Bu çok büyük bir hadise. Bak! Allah'ın izni ile 27 Mart'a bir ay kaldı (...). Bu faizci düzen, bu insanı ezen düzen mutlaka değişecek. Allah'ın izni ile, en geç Ekim1994'te büyük seçim yapılacak ve Refah Partisi ezici bir çoğunlukla Parlamentoya girecek. Bir devir kapanacak, yepyeni bir devir başlayacak inşallah (...). Birinci gerçek şu; artık bu ülkede 12 tane parti yok. İki tane parti var. Hak ve batıl. Hakkı temsil eden Bingöllü kardeşimin imanını temsil eder. Onun kendi partisi, bu partinin adı Refah Partisi'dir. Peki, öbür parti hangisi? Diğerleri, diğerleri ne demek diğerleri? Refah Partisi'nin dışındakilerin hepsi batıldır, hepsi bir tek parti sayılır. Çünkü bunlar gâvur aşığı, bunlar bağımsız değil, batıya bağlı, talimatı oradan alıyorlar, bizim halkımızı eziyor. Bunların hepsi faizci, hepsi sömürücü, hepsi ezici ve de üstelik biz İslam âlemini bırakacağız, Hristiyanlarla beraber olacağız, kanunlarımızı gâvurlar yapacak, bizi onlar idare edecek, ortak pazara gireceğiz daha iyi olacak, diyecek kafadan insanlar. Elbette bu ülkenin imanlı insanları bunların arkasına gitmezdi, Allah'a şükürler olsun devirleri bitti (...). Bir devir kapanacak, yeni bir devir açılacak inşallah (...). İşte Bingöllü kardeşlerim, bakınız bunlar, bu Avrupa taklitçileri elli sene evvel ortaya çıktılar, bu ülkenin evlatlarına ne dediler? Dininizi bir tarafa bırakacaksınız, arkamıza düşeceksiniz. Ne olacak? Size dünyalık vereceğiz. Bu memleketin insanları elli sene sabırla bekledi. Otuz senede, Almanya kuruldu, otuz senede Japonya kuruldu, bunlar elli sene, elli sene sonra ne yaptı? On bir milyon işsiz, beş buçuk milyon asgari ücret, dört milyon ölüme terk edilmiş emekli. İşte getirdikleri bu (...). İşte Bingöllü kardeşlerim, bak bu ülkenin aziz evlatları, tam elli sene sabrettik, her seçime gittik, ya bu sefer şu işi değiştirelim dedik. Ama baktık ki oyuncu değişiyor, tiyatro, piyes değişmiyor. (...) Bu 27 Mart'ta oyuncuyu değil, tiyatroyu değil, piyesi değil, dünyayı değiştireceğiz

Allah'ın izni ile (...). Bak hemen kısaca açıklayayım, onlar diyorlar ki biz adil düzeni anlamıyoruz, sizin tahsiliniz yetmiyorsa biz ne yapalım? Siz tersine okumuşsunuz. Hep gâvur etkili mekteplerde okumuşlar, okudukları tersine. Faizden hayır gelir zannediyorlar. Kafaları bu (...). Bunlar faizci. Ah! Bunlar bizim yüce dinimizden ders alabilseler! Kulakları kapalı, kalpleri mühürlü (...). Bu terör belası da aynen taklitçiler yüzünden başımıza gelmiştir. Ne yazık ki, bunlar da bunu düzeltemez. Neden mi? Bak bu Çiller hanım geldi [dönemin Başbakanı], Sayın Erbakan terörü nasıl önleyeceğiz? Ne soracağını bildiğim için ben de listeyi hazırladım. Önüne on iki maddelik bir reçete koydum. Bak dedim ilaç burada, ama siz bunu tatbik edemezsiniz. Neden mi? (...) önce terörü destekleyen Amerikan çekiç gücünü atacaksın. Sen atamazsın, çünkü sen Amerika'ya bağlısın. Sonra bütün Güneydoğumuzu felç eden Irak ambargosunu kaldıracaksın. Kendi diyor yirmi milyar dolar zarar var. Bak otuz bin kamyon burada çürüyor. Bir tane dükkândan bir tane alışveriş yapılmıyor. Yirmi milyar dolar zararın var. Iraklılar da Müslümanlar. Onların bütün ihtiyaçlarını buradan gönderelim ekonomimiz kalkınsın. Yapamazsın ki (...) Terörün ortadan kaldırılmasının birinci şartı İslam kardeşliğinin icrasıdır (...). Kendisine şu misali verdim, dedim ki bu ülkenin evlatları asırlar boyu mektebe başlarken besmeleyle başlarlar. Siz geldiniz bu besmeleyi kaldırdınız. Ne koydunuz yerine: Türküm, doğruyum, çalışkanım. Sen bunu söyleyince öbür taraftan da Kürt kökenli bir Müslüman evladı "ben de Kürdüm, daha doğruyum, daha çalışkanım" deme hakkını kazandı (...) 1400 yıl tek vücut, tek kalp herkes birbirine vücudunu siper etti. Bu ülkede hangi kökendensin diye kimse kimseye sormazdı, çünkü hepsi Müslüman evladıydı. Onun için ilaç budur. Ama bunu ancak Refah partisi gerçekleştirebilir. Neden? Çünkü adil düzende herkese inanç hakkı verilir, herkes kendi ananesi, örfüne göre yaşayacak, herkes kendi ibadetini rahatça yerine getirecek. Bunlar başörtüsüne bile müsaade etmiyor hala. Adil düzende, herkes inandığı yolda örgütlenecek beraber çalışacak, herkes kendi dinini tedris edecek. Herkes bütün insan haklarını kullanacak. Anasından doğduğu dil neyse elbette o dili kullanacak. Bunlar en tabi insan hakkıdır (...). İşte bundan dolayıdır ki, ülkede huzur, barış, kardeşlik yalnız adil düzenle olur. Biz 1400 yıl böylesine hürriyet içerisinde mesut bir şekilde yaşadık. Gene öyle olacağız Allah'ın izniyle. Muhterem Bingöllü kardeşlerim, bakınız bunlar gâvur aşığı olduğu için dış politikayı da mahvettiler. (...) O meclis yarın inananların eline geçecek, bütün bu haklar kan dökülmeden verilecek, işte güzel yol bu (...). Bu terörden en fazla ıstırap çeken güneydoğumuzdur. Çünkü iki yaşında çocuğu yatakta katledildi. Öbür taraftan köylerimiz yakıldı, mezralarımız boşaltıldı. Milletvekillerimiz her zaman bu zulümlerin fotoğraflarını getirdi. Şahitsiniz televizyonlarda her zaman Demirel'in önüne koydu. Bak! Sen halkımıza zulüm ediyorsun. Kendi adamlarını ıslah et. Halka böyle muamele edilmez. Hata ettiler. Ama bunun düzeltilmesinin yolu hakta birleşmektir (...). 27 Mart'ta Allah'ın izni ile bunu yapacağız ve kurtulacağız. Oyumuzu Refah Partisi'ne vermekle bir taşla iki kuş vuracağız. Birincisi ülkeyi felaketlerden kurtaracağız, ikincisi Hıristiyanlara uşak olmayacağız, dünya İslam birliğini kuracağız (...) Bunun için, hakkı hâkim kılmak için çalışacağımıza söz vererek kapatıyoruz. Şu ellerinizi kaldırın! Bu dertlerden kurtulmanın çaresi bu. Hakkı hâkim kılacağız. Bunun için çalışacağımıza söz vererek, Bingöl'ümüzün saadet ve selameti için, bugünkü faizci düzeni bir an evvel değiştirmek için adil düzeni bir an evvel kurmak için, Bosna'yı kurtarmak için, Azerbaycan'ı kurtarmak için, Kudüs'ü kurtarmak için, Hristiyan birliği değil, İslam birliği için bütün gücümüzle çalışacağımıza söz veriyoruz."

DGM, 21 Ekim 1998 tarihli ara kararı ile Birinci video kasetin doğruluğunun bir bilirkişi tarafından incelenmesine karar vermiştir.

4 Aralık 1998 tarihinde uzman Bayan Toz, Bay Günal ve Bay Bayrak tarafından hazırlanan rapor dava dosyasına eklenmiştir. Raporda, hazırlanan kaydın orijinaline uygun olduğu ve söz konusu kasete müdahale edilmediği sonucuna varılmıştır.

10 Şubat 1999 tarihli görüşünde başvurucu, daha önceki savunmasını yinelemiş, zaman aşımı iddiasına dayanak olarak Prof. Bahri Öztürk tarafından hazırlanan raporu sunmuştur. Ulusal mahkemelerinin yerleşik içtihadına atıfta bulunan başvurucu, bir kez daha video kasetlerin delil olarak kullanılamayacağının altını çizmiştir. Başvurucu, 14 Aralık 1998 tarihinde hazırlanan bilirkişi raporu sonuçlarına karşı çıkarak, kasetin 31 Ekim 1997 tarihinde kaydedildiğini ileri sürmüş ve yeni bir bilirkişi tayin edilmesini talep etmiştir.

Cumhuriyet Savcısı 10 Şubat 1999 tarihli esas hakkındaki mütalasında başvurucunun mahkûmiyetini talep etmiştir.

10 Mart 2000 tarihli duruşmada DGM kararını açıklamıştır. DGM, başvurucuyu kendisine isnat edilen suçlardan suçlu bularak bir yıl hapis ve 220,000 Türk Lirası para cezasına mahkum etmiştir.

Yargıtay kararda yer alan gerekçelerin yasalara ve yargılama usulüne uygun olduğuna kanaat getirerek DGM'nin kararını onamıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiası

43. Başvurucu, (eski) Türk Ceza Kanununun 312. maddesi uyarınca mahkûm edilmesinin, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiğini iddia etmektedir. …

44. Taraflar, mevcut davada alınan tedbirlerin başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale olarak incelenmesine itiraz etmemektedirler. Müdahalenin "hukuken öngörülmüş olması", 10(2). fıkrasında yer alan meşru amaçlardan bir ya da birkaçını izlemesi ve "demokratik bir toplumda gerekli" olması dışında, bu türden bir müdahale Sözleşme'nin 10. maddesine aykırı düşer.

A. Müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığı

45. Başvurucu, TCK.'nun 312. maddesi uyarınca mahkûm edildiği dikkate alındığında, bu müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olduğu konusunda bir tartışma bulunmamaktadır.

B. Meşru Amaç

46. Söz konusu müdahalenin kamu düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, ahlakın korunması ve özellikle de başkalarının haklarının korunması gibi meşru amaçlar taşıdığı konusunda herhangi bir şüphe bulunmamaktadır.

C. Demokratik bir toplumda gereklilik

1. Tarafların savları

...

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a) İlgili ilkeler

55. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin içtihatlarındaki temel ilkeleri hatırlatır:

i) İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun en esaslı temellerinden birini ve toplumun ve her bireyin ilerlemesi ve gelişmesi için vazgeçilmez koşullardan birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10(2). maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca Devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. (*Handyside, §49*).

ii) Sözleşme'nin 10(2). fıkrası, birinci fıkradaki hak ve özgürlüklerden yararlanan herkesin, "ödev ve sorumluluk" içinde hareket etmesi gerektiğini teyit etmektedir. Bu ödev ve sorumluluklar, din ve inanç özgürlüğü bağlamında, mümkün olduğu kadar başkalarını incitici ifadelerden kaçınma ve böylece başkalarının hak ve özgürlüklerini ihlal etmekten uzak durma ve ayrıca insan ilişkilerini geliştiremeye elvrişli kamusal tartışmalara katkıda bulunma yükümlülüğü yükler (*Otto-Preminger-Institut, §49; Wingrove, §52*). Ayrıca, ahlak ve özellikle din alanında kişisel inançlara zarar verebilecek konularda ifade özgürlüğünün düzenlenmesi söz konusu olduğunda, Sözleşmeci Devletler belirli bir taktir alanına sahiptirler (*Müller ve Diğerleri, §35; Gündüz, §37*).

iii) Bir müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı testi, müdahalenin toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılmadığı, izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığı ve ulusal mahkemeler tarafından verilen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığı konusunda Mahkeme'nin inceleme yapmasını gerekli kılmaktadır (*Sunday Times* (*no.1*)*, §62*). Bu tür bir "ihtiyacın" varlığını belirlemek ve bu ihtiyaç için hangi önlemlerin alınabileceğini tespit ederken ulusal makamlar belli bir takdir alanından yararlanırlar. Bununla birlikte, bu takdir alanı sınırsız olmayıp, son aşamada müdahalenin Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda karar vermesi gereken Mahkeme'nin uyguladığı Avrupa denetimiyle el ele gider (*Nilsen ve Johnsen, §43*).

iv) Sözleşme'nin 10(2). fıkrası, siyasi ifadeler veya kamuyu ilgilendiren ifadeler alanında bir sınırlamaya pek az yer bırakmaktadır (*Scharsach ve News Verlagsgesellschaft, §30*). Mahkeme, siyasi tartışmayı savunmanın demokratik bir toplumda temel bir unsur olduğunu vurgular. Mahkeme siyasi ifade bağlamında ifade özgürlüğüne çok büyük bir önem vermekte ve zorlayıcı nedenler olmadıkça siyasi ifadeye kısıtlama getirilmemesi gerektiğini kaydetmektedir. Belir bir olayda geniş bir sınırlama getirilmesi, ilgili devlette genel olarak ifade özgürlüğüne saygıyı etkilediğine kuşku yoktur (*Feldek, §83*). Bununla birlikte, siyasi ifade özgürlüğü mutlak değildir. Sözleşmeci Devlet bazı "kısıtlamalar" veya "yaptırımlar" uygulayabilir, fakat bunların 10. maddedeki ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığını belirlemek, Mahkeme'nin görevidir (*Castells, §46*).

56. Mevcut davanın özelliği, başvurucunun ulusal makamlar tarafından "nefret söylemi" olarak nitelendirilen beyanları nedeniyle cezalandırılmış olmasıdır. Bu noktada Mahkeme, hoşgörünün ve herkesin onurunda eşitliğine saygının, demokratik ve çoğulcu bir toplumun temelini oluşturduğunu hatırlatır. Kural olarak, demokratik toplumlarda "formaliteleri", "koşulları", "kısıtlamaları", veya "yaptırımları" izlenen meşru amaçla orantılı olmak kaydıyla, hoşgörüsüzlük dâhil olmak üzere, nefreti teşvik eden, hatta meşru sayan her türlü ifadeye yaptırım uygulanması ve bunların önlenmesi gerekli görülebilir (*nefrete dayalı söylem ve şiddeti savunma ile ilgili olarak bk. Sürek* (*no1*)*, §62; ve özellikle Gündüz kararı, §40*).

57. Öte yandan, Mahkeme'nin *Jersild – Danimarka* kararında belirttiği gibi, bireylere ve gruplara hakarete ve nefrete dayalı bir söylem oluşturan somut ifadeler, Sözleşme'nin 10. maddesinin güvencesinden yararlanamaz.

b) Bu ilkelerin mevcut olayda uygulanması

58. Mahkeme, başvurucu Erbakan'ın mahkûmiyetinin toplumsal bir ihtiyaç baskısını karşılayıp karşılamadığını ve izlenen meşru amaçlarla orantılı olup olmadığını belirlemek için, şikayete konusu "müdahale"yi, konuşmanın içeriğini, konuşmanın yapıldığı ortamı ve koşulları bütün olarak değerlendirmek durumundadır. Mahkeme bunu yaparken, ulusal mahkemeler gibi, başvurucunun konuşmasının içeriğini o dönemde Türkiye'nin güneydoğusunda hüküm süren durum ışığında analiz etmesi gerekir. Bununla birlikte,

başvurucu hakkındaki soruşturmanın, dava konusu konuşmanın yapıldığı tarihten dört yıl beş ay sonra başlatılmış olması hususu da dikkate alınmalıdır. Ayrıca, yapılan müdahalenin orantılı olup olmadığı değerlendirilirken, verilen cezanın niteliği ve ağırlığı da dikkate alınması gereken unsurlardır (*Pedersen ve Baadsgaard, §93*).

59. Başvurucu halka açık olarak yaptığı konuşmasında, özellikle nefrete ve dini hoşgörüsüzlüğe teşvik etmekten suçlu bulunmuş, ilk derece mahkemesi başvurucunun yaptığı konuşmanın bazı bölümlerinden alıntılar yapmıştır: "(...) Artık bu ülkede 12 tane parti yok, 2 tane parti var. Hak ve batıl, hakkı temsil eden Bingöllü kardeşimin imanını temsil eder. Onun kendi partisi, bu partinin adı Refah Partisidir. Peki, öbür parti hangisi? Diğerleri, Diğerleri ne demek diğerleri? Refah Partisinin dışındakilerin hepsi batıldır, hepsi bir tek parti sayılır. Çünkü bunlar gâvur aşığı. Bunlar bağımsız değil, Batıya bağlı, geliyorlar iş başına, talimatı oradan alıyor, bizim halkımızı eziyor. Bunların hepsi faizci, hepsi sömürücü, hepsi ezici ve de üstelik biz İslam âlemini bırakacağız, Hristiyanlarla beraber olacağız. Kanunlarımızı gâvurlar yapacak, bizleri onlar idare edecek (...)"

60. O dönemde Bingöl'de hâkim olan durumu ve halkın köktendinci bir terör örgütünün eylemlerinin mağduru olduğu hususunu dikkate alan Devlet Güvenlik Mahkemesi, başvurucunun özellikle "inananlar" ve "inanmayanlar" arasında bir ayrıma giderek siyasi tartışma özgürlüğünün kabul edilebilir sınırlarını aştığı sonucuna varmıştır.

61. Yargıtay, Erbakan'ın "kendi partisi dışındaki tüm partileri batıl, gâvur aşığı olarak nitelendiren, faize dayalı bir sitemi savunan nitelendirmesiyle" Erbakan'ın bu partilerin "Kuran'a göre Allah'a harp ilan ettikleri" görüşünü savunduğunu belirtmiştir.

62. Tanınmış bir siyasetçi tarafından halka açık bir toplantıda dile getirilen bu görüşler, gerçekten dile getirilmişler ise, dini değerler çerçevesinde şekillenmiş bir toplumsal bakış açısını ifşa etmekte ve böylelikle farklı grupların bir arada yaşadığı günümüz toplumlarını oluşturan çoğulculuk anlayışıyla bağdaşır görünmemektedir. Gerçekten de, dini bir terminoloji kullanan konuşmacı bilhassa toplumun özünde bulunan bu çeşitliliği "inananlar" ve "inanmayanlar" arasındaki basit bir bölünmeye indirgeyerek dine dayalı politik bir çizgi oluşturma çağrısı yapmaktadır.

63. Üstelik, Hükümetin de ifade ettiği gibi, Bingöl'de bu konuşmaların yapıldığı sırada bölge halkının köktendinci hareketlerin yol açtığı elem verici pek çok eylemin mağduru olduğunu göz önünde bulundurmak gerekir (*Zana, §10; Sürek* (*no.2*) *[BD], §37*).

64. Her türden hoşgörüsüzlüğe karşı mücadele insan haklarının bütünleyici bir parçası olduğundan, siyasetçilerin halka yönelik konuşmalarında hoşgörüsüzlüğü beslemekten kaçınmaları büyük önem arz etmektedir.

65. Bununla birlikte, demokratik bir toplumda siyasi tartışma özgürlüğünün temel niteliğe sahip olduğundan, Mahkeme siyasi söyleme getirilen ağır yaptırımı haklı kılacak zorlayıcı sebeplerin mevcut olup olmadığını incelemek durumundadır. Başvurucu yaptığı konuşma nedeniyle yalnızca dine dayalı nefreti teşvik etmekten yargılanmamış, konuşmasının kimi bölümlerinin ırka dayalı nefret ve düşmanlığa tahrik ettiği kabul edilmiştir.

66. Bu bağlamda Mahkeme, başvurucunun ulusal mahkemler önünde olduğu gibi, Ankara Cumhuriyet Savcılığı'na sunulan söz konusu konuşma metninin 25 Şubat 1994 tarihinde yapılan konuşmayı yansıtmadığı, özellikle video kaset kayıtlarının orijinal olup olmadığı konusunda belirsizlikler bulunduğu yönündeki itirazlarını gözlemlemektedir. Aynı şekilde, söz konusu konuşmanın yapılmasının ardından Hükümet görevlisi tarafından hazırlanan resmi raporda, başvurucu Erbakan'ın "siyasi ve ekonomik konuları ele aldığı (...) toplantının yasaya uygun olarak gerçekleştiği" belirtilmiştir.

67. Mahkeme, toplantıdan beş yıl sonra, yetikilerin içeriğine itiraz edilen bir video kaset kaydına dayanarak dava konusu konuşmanın içeriğini belirlediklerini gözlemlemektedir. Bu bağlamda Mahkeme, Türk hukukunda kanıtların kabuledilebilirliğiyle ilgili olarak ulusal mahkemelerin belirledikleri kıstaslar hakkında değerlendirmede bulunmakla görevli olmamakla birlikte, mevcut durumda başvurucunun iddianamede yer alan hususların tamamından sorumlu tutulmasının güç olduğunu kaydetmektedir (*Amihalachioaie, §37*).

68. Aynı şekilde, başvuruda yer alan olaylar dikkate alındığında Mahkeme'ye göre, başvurucu hakkında soruşturmanın açıldığı tarihte, dava konusu konuşmanın toplum açısından "açık ve yakın tehlike" oluşturduğu kanıtlanmış değildir. Bu bağlamda Mahkeme, Hükümetten farklı olarak, söz konusu konuşmanın yapıldığı iddia edilen tarih ile ceza soruşturması başlatılması arasında geçen dört yıl beş aylık sürenin, soruşturma içeriğinin başvurucu açısından taşıdığı önem de dikkate alındığında, göz önünde bulundurulması gereken bir unsur olarak değerlendirmektedir. Bu husus, Devlet Güvenlik Mahkemesi'nin sözü edile konuşmanın yapıldığı Bingöl'de hüküm süren durum hakkında sonuçlar çıkarmış olması çerçevesinde önem taşımaktadır.

69. Son olarak Mahkeme, başvurucunun 220.000 TL. para ve bir yıl hapis cezasına çarptırılmasının yanı sıra, birçok medeni ve siyasi haktan yoksun bırakıldığını gözlemlemektedir. Bu noktada, tanınmış bir siyasetçi için ağır yaptırımlar söz konusudur. Yapısı itibariyle böyle bir yaptırımın caydırıcı bir etkisinin mutlak olduğunu ve başvurucunun cezasını çekmemesinin bu sonucu değiştirmediğini kaydetmek gerekir (*Cumpana ve Mazare, §116*). Bunun yanı sıra, cezanın tecil edilmesi ve başvurucu hakkındaki davanın daha sonra düşmesi bu ertelemenin bir neticesi olup, sonrasında benzer nitelikli suçların işlenmemiş olmasına bağlıdır (*Aslı Güneş [k.k.], no: 53916/00*).

70. Sonuç olarak, başvurucu hakkında yürütülen davanın gerekli olduğuna ilişkin gerekçeler, başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin "demokratik bir toplumda gereklilik" arz ettiği konusunda yeterli değildir. Özellikle, suç unsuru oluşturan konuşmanın ardından dört yıl beş ay sonra bir siyasetçi hakkında açılan ceza davası, demokratik bir toplumun menfaati ve siyasi mücadele özgürlüğü göz önünde bulundurulduğunda, izlenen meşru amaçlarla orantılı değildir.

71. Bu nedenle, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
2. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiğine

KARAR VERMİŞTİR.

13.11.2008 64119/00 KAYASU - TÜRKİYE

♦ *savcının meslekten çıkarılması* (başvurucu savcının 12 Eylül 1980 darbesini yapan komutanlara karşı iddiameyle dava açmak istemesi ve bunu basına vermesi nedeniyle eski TCK'daki görevini kötüye kullanma ve silahlı kuvvetleri tahkir etme suçlarından mahkum edilmesi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından meslekten çıkarılmasına karar verilmesi), *etkili hukuk yolu* (görevden çıkarma kararına karşı başvurulabilecek etkili bir yol bulunmaması) ■ ifade özgürlüğü—etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu 1952 doğumlu olup, olayların meydana geldiği sırada Cumhuriyeti Savcısı olarak görev yapmaktadır. Başvurucu vatandaş sıfatıyla 5 Ağustos 1999 tarihli Ankara

Devlet Güvenlik Mahkemesine vermiş olduğu dilekçeyle, 12 Eylül 1980 tarihli askeri darbenin başındaki isimlerden ve eski generallerden Kenan Evren, Sedat Celasun, Nurettin Ersin, Nejat Tümer ve Tahsin Şahinkaya aleyhine 1961 Anayasası ile kurulmuş olan T.B.M.M'ne karşı askeri darbe yapmış oldukları gerekçesiyle şikâyette bulunmuştur. Başvurucu şikâyetini Türk Ceza Kanunu'nun 146. ve 147. maddelerine dayandırmıştır.

Başvurucunun şikâyeti kovuşturmaya yer olmadığı kararıyla sonuçlanmış ve dava basında belirli bir yankı uyandırmıştır.

A. Başvurucunun dilekçesi üzerine aleyhine açılan disiplin soruşturması

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından başvurucu hakkında idari soruşturma başlatılmış ve 9 Şubat 2000 tarihinde dosya Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'na gönderilmiştir.

Soruşturma dosyasında yer alan başvurucunun şikayet dilekçesinin ilgili bölümleri şöyledir:

"1908 yılından beri maalesef yanlış bir uygulama ile ordunun devlete başkaldırışı meşru kabul edilmeye başlanmıştır. Darbecilerin cezalandırılmadığı, hatta cumhurbaşkanı yapıldığı tek ülke de herhalde yine Türkiye'dir. Yine milletinin devletinden, devletinin ordusundan, ordusunun da milletinden korktuğu tek ülke yine Türkiye'dir. Demokratik bir ülkede, devletin verdiği silahla ve yetkiyle ve üstelik emir komuta zinciri ile ihtilal yapmak ancak, senin yediğin yeter, biraz ben yiyeceğim demektir. Ben bunu şuna benzetiyorum: Zengin birisi, başkaları tarafından soyulmasın diye silahlı bir bekçi tutuyor, o bekçi de kalkıyor hem adamı soyuyor, hem de kimseye söylemesin diye adamı öldürüyor. (...) Mesela Apo (Abdullah Öcalan) yakalanmayıp Kürt ayaklanması başarıya ulaşsaydı onun cumhurbaşkanı olması gayet normaldir. Adam ölüm kalım mücadelesi vermiş. Başarınca da meyvesini yiyecek. Peki, sen neyin mücadelesini verdin de meyve yiyorsun? (...) Neymiş efendim, İç Hizmet Kanununun verdiği yetkiymiş. (...) Kanun bana da pek çok yetki vermiş. Şimdi kalkıp ben de mi ihtilal yapayım? Ben bu dilekçeyi yazmakla tarih ve millet önündeki ayıbımdan kurtuluyorum.".

Ödemiş Cumhuriyet Başsavcısı 6 Ocak 2000 tarihli fezlekeyle, başvurucu hakkında başlatılan soruşturmalar hakkında görüşünü bildirmiştir. Başsavcıya göre Kayasu, savcılık görevinde bulunmasına rağmen, Anayasanın açık hükümlerini görmezden gelerek, devlet menfaatine hareket eden devlet adamları hakkında uygunsuz ifadeler kullanmış ve bizzat kendisi basını bu konudan haberdar ederek dilekçesini kamuoyuna duyurmuştur. Başsavcıya göre bu eylem, cezai değil fakat disiplin yaptırımı gerektirmektedir.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu başvurucunun savunmasını istemiştir. Başvurucu 8 Mart 2000 tarihli savunma dilekçesinde, söz konusu şikâyeti savcı olarak değil ama vatandaş olarak yaptığını beyan etmiştir. Başvurucuya göre, kendisine şikâyet dilekçesi nedeniyle ceza verilmemesi gerekmektedir. Başvurucu ayrıca amacının herhangi bir kişiyi rencide etmek değil, hukukun üstünlüğünün yerleşmesine katkıda bulunmak olduğunu belirtmiştir. Başvurucu, ilgili kişilerin kendilerini rencide olmuş hissetmeleri halinde, kendisine karşı şikâyette bulunabileceklerini eklemiştir.

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu 30 Mart 2000 tarihli genel kurul toplantısında, 2802 Sayılı Hâkimler ve Savcılar Kanunu'nun 65/a maddesi gereğince başvurucu hakkında kınama cezası verilmesine karar vermiştir. Kurula göre, başvurucunun dilekçesinde kullanılan ifadeler, devletin birliği ve bütünlüğü için hareket eden bazı devlet adamlarını rencide edebilecek mahiyettedir.

Başvurucu 17 Nisan 2000 tarihli dilekçeyle, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun vermiş olduğu kararını gözden geçirmesini talep etmiştir. Başvurucu dilekçesinde, söz

konusu kararın kendisine usulüne uygun olarak tebliğ edilmediğini ve yeterli ölçüde gerekçe gösterilmediğini ileri sürmüştür. Başvurucu aynı dilekçesinde, yalnızca dilekçe hakkını kullanmış olması nedeniyle cezalandırılmış olmasının, kendisini bu amaca ulaşmak için başka bir çareye başvurmaya ittiğini beyan etmektedir. Bu da bir savcı olarak iddianame düzenlemektir.

Karar herhangi bir şekilde gözden geçirilmemiştir.

Başvurucu 24 Mayıs 2000 tarihinde karara itiraz etmiştir. Başvurucu savunmasında söylediklerini tekrar etmiş, yaptığı itirazın reddedilmesi durumunda, hakkını Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde arayacağını ifade etmiştir.

Başvurucunun itirazı, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun 3 Haziran 2000 tarihli genel kurulunda, İtirazları İnceleme Kurulu tarafından, "30 Mart 2000 tarihli kararın yerinde olduğu" gerekçesiyle reddedilmiştir. 11 üyeli İtirazları İnceleme Kurulu, oyçokluğuyla bu kararı vermiş ve karar kesinleşmiştir.

B. Başvurucunun dilekçesi üzerine aleyhine açılan ceza soruşturması

Salihli Cumhuriyet Savcısı 25 Şubat 2000 tarihinde, başvurucu aleyhine, görevini kötüye kullandığı gerekçesiyle Türk Ceza Yasası'nın 240. maddesi gereğince cezalandırılması için iddianame düzenlemiştir.

Alaşehir Ağır Ceza Mahkemesi 28 Nisan 2000 tarihinde, başvurucunun savcı sıfatıyla değil ama birey olarak hareket etmiş olduğu gerekçesiyle, suçun yeniden değerlendirilmesine ve başvurucu hakkında devletin silahlı kuvvetlerini tahkir suçundan (TCK md. 159/1) kovuşturma başlatılmasına karar vermiştir. Dosya Ödemiş Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmiştir.

Ödemiş Ağır Ceza Mahkemesi, 23 Aralık 2000 tarihli bir kararla başvurucunun sözlerinin sert eleştiri niteliğinde olduğu ve tahkir oluşturmadığı gerekçesiyle beraat kararı vermiştir.

C. Başvurucunun iddianame düzenlemesi üzerine aleyhine açılan disiplin ve ceza soruşturmaları

Başvurucu bu arada, 28 Mart 2000 tarihinde, Adana C. Savcısı sıfatıyla Ceza Yasası'nın 146 ve 147. maddelerine dayanarak, eski Genelkurmay başkanı, eski cumhurbaşkanı ve 12 Eylül 1980 darbesinin baş aktörü M. Kenan Evren aleyhinde iddianame düzenlemiştir.

Başvurucu iddianamesinde, 12 Eylül 2000 tarihi itibari ile bu suçun zamanaşımına uğrayacağını ve hukuk dışı eylemleri nedeniyle darbecilerinin yargılanamayacağını, bu nedenle kendisini bir hukuk adamı olarak sorumlu hissettiğini ifade etmiştir.

Başvurucu, Türk Ceza Kanunu'nun 146 ve 147. maddelerinin öğretide çeşitli şekillerde yorumlandığını belirtmiştir.

Başvurucu, Anayasa'nın Geçici 15. maddesinde öngörülen Milli Güvenlik Konseyi (MGK) üyelerinin dokunulmazlığı ile ilgili olarak ise, söz konusu anayasal düzenlemenin 12 Aralık 1980 tarihinden önce işlenen suçlara uygulanabilir olmadığını ifade etmiştir.

Başvurucuya göre General Evren, 12 Aralık 1980 tarihinden önceki dönem bakımından MGK'nın değil Türk Silahlı Kuvvetleri'nin (TSK) yöneticisi olarak değerlendirilmelidir.

Başvurucu, Evren tarafından 30 Ağustos 1980 tarihinde verilen muhtırayı da içeren bir kitabı eklemiş ve devlet arşivlerinde, yazılı ve görsel medyada daha çok delil bulunabileceğini vurgulamıştır.

Başvurucu iddianamenin sonuç bölümünde, General Evren'i TSK'yı hukuk dışı yollarda kullanmakla suçlamıştır. 30 Ağustos 1980 tarihinde verdiği muhtıra nedeniyle TCK'nun 146(1) ve (2). fıkraları gereğince, 12 Eylül 1980 askeri darbesini yapmak nedeniyle de TCK'nun 147. maddesi gereğince mahkûm edilmesini talep etmiştir.

Adalet Bakanı 29 Mart 2000 tarihinde, başvurucunun gazetecileri makamına davet ederek kendilerine iddianame hakkında açıklamalar yapmak ve iddianamenin birer kopyasını basına dağıtmak suretiyle görevini kötüye kullanma suçunu işlediği gerekçesiyle, başvurucu aleyhinde soruşturma başlatılmasına izin vermiştir.

Bakan tarafından görevlendirilen bir müfettiş, aralarında savcıların, adliye çalışanlarının ve gazetecilerin de bulunduğu bazı kişilerin ifadesine başvurmuştur. Müfettiş hazırladığı soruşturma dosyasında, bu ifadelerin yanında birçok gazete küpürü ve olayla ilgili video görüntülerine yer vermiştir.

Adana Cumhuriyet Başsavcısı 1 Nisan 2000 tarihinde, başvurucu tarafından hazırlanan iddianameyi sadece bir ihbar dilekçesi olarak kabul etmiş ve Anayasanın Geçici 15. maddesine dayanarak bu dilekçe hakkında takipsizlik kararı vermiştir. Bu başvuru iddianame esas defterine kaydedilmemiştir.

Başvurucunun bu eylemi basında yankı bulmuş, kendisiyle röportajlar yapılmış ve Kenan Evren'in yargılanması olasılığına karşı görüş bildiren tanınmış hukukçuların görüşlerine basında yer verilmiştir.

Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından düzenlenen ve bu Bakanlıkta idareci iki hâkimi ile Bakan tarafından imzalanmış 16 Mayıs 2000 tarihli belgede, başvurucuyla ilgili soruşturmanın iki madde üzerinden yürütülmesi gerektiği belirtilmiştir. Bu belgeye göre ilk olarak Bay Kayasu tarafından düzenlenen iddianame, bir soruşturma dosyası hazırlanmasına ilişkin yürürlükteki kurallara uygun değildir. Bu metin ayrıca, ordu mensuplarının kişiliklerini rencide edici ifadeler içermektedir. Kayasu iddianamede kişisel görüşlerine yer vererek siyasal bir polemik başlatmak amacıyla hareket etmiştir.

İkinci olarak, Kayasu iddianamenin bir örneğini, erken emeklilik isteyeceğini de bildirerek basına sızdırmıştır. Başvurucu kameramanları ve gazetecileri de davet etmiş ve bunların görüntü almalarına izin vermiştir. Başvurucu bu şekilde yapay bir kamusal tartışmanın doğmasına neden olmuştur.

Belgenin sonuç kısmında, bu iki olgunun başvurucunun cezai ve idari soruşturmaya tabi tutulmasını gerektirdiği belirtilmektedir.

Cezai ve idari olmak üzere her iki soruşturma, aşağıda belirtildiği şekilde iç içe geçerek yürütülmüştür.

Tarsus C. Savcısı 23 Mayıs 2000 tarihli bir iddianameyle, başvurucu aleyhinde görevi kötüye kullandığı ve Türk Silahlı Kuvvetlerini tahkir ettiği iddiasıyla, TCK'nun 240 ve 159. maddeleri uyarınca dava açmıştır. Savcı başvurucuyu, aleyhe delillerin toplanması ve ifadelerin alınması gibi hazırlık soruşturmasının yürütülmesi ile ilgili kuralların yerine getirilmemekle, 1980 darbesini yapan kişilerle ilgili Anayasa'nın geçici 15. maddesini dikkate almamakla, iddianamede silahlı kuvvetler mensuplarını tahkir edecek ifadelere yer vermekle, söz konusu iddianameyi esas defterine kayıt ettirmek için ısrar etmekle ve nihayet bunu basına sızdırmak ve görülmekte olan bir dava ile ilgili basına açıklamalarda bulunmakla itham etmiştir. Tarsus Savcısı özellikle başvurucu tarafından hazırlanan iddianamenin şu bölümlerine atıf yapmıştır:

"Ancak bugüne kadar sanık ve arkadaşları hakkında işlem yapılmamasının nedeni, ordunun sahip olduğu ve gerektiğinde kendi milletine karşı kullanmaktan çekinmediği silahlı

gücünün toplum üzerinde yarattığı korkudan başka bir şey değildir. Bugün için Türkiye Cumhuriyetinde kimsenin hukukun üstünlüğüne inanmadığı acı bir gerçek olarak karşımızda durmaktadır. Bunun sebebi, belirttiğimiz gibi gücün hukukunun üstün olması ve kabul görmesidir. Nitekim bütün dünyada Lockheed uçak firmasının verdiği rüşvetlerden dolayı başbakanlar bile yargılandığı halde, Türkiye'de ise rüşveti alan kişi üst rütbeli bir general olduğu için hakkında soruşturma bile açılmamıştır. Türk milletinin kardeş kanı dökülmemesi için orduya karşı bir isyan başlatmayışı ne ihtilal ne de muhtırayı haklı gösterebilir. Daha önce Cumhurbaşkanına gönderilen muhtıra ile bu beyan birleştirildiğinde, sanığın açıkça yönetime el koyarak bir kısım insanları ezeceği ve Silahlı Kuvvetlerin egemen olduğu bir ortam yaratılacağını ifade ettiği anlaşılacaktır. Sanık (Kenan Evren) 27 Eylül 1979 tarihli bir muhtırayla Cumhurbaşkanına bütün anayasal kurumları ortadan kaldırmak istediğini ve nihayet 12 Eylül 1980 tarihinde yaptığı gibi iktidarı ele geçirmeyi hedeflediğini dile getirmiştir. Bu niyet 30 Ağustos 1980 tarihinde verdiği mesajda da açıkça görülmektedir: ordunun yumruğu altında ezilecekler." Muhtıranın ve mesajın içerikleri sırasıyla değerlendirildiğinde sanığın darbe yapma niyetinin açık olduğu görülecektir."

Tarsus Ağır Ceza Mahkemesi 20 Haziran 2000 tarihli kararıyla başvurucu hakkında kovuşturma açılmasına ve dosyanın Adana Ağır Ceza Mahkemesine gönderilmesine karar vermiştir.

Başvurucu, Adana Ağır Ceza Mahkemesine gönderdiği tarihsiz bir yazısında, hazırlamış olduğu iddianamenin hukuki temelden yoksun bir "ihbar" olarak kabul edilmesine karşı çıkmıştır. Başvurucuya göre hükümet darbesiyle ilgili eylemler bütün dünya tarafından bilinmekte olup, bir iddianame hazırlanması için özel bir delile veya bir ihbara gerek yoktur. Şüphelilerin ifadesinin alınmamış olmasına gelince, başvurucu bu olaydaki gibi zamanaşımı süresinin yakın olduğu durumlarda iddianamenin düzenlendiği sırada şüphelinin ifadesinin alınmasının gerekli olmadığını belirtmiş, bizzat kendisi aleyhinde düzenlenen iddianamenin de kendisinin savunmasını içermediğini ifade etmiştir.

Başvurucu kendisi tarafından hazırlanıp yine kendisi tarafından imzalanmış iddianamenin esas defterine kaydedilmesi için ısrar ettiğini kabul etmiş ve bu iddianamenin Cumhuriyet Başsavcısının imzasına sunulmak üzere hazırlanmış bir iddianame taslağı olmadığını vurgulamıştır. Başvurucuya göre Cumhuriyet Başsavcısı, bir savcı tarafında hazırlanmış bir iddianameyi reddetme şeklinde usuli yetkiye sahip değildir.

Adana Ağır Ceza Mahkemesi 5 Temmuz 2000 tarihinde, 1. sınıfa ayrılmış yargı mensupları hakkındaki kovuşturmaların bir Yargıtay Ceza Dairesi tarafından yürütülmesi gerektiği gerekçesiyle, başvurucu hakkında kişi bakımından görevsizlik kararı vererek, dosyanın Yargıtay 4. Ceza Dairesine gönderilmesine karar vermiştir.

Bu daire 19 Ekim 2000 tarihinde, söz konusu davada yöneltilen suçlamalar nedeniyle konu bakımından yetkisiz olduğuna karar vererek dosyanın Yargıtay 9. Ceza Dairesine gönderilmesine karar vermiştir.

Başvurucu Yargıtay'da yaptığı savunmasında, suçlu olmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu özellikle iddianamenin hazırlanmasının usule uygun olduğunu ve savcı olarak yetkisi dâhilinde olduğunu ve hiçbir şekilde Türk Silahlı Kuvvetlerini tahkir etme amacını taşımadığını belirtmiştir. Başvurucuya göre 12 Eylül 1980 tarihinden önce gerçekleştirilen eylemler Anayasanın geçici 15. maddesine girmemektedir. Başvurucu ayrıca, savcı sıfatıyla hazırlamış olduğu iddianamenin Adana Cumhuriyet Başsavcısı tarafından reddedilmesinin usule aykırı olduğunu ve yürürlükteki mevzuata göre esas defterine kaydedilmesi gerektiğini ileri sürmüştür.

Başvurucu 28 Mart 2000 tarihinde, hazırlamış olduğu metin hakkında bilirkişi incelemesi yapılmasını talep etmiştir. Başvurucunun bu talebi Yargıtay tarafından reddedilmiştir.

Yargıtay 4 Nisan 2001 tarihinde başvurucunun, sadece darbecilerin yargılanma olasılığı hakkındaki fikirlerini ifade ettiği ve Türk Silahlı Kuvvetlerini tahkir amacını taşımadığı gerekçesiyle, TCK 159. madde çerçevesinde yöneltilen suçlamadan beraatine karar vermiştir. Yargıtay ayrıca, başvurucunun görevi kötüye kullanma suçunu işlediğinin sabit olduğuna ve başvurucunun 1 yıl hapis cezası ile cezalandırılmasına karar vermiş, bu cezanın 988.650.000 TL para cezasına çevrilmesine, bu para cezasının da ertelenmesine karar vermiştir. Yargıtay ayrıca, başvurucunun 2 ay 15 gün kamu görevinden yasaklanmasına hükmetmiştir. Yargıtay kararının gerekçesinde, başvurucunun Anayasanın geçici 15. maddesine ve daha önce aynı gerekçelerle hazırlamış olduğu iddianame hakkında takipsizlik kararı verilmiş olmasına rağmen, Kenan Evren hakkında iddianame düzenlemesinin TCK'nun 240. maddesi gereğince cezalandırılması gereken görevi kötüye kullanma suçunu teşkil ettiği ifade edilmiştir.

Başvurucu bu karara Yargıtay Ceza Genel Kurulu nezdinde itiraz etmiştir. Başvurucu kendisi hakkında soruşturma yürütülmesine izin verilmesine ilişkin kararın, savcılık görevi sırasında yapmadığı eylemlerden kaynaklandığının vurgulamıştır. Bu nedenle bu eylemlerin görevin kötüye kullanılması olarak cezalandırılması mümkün değildir. Başvurucu bunun yanında, daha önce takipsizlik kararına konu olmuş eylemler hakkında bir iddianame düzenlemesinin görevi kötüye kullanma anlamına gelmeyeceğini iddia etmiştir. Başvurucu kamu vicdanını ilgilendiren bir konunun söz konusu olduğunu ileri sürmüştür.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 15 Mayıs 2001 tarihinde, Dairenin görevin kötüye kullanılması hakkında mahkûmiyete ilişkin hükmünün onanmasına, tahkir suçundan beraata ilişkin hükmün ise bozulmasına karar vermiştir. Genel Kurula göre, başvurucu tarafından hazırlanan 28 Mart 2000 tarihli belge eleştiri sınırını aşmakta ve Silahlı Kuvvetleri görevini kötüye kullanarak silahını vatandaşlara doğrultmakta tereddüt etmeyen ve hukuk devletini ortadan kaldırmayı amaçlayan bir kurum olmakla itham ederek, silahlı kuvvetlerin tamamını hedef almıştır.

Genel Kurul, başvurucunun iddianame hakkında takipsizlik kararı verilmesinden sonraki davranışlarını konu alan ve istinabe yoluyla alınan birçok tanık beyanını göz önünde bulundurmuştur. Çoğunluğu gazeteci olan bu tanıklar kendilerine söz konusu iddianamenin bir örneğini veren başvurucu tarafından çağrıldıklarını söylemişlerdir. Başvurucu, gazetecileri böyle bir iddianamenin varlığından haberdar ederek bunun adli merciler tarafından yok edilmesini engellemek istediğini söylemiş ve kendi adına erken emekliliğe ayrılmasını beklediğini belirtmiştir.

Bu bozma üzerine Yargıtay 9. Ceza Dairesi 26 Eylül 2001 tarihinde, önceki kararında direnmeye karar vermiştir. Bu karar da Genel Kurul tarafından 23 Ekim 2001 tarihli bir kararla bu kez şekil bakımından bozulmuştur. Daire şekil yönünden eksikliği giderdikten sonra 13 Mart 2002 tarihinde, bir kez daha önceki kararında direnme kararı vermiştir.

Genel Kurul 16 Nisan 2002 tarihinde, Dairenin görevi kötüye kullanmaktan mahkûmiyete ilişkin kesin hale gelen kararını onamış ve TCK'nun 159. maddesiyle ilgili olarak tahkire ilişkin kararını bir kez daha bozmuştur.

Başvurucu 13 Haziran 2002 tarihli duruşmada söz konusu iddianameyi hazırlamaktaki amacının Türk hukuk tarihine ilişkin gerçekleri göz önüne sermek olduğunu beyan etmiştir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi 11 Eylül 2002 tarihli bir kararla, nihayet Genel Kurulun 16 Nisan 2002 tarihli kararına uyma kararını vermiş ve başvurucuya TCK'nun 159. maddesi uyarınca 10 ay hapis cezası vermiş ve bu cezayı ertelemiştir. Daire başvurucunun iddianameyi dağıtarak daha geniş bir kitleye ulaşmaya çalıştığının altını çizmiştir. Daireye göre

başvurucu bu şekilde devletin silahlı kuvvetlerini aşağılamayı amaçladığını göstermiş bulunmaktadır.

Başvurucunun meslekten çıkarılması

2802 sayılı yasanın 77. maddesi uyarınca başvurucunun 20 Nisan 2000 tarihinden itibaren görevinden uzaklaştırılmasına karar verilmiştir (bk. yukarıda §49).

Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu (HSYK) 27 Şubat 2003 tarihinde 7 üyesinin oy çokluğuyla, 2802 sayılı yasanın 69. maddesi uyarınca başvurucunun savcılık mesleğinden çıkarılmasına karar vermiştir. Kurul kararında, başvurucunun Adalet Bakanlığı müfettişinin taraflı olduğuna inandığından Kurula ifade vermeyi kabul etmediği vurgulanmıştır.

HSYK, başvurucunun TCK'nun 159. ve 240. maddesi uyarınca verilen mahkûmiyet kararına da dayanarak, aşağıda belirtilen iki gerekçeyle başvurucunun meslekten çıkarılmasına karar vermiştir.

"1) İlgilinin uygunsuz konuşmaları ve davranışları, mesleğini doğru ve tarafsız bir şekilde yerine getiremeyeceğini düşündürmüştür.

(...)

Bu bağlamda, "iddianame" başlığı taşıyan metinde yargılama amacını aşan kişi ve kurumları hedef alan ifadeler kullanmıştır.

2) Adalet Bakanlığı Ceza İşleri Genel Müdürlüğü tarafından yayımlanan 25 numaralı genelgeye rağmen başvurucu iddianamenin bir örneğini basın mensuplarına iletmiş, kendilerine açıklamalarda bulunmuş, görüntü almalarına izin vermiş, kısaca savcılık görevinin gerektirdiği sorumluluk duygusuyla hareket etmemiştir. Başvurucu bu şekilde yapay bir tartışma başlatmıştır. (...)"

Kararda aşağıdaki hususlar vurgulanmıştır:

"ilgilinin 'iddianame' başlıklı metinde kullandığı ifadeler 1) ve 2) numaralı gerekçelerde belirtilen ve Ceza Kanununun iki ayrı maddesine, yani 240. ve 159. maddelerine karşılık gelen iki ayrı başlıkta ele alınmıştır. İlgili bu iki fiil için ayrı ayrı yargılanmış ve mahkûm edilmiş (...) ve mahkûmiyet kararları kesinleşmiştir.

Bunun gibi bir çifte mahkûmiyet kararının 2802 sayılı kanunun 69. maddesinin 2. fıkrası uyarınca iki ayrı meslekten çıkarma cezasına neden olması gerekirdi. Bununla birlikte olayda aynı türden birden fazla cezayı gerektiren fiiller söz konusu olduğundan, kınama cezası verilmesine karar verilmiştir."

Kurulun 7 üyesinden biri muhalefet gerekçesinde, mahkûmiyet kararının ve 2802 sayılı yasanın 70. maddesinin çoğunluk tarafından yapılan yorumuna karşı çıkmıştır. Muhalif üyeye göre her iki mahkûmiyete neden olan şey bir iddianameden ibarettir ve bu da meslekten çıkarılmasını değil, görev yerinin değiştirilmesini gerektirir.

Başvurucunun bu karara itirazı, HSYK tarafından 1 Mayıs 2003 tarihli bir kararla reddedilmiştir. Başvurucu bu ret kararından, 27 Mayıs 2003 tarihli bir yazıyla haberdar edilmiştir; kararın bir örneğini yazıya eklenmemiştir.

Başvurucu 29 Mayıs 2003 tarihinde bu karara, İtirazları İnceleme Komisyonu nezdinde itiraz etmiştir. Başvurucu burada özellikle de HSYK'nun kararının gerekçesinin kendisine tebliğ edilmemesine dayanmış, bunun da savunma hakkını kısıtladığını vurgulamıştır.

Bu son başvuru da, 4'ü daha önce itiraz konusu kararı vermiş olan kurulda görev yapmış olan 9 üyeden oluşan İtirazları İnceleme Komisyonu tarafından reddedilmiştir.

Başvurucu savcılık mesleğinden çıkarılmış olması nedeniyle, Avukatlık Kanunun 5. maddesi uyarınca avukatlık mesleğini de yapamamaktadır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Başvuruların birleştirilmesi

(...)

II. Uyuşmazlığın konusu

(...)

III. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası

55. Başvurucu kendisi hakkında uygulanan idari yaptırımların ve cezai mahkûmiyetlerin Sözleşmenin 10. maddesini ihlal ettiğini iddia etmektedir.

(...)

B. Esas hakkında

1. Tarafların iddiaları

(...)

2. Mahkemenin değerlendirmesi

a) Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulanabilirliği ve bir müdahalenin varlığı

77. Mahkeme ilk olarak, Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından sağlanan korumanın ücretli çalışanları ve daha özelde memurları da kapsadığını hatırlatır (*Vogt, §53; Wille [BD], §41; Fuentes Bobo, §38; Guja [BD], §70; Harabin – Slovenya [k.k.], no. 62584/00*).

78. Mahkeme, Hükümetin gerek idari ve gerekse cezai yaptırımların, ifade özgürlüğü hakkına kamu makamları tarafından müdahale oluşturduğuna itiraz etmediğini tespit etmektedir.

79. Mahkeme bunun yanında, bir kimsenin memuriyete kabul edilmemesinin Sözleşme'nin ihlali anlamına gelmeyebileceğini, ancak memuriyet görevine son verilmiş bir kimsenin bu görevine son verme işleminin Sözleşme'yi ihlal etmesi halinde bununla ilgili bir başvuruda bulunabileceğini hatırlatır.

80. Mahkeme mevcut olayda gerek idari soruşturma ve gerekse ceza yargılamasının temelinde bulunan olayların, bir taraftan başvurucu tarafından yazılan metinlerin içerik ve şekli, diğer taraftan bunların basına iletilmesinden ibaret olaylardan meydana geldiğini gözlemlemektedir. Her ne kadar ifade özgürlüğünün bu şekilde kullanımı ulusal yargı organları tarafından sürekli olarak savcılık görevinin kötüye kullanıldığının delili olarak kabul edilmiş olsa da, Mahkeme gerek görevin kötüye kullanılması ve gerekse hakarete ilişkin olayların, bilgi ve fikirleri paylaşma hakkını da içeren ifade özgürlüğü ile ilgili olduğunu kabul etmektedir.

81. Mahkeme böylece, başvurucunun ifade özgürlüğüne müdahaleler bulunduğu sonucuna varmıştır.

82. Bu müdahaleler, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki koşulların bulunmaması halinde, Sözleşme'nin ihlali sonucunu doğurur. Bu nedenle bu müdahalelerin 'hukuken öngörülmüş' olup olmadığı, söz konusu fıkrada gösterilen amaçlardan bir ya da bir kaçını hedefleyip hedeflemedikleri ve 'demokratik bir toplumda' gerekli olup olmadıklarının tespit edilmesi gerekmektedir.

b) Müdahalenin haklılığı

i) Hukuken öngörülmüş olma

83. Mahkeme, ancak vatandaşlara davranışlarını önceden ayarlama imkânı verecek kadar açık düzenlemelerin Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamında hukuk normu olarak kabul edilebileceğini hatırlatır. Bu, belirli bir eylem neticesinde doğabilecek sonuçların, bir danışmanın da yardımıyla olayın şartları içinde makul bir ölçüde öngörülebilmesi anlamını da taşımaktadır. Önceden görülebilirliğin mutlak bir ölçüde olması gerekmez. Hukuken öngörülebilirlik, her ne kadar arzu edilir olsa da, aşırı bir katılığa yol açabilmektedir. Oysa hukukun değişime kendini uyarlayabilmesi gerekmektedir. Birçok kanun, işin doğası gereği, yorumlanması ve uygulanması pratik gerçekliğe bağlı olan yoruma açık formüllerdir (bk. örneğin 15.11.1996 tarihli Cantoni - Fransa, §35; 29.01.2004 tarihli Chauvy ve Diğerleri – Fransa, §43-45).

84. Mevcut olayda başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleler, açık ve erişilebilir metinlere dayanmaktadırlar. Başvurucuya verilen disiplin cezaları Hâkimler ve Savcılar hakkındaki 2802 sayılı Yasanın 65/a, 69 ve 70. maddelerine ve Ceza Kanununun 159. ve 240. maddelerine dayanmaktadırlar.

85. Mahkeme yine hukuken öngörülmüş olma kavramının, geniş ölçüde söz konusu metnin içeriğine, kapsadığı alanın niteliğine ve kapsamına aldığı insanların sayına bağlı olduğunu hatırlatır. Hukuken öngörülebilirlik, kişinin belirli bir eylemin sonuçları hakkında makul ölçüde bilgi edinebilmesi için bir danışmanın yardımından yararlanmasını gerektirmesi ile çatışmaz. Bu kural özellikle mesleki yaşamlarında büyük bir dikkat göstermekle yükümlü olan kişiler için de geçerlidir; bunlardan karşılaşmaları muhtemel riskleri değerlendirmek konusunda özel bir özen göstermeleri beklenebilir (bk. Cantoni kararı, Chauvy ve Diğerleri kararı).

86. Mahkeme, savcı olan başvurucunun "makul bir ölçüde", söz konusu iki düzenleme uyarınca davranışlarının sonucunun kendisi açısından idari ve cezai yaptırımlar doğurabileceğini öngöremediğini iddia edemeyeceği kanaatindedir. Mahkeme buradan uyuşmazlık konusu müdahalelerin Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında "hukuken öngörülmüş" olduğu sonucuna varmaktadır.

ii) Meşru amaç

87. Mahkeme uyuşmazlık konusu müdahalelerin her birinin, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan meşru amaçlardan en az birine girdiği kanaatindedir; görevi kötüye kullanma bakımından düzeni ve yargı organının otorite ve tarafsızlığını koruma ve hakaret suçu ile ilgili olarak da başkalarının haklarını koruma amacı.

iii) Demokratik bir toplumda gerekli olma

a) Genel prensipler

88. Mahkeme yukarıda geçen Vogt kararında (parag. 52), Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin içtihadını aşağıdaki şekilde özetlemiş olduğunu hatırlatır:

(i) İfade özgürlüğü, demokratik toplumun esaslı temellerinden biri olup, demokratik toplumun ilerlemesi ve her bir bireyin kendini gerçekleştirmesinin temel şartlarından birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz. İfade özgürlüğü, Sözleşme'nin 10. maddesindeki bazı istisnalara tabidir; ancak bu istisnalar dar

yorumlanmalıdır ve kısıtlamaların gerekliliği ikna edici bir şekilde ortaya koyulmalıdır (*Handyside, §49; Lingens, §41; Jersild, §37*).

(ii) Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamında "gerekli" kavramı, "toplumsal ihtiyaç baskısı" varlığını ima eder. Sözleşmeci Devletler böyle bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirirken, belirli bir takdir alanına sahiptirler; ulusal takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir. Bu denetim, hem mevzuatı ve hem de bağımsız mahkemeler tarafından verilmiş de olsa bu mevzuatı uygulayan mahkeme kararlarını da kapsar. Bu nedenle Mahkeme, bir "kısıtlama"nın Sözleşme'nin 10. maddesiyle korunan ifade özgürlüğüyle bağdaştırılabilir olup olmadığı konusunda nihai kararı vermekle yetkilendirilmiştir.

(iii) Bu denetim yetkisini kullanırken Mahkeme'nin görevi yetkili ulusal makamların yerini almak değil, fakat ulusal makamların takdir yetkileri gereğince verdikleri kararları Sözleşme'nin 10. maddesine göre denetlemektir. Bu demek değildir ki, Mahkeme'nin denetimi davalı devletin takdir yetkisini makulce, dikkatlice ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını belirlemekle sınırlıdır; Mahkeme'nin yapması gereken şey, şikâyet konusu müdahaleye bir bütün olarak olayın şartları ışığında bakmak ve müdahalenin "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığına ve ulusal makamlar tarafından müdahaleyi haklı kılmak için gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığına karar vermektir (*Sunday Times* (*no. 2*)*, §50*). Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan prensiplere uygun standartları uyguladıklarına ve ayrıca konuyla ilgili maddi olayların kabul edilebilir bir değerlendirmesine dayandıklarına ikna olmalıdır (*Jersild, §31*).

89. Mahkeme yine Vogt kararda (*§53*) şöyle demiştir (*ayrıca Ahmed ve Diğerleri, §56*):

"Bu prensipler kamu görevlilerine de uygulanır. Bir devletin statüleri nedeniyle kamu görevlilerine ketumluk ödevi yüklemesi meşru olmakla birlikte, kamu görevlileri de bireyler olarak Sözleşme'nin 10. maddesindeki korumadan yararlanırlar. Bu nedenle, her bir olayın içinde bulunduğu şartları göz önünde tutarak, bireyin temel haklarından olan ifade özgürlüğü ile demokratik devletin kamu hizmetlerinin 10(2). fıkrasındaki amaçlarla yerine getirilmesini sağlama şeklindeki meşru menfaatleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını belirlemek, Mahkeme'ye düşen bir görevdir. Mahkeme bu incelemeyi yaparken, bir kamu görevlisinin ifade özgürlüğü söz konusu olduğunda, itiraz konusu müdahalenin yukarıdaki amaçla orantılı olup olmadığının belirlenmesinde ulusal makamlara belirli bir takdir alanı bırakan Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki 'ödev ve sorumluluklar'ın da özel bir önem kazanacağını akılda tutar."

b) Bu ilkelerin olayda uygulanması

90. Mahkeme, başvurucunun davranışlarına karşı alınan ulusal merciler tarafından tedbirlerin "toplumsal bir ihtiyaç baskısından" mı kaynaklandığını veya "hedeflenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını, olaylarının bütününün ışığı altında ele almak durumundadır. Mahkeme başvurucunun bulunduğu makama, uyuşmazlık konusu metinlerin içeriğine, bunların hazırlandığı koşullara ve bunlara verilen tepkilere özel bir önem verecektir.

91. Mahkeme başvurucunun işgal ettiği başsavcılık makamının ona yargı erki içinde ve yargı düzenin işleyişi bakımından büyük bir önem kazandırdığı kanaatindedir. Başvurucu işgal ettiği makama bağlı olarak suçların cezalandırılması ve önlenmesi ve yurttaşların korunması bakımından doğrudan doğruya yasadan yetki almaktadır(bk. diğerleri arasında Saygılı ve Diğerleri Türkiye kararı). Bu görev başvurucuya, yargı düzeninin doğru işleyişi ve kamuoyunun buna duyduğu güven bakımından bireysel hak ve özgürlüklerin koruyucusu olma işlevini yüklemektedir.

92. Mahkeme daha önce de, yargı erkinin bağımsızlığı söz konusu olduğunda yargı mensuplarından ifade özgürlüğünü ölçülü bir şekilde kullanmalarının beklenebileceğini vurgulamıştır. Bununla birlikte Mahkeme, bir yargı mensubunun ifade özgürlüğüne yapılan her tür müdahalenin dikkatli bir incelemeye tabi tutulması gerektiği kanaatindedir. (*Will, §64*).

Başvurucunun hazırladığı metinlerin kapsam ve içeriği ve basına duyurulmaları

93. Mahkeme, uyuşmazlık konusu meselede, 12 Eylül 1980 tarihli askeri darbeyi (bundan böyle "darbe" olarak anılacaktır) gerçekleştiren kişilerin yargılanıp yargılanamayacağı hususunun, özellikle referandumla kabul edilmiş bulunan ve halen yürürlükte olan 1982 tarihli Anayasa bağlamında ve özel bir tartışma kapsamında kaldığını tespit etmektedir. Başvurucu bu darbeyi gerçekleştiren kişiler hakkında bir soruşturma başlatılmasını savunmakta ve bu hukuki sürece aracı olmak istemektedir. Mahkeme, bu konuların açık bir şekilde yakın zamanda meydana gelen önemli olaylar kadar, halen ülkenin mevcut gündemini de ilgilendiren tarihsel, siyasal ve hukuki bir tartışmadan doğduğunu tespit etmektedir. Şüphesiz burada söz konusu olan başvurucunun bir taraftan sade vatandaş, diğer taraftan savcı sıfatıyla katılmayı arzu ettiği genel yararı ilgilendiren bir tartışmadır. Mahkeme burada genel yararı ilgilendiren bir konunun söz konusu olmasının sözleşmenin 10. maddesi kapsamında sağlanan korumanın düzeyini yükselttiğini hatırlatır (*Maronek, §56; Boldea, §57*).

94. Başvurucu ulusal yargı mercileri önünde olduğu gibi Mahkeme önünde de, yurttaş ve kanun adamı sorumluluğu ile hareket ederek bu kişilerin zamanaşımı süresi nedeniyle yargılanmaları imkânsız hale gelmeden yargılanmalarını sağlamayı hedeflediğini beyan etmiştir.

Başvurucuya göre kamu yararını ilgilendiren bu tartışma ancak böyle bir soruşturmanın başlatılması halinde gerçeklik kazanabilecektir.

Ulusal yargı mercilerine göre ise söz konusu olan başvurucunun kendi fiilleriyle başlattığı "yapay bir tartışmadır".

95. Mahkeme bunun yanında, MGK üyelerinin dokunulmazlığı ile ilgili Anayasanın Geçici 15. maddesinin yorumlanması konusunda bir anlaşmazlık olduğunu tespit etmektedir. Başvurucunun kişisel yorumuna göre, bu maddenin MGK'nın kurulduğu 12 Eylül 1980 tarihinden önceki eylemlere uygulanabilmesi mümkün değildir.

96. Ulusal yargı mercilerinin kararlarına göre, başvurucunun bir yargı mensubu olarak uyuşmazlık konusu eylemleri gerçekleştirmeden önce, Geçici 15. maddenin MGK üyelerinin eylemlerinin soruşturmaya konu olmasını açıkça yasaklandığını bilmesi gerekmektedir.

97. Mahkeme, Anayasanın Geçici 15. maddesinin yorumlanması ile ilgili olarak kendi yetki alanına girmeyen bir tartışmanın içerisine girmeyi gerekli görmemektedir. Ayrıca Mahkeme, soruşturma açmanın kamu yararını ilgilendiren bu tartışmaya katılmanın en uygun yolu olup olmadığı hususunda veya bundan doğabilecek diğer sorunlar hakkında ya da savcılık görevini yerine getiren başvurucu ile işvereni olan devlet arasında "özel güven ve sadakat ilişkisi" hakkında değerlendirmede bulunmayı gerekli görmemektedir (*Vilho Eskelinen ve Diğerleri [BD], §62*).

Başvurucunun iddiasının esasının incelenmesi ile ilgili olarak aşağıdaki hususların altının çizilmesi yeterlidir.

98. Mahkeme, öncelikle uyuşmazlık konusu metinlerin kritik bir öneme ve darbeciler hakkında suçlayıcı niteliklere sahip olduğunu gözlemlemektedir. Mahkeme ayrıca, zaman

zaman sert ve alaycı da olsa bu metinlerin, hakaretamiz olarak nitelendirilmelerinin zor olduğu kanaatindedir.

Mahkeme, her ne kadar bu metinlerde darbeciler tarafından gerçekleştirilen eylemlerin kanuna aykırı olduğu iddia edilse de bu metinlerin bu kişiler ya da kurum olarak silahlı kuvvetler hakkında hakaret içerikli olarak nitelendirilemeyecekleri kanaatindedir (*Skalka, §34; Perna [BD], §47; Nikula, §48 ve 52*).

99. Mahkeme, bu iki metnin şekli ve hedef aldığı kitle ile ilgili olarak, bunların öncelikle bir ceza soruşturması başlatmayı amaçlayan metinler olduğunu gözlemlemektedir. Takipsizlikle sonuçlanmalarının ardından, gerek başvurucu tarafından basının haberdar edilmesi ile gerekse basının bundan kendi olanakları ile haberdar olması sonucunda, bu metinler kamuoyuna yapılmış açıklamalar halini almışlardır.

100. Mahkeme, ihtiyatlı davranma konusunda yükümlülüğünün en fazla yargısal makamlara düştüğü kanaatindedir. İhtiyatlı davranış, tahrik edilseler bile, yargı organlarını basını kullanmaktan caydırır. Bu tutum, adaletin yüksek yararının bir gereği ve yargısal görevin soylu niteliğinin yüklediği bir ödevdir (*Buscemi, §67*).

101. Başvurucunun savcılık sıfatını kullanarak basını bilgilendirmesi konusunda ise Mahkeme, kuşkusuz başvurucunun işvereni olan devlete karşı sadakat yükümlülüğünü benimsemesi gerektiğini vurgulamaktadır.

Bununla birlikte Mahkeme, mevcut olaydaki sorunun, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasında yer alan meşru amaçlarla bağdaşmayan bir bireysel görüş açıklamasının ötesine geçtiği ve uyuşmazlık konusu görüş açıklamasının demokratik sistemin işleyişindeki bir aksaklığı göstermeyi hedeflediği kanaatindedir (*Wille kararı; Grigoriades kararı; Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs ve Gubi kararı; Rekvenyi [BD] kararı; De Diego Nafria kararı; Boldea kararı*).

Mahkeme sorunun bu şekliyle sözleşmeyle ilgili olarak çatışma halinde olan menfaatlerin değerlendirilmesinde belirli bir ağırlığı olması gerektiği görüşündedir.

Bir bütün olarak müdahalelerin hedeflenen meşru amaçlarla orantılılığı

102. Mahkeme, bu aşamada, yargı erkinin bağımsızlığı ve otoritesi ile silahlı kuvvetleri korumayı amaçlayan düzenlemelerle getirilen cezaların birbirinden ayırt edilmesi gerektiği görüşündedir.

103. Mahkeme bu bağlamda, 30 Mart 2000 tarihli kınama cezası ile Ceza Kanunu'nun 240. Maddesi kapsamında verilen ve 15 Mart 2001 tarihinde kesinleşen görevi kötüye kullanma nedeniyle mahkûmiyetin, kamu görevlileri söz konusu olduğunda ve taraf devletlere tanınan takdir yetkisi göz önüne alındığında, toplumsal ihtiyaç baskısına cevap veren metinler olduğu görüşündedir (bk. yukarıda §89).

104. Buna karşılık Mahkeme, başvurucunun Ceza Kanunun 159. maddesindeki tahkir ve teyziften mahkûmiyetinin, bu müdahaleyi haklı kılabilecek herhangi bir "toplumsal ihtiyaç baskısına" cevap vermediği kanaatindedir. Mahkeme, ifade özgürlüğünü zayıflatan eski 159. maddesinin, bireyler olarak asker kişilerin şeref ve haysiyetlerine yapılan hakareti ya da herkese tanınan haklar çerçevesinde kendilerine karşı hakaretamiz bir tutumu cezalandıran değil, fakat silahlı kuvvetler için özel bir koruma rejimi getirdiğini belirtme gereği duymaktadır (*Colombani ve Diğerleri, §69*).

105. Başvurucunun dilekçesini verdiği Ağustos 1999 ile başvurucunun mahkûmiyetinin kesinleştiği Kasım 2003 tarihleri arasında meydana gelen olayların, her iki tarafın, yani idare ile başvurucunun görüşlerinin kızıştığı olaylar şeklinde yorumlanabileceğini gözlemlemektedir. Başvurucuya ceza ve disiplin açısından uygulanan yaptırımlar,

başvurucunun savcılık kadrosu üzerinde doğrudan ve kendisini ihraç edici bir sonuç doğurmuş ve nihayet kendisini herhangi bir adli iş yapamaz duruma getirmiştir. Olayın içinde bulunduğu özel koşulları göz önünde tutan Mahkeme, bir bütün olarak bu cezaların orantılılık ilkesi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.

106. Yargı mensuplarına verilecek bir cezanın, yapısı gereği caydırıcı bir etkiye sahip olması kaçınılmazdır. Bu yalnızca ceza verilen yargı mensubu açısından değil, bizzat mesleğin kendisi açısından da geçerlidir. Yargı teşkilatına güven duyulabilmesi için, halkın yargı mensuplarının hukuk devletini etkili bir şekilde temsil etme yetkisine sahip olduklarına inanmaları gerekir. Bundan çıkan sonuç şudur ki, bu caydırıcı etki, bir yargı mensubunun ifade özgürlüğü ile yargı teşkilatının düzgün işlemesi için yarışmakta olan bütün meşru amaçlar arasındaki adil bir dengenin kurulması yönündeki değerlendirmede önemli bir unsur teşkil etmektedir.

Sonuç

107. Mahkeme, kamu yararını ilgilendiren konularda ifade özgürlüğünün öneminin, özellikle de yargı mensupları olmak üzere kamu görevlilerinin ödev ve sorumluluklarının bilincinde olarak ve bu konuda etkili olabilecek farklı menfaatleri de değerlendirmeye alarak, başvurucunun meslekten ihracına ve avukatlık mesleğini dahi icra etmesine engel olan orduya hakaret suçundan mahkûm edilmesinin, başvurucunun ifade özgürlüğüne izlenen meşru amaçla orantısız bir müdahale teşkil ettiği sonucuna varmıştır.

108. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

IV. Sözleşme'nin 10. maddesiyle birlikte ele alınan 13. maddesinin ihlali iddiası

109. Başvurucu, düşüncelerini açıkladığı için kendisine karşı uygulanan cezalara karşı iç hukukta bir başvuru yolu bulunmadığından şikâyet etmekte ve Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarının Anayasa uyarınca yargı denetimi dışında kaldığını belirtmektedir. Başvurucu bu bağlamda Sözleşmenin 10. maddesi ile birlikte ele alınan 13. maddesine dayanmaktadır.

A. Kabul edilebilirlik hakkında

(...)

B. Esas hakkında

111. Başvurucu, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun ifade özgürlüğü hakkını ihlal eden kararlarına karşı herhangi bir başvuru imkânı olmadığını iddia etmektedir. Başvurucuya göre yargı mensuplarının meslek hayatı üzerinde önemli ve telafisi imkânsız kararlar veren bu Kurulun kararları, Anayasanın 159. maddesiyle yargı denetimi dışında tutulmuştur.

112. Hükümet bu iddiaya karşı çıkmaktadır. Hükümete göre tüm diğer yurttaşlar gibi kamu görevlileri de idarenin keyfi işlemlerine karşı idari yargıya başvurma hakkına sahiptirler.

113. Hükümet bu bağlamda Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu'nun Yargıtay ve Danıştay üyeleri arasından dört yıllığına seçilen kişilerden oluştuğunu ve Kurulun bağımsız olduğunu vurgulamaktadır. Her halükarda Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun bünyesinde oluşturulan İtirazları İnceleme Kuruluna başvurma hakkına sahip olan başvurucunun, Sözleşme'nin 13. maddenin ihlali nedeniyle mağdur olduğunu iddia etme hakkı bulunmamaktadır.

114. Mahkeme, iç hukukta Sözleşme'deki hak ve özgürlükler hangi biçimde sağlanmış olursa olsun, Sözleşme'nin 13. maddesinin bu hak ve özgürlüklerin uygulanması için ulusal düzeyde bir hukuk yolunun bulunmasını güvence altına aldığını hatırlatır. Bu nedenle Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme bakımından 'savunulabilir bir şikâyet'in esasının ele alınması ve gerekli giderimin verilmesi için bir iç hukuk yolunun sağlanmasını gerektirmektedir (*Kudla [BD], §157*).

Mahkeme mevcut olayda Sözleşme'ye dayanan savunulabilir bir şikâyetin bulunduğu kanaatindedir.

115. Mahkeme bu bağlamda öncelikle Anayasanın 129. maddesinin, kamu görevlilerinin tamamı için bir kaç cezayı (uyarı ve kınama) yargı denetimi dışında tuttuğunu vurgular. Mahkeme ikinci olarak, Anayasanın 159. maddesine göre Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu kararlarının tamamına karşı Mahkemelere başvurulamayacağını tespit etmektedir.

116. Mahkeme Anayasanın 129. maddesi tarafından yargısal denetime getirilen engeli *Karaçay – Türkiye* kararında incelediğini hatırlatır. Mahkeme o kararda uyarı ve kınama cezalarına karşı etkili bir başvuru olanağının bulunmamasının, kamu görevlisini bu tür bir disiplin cezasının kötüye kullanılma olasılığına korumadığına ve yargısal denetimini talep etme hakkından yoksun bıraktığına karar verdiğini hatırlatır. Mahkeme o kararda Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.

117. Mevcut olayda ise, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından verilen ve Anayasanın 159. maddesi uyarınca yargı denetimi dışında tutulan kınama, meslekten uzaklaştırma, görevden alma gibi birçok disiplin cezası söz konusudur.

118. Mahkeme, hükümetin bu konuyla ilgili olarak Kurulun kararlarına karşı 2802 sayılı yasanın 37. maddesinde öngörülen itiraz yollarına atıf yaptığını tespit etmektedir. Bu itiraz yolu başvurucu tarafından kullanılmış ancak başarılı olunamamıştır.

119. Mevcut davanın özel koşulları ve tarafların delilleri dikkate alınarak, bu başvuru yolunun, başvurucunun iddia ettiği ihlal iddiasının ortaya çıkışını ya da devam etmesini engellemek için veya ihlalden dolayı giderim sağlamak için etkili olup olmadığının tespiti gerekmektedir (*Eskelinen, §30*).

120. Mahkeme, Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından devletlere düşen yükümlülüğün kapsamının tartışma konusu uyuşmazlığın niteliğine göre değiştiğini hatırlatır. Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından bir başvuru yolunun etkililiğinin bunun başvurucu açısından ne kadar kesinlik arz ettiğine bağlı olmadığı doğrudur. Aynı şekilde buradaki makamın yargısal bir makam olması da gerekmemektedir. Ancak bu durumda bu makamın sahip olduğu yetki ve güvenceler, söz konusu makamın etkililiğinin tespitinde değerlendirmeye alınır. Başka bir deyişle, her ne kadar bu başvuru yollarından her biri tek başına Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından etkinlik kriterini yerine getirmiyor olsa da, iç hukuk yolları tarafından sunulan başvuru imkânları bir bütün olarak bunu yerine getirebilir (*Silver ve Diğerleri, §113; Chahal, §145*).

121. Mahkeme mevcut olayda İtirazları İnceleme Kurulunun, Hâkimler ve Savcılar Yüksek Kurulunun içtüzüğü uyarınca, Kurulun genel kurulu tarafından, yani 11 asil ve yedek üye ile Adalet Bakanlığı müsteşarından oluştuğunu ve oy çoğunluğu ile karar aldığını tespit etmektedir . Mahkeme ayrıca, Kurulun kınama kararını da genel kurul olarak karar verdiğini gözlemlemektedir. Başka bir deyişle itirazı sonuçlandıran üyeler zorunlu olarak, başvuruya konu olan kınama cezasını veren üyelerle aynı kişilerdir. İhraç kararı konusunda ise, itirazı inceleyen komite üyeleri dokuz kişiden oluşmaktadır; bu dokuz üyeden dördü, ihraç kararını veren Kurulda da bulunmuştur. Bu şartlar altında, iç tüzüğünde, itirazlarını incelemekle yükümlü olan üyelerinin bağımsızlığı konusunda herhangi

bir düzenleme öngörülmemiş olduğu göz önüne alındığında, başvurucunun itirazını karara bağlama yetkisine sahip olan Yüksek Kurulun bağımsızlığı şüphe götürmektedir. Nihayet Hükümet, başka şekilde karar verilmesine olanak tanıyacak herhangi bir belge de sunmuş da değildir.

122. Mahkeme, bu unsurları, başvurucunun Sözleşme'nin 10. maddesine ilişkin ihlal iddiasını dile getirebilmesi için 13. maddenin asgari gerekliliklerine cevap veren bir başvuru yolundan yararlanamadığı sonucuna varmak için yeterli bulmaktadır.

123. Mahkeme sonuç olarak Sözleşme'nin 10. maddesi ile birlikte ele alınan 13. maddesinin ihlal edildiğine kanaat getirmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE

(...)

3. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlaline;
4. Sözleşme'nin 10. maddesi ile birlikte ele alınan 13.maddesinin ihlaline;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

10.03.2009 3002/03 TIMES NEWSPAPERS LIMITED - BİRLEŞİK KRALLIK (No 1 ve 2)

♦ *internet yayını—gazete haberinde hakaret* (başvurucu gazetenin yayımladığı haber nedeniyle açılan hakaret davası devam ederken haberin gazetenin internet sayfasının arşiv bölümünden erişilebilir olmaya devam etmesi ve bu haberin her tıklanışıyla ayrı bir hakaret davası sebebi oluştuğunun kabul edilmesi) ■ ifade özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu şirket The Times günlük gazetesinin sahibi ve yayıncısıdır. Şirket merkezi İngiltere'de bulunmaktadır.

A. *Times*'ta yayınlanan iki yazı

8 Eylül 1999 tarihinde Times'ın basılı versiyonunda, "Kara para aklama suçundan şüpheli ikinci Rus" başlıklı bir haber yayınlanmıştır. Haberde şunlar yer almaktadır: "İngiliz ve Amerikalı soruşturmacılar, Rus mafyasının ikinci patronu olduğu iddia edilen bir kişinin Bank of New York kanalıyla gerçekleştirilen kara para aklama operasyonlarında oynadığı rolü inceliyorlar. Soruşturmacıların CIA'nin "Rus mafyasıyla bağlantılı bir örgüt" olarak tarif ettiği Nordex şirketinin sahibi olan G.L.'nin (açık ismine orijinal haberde tam olarak yer verilmişti) ilişkilerini incelediği görülüyor. G.L.'nin ismi, daha önce Rus vatandaşlarına ait hesaplar için milyonlarca dolar kara parayı akladığından şüphelenilen *Bank of New York* davasıyla bağlantılı olabilecek aklama olayları üzerine yürütülen soruşturmalarda geçti. Rusya doğumlu bu iş adamı, 90'lı yılların başında Nordex'in Viyana'da bulunan eski uluslararası şirket merkezini büyük çapta kara para aklama operasyonları için kullandığından şüphelenen soruşturmacıların dikkatini çekmişti. G.L.'nin ismi aynı zamanda, İngiliz polisinin 1995'te Rus mafyasının Londra'daki gücü üzerine hazırladığı, "Ivan operasyonu" başlıklı bir soruşturma raporunda da geçmişti. G.L. herhangi bir şekilde suç işlediğini ya da bir suça karıştığını birçok kez reddetti.

O tarihten itibaren Viyana'dan ayrılan Nordex'in aynı zamanda nükleer silah kaçakçılığı yaptığı iddia edildi. 90'lı yılların ortalarında bu şirketin eski Sovyetler Birliği'nde mukim 60, Batı'da ise 40 şirketi kontrol ettiği ifade ediliyordu.

Times bu birimlerin 8 ila 10'unun İngiliz yargı yetkisi içinde bulunan topraklarda, özellikle Channel adalarında ve Man adasında kurulmuş off-shore şirketleri olduğu bilgisine ulaştı.

Bu şirketler, işyeri ve evi Londra polisleri tarafından 1996'da aranan Londralı bir muhasebe uzmanı tarafından yönetiliyordu. Bunların Rusya'dan gelen fonların Avrupa bankalarına transfer edilmeden önce aklanmasını kolaylaştırdığından şüpheleniliyordu. Muhasebe uzmanı aleyhindeki suçlamalara rağmen, hakkında hiç bir zaman dava açılmadı. Hemen hemen aynı anda G.L.'nin temsilcisi olduğu iddia edilen Yugoslav ortağı yakalandı ve Londra havaalanına indiğinde sorgulandı. Kendisi aleyhine yapılan suçlamadan bir dava açılmadı. İngiliz makamlarının yürüttüğü soruşturmalardan bir sonuç alınamamasının sebebinin Nordex'in denetimindeki off-shore şirketleri tarafından akıtılan fonlarla suç faaliyetleri arasında bir bağlantı kurmanın zorluğu olduğuna inanılıyor.

G.L.'nin geçmişte eski Rus başbakanı Victor Tchernomyrdine ile iş yaptığı iddia ediliyor. G.L.'nin ismi, Demokrat Partinin 1993 yılında düzenlediği bir yardım toplama kampanyasında Başkan Clinton'la birlikte fotoğrafının çekildiği ortaya çıktığında basında manşetlere çıkmıştı.

G.L.'nin aynı zamanda *Bank of New York* hakkında açılan soruşturmanın merkezinde yer alan, Macaristan'a yerleşmiş mafya lideri Semion Mogilevitch'le de iş ilişkileri kurduğu iddiası gündeme gelmişti."

14 Ekim 1999 tarihinde Times'da "bir iş adamının karısı, eşinin mafya lideriyle ilişkisi olduğunu açıkladı." başlıklı ikinci bir haber yayınlanmıştır. Haberde şu ifadeler yer almaktadır:

"İsviçre makamları tarafından kara para aklama şüphesiyle hakkında soruşturma yürütülen bir iş adamının eşi, kocasının, mafya lideri olduğu iddia edilen G.L.'nin dostu olduğunu açıkladı. Lyudmila Tchernoi İsviçre makamlarının yürüttüğü bir soruşturmada şüpheli olan alüminyum devi G.L.'nin, ayrıldığı eşi Lev Tchernoï'ya İsrail'e yerleştiği sırada personel ve şoför tahsis ettiğini belirtti. (...)

Bayan Tchernoï'nin, eşi ile G.L. arasındaki ilişkileri hakkındaki açıklamaları doğru ise Bay Tchernoï hakkında yeni sorular uyanmaktadır. CIA 1996'da G.L. tarafından yönetilen, kara para aklama ve nükleer silah kaçakçılığı faaliyetlerine paravan işlevi gören şirket Nordex'in "Rus mafyasının faaliyetlerine karışmış bir örgüt" olduğunu açıklamıştır".

1996'da G.L., 1993 yılında çekilmiş, kendisini başkan Clinton'la birlikte gösteren bir fotoğrafın gündeme gelmesiyle Amerika'da polemik yaratmıştır. Herhangi bir şekilde suç işlediğini inkâr etmiştir."

Bahse konu iki haber, başvurucuya ait gazetenin basılı versiyonunda yayımlandığı gün, Times'ın internet sitesine koyulmuştur.

B. Yargılamanın başlaması

G.L., Times'ın basılı versiyonunda yayınlanan iki yazı nedeniyle, 6 Aralık 1999 tarihinde başvurucu şirket, gazetenin genel yayın yönetmeni ve bahsi geçen yazıyı kaleme alan iki gazeteci aleyhine hakaret davası açmıştır ("ilk dava"). Davalılar suçlanan yazıların potansiyel olarak hakaret içermesi ihtimaline karşı çıkmamışlar ve yazıların içerdiği bilgilerin gerçekliğini kanıtlayacak delil getirmek için uğraşmamışlardır. Başvurucu aktarılan olayların niteliği ve ciddiyeti nedeniyle, bunları kamunun bilgisine sunma görevleri olduğunu

ve halkın bunlardan haberdar olma hakkı bulunduğunu ileri sürerek, sadece sınırlı sorumsuzluk kuralına dayanmışlardır.

Birinci yargılama devam ederken tartışma konusu yazılar başvurucu şirketin internet sitesinden kaldırılmamış ve internetteki arşiv sayfaları vasıtasıyla internet kullanıcılarının erişimine açık tutulmuştur. G.L. 6 Aralık 2000 tarihinde ikinci bir dava açarak, uyuşmazlık konusu yazıların internette yayınlanmaya devam etmesinden şikâyetçi olmuştur ("ikinci dava"). Bu davada da davalılar ilk başta bu yargılama çerçevesinde sınırlı sorumsuzluklarına dayanmakla yetinmişlerdir. İki dava birleştirilmiş ve sorumluluk ile tazminat miktarı olarak iki ayrı aşama şeklinde belirlenmiştir.

Başvurucu şirket 23 Aralık 2000 tarihinde internet sitesindeki arşivde bulunan iki yazıya aşağıdaki uyarıyı eklemiştir: "Bu makale G.L'nin Asliye Mahkemesi [High Court] önünde *Times Newspapers* aleyhine hakaret davası açmasına sebep olmuştur. *Times Newspapers* hukuk servisine önceden danışılmaksızın yeniden yayınlanmamalı ve kullanılmamalıdır."

C. İnternette yapılan yayınlara ilişkin yargılama

Davalılar, "İnternet gazetesinde yayımlanan bir yazının kanunen sadece İnternette ilk görünen halinin dava edilebileceğini ileri sürmek" ("tek yayın kuralı") için, ikinci davadaki savunmalarını değiştirmek üzere başvurmuşlardır. Davalılar böylece ikinci davanın, 1980 tarihli Zamanaşımı Kanununun 4A maddesi gereğince zamanaşımına uğradığını iddia etmişlerdir.

Asliye Mahkemesi bu talebi 19 Mart 2001 tarihinde reddetmiştir. Asliye Mahkemesi bu yönde karar verirken, bilhassa Duke of Brunswick – Harmer kararında ifade edilen, hakaret içeren bir açıklamanın yayımlandığı her seferinde ayrı bir davaya yol açabileceği şeklindeki common law kuralına dayanmıştır. Asliye Mahkemesi bu kurala göre, internette yayımlanmış hakaret içeren yazıya her erişim anında bir dava sebebinin meydana gelmiş olabileceğini belirtmiştir ("internet yayını kuralı").

20 Mart 2001 tarihinde Asliye Mahkemesi, davalıların birinci davada savunmalarını verdikleri 21 Şubat 2000 tarihinden sonra yazıları İnternette tutma mecburiyetinde olduklarını ileri sürmelerinin makul bir sebebi bulunmadığını belirtmiştir. Sonuç olarak bu mahkeme, ikinci yargılama kapsamında ileri sürdükleri sınırlı sorumsuzluk savunmasını reddetmiştir. 27 Mart 2001 tarihinde ikinci davada G.L. lehine karar çıkmış, zararın hesaplanması saklı tutulmuştur. Başvurucu bu tarihte uyuşmazlık konusu yazıları internet sitesinden kaldırmıştır.

D. Üst Mahkeme önündeki yargılama

Davalılar, Asliye Mahkemesinin 19 Mart 2001 tarihinde verdiği, tek yayın kuralının uygulanmayacağı yönündeki kararına karşı üst başvuruda başvurmuşlardır. Davalılar, Internet yayını kuralının bir sonucu olarak, İnternet arşivleri bulunan gazetelerin hakaret içeren materyali yeniden yayımlamaktan aralıksız sorumlu tutulabileceklerine işaret ederek, bu kuralın Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Davalılar bu kuralın kaçınılmaz olarak gazetelerin internet ortamında arşiv hizmeti sunma arzuları üstünde caydırıcı bir etki yaratacağını ve böylece ifade özgürlüğünü sınırlandıracağını iddia etmişlerdir.

Üst Mahkeme 5 Aralık 2001 tarihli kararla, ikinci yargılama sonucunda verilen karara karşı yapılan üst başvuruyu reddetmiştir. Heyet başkanı Yargıç Simon Brown şu açıklamada bulunmuştur:

"Duke of Brunswick kararında ifade edilen kuralın, gazeteleri arşiv oluşturmaktan ve bunları erişime sunmaktan caydırarak ifade özgürlüğünü kısıtladığı şeklindeki teze katılmıyoruz. Her ne kadar, yazılı ya da internet üzerinden arşivlerin oluşturulması toplumsal bir yarara hizmet ediyor olsa da bu, ifade özgürlüğünün görece önemsiz bir görünüşüdür.

Arşive koyulan belgeler güncelliğini yitirmiş olup, bunların yayınlanması güncel belgelerin yayınlanması kadar önemli değildir. Aynı şekilde hakaretle ilgili mevzuatın mutlaka arşiv oluşturulmasını engelleyeceğini de düşünmüyoruz. Arşivlenen belgeler hakaret içeriyorsa ya da içerme ihtimali bulunuyorsa okuyuculara bunlara gerçek değeri vermemeleri tavsiyesinde bulunan uygun bir uyarının eklenmesi, kural olarak her tür kırıcılığı ortadan kaldıracaktır."

Davalıların temyiz talebi, Temyiz Mahkemesi (Lordlar Kamarası) tarafından 30 Nisan 2002 tarihinde reddedilmiştir. Daha sonra başvurucunun G.L.'ye belirli miktar tazminat ile iki davadaki yargılama giderlerini ödemeyi kabul etmesi karşılığında, iki taraf aralarında anlaşmışlardır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiası

26. Başvurucu, internette yayın kuralının Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alındığı biçimiyle ifade özgürlüğünü, haksız ve orantısız bir şekilde kısıtladığını iddia etmektedir. (...)

A. Kabuledilebilirlik

(...)

B. Esas

1. Tarafların görüşleri

(...)

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

37. Mahkeme başvurucunun ikinci yargılama sonunda mahkûm edildiğini tespit etmektedir. Ayrıca başvurucunun, daha sonra G.L.'ye tazminat ve iki yargılamaya ilişkin masraflar için ödeme yaptığını gözlemlemektedir. Mahkeme bu şartlarda, yapılan yargılamalardan ikincisinin başvurucunun ifade özgürlüğüne yönelik bir müdahale oluşturduğu kanısına varmıştır. Bu tür bir müdahale, "hukuken öngörülmüş", 10(2). fıkrasında belirtilen meşru bir amaca ya da amaçlara yönelik ve bu amaçlara ulaşmak için "demokratik bir toplumda gerekli" olmadıkça, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal eder.

a) Hukuken öngörülmüş olma

38. Başvurucu Duke of Brunswick – Harmer kararıyla kabul edilen ve Godfrey – Demon Internet Limited davasında geliştirilen kuralın uygulanmasının yarattığı müdahalenin hukukiliğine itiraz etmemektedir. Mahkeme aksi yönde karar vermek için bir sebep görmemekte ve başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamında "hukuken öngörülmüş" olduğu sonucuna varmaktadır.

b) Meşru amaç

39. İnternette yayın kuralı başkalarının şeref ve haklarını korumayı amaçlamaktadır. İtiraz edilen müdahalenin meşru bir amaç taşıdığı hususu ihtilaflı olmayıp, Mahkeme de bunu kabul etmektedir.

c) Demokratik bir toplumda gereklilik

i. Genel ilkeler

40. Mahkeme ifade özgürlüğünün demokratik toplumun temellerinden birini oluşturduğunu ve basına sağlanan koruyucuların özel bir önem taşıdığını hatırlatır. Basının,

diğerlerinin yanı sıra, özellikle "başkalarının şeref ve haklarının korunması"yla ilgili koyulmuş bazı sınırları aşmaması gerekir; buna karşın kamu yararı taşıyan meseleler üzerine haberler ve fikirleri yayınlama görevi de basına düşmektedir. Basının haber verme işlevine, kamunun bu haberleri alma hakkı eşlik etmektedir. Böyle olmasaydı basın asli görevi olan "halkın bekçiliği" rolünü oynayamazdı (*Observer ve Guardian, §59*).

41. Mahkeme, meşru bir genel yarar taşıyan sorunların tartışılmasına katılmaktan caydırıcı nitelikte basına getirilen yaptırımları ya da tedbirleri, Sözleşme'nin 10. maddesi açısından incelerken daha büyük bir özen göstermesi gerektiğini vurgular (*Bladet Tromso ve Stensaas [BD], §64*). Ayrıca halkın edinmeye hakkı olduğu haberlere erişimini sınırlayan her tedbirin, çok zorlayıcı nedenlerle gerekçelendirilmek zorunda olduğunu hatırlatır. (*Timpul Info-Magazin ve Anghel, §31*).

42. Buna karşın Sözleşme'nin 10. maddesi, basının halkın yararına olan ciddi meseleleri işlemesinin söz konusu olduğu durumlarda dahi, ifade özgürlüğünü hiç bir sınırlama içermeyecek şekilde güvence altına almış değildir. Bu maddenin 2. fıkrası uyarınca basın, ifade özgürlüğünü kullanırken, görev ve sorumluluklarına uygun davranmak durumundadır. Bu görev ve sorumluluklar, görülmekte olan davada olduğu gibi, basının yayımladığı haberlerin bireylerin şeref ve hakları üzerinde ağır etkiler yaratma riski taşıdığı durumlarda, özellikle önem arz etmektedir. Diğer yandan Sözleşme'nin 10. maddesinin gazetecilere sunduğu koruma, gerçeğe uygun ve sorumlu bir gazeteciliğin gerektirdiği ilkeleri gözeten, güvenilir haberler sunacak biçimde iyi niyetle hareket etme şartına bağlıdır. (*Fressoz ve Roire [BD], §54; Bladet Tromso ve Stensaas, §65*).

43. Mahkeme son olarak, bir müdahalenin meşru olup olmadığını incelerken görevinin, kendi görüşünü ulusal makamların görüşünün yerine koymak değil, fakat ulusal makamların aldıkları kararların Sözleşme'nin 10. maddesi açısından ve davanın bütünü ışığında üye devletlere tanınan takdir alanı içinde kalıp kalmadığını incelemek olduğunu hatırlatır (*Handyside, §50*).

ii. Yukarıdaki ilkelerin görülmekte olan davada uygulanması

44. Başvurucu, tek yayın kuralı yerine internet yayını kuralının kabul edilmesinin kendisini sürekli yargılanma tehlikesiyle karşı karşıya bıraktığını ileri sürmektedir.

45. Mahkeme öncelikle başvurucunun, internet üzerinde arşiv oluşturmanın, aktüalitenin ve haberlerin saklanmasına ve erişilebilirliğine büyük ölçüde hizmet ettiği şeklindeki tezine katılmaktadır. Bahse konu arşivler özellikle doğrudan halkın erişimine açık ve genelde ücretsiz olmaları nedeniyle, tarih eğitimi ve araştırmaları için değerli bir kaynak sunmaktadır. Mahkeme bu nedenle, demokratik bir toplumda basının ilk işlevi olan "halkın bekçiliği" rolünün yanı sıra, daha önce yayınlanmış haberlerden yola çıkarak arşivler oluşturmak ve bunları halkın erişimine sunmak gibi değerli bir ikinci rolünün de olduğunu düşünmektedir. Ancak, geçmişteki olayların arşivlenmiş olması halinde, devletlere yarışan haklar arasında denge kurması için tanınan takdir alanı, güncel olaylara ilişkin haberlere nazaran tanınan takdir alanından daha geniştir. Bu bağlamda, basının yayınlanmış haberlerin gerçekliğini teyit etmek suretiyle sorumlu gazetecilik ilkelerine uygun hareket etme görevi, güncel haberlere nazaran, doğası itibariyle eskiyen ve yayınlanması ivedilik arz etmeyen geçmişe ilişkin haberlerde bakımından daha katı görünmektedir.

46. Mahkeme ayrıca hakaret davalarına zamanaşımı süreleri koymadaki amacın, hakarete uğrayanların itibarlarını korumaları için daha kısa sürede harekete geçmelerini sağlamak olduğunu, çünkü hakaretten dava edilen gazetelerin zamanın geçmesiyle kısıtlanmaksızın kendilerini savunma imkânına sahip olabilecekleri ve kaçınılmaz olarak zamanla belgelerin kaybolabileceğini ve hafızaların zayıflayabileceğini gözlemlemektedir. Bir zamanaşımı süresinin uzunluğu belirlenirken, basının ifade özgürlüğü hakkından yararlandığı

korumanın, bireylerin şereflerini koruma ve gerekirse bu amaçla mahkemeye başvurma haklarıyla dengelemelidir. Uygun zamanaşımı sürelerini belirlemek ve zamanaşımı sürelerine istisnanın uygulanabileceği halleri göstermek, kural olarak, takdir yetkilerini kullanmakta olan Sözleşmeci Devletlerin işidir (*Stubbings ve Diğerleri, §54-55*).

47. Mahkeme, mevcut olayda yazılara karşı hakaret davalarının Aralık 1999'da açılmış olmasına rağmen, başvurucunun internet sitesinde arşivlenmiş ihtilaf konusu yazılarla ilgili uyarıyı ancak Aralık 2000'de yayınlamasının önemli olduğu kanısındadır. Mahkeme, hakaretamiz olduğu bilinen ya da hakaretamiz olabilecek yazılara eklenecek bir uyarının "kural olarak bu yazıların taşıdığı her tür kırıcılığı ortadan kaldırdığı" şeklinde Üst Mahkeme'nin vardığı sonucu hatırlatır. Mahkeme, başvurucunun uyarı eklemenin aşırı bir yükümlülük olduğunu savunması konusunda, başvurucunun kendi arşiv hizmetini kendisinin yönettiğini gözlemlemektedir. Aynı şekilde Üst Mahkemenin hakaretamiz olma ihtimali bulunan yazıların gazetenin arşivinden tamamen kaldırılması gerektiğini ifade etmediğini kaydedilmelidir. Bu koşullarda Mahkeme, Üst Mahkeme gibi, yazılı basında yayınlanan bir yazıyla ilgili hakaret davası açıldığından gazetenin haberdar edilmesi halinde, söz konusu yazının yer aldığı internet arşivine uygun bir uyarı ekleme yükümlülüğünün ifade özgürlüğüne orantısız bir müdahale oluşturmadığı görüşündedir. Diğer yandan Mahkeme, başvurucunun nihayetinde suçlanan yazılara kısa bir uyarı yazısı eklemiş olduğunu, bunun da başvurucu tarafından bu uygulamanın taşıdığı zorluklara ilişkin ileri sürülen tezi desteksiz bıraktığını kaydeder.

48. Mahkeme yukarıda vardığı sonuç ışığında, internette yayın kuralının görülmekte olan davada uygulanmasının daha geniş bir caydırıcı etkisinin olduğu şeklindeki iddiayı incelemeye gerek olmadığı görüşündedir. Buna karşın başvurucuya yöneltilen hakaret davalarının ikisinin de aynı yazıları konu aldığını kaydetmektedir. Suçlanan yazıların yayınlanmasından iki-üç ay sonra açılan ilk dava, bir yıl olan zamanaşımı süresi içindedir.

İkinci dava ise ilk yayından 14-15 ay sonra, ilk davaya ilişkin yargılama henüz devam ederken açılmıştır. Mahkeme zamanın geçmesinin başvurucunun internette yapılan yayın nedeniyle maruz kaldığı hakaret davasındaki savunmasını hazırlamasını engellediğini düşünmek için hiç bir sebep olmadığını gözlemlemektedir. Dolayısıyla mevcut davada hakaret nedeniyle süresiz bir sorumluluğun varlığına bağlı hiç bir güçlük gündeme gelmemiştir. Buna karşın Mahkeme, hakarete uğrayan kişilerin şereflerini korumak için gerçek bir imkâna sahip olmaları gerektiğini kabul ederken, istisnai koşullarca haklı kılınmamış, geç açılmış bir hakaret davasının Sözleşme'nin 10. maddesi anlamında basın özgürlüğüne orantısız bir müdahale oluşturabileceğini vurgulamaktadır.

49. Mahkeme yukarıda ifade edilenler ışığında, başvurucunun kendisi aleyhine açılan ikinci hakaret davası sonucunda ulusal mahkemeler tarafından, ihtilaf konusu iki yazıyı internette tutmaya devam etmesi sebebiyle mahkûm edilmesinin, ifade özgürlüğüne yönelik haklı ve orantılı bir sınırlama olduğu sonucuna varmıştır.

50. Bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. (...)
2. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediğine,

KARAR VERMİŞTİR.

14.04.2009 37374/05 TARSASAG A SZABADSAGJOGOKERT - MACARİSTAN

♦ *bilgiye erişememe–kişisel veriler* (bir dernek olan başvurucunun bir parlamenterin Anayasa Mahkemesine yaptığı anayasa şikayeti dilekçesi ve eklerinin bir örneğinin kendisine verilmesi talebinin reddedilmesi) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü—kamuyu ilgilendiren bilgiyi edinme hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu 1994 yılında kurulmuş, merkezi Budapeşte'de bulunan bir dernektir. Mart 2004'te bir milletvekili ve başka bazı bireyler, soyut norm denetimi için Anayasa Mahkemesi'ne bir anayasa şikâyetinde bulunmuşlardır. Şikâyette, Ceza Kanunu'nda uyuşturucuyla ilişkili bir takım suçlarda yapılan son değişikliklerin anayasaya uygunluk denetiminin yapılması talep edilmiştir. Milletvekili Temmuz 2004'te, şikâyete ilişkin bir basın açıklaması yapmıştır.

Tüzüğüne göre, Macaristan'da insan haklarının korunmasının yanı sıra sivil toplumun ve hukukun üstünlüğünün güçlendirilmesini amaçlayan ve uyuşturucu politikalarında etkin bir hükûmet dışı örgüt olan başvurucu dernek, 14 Eylül 2004 tarihinde, Kamuyu İlgilendiren Verilerin Aleniliğinin ve Kişisel Verilerin Korunması Hakkında 1992 tarihli 63 sayılı Kanun'un ("1992 tarihli Veri Kanunu") 19. maddesi göre, Anayasa Mahkemesi'nden söz konusu şikâyetle ilgili dosyayı görebilmek için izin istemiştir.

Anayasa Mahkemesi 12 Ekim 2004 tarihinde, şikâyet sahibi milletvekiline danışmaksızın, bir şikâyetin başvurucusunun onayı olmadan üçüncü kişilere açıklayamayacağını belirterek, talebi reddetmiştir. Başvurucu 10 Kasım 2004 tarihinde, Budapeşte Bölge Mahkemesinde Anayasa Mahkemesine karşı bir dava açmış ve davalının 1992 tarihli Veri Kanunu'nun 21(7). fıkrası gereğince şikâyet dosyasına ulaşmasına izin vermesi gerektiğine hükmetmesini istemiştir. Anayasa Mahkemesi 13 Aralık 2004 tarihinde, Ceza Kanunu'nda yapılan söz konusu değişikliklerin anayasaya uygun olduğuna karar vermiştir. Kararda şikâyetin bir özetine yer verilmiş ve karar kamuya açıklanmıştır.

Bölge Mahkemesi 24 Ocak 2005 tarihinde, Anayasa Mahkemesi önündeki denetimin tamamlanmış olduğunu göz önünde bulundurarak, başvurucunun davasını reddetmiştir. Bölge Mahkemesi, esas itibarıyla şikâyetin bir "veri" olarak kabul edilemeyeceğini ve dolayısıyla şikâyete ulaşmak için açılan davanın 1992 tarihli Veri Yasasına göre görülemeyeceğini belirtmiştir.

Temyiz Mahkemesi 5 Mayıs 2005 tarihinde, ilk derece mahkemesinin kararını onamış ve başvurucunun taleplerini reddetmiştir. Temyiz Mahkemesi şikâyetin bazı "veriler" içerdiği, fakat bu verilerin "şahsi" nitelikte olduğu ve şikâyetçinin onayı olmaksızın başkalarının erişimine açılamayacağı sonucuna varmıştır. Temyiz Mahkemesine göre kişisel verilere sağlanan bu koruma, kamusal bilgiye erişilebilirlik, diğer hukuki menfaatlerce hükümsüz kılınamaz.

HÜKÜM GEREKCESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiası

17. Başvurucu, mevcut olayda Macaristan mahkeme kararlarının kamuyu ilgilendiren bilgiye ulaşma hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir. Başvurucuya göre, bu, Sözleşme'nin 10. maddesini ihlal etmiştir. (...)

A. Kabuledilebilirlik

(...)

B. Esas

1. Tarafların görüşleri

(...)

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Bir müdahalenin bulunup bulunmadığı

26. Mahkeme sürekli olarak, herkesin kamuyu ilgilendiren bilgileri edinme hakkı bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme'nin bu konudaki içtihadı, kamuyu ilgilendiren konulara dair bilgi ve fikirleri vermeyi sağlayan basın özgürlüğüyle bağlantılı olarak gelişmiştir (*Observer ve Guardian, §59; Thorgeir Thorgeirson, §63*). Bu bağlamda ulusal makam, toplumun "bekçi köpekleri"nden biri olan basını kamuoyunun haklı olarak ilgisini çeken konular üzerinde yapılan kamusal tartışmalara katılmaktan caydırabilecek tedbirler aldığı zaman, Mahkeme'nin çok daha dikkatli bir inceleme yapması beklenir (*Bladet Tromso ve Stensaas [BD], §64; Jersild, §35*).

27. Bir kanun, Sözleşme'nin 10. maddesinin koruduğu yarar açısından bakıldığında, yetkililerin bilgi edinmenin önünde engeller oluşturabilecekleri dolaylı sansür haline gelebilecek keyfi kısıtlamalara imkân tanıyamaz. Örneğin bilgi edinme, gazetecilikte temel bir hazırlık aşaması olup, basın özgürlüğünün doğal olarak korunan bir parçasıdır (*Dammann, §52*). Basının işlevlerinden biri de, kamusal tartışma alanları yaratmaktır. Bununla birlikte bu işlevin yerine getirilmesi, yalnızca medyayla ve profesyonel gazetecilerle sınırlı değildir. Mevcut olayda kamusal tartışma alanı yaratma hazırlığı, bir hükûmet dışı örgüt tarafından yürütülmüştür. Bu nedenle başvurucunun bu faaliyetlerde bulunmaktaki amacının, bilgiyi kamusal tartışmanın temel bir unsuru yapmak olduğu söylenebilir. Mahkeme pek çok kez, kamusal işlerin tartışılmasında sivil toplumun önemli katkılarda bulunduğunu kabul etmiştir (*Steel ve Morris, §89*). Başvurucu, bilgi verme özgürlüğünün korunmasıyla ilgili davalar dâhil, insan haklarıyla ilgili davalarla ilgilenmiş bir dernektir. Bu nedenle başvurucu, basın gibi, "halkın bekçiliği" olarak görülebilir (*Riolo, §63; Vides Aizsardzibas Klubs, §42*). Bu koşullar altında Mahkeme, başvurucunun faaliyetlerinin Sözleşme'nin basına sağladığı korumaya benzer bir koruma gerektirdiğine ikna olmuştur.

28. Mevcut uyuşmazlığın konusu, uyuşturucuyla ilişkili suçlara ilişkin ceza kanununun anayasaya uygunluğuyla ilgilidir. Mahkeme'ye göre, bu kanunun özellikle bir parlamento üyesi tarafından soyut norm denetimine tabi tutulması için başvuruda bulunulması, şüphesiz kamuyu ilgilendiren bir meseledir. Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun kamusal öneme sahip bir konuda bilgi edinmek gibi meşru amaç güttüğünü tespit etmektedir. Mahkeme, yetkililerin, idari bir engel yaratmak suretiyle bu sürece hazırlık aşamasında müdahale ettiklerini gözlemektedir. Dolayısıyla, Anayasa Mahkemesi'nin söz konusu bilgi üzerindeki tekeli bir tür sansür oluşturmuştur. Ayrıca başvurucunun niyetinin, söz konusu anayasa şikâyetinden edinilecek bilgiyi kamuoyu ile paylaşmak ve bu suretle uyuşturucu bağlantılı suçlara dair mevzuata ilişkin kamusal tartışmaya katkıda bulunmak olduğu göz önüne alındığında, bilgi verme hakkının açıkça zayıflatıldığı görülmektedir.

29. Bu nedenle, başvurucunun Sözleşme'nin 10(1). fıkrasında güvence altına alınan haklarına bir müdahale oluşmuştur.

2. Müdahalenin haklı olup olmadığı

30. Mahkeme, başvurucunun Sözleşme'nin 10(1). fıkrasında korunan haklarına yönelik bir müdahalenin 2. fıkrasındaki koşulları taşımaması halinde, Sözleşme'mi ihlal edeceğini tekrar eder. Bu nedenle, söz konusu müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olup olmadığı, ikinci fıkrada belirtilen meşru amaçlardan bir ya da birkaçını taşıyıp taşımadığı ve bu amaçları gerçekleştirmek için "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı karara bağlanmalıdır.

a. Hukuken öngörülebilirlik

31. Başvurucu, kamuyu ilgilendiren verilere erişimi güvence altına alan Veri Koruma Kanunu'na dayanarak bilgi talep etmiştir. Hükûmet, 'kişisel veri'yi kamusal ilgi unsuruna üstün tutan söz konusu yasanın, başvurucunun ifade özgürlüğüne müdahale için yeterli bir temel oluşturduğunu iddia etmiştir.

32. Mahkeme, söz konusu müdahalenin Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamında "hukuken öngörülmüş" olduğuna ikna olmuştur.

b. Meşru amaç

33. Başvurucu bu müdahalenin milletvekilinin haklarını korumaya hizmet ettiğinin söylenemeyeceğini, zira Anayasa Mahkemesi'nin hiçbir zaman kişisel verilerinin açıklanması hususunda milletvekilinin iznini istememiş olduğunu iddia etmiştir. Hükûmet, müdahalenin başkalarının haklarını korumaya yaradığını savunmuştur.

34. Mahkeme söz konusu müdahalenin, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamında, başkalarının haklarını koruma meşru amacına sahip görülebileceği kanısına varmıştır.

c. Demokratik bir toplumda gereklilik

35. Mahkeme ilk olarak, "Sözleşme'nin 10. maddesi(nin), (...) bireye, kendisinin kişisel durumu hakkında bilginin yer aldığı bir sicile ulaşma hakkı vermediği gibi, Hükümete de bu tür bir bilgiyi bireye verme yükümlülüğü yükleme"diğini (*Leander, §74 sonu*) ve "Sözleşme'den idarenin elindeki veri ve belgelere ulaşma gibi genel bir hak türetmenin güç" olduğunu (*Loiseau – Fransa [k.k.], no. 46809/99*) hatırlatır. Bununla birlikte Mahkeme, yakın bir zamanda "bilgi edinme hakkı"nı daha geniş yorumlamaya (*Sdruzeni Jihoceske Matky – Çek Cumhuriyeti [k.k.], no. 19101/03*) ve bu suretle de bilgiye ulaşma hakkını tanımaya doğru gitmiştir.

36. Her hâlükârda Mahkeme, "bilgi edinme özgürlüğünün, esas itibarıyla, bir kimsenin başka kişilerin kendisine vermeyi arzu ettikleri veya vermeyi isteyebilecekleri bilgiyi almasının Hükûmet tarafından kısıtlanmasını yasakladığını" kaydeder (*Leander, §74*). Mahkeme mevcut olayın esas itibarıyla, resmi belgelere ulaşma gibi genel bir hakkın kullanılmasının engellenmesinden ziyade, bilgi tekelinin sansürleme gücünün bir sonucu olarak basın gibi bir toplumsal halkın bekçiliği işlevlerini yerine getirmesine yapılan bir müdahaleye ilişkin olduğu kanısındadır. Bu bağlamda mevcut dava, Mahkeme'nin, yetkililerin basının işlevlerini yerine getirmesi üzerinde yarattığı engellerin dikkatle denetlenmeyi gerektirdiği yönündeki endişelerini belirttiği daha önceki davalarla kıyaslanabilir (*Chauvy ve Diğerleri, §66*). Ayrıca devletin basın özgürlüğü konusundaki yükümlülükleri, kamuyu ilgilendiren konularda bilginin sadece yetkililerin tekelinde bulunması nedeniyle mevcut olan basının işlevlerini yerine getirmesinin önündeki engellerin kaldırılmasını da içerir. Bu bağlamda Mahkeme, mevcut olayda başvurucunun talep ettiği bilginin mevcut ve hazır olduğunu (*aksi yönde, Guerra ve Diğerleri, §53 sonu*) ve Hükümet'in veri toplamasını gerektirmediğini kaydeder. Bu nedenle Mahkeme, devletin başvurucunun talep ettiği bilginin akışına engel olmama yükümlülüğünün bulunduğunu düşünmektedir.

37. Nihayet Mahkeme, başvurucunun anayasa şikâyeti konusunda şikâyette bulunanların kişisel verilerini içermeyen bir bilgi talep ettiğini gözlemlemektedir. Üstelik Mahkeme, milletvekilinin yaptığı anayasa şikâyetinden, kendisinin özel yaşamına ve dolayısıyla koruma altındaki özel alanına ilişkinin bir bilginin anlaşılabilmesini mümkün görmemektedir.

Milletvekilinin şikâyette bulunduğuna ilişkin basına bilgi verdiği doğrudur ve bu nedenle bu kamusal meseledeki kişisel kanaati bilinebilir durumdadır. Bununla beraber Mahkeme, eğer kamuya mal olmuş kimseler, kamusal meselelere ilişkin görüşlerinin kişilikleriyle ilişkili olduğunu ve bu nedenle de rızaları olmaksızın ifşa edilemeyecek özel veri teşkil ettiklerini iddia ederek basında ya da kamuoyunda tartışılmasını kişilik hakları adına sansürleyecek olurlarsa, bu durumun siyaset alanında ifade özgürlüğü için çok tehlikeli olacağı kanaatindedir. Mahkeme'ye göre böyle bir görüş, mevcut davada şikâyet konusu edilen müdahaleyi haklı kılmaz.

38. Mahkeme, kamuyu ilgilendiren bilgilere erişimi engellemek amacıyla yaratılan engellerin, medyada ya da benzeri alanlarda çalışanları bu tür konuları takip etmekten caydırabileceği kanısındadır. Sonuç olarak, medya ve diğer ilgililer, hayati önem taşıyan "halkın bekçiliği" rollerini sürdüremeyebilir ve doğru ve güvenilir bilgi tedarik etme yetenekleri bu durumdan olumsuz yönde etkilenebilir (*Goodwin, §39*).

39. Yukarıda değinilen hususlar, Mahkeme'yi mevcut olayda başvurucunun ifade özgürlüğüne yapılan müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna ulaştırmıştır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKCELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;
2. İhlal tespitinin kendisinin, başvurucunun görmüş olabileceği manevi zarar bakımından yeterince adil bir karşılık oluşturduğuna;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

14.09.2010 38224/03 SANOMA UITGEVERS B.V. - HOLLANDA

♦ *haber kaynağını açıklamaya zorlama* (bir otomobil dergisinin yasadışı sokak yarışlarını sırasında çektiği fotoğrafların, yarışa katılan otomobillerden birinin daha önce bir soyguna katıldığı şüphesiyle soruşturma makamlarına teslime zorlanması) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu şirket, bir otomobil dergisi sahibidir ve yasadışı araba yarışları hakkında bir makale yayınlamaya karar vermiştir. Bu dergi için çalışan gazeteciler, yarışa katılanların kimliğini açığa vurmamak kaydıyla, bu yarışlardan birisinin fotoğraflarını çekme iznini almışlardır. Bu fotoğraflar çekilmiş ve bir CD-ROM'a kaydedilmiştir. Bu fotoğraflarda katılanların kimliklerinin gizlenmesi için rötuş yapılacak ve daha sonra yayınlanacaktır.

Derginin Yazı İşleri müdürü savcılıktan, bu fotoğrafları yürütülmekte olan bir ceza soruşturmasında kullanılmak üzere savcılığa teslim etmesi yönünde bir talimat almıştır. Soruşturma makamları, sokak yarışına katılan araçlardan birinin daha önce 1 Şubat 2001 tarihinde gerçekleşen bir soygunda kullanıldığından şüphelenmiştir. Yazı İşleri müdürüne

eğer bu talimata uymaz ise, derginin bürolarının aranacağı ve bilgisayarlara el konacağı bildirilmiştir. Nitekim Yazı İşleri müdürü bu talimata uymadığı gerekçesiyle gözaltına alınmış ve dört saat gözaltında tutulmuştur. Ayrıca derginin bürolarının geçici süreyle kapatılması dergiye ciddi maddi kayıplar verecektir.

Fotoğrafların olduğu CD-ROM, bir nöbetçi soruşturma yargıcının devreye girmesi ve ceza soruşturmasının yürütülmesi ile elde edilecek yararın gazetecinin kaynaklarını koruma ayrıcalığına üstün geldiğini belirtmesi üzerine ve savcının da onayı ile polise teslim edilmiştir. Bu işlem daha sonra ulusal mahkemeler tarafından onanmıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiası

49. Başvurucu şirket, Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan bilgi alma ve verme hakkına aykırı olarak, gazetecilerin haber kaynaklarına ilişkin bilgileri polise açıklamaya zorlandıklarından şikâyetçi olmuştur.

Hükûmet bu bir ihlal iddiasını reddetmiştir.

A. Genel değerlendirmeler

50. İfade özgürlüğü, demokratik bir toplumun temellerinden biri olup, basına sağlanan koruyucular özel bir önem sahiptir. Basın, çizilen sınırları aşmamalıdır; sadece basının haber ve fikirleri aktarma görevi yoktur, ama aynı zamanda toplumun haber ve fikirleri alma hakkı da vardır. Aksi halde, basın "halkın bekçiliği" şeklindeki yaşamsal rolünü oynayamaz (*Observer ve Guardian, §59*). Gazetecilerin haber kaynaklarının korunması hakkı, Sözleşme'nin 10. maddesi tarafından korunan "haber ve düşüncelerin kamu makamlarının müdahalesi olmaksızın elde edilmesi ve verilmesi" özgürlüğünün bir parçası olup, bu hakkın önemli bir koruyucusu olarak hizmet eder. Bu koruyucu, basın özgürlüğünün bir köşe taşı olup, bu koruyucu olmazsa, haber kaynakları kamunun ilgilendiği konularda basının bilgilendirmede bulunmasına yardımcı olmaktan caydırılabilir. Sonuç olarak, basının yaşamsal nitelikteki halkın bekçiliği rolü zarar görebilir ve basının kamuya doğru ve güvenilir bilgi sunma yeteneği olumsuz etkilenebilir.

51. Mahkeme sürekli olarak, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamına giren davalarda ifade özgürlüğüne saygı bakımından koruyucuları dikkatli bir incelemeye tabi tutmuştur. Demokratik bir toplumda basın özgürlüğü için gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasının önemini dikkate alındığında, daha üstün bir gereklilik haklı kılmadıkça, bir müdahale Sözleşme'nin 10. maddesiyle bağdaşmaz (*Goodwin, §39; Roemen ve Schmit, §46; Voskuil, §65*).

B. Sözleşme'nin 10. maddesinin güvence altına aldığı bir hakka müdahale olup olmadığı

(...)

3. Mahkeme'nin içtihatları

59. Daha önceki içtihatlarında Mahkeme, yetkililerin gazetecileri ayrıcalıklarından vazgeçmeye ve haber kaynakları hakkında bilgi vermeye ya da gazetecilik bilgisine erişim vermeye zorlayan çeşitli işlemlerini, gazetecinin ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, yukarıda geçen *Goodwin – Birleşik Krallık* kararında, bir gazeteciye kendisine atıfta bulunulamayacak şekilde bilgi sağlamış olan bir kimsenin kimliğini açığa çıkarmasını gerektiren bir açıklama emri verilmesini ve bunu yapmayı reddettiği için para cezasına çarptırılmış olmasını, Sözleşme'nin 10.

maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan ifade özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir.

60. Hükûmetin atıfta bulunduğu, *British Broadcasting Corporation* kararında Komisyon, o davayı *Goodwin – Birleşik Krallık* davasından ayırmıştır. Komisyon, başvurucu Goodwin'in bilgi aldığı haber kaynağının gizli ve kendisine atıf yapılamaz nitelikte bir kaynak olduğunu, buna karşın BBC'nin kamusal alanda geçen olaya ilişkin elde ettiği kayıtların kendilerine özel bir gizlilik ya da sır tutma görevi yüklemediğini belirtmiştir. Mahkeme, Komisyon'un bu tespitine rağmen, "olayda BBC'nin 10. maddedeki haklarına bir müdahaleyi varsaydığını" kaydeder.

61. Mahkeme, yukarıda geçen *Roemen ve Schmit – Lüksemburg* (*§47*), *Ernst ve Diğerleri – Belçika* (*§94*) ve yine *Tillack – Belçika* (*§56*) kararlarında, gizli bilgileri gazetecilere sağlayan kamu görevlilerini belirleyebilmek için gazetecilerin evlerinin ve işyerlerinin aranmasını, Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan haklarına müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, yukarıda geçen *Roemen ve Schmit* kararında ayrıca, aramaların sonuçsuz kalmasının yapılan aramaları, gazetecinin kaynağının kimliğini ortaya çıkarma amacından yoksun bırakmadığına işaret etmiştir.

62. Yukarıda geçen *Voskuil – Hollanda* kararında, (*§49*), bir ceza soruşturmasında polis memurlarının hata yaptığı iddiaları hakkında kendisine bilgi veren kişinin adını vermeyi reddeden gazetecinin konuşmaya zorlanması amacıyla ulusal mahkemenin tutuklama karar vermesini, başvurucunun Sözleşme'nin 10. maddesindeki haklarına bir müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir.

63. Çok daha yakın bir tarihte, 15 Aralık 2009 tarihli *Financial Times Ltd. ve Diğerleri – Birleşik Krallık* (*§56*) kararında Mahkeme, dört gazete yayıncısı ile bir haber ajansına anonim bir haber kaynağının kimliğini açıklama emri verilmesinin, Sözleşme'nin 10. maddesindeki haklarına bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Emir yerine getirilmemiş olmasına rağmen, böyle bir işlemin Mahkeme'nin hükmünü verdiği tarihte gerçekleşme ihtimali ne kadar az olursa olsun, emrin yerine getirilebilir olması devam ettiğinden, başvurucu şirkete verilen zarar giderilmemiştir.

4. İçtihatlardan çıkan ilkelerin olayda uygulanması

64. Mevcut davaya dönüldüğünde, mesele taraflar arasında epey tartışma konusu olmasına rağmen, Mahkeme, başvurucu şirketi gizlilik konusunda bağlayan bir anlaşmanın gerçekten olup olmadığını tespit etmenin gerekli olmadığı görüşündedir. Mahkeme, böyle bir anlaşmanın olduğunu ileri sürmelerinin ötesinde, bir gizlilik anlaşmasının varlığının deliline ihtiyaç olmadığı konusunda başvurucu şirkete katılmaktadır. Daire gibi Mahkeme de, otomobiller ve sahiplerinin belirlenmekten korunması için bir söz verilmiş olduğuna ilişkin başvurucu şirketin iddiasına inanmamak için bir neden görmemektedir.

65. Hükûmetin doğru bir şekilde ifade etmiş olduğu gibi, mevcut olaydaki ilgili merciler, başvurucu şirketten bilgi açıklamasını, sokak yarışı katılımcılarının belirlenebilmeleri amacıyla istemiş değildirler. Ancak başvurucu şirkete göre, sadece fotoğrafların teslimi bile, katılımcıların belirlenebilmelerine yol açabilecektir. Mahkeme *Nordisk Film & TV A/S – Danimarka [k.k.], no. 40485/02* kararında, kendi içtihatları anlamında (bk. yukarıda §59 ve 61) etkilenen kişilerin "anonim bilgi kaynakları" olarak görülmeyeceğini belirtmiş olmasına rağmen, Danimarka Yüksek Mahkemesinin başvurucu şirketi değiştirilmemiş video kaydını teslim etmeye zorlayan kararının, Sözleşme'nin 10(1). fıkrası anlamında bir müdahale oluşturduğu sonucuna varmıştır.

Bu kabuledilebilirlik kararında Mahkeme, böylesi bir durumda Sözleşme'nin 10. maddesinin uygulanabilme olasılığını kabul etmiş ve araştırma materyalinin teslim etmeye

zorlamanın, gazetecilerin ifade özgürlüğünü kullanmaları üzerinde caydırıcı bir etkisi olabileceğini belirtmiştir.

66. Mahkeme ayrıca, mevcut olaydaki emrin, yasadışı sokak yarışlarına katılımlarıyla bağlantılı olarak haber kaynaklarının belirlenmesini amaçlamadığını kaydetmiştir. Gerçekten de ağır suçlar işlemiş olabileceklerinden şüphelenilen A. ve M.'ye bile, bu yarışla ilgili bir soruşturma açılmamıştır. Bununla birlikte Mahkeme, bu ayrımın önemli olduğu düşüncesinde değildir.

67. Daha önceki içtihatlarında Mahkeme, bir açıklamayla ya da gazetecilerin haber kaynaklarının soruşturulmasıyla sonuçlanan zorlayıcı işlemin kapsamının, gazetecileri koruyan haklara bir müdahale olup olmadığının tespiti bakımından önemsiz olduğu kabul etmiştir. *Roemen ve Schmidt* davasında, gazetecinin işyerinde arama ve el koyma emrinin yerine getirilmesinin bir sonucu olarak istenen bilgi elde edilememiştir. Bu emir, "kaynağın kimliğinin açıklanması emrinden çok daha sert bir emir" olarak görülmüştür, "çünkü arama kararlarıyla gazetecinin işyerine habersiz ve silahlı bir şekilde baskın yapan soruşturmacılar, çok geniş soruşturma yetkilerine, tanım gereği, gazetecinin elinde bulunan bütün belgelere erişme yetkisine sahiptiler. Dolayısıyla Mahkeme, birinci başvurucunun evinde ve işyerinden yapılan aramaların, *Goodwin* davasında söz konusu tedbirlerden çok daha geniş bir biçimde haber kaynakların korunmasını zedelediği kanaatindedir."

68. Daha önceden gözlemlendiği gibi, yukarıda geçen *Financial Times Ltd. ve Diğerleri – Birleşik Krallık,* (*§56*) kararında, başvurucu şirkete açıklamada bulunma emrinin fiilen uygulanmamış olması, Mahkeme'yi bir müdahale tespitinde bulunmaktan alıkoymamıştır (bk. yukarıda §63).

69. Mahkeme, Dairenin de gözlemlediği gibi, yukarıda geçen *Ernst ve Diğerleri – Belçika*, *Roemen ve Schmit – Lüksemburg* ve *Tillack – Belçika* davaları gibi bu davayla karşılaştırılabilir davalardan farklı olarak, başvurucu şirketin binasında bir arama yapılmadığını gözlemlemiştir. Bununla birlikte savcı ve polis dedektifleri, Autoweek'in editörleri iradelerine boyun eğmedikçe, böyle bir arama yapma niyetlerini açıkça belirtmişlerdir.

70. Bu tehdit, bir gazetecinin kısa bir süre için gözaltına alınmasıyla birleştiğinde, tamamen inandırıcı tehdittir; Mahkeme bu tehdidi, sanki yetkililerin eylemleri uygulanmış gibi ciddiye almak durumundadır. Sadece Autoweek dergisinin yazı işleri bürosu değil, ama aynı zamanda başvurucu şirketin yayımladığı diğer dergilerin büroları da böyle bir aramaya maruz kalacak ve bu da önemli bir süre büroların kapanmasına neden olacaktır; bu durum, söz konusu dergilerin geç yayımlanmasına sebep olacak ve bu arada güncel olaylara (...) ilişkin haberler bayatlamış olacaktır. Haber dayanıksız bir üründür; kısa bir dönem için bile olsa, yayınlanmasının geciktirilmesi, haberi bütün değerinden ve etkisinden yoksun bırakabilir (*Observer ve Guardian, §60; Sunday Times* (*no. 2*)*, §51; Ekin Derneği, §56*). Dikkate alınması gereken bu tehlike, güncel olayları ele alan yayınlar ya da süreli yayınlarla sınırlı değildir (*krş. Alınak, §37*).

71. Mevcut olayda arama ve el koymanın gerçekleşmediği doğru olmakla birlikte, Mahkeme, gazetecilerin anonim haber kaynaklarının açıklanmasına yardım ettiklerinin görüldüğü yerde, caydırıcı etkinin doğacağını vurgular (*Financial Times Ltd. ve Diğerleri, §70*).

72. Özetle Mahkeme mevcut olayın, gazetecilerin haber kaynaklarının belirlenmesini mümkün kılabilecek bilgi içeren bir gazetecilik materyalinin zorla teslim edilmesine ilişkin olduğu kanısındadır. Bu durum Mahkeme'nin söz konusu emrin kendi başına başvurucu şirketin Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasındaki bilgi alma ve verme özgürlüğüne müdahale oluşturduğunu tespit etmesi için yeterlidir.

C. Müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığı

(...)

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a. Uygulanabilir ilkeler

81. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, Sözleşme'nin 8–11. maddelerinde geçen "hukuken öngörülen" ve "hukuka uygun olarak" ifadelerinin, itiraz edilen tedbirin sadece ulusal hukukta hukuki bir temele sahip olmasını gerektirmediğini, ama aynı zamanda mevcut hukukun kalitesine de göndermede bulunduğunu yinelemiştir. Hukuk yeterince ulaşılabilir ve önceden görülebilir olmalı, yani kişinin davranışını, gerekirse uygun bir danışmayla düzenleyebilmesine imkân verecek şekilde gerekli açıklıkta kaleme alınmış olmalıdır.

82. Ulusal hukukun bu koşulları karşılayabilmesi için, Sözleşme'nin koruma altına aldığı haklara ilişkin kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı yasal bir koruma tedbiri öngörmüş olmalıdır. Temel hakları etkileyen konularda sınırsız bir yetki anlamına gelecek şekilde yürütmeye takdir yetkisi verilmesi, Sözleşme'de demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı olur. Sonuç olarak hukuk, yetkililere tanıdığı böylesi bir takdir yetkisinin kapsamını ve uygulanma şeklini yeterli açıklıkla göstermelidir (*Sunday Times* (*no. 1*)*, §49; Tolstoy Miloslavsky, §37; Rotaru [BD], §52; Hasan ve Chaush [BD], §84; Maestri [BD], §30*).

83. Ayrıca Mahkeme, Sözleşme'nin 8–11. maddelerinde geçen "hukuka uygun olarak" ve "hukuken öngörülen" ifadelerindeki "hukuk" terimini, her zaman maddi anlamda anlamıştır, "şekli" anlamda değil. Hukuk kelimesi, hem alt derecedeki mevzuatı ve Parlamento tarafından profesyonel düzenleyici organlara bırakılan bağımsız kural koyma yetkisiyle çıkarılan düzenleyici tedbirleri de kapsayacak şekilde "yazılı hukuku" ve hem de yazılı olmayan hukuku içerir. "Hukuk" kelimesinden, hem mevzuat ve hem de yargıç yapısı "hukuk" anlaşılmalıdır. Özetle "hukuk", yetkili mahkemelerin yorumladığı şekliyle yürürlükteki hükümlerdir (...).

b. Bu ilkelerin uygulanması

i. İç hukuktaki hukuki temel

84. Yüksek Mahkeme'nin 10 Mayıs 1996 tarihli kararında (NJ 1996, no. 578), bu kararın verilmesinden kısa bir süre önce açıklanmış olan Mahkeme'nin *Goodwin – Birleşik Krallık* kararından türetilen gazetecilerin haber kaynaklarını koruma ayrıcalığı tanınmıştır.

85. Şikâyete konu olayların olduğu tarihte, Adalet Bakanlığının yayımlamış olduğu 19 Mayıs 1988 tarihli resmi talimatname (yukarıda parag. 37) görünüşe göre halen yürürlüktedir.

86. Mahkeme, gerçekten de tarafların belirttiği gibi, mevcut davadaki müdahale için Ceza Muhakemesi Kanunun 96a maddesinin yasal temel oluşturduğunu kabul etmektedir.

87. Yukarıdaki hukuki belgelerin yeterince ulaşılabilir olmaması gibi bir sorun bulunmamaktadır.

ii. Hukukun kalitesi

88. Basın özgürlüğü bakımından gazetecilerin haber kaynaklarının ve bilginin korunmasının yaşamsal önemi bulunduğundan, kaynakların belirlenmesine yol açabilecek haber kaynaklarının korunması hakkına bir müdahale için, tehlikede olan ilkenin önemiyle orantılı yasal usul koruyucular bulunmalıdır.

89. Mahkeme, haber kaynağının açıklanması kararının, sadece kimlikleri açığa çıkacak haber kaynakları üzerinde değil, ama aynı zamanda haber kaynağını açıkladığı için gelecekteki muhtemel haber kaynaklarının gözünde itibarı olumsuz etkilenen kararın yönelediği gazete ya da diğer yayınlar ile anonim haber kaynakları aracılığıyla dağıtılan bilgiyi almakta menfaati olan kamuoyunun üzerinde de zararlı etkileri olacağını kaydeder (*Voskuil, §71*).

90. Bu koruyucular arasında, her şeyden önce bir yargıç ya da bağımsız ve tarafsız bir karar organı tarafından denetim yapılması güvencesi gelmektedir. Gazetecilerin haber kaynaklarının korunmasıyla ilgili olaylarda "bütün resmin mahkemenin önünde olması" ilkesi, Sözleşme organları tarafından bu nitelikte karar verilmiş daha önceki davaların birinde vurgulanmıştır (*British Broadcasting Corporation, §54*). Gerekli denetim, yürütmeden ve ilgili taraflardan ayrı bir organ tarafından yapılmalıdır; bu organ, böylesi bir materyal teslim edilmeden önce gazetecilerin haber kaynaklarının korunması ilkesine ağır basan kamu menfaatine ilişkin bir gereklilik olup olmadığını karara bağlayabilmeli, böyle bir menfaat yoksa haber kaynağının kimliğini ortaya çıkarabilecek bilgiye gereksiz erişimi engelleyebilmelidir.

91. Mahkeme, soruşturma makamlarının acil talepleri veya emirleri için ayrıntılı gerekçeler göstermelerinin pratikte pek mümkün olmayabileceğinin farkındadır. En azından elde edilen belgelere ulaşılmadan ve kullanılmadan önce bağımsız bir denetimin gerçekleştirilmiş olduğu durumlarda, herhangi bir gizlilik sorununun ortaya çıkıp çıkmadığı, çıkmışsa olay özelinde soruşturma ve kovuşturma makamlarının dayandığı kamu menfaatinin, haber kaynağının korunmasına ilişkin genel kamu menfaatine üstün gelip gelmediğinin tespiti yeterlidir. Mahkeme'ye göre, böylesi haber kaynaklarının açığa çıkmasına neden olabilecek materyalin teslim edilmesinden sonra denetimin yapılmasının, gizlilik hakkının özüne zedeleyeceği açıktır.

92. Yargıç ya da bağımsız ve tarafsız diğer bir organın denetiminin önleyici niteliği bulunduğundan, herhangi bir açıklama öncesinde ve açıklama talebine ilişkin belgeye dayanılarak, yetkililerin açıklama lehindeki savlarının uygun bir şekilde değerlendirilebileceği bir pozisyonda, potansiyel riskler ve ilgili menfaatler tartılmalıdır. Alınacak karar, daha az zorlayıcı bir tedbirin, tespit edilen kamu menfaatlerine ağır basmaya hizmet etmek için yeterli olup olmadığı dâhil, net ölçütlerle verilmelidir. Yargıç ya da diğer bir makama, adları ilgili materyalde ister geçsin ister geçmesin, böyle bir belgenin yayınlanmasının gazetecinin haber kaynaklarına ciddi bir zarar verme tehlikesi yarattığı gerekçesiyle haber kaynaklarını korumak için açıklama kararı vermeme veya sınırlı veya şartlı açıklama kararı verme imkânı tanınmalıdır (*Nordisk Film & TV A/S – Danimarka [k.k.], no. 40485/02*). Acil durumlarda, materyal yetkililer tarafından kullanılmadan önce, kaynakların belirlenmesine yol açabilecek bilgi ile bu tür riski taşıyan bilgiyi belirleyebilecek ve ayırabilecek bir usul mevcut olmalıdır (*Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH – Avusturya, §62-66*).

93. Hollanda'da, Ceza Muhakemesi Kanunun 96a maddesi yürürlüğe girdiğinden beri, bu konuda karar verme yetkisi bağımsız bir yargıç yerine bir savcıya verilmiştir. Savcı, diğer devlet memurları gibi, temel dürüstlük yükümlülüğüyle bağlı olmasına rağmen, usul bakımından, gazetecinin haber kaynağının korunmasına karşı menfaatleri savunan bir "taraf" olup, yarışan değişik menfaatlerin değerlendirmesini yapabilmek için gerekli objektiflik ve tarafsızlığa sahip biri olarak görülemez.

94. 19 Mayıs 1988 tarihli rehberin B kısmına göre (bk. yukarıda §37), gazetecilerin belgelerine hukuka uygun olarak el koyulabilmesi için, ön adli soruşturma açılması ve bir soruşturma yargıcının karar vermesi gerekli idi. Ancak, Ceza Muhakemesi Kanunun 96a maddesinin teslim kararını verme yetkisini savcıya aktarmasından sonra, bu rehber artık

bağımsız bir incelemenin güvencesi olmaya hizmet etmemektedir. Yasanın kalitesine gelince, Mahkeme önündeki bu konunun bu nedenle dava ile bir ilgisi kalmamıştır.

95. Bununla birlikte, başvurucu şirketin soruşturma yargıcının müdahalesini istemiş olduğu ve bu istemin kabul edildiği doğrudur. Davacı Hükümet ve Daire bakımından, soruşturma yargıcının olaya dâhil olmasının yeterli usul koruyucularına ilişkin gerekliliklerı yerine getirdiği kanısına varılmıştır.

96. Bununla birlikte Mahkeme, bu davada soruşturma yargıcının olaya dâhil olmasının düşünülebilmesini yeterli bir koruyucu sağlamak için tatmin edici bulmamıştır. Mahkeme, öncelikle soruşturma yargıcının olaya katılımı için herhangi bir yasal temel bulunmadığını kaydetmektedir. Yasayla hiçbir yerde öngörülmediğinden, bu durum savcının göz yumması suretiyle gerçekleşmiştir.

97. İkinci olarak, soruşturma yargıcı danışman rolü olarak tanımlanabilecek bir şekilde çağırılmıştır. Soruşturma yargıcından CD–ROM'u teslime mecbur bırakmış olan savcının kararına karşı bir görüş gelmemiş olmasına rağmen, bu konuda kendisinin de kabul etmiş olduğu gibi (...), soruşturma yargıcının herhangi bir yetkisinin bulunmadığı gerçeği yerinde durmaktadır. Bu nedenle soruşturma yargıcının, uygun bir şekilde bir karar verme, karar talebini reddetme ya da buna izin verme veya sınırlama veya koşula bağlama yetkisi bulunmamaktadır.

98. Böylesi bir durum, hukukun üstünlüğü ilkesiyle neredeyse hiç uyumlu değildir. Mahkeme, belirtilmiş iki gerekçenin her birini ayrı ayrı ele alarak bu sonuca ulaştığını eklemektedir.

99. Bu eksiklikler, o sırada CD–ROM üzerinde depolanmış fotoğrafların incelenmesi konusunda savcı ve polisi alıkoyamayacağı için Bölge Mahkemesinin olay sonrası (post factum) denetimiyle de düzeltilmemiştir.

100. Sonuç olarak hukukun kalitesi, gazetecinin haber kaynaklarının korunmasına ilişkin başvurucu şirketin kamu menfaatine ağır basan bir ceza soruşturması menfaati bulunup bulunmadığını bağımsız olarak değerlendirebilmek için yeterli yasal koruyucular bulunmadığından, yetersizdir. Böylece, şikâyet konusu müdahale "hukuken öngörülmüş" olmadığından, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

D. Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki diğer koşullara uygunluk

101. Mahkeme, gerekli usul koruyucuları bulunmaması nedeniyle mevcut olayda yetkililerin bilgi açıklamaya zorlamasının, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasının gerektirdiği şekilde "hukuken öngörülmemiş" olduğu sonucuna vardığından, Sözleşme'nin 10. maddenin 2. fıkrasındaki diğer koşullara, yani müdahalede bulunulurken bu fıkrada belirtilen meşru amaçlardan birinin izlenilip izlenilmediği ve böylesi bir amaç izlenirken demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı şartına mevcut olayda uygun davranılıp davranılmadığını tespit etmeyi gerekli görmemiştir.

(...)

BU GEREKCELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

06.10.2010 43453/04 GÖZEL VE ÖZER - TÜRKİYE

♦ *terör örgütünün bildirisini yayımlama* (başvurucuların terör örgütünün bildiri ve açıklamalarını yayımlamayı otomatik olarak suç sayan TMK (eski) 6(2). fıkrası gereğince mahkum edilmeleri) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu, Aylin Gözel 1978 doğumlu olup, İstanbul'da ikamet etmektedir. Başvurucu, merkezi İstanbul'da bulunan aylık Maya dergisinin sahibi ve yazı işleri müdürüdür. Başvurucu Aziz Özer 1964 doğumlu olup, İstanbul'da ikamet etmektedir. Başvurucu, merkezi İstanbul'da bulunan aylık Yeni Dünya İçin Çağrı gazetesinin editörü ve yazı işleri müdürüdür. Bu başvurucu aynı zamanda merkezi İstanbul'da bulunan Çağrı Basın Yayın Ltd. Ş.'nin sahibidir.

Başvurucular tarafından sunulduğu şekliyle olaylar aşağıdaki gibi özetlenebilir.

A. Başvuru no. 43453/04

Şubat 2003'de, Maya dergisinin 11 sayılı baskısında "Ortadoğu'da Yaklaşan Savaş Türkiye Burjuvazisini Tehdit Ediyor!" başlıklı bir makale yayınlanmıştır. Söz konusu sayının 24. sayfasında ayrıca, yasadışı Türkiye Komünist Partisi/Marksist-Leninist "TKP/ML" örgütü merkez komitesi tarafından yapılan bir açıklama yayınlanmıştır. Dava konusu bu açıklamada, güvenlik güçlerinin 19 Aralık'ta yirmi cezaevinde gerçekleştirdiği ve güvenlik güçleri ile tutuklular arasında birçok polis ve tutuklunun ölümüne ve yine çok sayıda tutuklunun yaralanmasına neden olan şiddetli çatışmaların yaşandığı müdahaleden sonra tutukluların başlattıkları açlık grevine gönderme yapılmaktadır. Yüzden fazla kişi bu açlık grevini ölene kadar sürdürmüştür.

Cumhuriyet savcısı, 13 Mart 2003 tarihli iddianamesinde, Gözel'i basın yoluyla devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yapmak ve yasadışı silahlı bir örgüt tarafından yapılan bir açıklamayı yayınlamakla suçlamıştır. Bu iki eylem, 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunu'nun (eski) 8. maddesinin 2 ve 4. fıkraları ile 6. maddesinin 2 ve 4. fıkralarında suç olarak nitelendirilmiştir.

29 Eylül 2003 tarihinde, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi devletin bölünmez bütünlüğüne karşı propaganda yaptığı yönündeki suçlamayla ilgili olarak başvurucu hakkında beraat kararı vermiş, ancak ikinci suçtan kendisini 289 Yeni Türk Lirası (TRY) yani yaklaşık 170 Euro para cezasına mahkûm etmiştir. Mahkeme, ayrıca 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2 ve 4. fıkralarına ve 5680 sayılı ek kanunun 2. maddesinin 1. fıkrasına dayanarak, yasadışı örgüte sayfalarını açtığı gerekçesiyle ilgili şahısın dergisine bir haftalık yayın yasağı getirilmesine hükmetmiştir.

Başvurucu 20 Ekim 2003 tarihinde bu kararı temyiz etmiştir. Yargıtay 22 Mart 2004 tarihinde, ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Başvurucu, verilen para cezasını 15 Eylül 2004 tarihinde ödemiştir. Bu arada, ihtilaflı aylık dergiye bir haftalık yayın yasağı uygulaması da yerine getirilmiştir.

B. Başvuru no 31098/05

Haziran 2002'de, Yeni Dünya İçin Çağrı gazetesinin 6. sayısının 5, 6 ve 7. sayfalarında "15-16 Haziran Büyük İşçi Direnişi ve Türkiye'de Devrimci Hareket " başlıklı bir makale yayınlanmıştır. İsmi belirtilmeyen makale yazarı, 15 ve 16 Haziran 1971 tarihlerinde gerçekleştirilen işçi gösterilerini barışçıl olarak nitelendirmiştir. Yazar, özellikle bu gösterilerde sol hareketin üstlendiği rolü analiz etmiş ve bu olaylardan sonra, dönemin yasal sol partilerinin pasif kalmaları yüzünden THKP/C (Türkiye Halk Kurtuluş Partisi / Cephe)

ve THKO (Türkiye Halk Kurtuluş Ordusu) gibi solcu birçok örgütün kurulduğunu belirtmiştir. Yazar ayrıca, TKP/ML (Türkiye Komünist Partisi / Marksist-Leninist örgütünün kurucusu olan İbrahim Kaypakkaya'nın 15-16 Haziran gösterilerinden sonra belirleyici bir rol oynadığını ve Türkiye'deki Marksist hareketi etkili bir biçimde yönlendirdiğini iddia etmiştir.

Ayrıca, derginin ilgili sayısının 17. sayfasında yasadışı örgüt üyesi oldukları gerekçesiyle haklarında yürütülen ceza davası kapsamında tutuklanan sekiz kişinin açıklamaları da yer almıştır. "Halkımıza" başlığı altında yapılan bu açıklamada, tutuklular F tipi cezaevlerindeki tutukluluk koşullarını protesto etmek amacıyla başlattıkları açlık grevine son verdiklerini, ancak bu koşullara karşı sürdürdükleri direnişe devam etmeye kararlı olduklarını bildirmişlerdir.

19 Haziran 2002 tarihinde sunduğu iddianamede Cumhuriyet savcısı, Özer'i 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2 ve 4. fıkralarında suç olarak nitelenen yasadışı silahlı bir örgütün fikir, görüş ve ifadelerini yayınlamakla suçlamıştır.

23 Ekim 2003 tarihinde, İstanbul Devlet Güvenlik Mahkemesi 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2 ve 4. fıkraları gereğince başvurucuyu 218 TL, yani yaklaşık 120 Euro para cezasına mahkûm etmiştir. Öte yandan, Mahkeme söz konusu suçun ulusal güvenliği zayıflatmaya yönelik olduğuna hükmetmiş ve Basın Kanunu'nun geçici 2. maddesinin 1. fıkrasına istinaden aylık derginin on beş gün süreyle kapatılmasına karar vermiştir.

29 Ekim 2003 tarihinde, başvurucu kararı temyize götürmüştür. Sözleşme'nin 10. maddesine atıfta bulunan başvurucu, özellikle hakkında ceza davası açılması Bu nedenle ifade özgürlüğü hakkının çiğnendiğini iddia etmiştir. 10 Kasım 2004 tarihinde, Yargıtay yapılan itirazı reddetmiş ve ilk derece Mahkemesinin kararını onamıştır. Başvurucu, bu kararın kendisine tebliğ edilmediğini ve kararı kendi çabasıyla öğrendiğini belirtmiştir.

28 Ocak 2005 tarihinde, Beyoğlu Başsavcısı para cezasının ödenmesi için bir ihbarname düzenlemiştir. 27 Nisan 2005 tarihinde, başvurucu para cezasını ödemiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

(...)

III. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiası

[38-40]: Başvurucular, mahkûmiyetlerinin ifade özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Gözel, ayrıca sahibi ve yazı işleri müdürü olduğu aylık dergiye yayın yasağı getirilmesinden de şikâyetçi olmuştur. Başvurucuların her ikisi de 10. maddeye dayanmışlardır.

Hükümet, tartışma konusu metinlerin terör örgütünün açıklamaları olduğunu belirtmiş ve terör sorununun hassasiyeti göz önüne alındığında müdahalenin ulusal güvenlik, kamu düzeni ve suçun önlenmesi gibi meşru amaçlar doğrultusunda haklı olduğunu savunmuştur. Bu iddiaya karşılık olarak başvurucular, başvuru yaptıkları sırada dile getirdikleri iddialarını yinelemişlerdir.

A. Müdahalenin varlığı

41. Mahkeme, tartışma konusu mahkûmiyetin ve Gözel'in sahibi ve yazı işleri müdürü olduğu aylık dergiye yayın yasağı getirilmesinin, başvurucuların Sözleşme'nin 10(1). fıkrasında güvence altına alınan haber ve düşünleri verme hakkına bir müdahale oluşturduğu konusunda taraflar arasında bir tartışma olmadığını kaydetmiştir.

B. Müdahalenin haklılığı

42. Bu tür bir müdahale, 10(2). fıkrasındaki şartları yerine getirmediği sürece, söz konusu maddeyi ihlal eder. Bu nedenle, müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olup olmadığı, bu fıkrada belirtilen belirtilen bir ya da daha fazla meşru amaca izlemiş olup olmadığı ve ilgili amaçların gerçekleştirilmesi için "demokratik bir toplumda gerekli" bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

1. Hukuken öngörülmüş olma

43. Sözleşme'nin 10'(2). fıkrası anlamında "hukuken öngörülmüş olma" deyimi, öncelikle uyuşmazlık konusu müdahalenin iç hukukta bir temeli olmasını gerektirmekte ve aynı zamanda söz konusu kaliteli olmasına vurgu yaparak, ilgili kişi tarafından erişilebilir olmasını, onun için doğuracağı sonuçların önceden görülebilir olmasını ve hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumlu olmasını gerektirmektedir.

44. İlk kriterin yerine getirilip getirilmediği konusu mevcut olayda tartışma konusu değildir. Gerçekten de, söz konusu müdahalelerin yasal temeli bulunduğuna, yani "terör örgütünün bildiri ve açıklamalarını basan ya da yayınlayan" herkesi hedef alan 3713 sayılı kanunun 6. maddesinin 2 ve 4. fıkralarına uygun olduğuna hiç kimse itiraz etmemektedir. Bu nedenle, müdahaleler, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamında "hukuken öngörülme" şartını yerine getirmektedir. Maya dergisine yayın yasağı getirilmesi konusunda ise, 5680 sayılı yasanın 2. maddesinin 1. fıkrasının bu maddeye aykırı olarak makale yayınlayan bir gazeteye üç günden bir aya kadar yayın yasağı getirilmesini öngördüğü anlaşılmaktadır.

Geriye söz konusu mevzuat hükümlerinin erişilebilir ve sonuçları önceden görülebilir olup olmadığının tespit edilmesi kalmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, müdahalenin gerekliliği konusunda ulaşılan sonucu göz önüne alarak, bu hususla ilgili bir karar vermenin gerekli olmadığı kanaatine varmaktadır.

2. Meşru amaç

45. Taraflar, terörle mücadele sorununun hassasiyeti ve yetkili mercilerin şiddetin artmasına neden olacak eylemlere karşı dikkatli olmaları gerektiği göz önüne alındığında, Sözleşme'nin 10(2). fıkrası anlamında kamu güvenliğinin sağlanması, kamu düzeninin korunması ve suçun önlenmesi gibi meşru amaçlar izlediği konusunda tarafların bir itiraz bulunmamaktadır.

3. Demokratik bir toplumda gereklilik

46. Son olarak, bu müdahalenin söz konusu meşru amaçlara ulaşmak için "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir. Sözleşme'nin 10(2). fıkrası bakımından "gerekli" sıfatı, "toplumsal bir ihtiyaç baskısı" anlamını taşımaktadır. Sözleşmeci Devletler bu ihtiyacın mevcut olup olmadığının değerlendirilmesi konusunda belli bir takdir alanına sahiptir, ancak bu takdir alanı, bağımsız bir mahkeme tarafından verilenler kararlar dâhil olmak üzere, kanun ve kararları kapsayacak şekilde Avrupa denetimi ile el ele yürür. Mahkeme bu nedenle bir "sınırlamanın", Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile bağdaşıp bağdaşmadığı konusunda nihai kararı verme yetkisine sahiptir.

Mahkeme'nin özellikle, uyuşmazlık konusu müdahalenin "meşru amaçlarla orantılı" ve ulusal makamlar tarafından müdahaleyi haklı kılmak için gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını tespit etmesi gerekmektedir. Mahkeme, bunu yaparken, ilgili olayların kabuledilebilir bir değerlendirmesine dayanmalı ve ulusal makamların mevzuatı 10. maddedeki ilkelere uygun olarak uyguladıklarına ikna olmalıdır.

47. Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesiyle ilgili içtihadında ortaya çıkan temel ilkeleri hatırlatır (*Castells, §46; Zana, §51; Fressoz ve Roire [BD], §45; Ceylan [BD], §32*). Şüphesiz ulusal yetkililerin terörle mücadele çerçevesinde aldığı tedbirlere de bu ilkeler uygulanır.

48. Mevcut davanın özelliklerinden biri, bu iki derginin sahibi, editörü ve yazı işleri müdürü, yani medyanın profesyonelleri olan başvurucuların, ulusal yargıçların "terör örgütü açıklamaları" olarak nitelendirdiği üç yazıyı yayınladıkları için mahkûm edilmiş olmalarıdır.

49. Özellikle başvurucu Gözel, Maya dergisinde yasadışı bir örgütün merkez komitesinin imzasını taşıyan bir açıklamayı yayınladığı gerekçesiyle mahkûm edilmiştir. Söz konusu yazı, bu örgütün güvenlik güçlerinin 19 Aralık 2000 tarihinde yirmi cezaevinde gerçekleştirdiği müdahale sonrasında tutukluların başlattığı açlık grevi hakkındaki düşüncelerini yansıtmaktadır. Aynı şekilde, Özer'in sahibi ve yazı işleri müdürü olduğu Yeni Dünya İçin Çağrı gazetesinde yayınladığı " Halkımıza!" başlıklı metin, yasadışı örgüt üyesi oldukları gerekçesiyle haklarında ceza davası açılan tutukluların imzasını taşıdığı varsayılarak, bu şahısların bildirisi gibi değerlendirilmiştir. Bu iki metin, sunum ya da analiz amaçlı herhangi bir gazeteci yorumu eklenmeksizin olduğu gibi yayınlanmıştır.

50. Mahkeme, "15-16 Haziran Büyük İşçi Direnişi ve Türkiye'de Devrimci Hareket" başlıklı makale konusunda ise, burada daha çok sol hareketin barışçıl bir ortamda gerçekleştirilen 15-16 Haziran 1971 işçi gösterilerindeki rolünün analiz edildiği kanaatine varmaktadır.

51. Mahkeme, ifade özgürlüğüne müdahalenin "gerekliliğinin" ikna edici bir şekilde ortaya konup konmadığını değerlendirebilmek için, kendi içtihadına uygun olarak, meseleyi esas itibarıyla ulusal mahkemeler tarafından benimsenmiş gerekçeler açısından incelemelidir (*Gündüz, §46*). Bu noktada Mahkeme, ulusal mahkemelerin sadece, başvurucuların dergilerinin Türk hukukunda terörist olarak nitelendirilen bir örgütün yazılarını yayınlamış olmalarını göz önünde tuttuklarını ve yalnızca bu temelde ilgili kişilerin 3713 sayılı kanunun 6(2). fıkrasında belirtilen suçu işlediklerine hükmettiğini tespit etmektedir. Ulusal mahkemeler, uyuşmazlık konusu yazıların içeriğini ve yazıldıkları bağlamı, Mahkeme'nin ifade özgürlüğü ile ilgili davalarda ortaya koyduğu ve dile getirdiği kıstaslar bakımından analiz etmemişledir.

52. Mahkeme verdiği kararlarda, terörle mücadele bağlamında yazı sahibinin kişiliğini dikkate aldığını hatırlatır (*Falakaoğlu ve Saygılı, §34; Demirel ve Ateş, §37*). Bununla birlikte, Mahkeme'nin birçok kez belirttiği gibi, bir yasadışı örgüt üyesinin görüşlerini açıklaması veya beyanda bulunması, bunlar Hükümetin izlediği siyasete çok ağır eleştiriler içerse de, tek başına ifade özgürlüğü hakkına müdahale edilmesini haklı kılamaz. Mahkeme, metinin bütünüyle ele alındığında şiddete teşvik edip etmediğinin belirlenmesi için, aynı zamanda metinde kullanılan terimlerin ve bunların hangi bağlamda kullanıldığının da dikkate alınmasının uygun olacağını her zaman vurgulamıştır (*Özgür Gündem, §63; Sürek* (*no 4*) *[BD], §12 ve 58; Sürek ve Özdemir [BD], §61*).

53. Diğer taraftan Mahkeme, "üçüncü bir şahsın yaptığı açıklamaların yayınlanmasına yardım eden bir gazetecinin cezalandırılmasının (...) basının genel ilgi alanına giren konuların tartışılmasındaki katkılarını ciddi bir biçimde engelleyeceğini ve zorlayıcı bir neden olmadıkça bunun kabul edilemeyeceğini" hatırlatır (*Jersild, §35*).

54. Yukarıda belirtilen içtihattan çıkan sonuç, Mahkeme'nin söz konusu yayının yasaklanması için bir makale yazarının kişiliğinin tek başına belirleyici unsur olamayacağı kanaatinde olduğudur. Aksi bir değerlendirme bazı kişi ya da grupların 10. madde tarafından sunulan güvencelerden yararlanamamasına neden olacağından, Sözleşme bakımından

kabul edilebilmesi oldukça zordur (*İmza, §25*). Her ne kadar burada yasadışı bir örgütün merkez komitesinin yaptığı bir açıklama söz konusu olsa da, yukarıdaki değerlendirmeler kıyasen başvurucu Gözel'in durumu açısından da geçerlidir.

55. Şüphesiz Mahkeme, terörle mücadele ile ilgili zorlukları ve buna bağlı koşulları göz önüne almak durumundadır (*Karataş, §51*). Hiç kuşku yok ki devletler, terörü ve ayrıca halkı terör suçları işlemeye tahrik edecek fiileri önlemek için etkili tedbirler alabilirler (*Leroy, §19*).

56. Bununla birlikte, yasadışı örgütlerin yazılarını yayınlamanın halkı terör suçları işlemeye tahrik ya da terörü övme riski taşıyıp taşımadığını değerlendirebilmek için, sadece yazarın kimliğine ve mesajın kime verildiğine değil, Mahkeme'nin içtihaları gereğince, söz konusu yazının içeriğine ve hangi bağlamda yayınlandığına da dikkat etmek gerekir. Ulusal makamlar, yarışan menfaatlerin dengelenmesi işleminde, kendileri için hiç hoş olmasa da, kamunun çelişik durumlarda muhalif taraflardan birinin farklı görüşleriyle ilgili bilgi edinme hakkını yeterince dikkate almalıdırlar.

Bu konuyla ilgili olarak Mahkeme'nin içtihadından çıkan sonuca göre, görüşler, şiddete tahrik içermiyorsa, yani şiddet eylemlerine ya da kanlı bir intikama başvurmayı savunmuyorsa, taraftarlarının hedeflerini gerçekleştirmesi amacıyla terör eylemlerini haklı göstermiyorsa ve kimliği belli kişilere karşı derin ve mantıksız bir nefret duygusunun oluşmasını desteklemiyorsa, Sözleşmeci Devletler halkın bilgi alma hakkını kısıtlamak için, medyaya yönelik ceza hukukunu kullanmak suretiyle toprak bütünlüğü, ulusal güvenliğin korunması veya suç ve düzensizliğin önlenmesine dayanmazlar (*mutatis mutandis, Sürek* (*no 4*)*, §60*).

57. Diğer taraftan Mahkeme, siyasal demokrasinin iyi bir şekilde işlemesinde basının oynadığı önemli rolün önemini vurgulayan yerleşik içtihadını hatırlatır (*Lingens, §41; Fressoz ve Roire, §45*). Aynı şekilde, 10. madde, dile getirilen haber ve düşüncelerin içeriğinin yanında, bunların yayınlanma şeklini de korumaktadır (*Oberschlick* (*no 1*)*, §57*).

58. Mevcut davada, ulusal mahkemelerin medya profesyoneli olan başvurucuları mahkûm ederken gösterdikleri gerekçeler konuyla ilgili olsa bile, ilgili kişilerin haber ve görüş verme özgürlüğünü de içine alan ifade özgürlüğüne yapılan müdahaleyi haklı kılmak için yeterli değildir. Mahkeme, özellikle bu gerekçe eksikliğine neden olan şeyin, "terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarını basan ya da yayınlayan herkesin" mahkûm edilmesini öngören ve ulusal mahkemelere Sözleşme'nin 10. maddesine göre Mahkeme tarafından uygulanan ölçütleri dikkate alarak yazıların içeriğini ve hangi bağlamda yazıldığını inceleme yükümlülüğü yüklemeyen 3713 sayılı Kanunun 6(2). fıkrasının bir sonucu olduğunu gözlemlemektedir.

59. Mahkeme öte yandan, Türk hukukunda "terörist" olarak nitelendirilen bir örgütün bildiri ya da açıklamalarını yayınladığı için dergi sahiplerinin, yazı işleri müdürlerinin ya da editörlerin 3713 sayılı Kanunun 6(2). fıkrasında belirtilen suçu işlediklerine hükmedilerek mahkûm edilmeleri nedeniyle Türkiye aleyhine açılan birçok davada Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardığını hatırlatır (*Özgür Gündem, §62-64; Yıldız ve Taş* (*no 1'den 4'e kadar*)*; Karakoyun ve Turan; Çapan; İmza; Kanat ve Bozan; Demirel ve Ateş, vd.*).

60. Bu davalarda, yasadışı örgüt PKK (Kürdistan İşçi Partisi) yöneticilerinin, Türkiye'deki tutulma koşulları ve Türk ordusunun Irak'ın kuzeyinde yapacağı olası bir müdahale hakkında (*Yıldız ve Taş* (*no 1*)*, §7 ve 32*), Mahkeme önündeki bir davanın sonuçları hakkında (*Yıldız ve Taş* (*no 2*)*, §6 ve 34*), Irak'ta bir siyasi parti başkanı olan Talabani'nin Türkiye ziyareti hakkında (*Yıldız ve Taş* (*no 3*)*, §6 ve 33*), Türk yetkililerin Kürt sorunu konusunda yürüttükleri politikalar hakkında (*Yıldız ve Taş* (*no 4*)*, §6 ve 35*), uluslararası

kadın günü hakkında (*Kanat ve Bozan, §7 ve 18*) ya da örgütün görüşlerini ifade eden bir PKK yöneticisiyle yapılan söyleşi ve dünya barış günü münasebetiyle PKK'nın bir beyanatı hakkında (*Demirel ve Ateş, §6, 17 ve 38; Karakoyun ve Turan, §9 ve 28; Çapan, §8 ve 41*) yaptıkları açıklama ya da konuşmalar söz konusu olmuştur.

61. Mevcut davada olduğu gibi, bu davalarda ulusal mahkemeler, yazıların içeriğini ve hangi bağlamda yazıldıklarını dikkate almadan, sadece terör örgütünün açıklamalarını yayınladıkları için medya profesyonellerini mahkûm etmiştir. Mahkeme, yaptığı analizlerde ayrıca, bu yazılardan hiçbirinin şiddet kullanımını, silahlı direnişi ya da ayaklanmayı teşvik etmediğini ve kin güden bir söylem içermediğini tespit etmiştir.

62. Mahkeme'nin 3713 sayılı Kanunun 6(2). fıkrasının uygulandığı bu tür açıklamalarla ilgili az sayıdaki bazı davada Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmış olması, bu tespitine gölge düşürmez: Söz konusu bazı davalarda Mahkeme, ulusal mahkemelerin ilgili gazetelerin sahipleri, editörleri ya da yazı işleri müdürlerini mahkûm etmek için yetersiz kalan gerekçelerine rağmen, uyuşmazlık konusu metinleri kendisi analiz etmiştir (*Falakaoğlu ve Saygılı, §34; Saygılı ve Falakaoğlu* (*no 2*)*, §28*).

63. Mahkeme'ye göre, sadece 3713 sayılı Kanunun 6(2). fıkrasında hedef alınan açıklamaların yayınlanması gerekçe gösterilerek periyodik dergi sahiplerinin, editörlerin ya da yazı işleri müdürlerinin tekrar tekrar mahkûm edilmeleri ve ayrıca dergilere yayın yasağı getirilmesi, elbette doğrudan ve dolaylı olarak terör suçlarını savunmakları sürece, kamuoyu gündeminde bir yere sahip olan medya profesyonellerinin kısmen sansürlenmeleri ve bir görüşün kamuoyuna açıklanmasının sınırlandırılması anlamına gelecektir. Üstelik mevcut davada görüldüğü gibi, "terör örgütlerinin bildiri ve açıklamalarında" kullanılan terimler belirsiz bir biçimde yorumlanmıştır. Özellikle, kamuoyunun çatışmaya ilişkin farklı görüşler konusunda bilgilendirilme hakkı veya medya profesyonellerinin amaçları göz önünde tutulmadan (*krş. Jersild, 36*), kendilerine yukarıda belirtilen hüküm gereği mekanik bir baskı uygulanması, haber ve fikir alma ve verme özgürlüğü ile bağdaşamaz.

64. Bu değerlendirmeler ışığında ve söz konusu mevzuatın incelenmesi sonrasında Mahkeme, başvurucuların 3713 sayılı yasanın 6(2). fıkrası gereğince mahkûm edilmelerine ve dergiye yayın yasağı getirilmesine neden olan müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olarak görülemeyeceği ve meşru amaçların gerçekleştirilmesi gerekli olmadığı sonucuna varmaktadır.

Bu nedenlerle, Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

V. Sözleşme'nin 41 ve 46. maddelerinin uygulanması

(...)

76. Öte yandan Mahkeme, mevcut davada 3713 sayılı Kanunun 6(2). fıkrasının uygulanması sonucu ortaya çıkan uyuşmazlık konusu mahkûmiyetlerin, haber ve görüşleri verme özgürlüğünü de kapsayan ifade özgürlüğüyle bağdaşmadığına karar verdiğini hatırlatır. Mahkeme, özellikle 3713 sayılı Kanunun 6(2). fıkrasındaki "terör örgütünün bildiri ve açıklamalarını" hedef alan hükümlerin ulusal mahkemelere Sözleşme'nin 10. maddesine göre oluşturulan ve uygulanan ölçütler dikkate alarak yazıların içeriğini ve hangi bağlamda yazıldığını inceleme yükümlülüğü yüklemediğini vurgulamaktadır. Bu tespitler, başvurucuların Sözleşme'nin 10. maddesinde güvence altına alınan haklarının ihlalinin, söz konusu hükmün ifade tarzı ve uygulanışıyla ilgili bir sorundan kaynaklandığını göstermektedir. Bu noktada Mahkeme, konuyla ilgili iç hukukun Sözleşme'yle uygun hale getirilmesinin, tespit edilen ihlale son verilmesini mümkün kılan uygun bir giderim biçimi oluşturacağı kanaatindedir (*benzer bir yaklaşım için bk. Ürper ve Diğerleri, §52*).

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

...

4. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;

…

KARAR VERMİŞTİR.

07.07.2011 2668/07 DİNK - TÜRKİYE

♦ *Türklüğü aşağılama suçundan mahkumiyet—gazeteciyi saldırılara karşı korumama* (Agos gazetesi genel yayın yönetmeni ve başyazarı olan başvurucunun gazetesinde yayımlanan haber ve makaleler nedeniyle TCK 301. maddesindeki Türklüğü aşağılama suçundan mahkum edilmesi, aşırı milliyetçi militanlar tarafından yapılabilecek ölümcül bir saldırıya karşı koruyucu önlemler alınması) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü—pozitif yükümlülük

DAVANIN ESASI

Başvuruculardan Fırat Dink (müteveffa) 1954, Rahil Dink 1959, Delal Dink 1978, Arat Dink 1979, Sera Dink 1986 ve Hasrof Dink 1957 doğumlu Türkiye Cumhuriyeti vatandaş olup, İstanbul'da ikamet etmektedirler. Birinci başvurucu Fırat Dink, 19 Ocak 2007 tarihinde öldürülmüştür.

1. Dava konusu olaylar

Fırat Dink, 1996 tarihinden beri İstanbul'da Türkçe ve Ermenice olarak iki dilde yayın yapan haftalık Agos gazetesinin genel yayın yönetmeni ve başyazarıdır.

A. Birinci başvurucu tarafından yazılan sekiz makalelik yazı dizisi

Birinci başvurucu 7 Kasım 2003 ve 13 Şubat 2004 tarihleri arasında, Agos'ta Ermeni kökenli Türk vatandaşların kimlik sorununa ilişkin görüşlerini sunduğu sekiz bölümlük bir yazı dizisi yayınlamıştır. Söz konusu yazı dizisinde işlenen konular şu şekildedir:

"Kuşaklara dair" başlıklı ilk yazı kimlik sorunu hakkında olup, Türkiye'de yaşayan Ermenileri Ermeni diasporasında ele alınan konulara ilişkin bilgilendirme amacı taşımaktadır. "Kilise'nin rolü" başlıklı ikinci yazı, Ermeni kimliği ve ulusunun oluşturulmasında Ermeni Kilisesi'nin rolünü ele almıştır. "Kaç Vartan'ın Çocukları" başlıklı üçüncü yazı, "vartanyanlar" tarihi aracılığıyla, dinin ve milliyetçiliğin Ermeni kimliği üzerindeki etkisi ve SSCB'nin yıkılışının ardından söz konusu Ermeni kimliğinin gelişimini incelemiştir. "Pratik kimliğin teorisi" başlıklı dördüncü yazı, bir kısmı zorla bir kısmı ekonomik nedenlerle yapılan 1915 göçünün Ermeni kimliğinin niteliğini değiştirdiği ve söz konusu 3 Ermeni kimliğine batı değerlerini adapte etmek için verilen çabaların belirtilen nitelik değiştirmeyi hızlandırdığını ifade etmiştir. "Batı: Cennet ve Cehennem" başlıklı beşinci yazı, Batı ülkelerinde bulunan Ermeni diaspora üyelerinin, Ortadoğuda ve Müslüman ülkelerde bulunanların aksine, kimliklerinin eridiğini gördüklerini ileri sürmüştür.

"Ermeni'nin Türk'ü" başlıklı altıncı yazı, diasporaların her birinin kendi kimliğini korumak için özel nedenlere ihtiyaç duyduğunu ve Yahudi diasporası gibi Ermeni diasporasının geçmişinin de soykırıma uğradığını, ancak soykırımın tanınmamasının Ermeni kimliğinde tahribat yaratan etken olduğunu ve soykırım mağduru olduklarının kabul edilmesi inadının Ermeni olmanın amacı haline geldiğini açıklamıştır. Başvurucu söz konusu yazısında, Almanların kabul ettikleri Yahudi soykırımının aksine, Ermenilerin bu ihtiyaçlarına Türklerin kayıtsız kalmasının, Ermenilerin travmatik durumunun sürmesine

ilişkin bir açıklama olduğunu dile getirmiştir. Söz konusu yazıya göre, Türklerin ve Ermenilerin birbirlerine bakışları, Türklerin paranoyaları ve Ermenilerin travmalarıyla bozulmaya uğramıştır. Türkler, 1915 olayları ile ilgili olarak hiçbir empati göstermemekte ısrar ederlerse Ermeni kimliğinin tanımlanmasında sancılı kıvranış devam etme tehlikesi taşımaktadır. Yazı, Türk kavramının, Ermeni kimliğinin hem zehri hem panzehiri olduğu fikri ile son bulmuştur.

"Türk'ten kurtulmak" başlıklı yedinci yazı, Ermeni kimliğinin Türk etkisinden iki yolla serbest bırakılabileceğini göstermektedir: Hâlihazırda gerçekleşmesi zor görünen ilk yol Türklerin Ermenilere empati göstermesi; gerçekleşmesi daha mümkün olan ikinci yol ise Türklerin ve tüm dünyanın değerlendirmesi karşısında 1915 olaylarına ilişkin bağımsız bir değerlendirme geliştirerek Ermenilerin kendilerini Türk etkisinden çıkarmalarıdır. Bu hususta Dink, Ermenilere bu imkânın tanınması veya reddedilmesinin bir bilinç ve insanlık sorunu olacağını ifade etmiştir. Soykırımı tanımaları için Türklere baskı yapmak yerine, Ermeniler gayretlerini yeni Ermeni Devleti'nin varlığını sürdürmesine ve refahını sağlayamaya yoğunlaştırmaları gerekmektedir.

"Ermenistan'la tanışmak" başlıklı sekizinci yazıda, başvurucu, yazı dizindeki mantığı sürdürerek şu cümleyi kurmuştur "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarda mevcuttur". Dink, Ermeni makamların, diaspora ile ülke arasındaki bağı güçlendirmek için daha aktif çalışmaları gerektiğine ve bunun ulusal kimliğin daha sağlıklı oluşmasına imkân sağlayacağına kanaat getirmiştir.

Agos gazetesi söz konusu dönemde ayrıca, 2004 yılının Şubat ayında, Türkiye'nin ilk kadın pilotu olarak tanınan ve modern kadının temsilcisi olan Atatürk'ün evlat edindiği kızı S.G.'nin Ermeni asıllı olduğundan söz eden bir yazı yayınlamıştır. Söz konusu yazı, gösteriler şeklinde gerçekleştirilen tepkilere ve söz konusu yazının Atatürk'ün taşıdığı imajı lekelemeye teşebbüs olarak değerlendiren aşırı milliyetçi grup üyelerinin bir kısmı tarafından gönderilen ve bazıları yetkililerin bilgisine sunulan tehdit mektuplarına neden olmuştur. İstanbul Vali Yardımcısı, söz konusu tepkilerle ortaya çıkan güvenlik sorununu görüşmek amacıyla başvurucu Fırat Dink'i makamına davet etmiştir. Fırat Dink söz konusu görüşme sırasında, şayet gazetesi bu şekilde tepki çekecek yazılar yayınlamaya devam ederse güvenlik güçlerinin kendisinin güvenliğini sağlayamayabileceği hususunda uyarılmıştır.

B. Fırat Dink aleyhine yürütülen ceza soruşturması

27 Şubat 2004 tarihinde, aşırı milliyetçi bir grup üyeleri, Agos gazetesi önünde, başvurucuya karşı kızgınlıklarını göstermek için bir gösteri yapmışlardır. Aynı gün, söz konusu grup üyelerinden biri olan avukat M.S., başvurucunun "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarda mevcuttur" cümlesiyle Türklere hakaret ettiğini ileri sürerek Şişli Cumhuriyet Savcılığı'na başvurucu hakkında şikâyette bulunmuştur. M.S. ayrıca, başvurucuyu Ermenileri yabancı güçlerin etkisi ile Türklere karşı isyana ve ihanete kışkırtmakla suçlamıştır.

Şişli Cumhuriyet Savcılığı, 16 Nisan 2004 tarihinde Şişli Asliye Ceza Mahkemesi'nde (eski) Türk Ceza Kanunu'nun Türklüğü tahkir suçunu cezalandıran 159/1 maddesi uyarınca başvurucu hakkında ceza davası açmıştır. Başvurucu, "Ermenistan'la tanışmak" başlıklı yazısında, "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarda mevcuttur" cümlesini kullanmakla suçlanmıştır.

Milliyetçi grubun çok sayıdaki üyesi, Şişli Asliye Ceza Mahkemesi'ndeki yargılama boyunca, duruşma öncesinde ve sonrasında Fırat Dink'e karşı gösteriler yapmışlardır. Söz

konusu gruptan avukat, dernek ve siyasi parti üyeleri gibi bazı kişiler, "zehirli" Türk kanı değerlendirmesinde bulunan Dink'in söylemleriyle Türk sıfatına yönelik saldırıda bulunduğu gerekçesiyle, bu mahkemeden davaya müdahil sıfatıyla katılma talebinde bulunmuşlardır. Başvurucunun avukatları ise, söz konusu aşırı milliyetçi kişilerin Ermeni kökenli bir vatandaşın söylemlerinden mağdur olan Türk kökenli vatandaşlar sıfatıyla davaya müdahil olma taleplerinin kabul edilmesinin, davada ayrımcı bir niteliğe neden olma tehlikesi taşıdığı gerekçesiyle, söz konusu talebe karşı çıkmışlardır. Ancak Asliye Ceza Mahkemesi, söz konusu kişilerin talebini kabul etmiştir.

Bu mahkeme 14 Aralık 2004 tarihinde, ceza hukuku alanında uzman, üniversitelerde görev yapan üç öğretim üyesini bilirkişi tayin etmiş ve bu öğretim üyelerini başvurucu tarafından yazılan uyuşmazlık konusu yazı dizisini incelemekle görevlendirmiştir. Söz konusu öğretim üyeleri, 15 Mayıs 2005 tarihinde bilirkişi raporlarını sunmuşlardır. Bilirkişiler, ilk önce, tahkir suçunu oluşturan unsurları ve Sözleşme sistemiyle güvence altına alınan ve korunan ifade özgürlüğü ile sıkı sıkıya çevrelenme hususunu hatırlatmışlardır. Bilirkişiler söz konusu sekiz makalenin tamamını inceledikten sonra, başvurucunun "zehirle" Türk kanını nitelendirmediği, başvurucuya göre Ermeni kimliğinin temel unsuru haline gelen ve Ermenilerdeki zayıflığın ve zaman kaybının nedeni olan Ermenilerin 1915 olaylarını soykırım olarak kabul ettirmek inadını nitelediği sonucuna ulaşılmışlardır. Bilirkişilere göre başvurucunun söylemleri, Türklere yönelik olarak değil, başvurucunun ifadesiyle Ermeni kimliğinde yer alan hatalı anlayışa yönelik olarak yapılmıştır. Bilirkişilere göre söz konusu söylemler, kişiye yönelik aşağılama ve tahkirde bulunmamıştır. İfade özgürlüğü ile güvence altına alınan tarihi olaylara ilişkin sözlerin tamamı değerlendirildiğinde, bu sözlerde 1915 olaylarının soykırım olarak değerlendirilmesi suç oluşturmaz. Tek hâkimli Şişli Asliye Ceza Mahkemesi 7 Ekim 2005 tarihinde, Türklüğe tahkir suçundan başvurucuyu suçlu bulmuş ve 6 ay hapis cezasına mahkum etmiş, ancak hapis cezasının ertelenmesine karar vermiştir. Hâkim, gazete okuyucularının söz konusu yazıların sonuncusunda yazarın söylediği sözlerin gerçek anlamını anlamak için yazı dizisinin tamamını okumak zorunda olmadığına kanaat getirerek, "Ermenistan'la Tanışmak" başlıklı yazısındaki söylemleri nedeniyle başvurucuyu suçlu bulmuştur. Bu bağlamda hâkim, ifade özgürlüğünün sınırsız olmadığını, yasa ile veya ahlaki kuralla sınırlandırıldığını ve her ne şekilde olursa olsun tahkir ve aşağılayıcı sözleri koruma altına almadığını belirtmiştir.

Asliye Ceza Mahkemesi, her ülkenin ahlaki değerlerinin farklı olduğunu ve kimi ülkede üzerinde ulusal bayrağı renkleri bulunan pantolon giymek hoş karşılanırken, kimi ülkede bir ineğe dokunmanın vatandaşların infialine neden olabileceğini belirtmiştir. Mahkeme Türkiye'de "kandan" bahsedildiğinde, bunun halkta ülkenin kurtarılması için dökülen şehitlerin kanını çağrıştırdığına kanaat getirmiştir. Yazar Fırat Dink, Türk kanını "zehirli" olarak nitelendirerek söz konusu kanı "pis" bir unsur olarak tanımlamış ve aşağılamıştır. Suçun ahlaki boyutu ile ilgili olarak mahkeme, yazarın gençleri diasporaya ziyarette bulunmaya ve Ermenistan'ı tanımaya ve kimliklerini güçlendirmeye teşvik etmesinin, Türkiye'de yaşayan Ermenileri Ermenistan'la bütünleştirme niyetini ortaya koyduğu değerlendirmesinde bulunmuştur.

Birinci başvurucunun avukatları ve müdahiller, 7 Ekim 2005 tarihli karara karşı temyizde bulunmuşlardır. Birinci başvurucunun avukatları, Yargıtay'a bu mahkemenin eski başkanı olan bir öğretim üyesinin mütalaasını sunmuşlardır. Söz konusu mütalaaya göre, Asliye Ceza Mahkemesi yargıcının, "zehrin" "Türk kanı"nı ifade ettiğini ileri sürmesinin, aslında Fırat Dink'in bu kelime ile Ermeni kimliğinin 1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilmesi yolundaki saplantılarını ifade etmesi karşısında, ilgili yargıcın cümleyi yanlış anladığını ve yorumladığını göstermektedir. Savunma tarafının iddiasına göre başvurucunun beyanlarından, Ermenilerin kendi iç huzurlarına odaklanarak, Türklere

karşı saplantılı hınçtan kurtulmadan Ermeni kimliğinin gelişmeye devam edemeyeceğini söylediği açıkça anlaşılmaktadır. Asliye Ceza Mahkemesi yargıcı, Türk kimliğini Türk etnik kökenli yurttaşlara indirgeyerek, sadece "Türk vatandaşlığının" etnik ya da ırksal hiçbir ayrım gözetmeksizin tüm vatandaşları kapsadığını düzenleyen anayasal ilkeyi ihlal etmekle kalmamış, aynı zamanda Türk kökenli bir yargıç olarak kendi tarafsızlığı konusunda da şüpheler yaratmıştır. Başvurucunun avukatları ayrıca, yargıcın tam da bu bakış açısının, aşırı milliyetçilikleriyle tanınmış bazı kişilerin müdahillik taleplerini kabul etmesine neden olduğunu da ileri sürmüşlerdir. Avukatlar, Mahkeme'nin ifade özgürlüğüne, özellikle de demokratik bir toplumda basın özgürlüğünün önemine ilişkin benimsediği ana ilkeleri hatırlatarak, Şişli Asliye Ceza Mahkemesinin somut olayda bu özgürlüğü gerekli şekilde korumadığını ifade etmişlerdir. Yargıtay Savcısı, ilgili ceza dairesine vermiş olduğu mütalaasında, temyiz edilen kararın her yönden bozulması gerektiği ve dosyanın esas mahkemesine gönderilmesi gerektiği yönünde görüş bildirmiştir.

Yargıtay 9. Ceza Dairesi 1 Mayıs 2006 tarihinde verdiği kararla, başvurucunun suçlu bulunmasına ilişkin kararı onamış, ancak müdahillerin katılımlarının kabulünü reddetmiştir. Dink'e isnat edilen olaylarla ilgili olarak Yargıtay, ilgilinin konumu, yayının amacı ve özellikle hitap edilen okuyucuların algılama biçimi göz önüne alındığında, uyuşmazlık konusu "Türk "ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarda mevcuttur" şeklindeki cümlenin, Türklüğü tahkir oluşturduğuna kanaat getirmiştir. Yargıtay Dairesi ayrıca, bir toplumu yüceltirken başka bir toplumu aşağılamanın Sözleşme ile güvence altına alınan ifade özgürlüğü ile korunmayacağı kanısına varmıştır.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı 6 Haziran 2006 tarihinde, başvurucunun suçluluğunu onayan 1 Mayıs 2006 tarihli Yargıtay Daire kararına karşı Yargıtay Ceza Genel Kurulu'na itirazda bulunmuş ve 7 Ekim 2005 tarihli kararın bozulmasını talep etmiştir. Başsavcı, söz konusu yazıyla amaçlanan okuyucuların daha çok Ermeni kökenli vatandaşlar olduğuna ve uyuşmazlık konusu cümlenin sekiz yazı ile tamamlanan yazı dizisinin parçası olan bir yazıda geçtiğine dikkat çekmiştir. Başsavcı, tahkir konusunda Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun ve ifade özgürlüğüne ilişkin Mahkeme'nin içtihatlarını hatırlattıktan sonra, ifade özgürlüğünün korunmasında devletin pozitif yükümlülüğüne vurgu yapmıştır. Başsavcı, demokrasinin iyi işlemesi ve sosyal barışın ilerlemesi için temel bir özgürlüğün söz konusu olduğu belirtmiştir. Başsavcıya göre devlet, etkili bir koruma sistemi kurarak, kimi zaman rahatsız edici hatta şaşırtıcı olsalar bile korkusuzca görüşlerin ve fikirlerin ifade edilmesine imkân tanıyan kamuoyu tartışmalarına ilişkin ortam hazırlamakla yükümlüdür. Başsavcı daha sonra, uyuşmazlık konusu cümlenin muğlâk olduğunu ve iki şekilde yorumlanabileceğini belirtmiştir. İlk olarak cümlenin bir kısmının Türkleri hedef aldığı, kanlarını "zehirli" olarak nitelendirdiği ve Türklere yönelik bir tahkir bulunduğu düşünülebilir; ikinci olarak tüm cümlenin Ermeni kökenli vatandaşlara yönelik olduğu ve "Türk" sözcüğünün Ermenilerdeki "Türk algısı" anlamında kullanıldığı değerlendirilmesinde de bulunulabilir. Başsavcı, yazar tarafından kaleme alınan yazı dizisi incelendiğinde, tüm yazıların bağlantılı olduğu ve her bir yazının önceki yazıda ifade edilen fikirleri yeniden ele alarak başladığının tespit edilebileceğini belirtmiştir. Başsavcı, sekizinci yazının başında kullanılan uyuşmazlık konusu cümlenin, bir kelime oyunuyla, altıncı ve yedinci yazılarda ifade edilen görüşleri yeniden ele aldığına dikkat çekmiştir. Söz konusu cümle bağlamında okunduğunda, "zehirli kanın" Türklerin kanı olmadığı, 1915 olaylarının soykırım olduğunu Türklere kabul ettirmek inadı bulunan Ermenilerin kanı olduğu anlaşılmıştır. Söz konusu inat, Ermenilerin "kanını", yani dünyayı algılayışlarını ve kimliklerini kirletmiştir. Başsavcı, cümlenin ve sekizinci yazının devamında, yazarın niyetinin açıkça anlaşılabilir olduğunu belirtmiştir. Yazılar, tamamından haberdar olmayan toplumun bir kısmında abartı ve tepkilerle oluşan polemiklerin kaynağı olsalar da,

uyuşmazlık konusu söylemlerin, yazarın niyeti ışığında değerlendirilmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Başsavcı, sanığın niyetine ilişkin her kuşkunun sanığın lehine yorumlanması gerektiğini hatırlatmıştır. Başsavcı, ifade özgürlüğüne getirilen kısıtlama gerekçelerinin ahlak kurallarına dayandırılamayacağını ve kısıtlamanın hukuken öngörülmüş olması gerektiğini belirterek, ilk derece mahkemesinin kararına karşı çıkmıştır. Başsavcı, Ermeni vatandaşların Lozan Antlaşması uyarınca azınlık statüsünden faydalanan Türk vatandaşları olduklarını hatırlatmıştır. Son olarak Başsavcı, Atatürk'ün (Türk gençliğinin "muhtaç olduğu kudreti" "damarlarındaki asil kanda" bulabileceğine dair) sözlerini kullanarak ve değiştirerek, yazarın Türk vatandaşlarından bazılarındaki Ermeni kimliğini korumak amacıyla hareket ettiğine ve hiçbir şekilde Türklüğü aşağılamadığına kanaat getirmiştir.

Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11 Temmuz 2006 tarihinde, altıya karşı on sekiz oyla, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının itirazı reddetmiştir. Kurul, "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" cümlesinin Türklüğü aşağıladığına karar vermiştir.

Ceza Genel Kurulu, bu sonuca varırken, önce (eski) Türk Ceza Kanununun 159. maddesinde korunan "Türklük" sözcüğünün tanımını yapmıştır: Kurula göre Türklük, Devletin insan unsuruna yani Türk milletine gönderme yapmaktadır. Türklük, "Türk milletini oluşturan insani, dini, tarihi değerleri ile milli dil, milli duygular ve milli geleneklerden oluşan milli ve manevi değerler bütünü"dür. Ceza Genel Kurulu, suçun maddi unsurunun, maddede belirtilen kavramların, varsayılan tüzelkişiliklere yönelik, onları aşağılayan, hor gören, küçük düşüren, onurlarını zedeleyen hareketler olduğunu söylemiştir. Hangi fiil ya da sıfatların "aşağılamanın kurucu unsuru" olduğu ise, toplumda hakim olan ortalama anlayış, örf ve adetlere göre belirlenir. Ceza Genel Kurulu suçun manevi unsurunun, "159. maddenin, anılan kurumlara sağlamak istediği saygıyla çelişen, bu kurumları koruyup kollama niyetini zedeleyip alçaltmayı hedefleyen amaçla hareket edilmesi" olduğu görüşündedir. Ceza Genel Kurulu kararına şu şekilde devam etmiştir :

"Sanık, Mustafa Kemal Atatürk'ün 'Muhtaç olduğun kudret, damarlarındaki asil kanda mevcuttur" sözünden de çıkarım yaparak ve bu sözü ustaca bir üslupla değiştirerek "Türk'ten boşalacak o zehirli kanın yerini dolduracak temiz kan, Ermeni'nin Ermenistan'la kuracağı asil damarında mevcuttur" demek suretiyle Türklüğü aşağılamıştır.

Kurulca bu sonuca varılırken, sadece bu cümleye dayanılarak değerlendirme yapılmamış, 8 yazının birbirini takip eden seri yazılar olduğu, özellikle konuyla ilgili olarak, 6, 7 ve 8. yazıların birlikte değerlendirilmesi gerektiği kabul edilmiş, ayrıca Ermeni kökenli bir Türk vatandaşı olan sanığın, tarihi olaylara bakış açısı, katılınmamakla birlikte ifade özgürlüğü kapsamında değerlendirilmiştir.

Yine, Anayasanın 66. maddesiyle, vatandaşlık bağı ile bağlı olan herkesi Türk olarak kabul eden, gerek anayasası gerekse ceza yasasıyla her türlü ayrımcılığı reddeden, Lozan Antlaşması ile de, Ermeni Kimliğini, azınlık niteliğinde kabul eden bir ülkede, Ermeni kimliğinin korunmasını savunmak, tamamen bu güvenceler kapsamında kabul edilmiş, sanığın bu düşünceleriyle eylemi arasında atılı suç ögeleri veya kastı yönünden düşünsel bağ kurulması yoluna gidilmemiştir.

İzleyen her yazının kendisinden önceki yazıya dökülen fikirlerle başladığı ve dolayısıyla, sekizinci yazının da bu kapsamda bulunduğu kabul edilmiş, ancak gerek savunmalarda gerekse bilirkişi beyanı ile hukuki görüşte ifade edildiği ve Yargıtay C.Başsavcılığınca da itirazen ileri sürüldüğü gibi, "zehirli kan" sözcüğü ile amaçlananın, Ermeni kimliğindeki sağlıklı yapıyı bozan "saplantı" olduğu; Türk sözcüğü ile de Ermenilerdeki "Türk olgusunun" kastedildiği görüşlerine katılınmamış,

yazarın, Türk-Ermeni ilişkilerini ve tarihsel süreci kendi bakış açısıyla yorumlarken, Türk'ler için "paranoya", Ermeniler için "travma" sözcüklerini kullanması, 7. yazıda; Ermeni dünyası yaşadığı tarihi dramın gerçekliğinin farkındadır ve bu gerçeklik bugün dünya ülkelerinin ve Türkiye'nin kabul edip etmemesi ile değişecek değildir. Düşüncelerine yer verdikten sonra, "Gayrı herkesi kendi vicdansızlığıyla başbaşa bırakma zamanı gelip de geçmiştir. Bu gerçekliği kabul edip etmemek, esasen herkesin kendi vicdani sorunudur, bu vicdan da temelini bizatihi insanlık denilen ortaklığımızdan -'İnsan' kimliğimizden- alır. Dolayısıyla gerçeği kabul edenler asıl olarak kendi insanlıklarını arındırırlar." yönündeki açıklamalar birlikte değerlendirildiğinde, sanığın yazısında küçültme unsuruyla kullandığı "zehirli kan" sözcüğünün Türklere yönelik olduğu kötü niyetle ve tezyif amacıyla kullanıldığı anlaşılmıştır.

Suça konu yazının yayımlandığı mevkute, sanığın konumu, hitap edilen kitle, yazının muhatap kitle tarafından algılanma biçimi gözetildiğinde, kullanılan ibarenin Türklüğü tahkir ve tezyif edici nitelikte bulunduğu, esasen bu amaçla da kaleme alındığı Ermeni toplumunu yüceltirken Türk toplumunu aşağılamanın ifade özgürlüğü ve eleştiri kapsamında değerlendirilemeyeceği sonucunu ulaşılmış,

7 Ekim 2005'te verilen Yerel Mahkeme kararının gerekçesinde yetersizlik bulunmakla birlikte, yapılan hukuki değerlendirmelerde, Özel Dairece belirtilen bozma nedenleri dışında bir isabetsizlik bulunmadığı anlaşılmış, bu nedenlerle Yargıtay C. Başsavcılığı itirazının reddine karar verilmiştir."

Yirmi dört yüksek yargıçtan başkanın da aralarında bulunduğu altısı, ilk derece yargılamasındaki bilirkişilerin ve özellikle de Yargıtay Savcısının olağanüstü kanunyolunda ifade ettiği görüşlerinin ele alındığı ve genişletildiği karşı oy yazıları kaleme almışlardır.

12 Mart 2007'de, Yargıtay aşamasının bitiminde dosyanın tekrar gönderildiği Asliye Ceza Mahkemesi, Fırat Dink açısından davanın ölüm nedeniyle düştüğüne karar vermiştir.

C. Birinci başvurucunun öldürülmesi ve şüphelilere karşı yürütülen hazırlık soruşturması:

19 Ocak 2007 tarihinde Fırat Dink Agos gazetesinden ayrıldığı sırada başına isabet eden üç kurşunla hayatını kaybetmiştir. Cinayeti işleyen faillerden biri olan on yedi yaşındaki O.S. ertesi gün Samsun'da yakalanmıştır.

Dink'in öldürülmesinin ardından O.S. yargılanmış ve mahkûm edilmiştir. Ancak bu cinayet öncesinde kamu makamlarının kendilerine düşen yükümlülükleri yerine getirmedikleri iddiası bakımından açılan ceza ve idari soruşturmalar kayda değer bir sonuç vermemiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali iddiası hakkında

(...)

II. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası hakkında

94. Başvurucular, Fırat Dink'in Türklüğü aşağılama suçundan mahkûm edilmesinin ifade özgürlüğü hakkının ihlaline yol açtığını iddia etmişlerdir. Başvuruculara göre Yargıtay, onamış olduğu mâhkumiyet kararıyla, Fırat Dink'i aşırı milliyetçi grupların hedefi haline getirmiş, sonunda da kendisi bu gruplara üye bazı kişiler tarafından öldürülmüştür. Yine başvuruculara göre Fırat Dink, hakkında suç duyurusunda bulunanların ve yargıçların mâhkumiyet kararını, bu gruba aidiyeti sadece Türk etnik kökenine mensup kişilere inhisar ettiren bir Türklük kavramı yorumuna dayandırmaları nedeniyle, Ermeni etnik

kökenine dayalı bir ayrımcılığa maruz kalmıştır. Başvurucular, Sözleşme'nin 6, 7, 10 ve 14. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu iddiaları, öncelikle Sözleşme'nin 10. maddesi açısından incelemesi gerektiği kanaatindedir.

A. Kabuledilebilirliğe dair

(...)

B. Esasa dair

1. Bir müdahalenin ve/veya devletin pozitif yükümlülüğü bulunup bulunmadığı

102. Hükümet, Asliye Ceza Mahkemesi tarafından hakkında nihai bir mahkûmiyet kararı verilmeden öldüğü için, Fırat Dink'in mağdur sıfatı taşımadığını savunmaktadır. Zira Hükümete göre, Yargıtay tarafından yapılan yargılamanın sonunda ilk derece mahkemesine geri gönderilen dava, Fırat Dink'in ölümü nedeniyle düşmüştür.

103. Başvurucular cevaben, Fırat Dink hakkında Yargıtay tarafından esasa ilişkin olarak mahkûmiyet kararı verildiğine, bu nedenle Asliye Ceza Mahkemesi'nin söz konusu kararı değiştiremeyeceğine dikkat çekmektedirler. Başvurucular ayrıca, devletin ifade özgürlüğü alanındaki pozitif yükümlülükleri gereğince Fırat Dink'in kendileri açısından rahatsız edici düşünceler ifade ettiği için üçüncü kişilerin saldırısına uğramasını önlemek amacıyla ulusal makamların gerekli tüm tedbirleri almak mecburiyetinde olduğunu iddia etmektedirler.

104. Mahkeme uyuşmazlık konusu olayları hatırlatır. Yargıtay 9. Ceza Dairesi, ilk derece mahkemesinin mahkûmiyet kararını onamış, ancak müdahil üçüncü kişilerin davaya müdahil taraf sıfatıyla katılmalarının kabul edilmemesi yönünden bozmuştur. Yargıtay Başsavcısı'nın, Yargıtay 9. Dairesinin başvurucu hakkında verilen mahkûmiyet ilamını onama kararına karşı yaptığı itiraz, Yargıtay Ceza Genel Kurulu tarafından nihai olarak reddedilmiştir. Dava Asliye Ceza Mahkemesince kararı değiştirme imkânı olmaksızın yeniden görülmeye başlandığında, Fırat Dink, kuvvetle muhtemeldir ki, hakkında söz konusu kararın verilmesine neden olan ifadeleri nedeniyle aşırı milliyetçi çevrelere isnat edilen bir suikasta kurban gitmiştir.

105. Bu noktada Mahkeme ilk olarak, "ceza yargılaması usule ilişkin nedenlerle düşmüş olsa bile, mâhkum olma ve cezalandırılma tehlikesi devam ediyorsa, ilgili kişi sınırlandırıcı mevzuatın sonuçlarına doğrudan maruz kaldığını ve bu surette Sözleşme'nin ihlal edilmiş olduğunu ileri sürebilir" şeklindeki içtihadını hatırlatır (*Bowman, §107*). Mahkeme'ye göre, mâhkumiyet kararı en yüksek düzeydeki ceza mahkemesi tarafından esastan onanan Fırat Dink'in ölümüne kadar, ifade özgürlüğü ihlalinin mağduru olduğunu varsayma hakkı evleviyetle (a fortiori) bulunmaktadır.

106. Öte yandan Mahkeme, başvurucuların şikâyetlerinin ve mevcut davadaki özel koşulların Sözleşme'nin 10. maddesi çerçevesinde devletin pozitif yükümlülüğünü devreye soktuğu kanaatindedir. İfade özgürlüğünün gerçek ve etkili bir biçimde kullanımı, devletin saedce her türlü müdahaleden kaçınma görevine bağlı değildir. Bu hakkın kullanımı bireyler arası ilişkilerde dahi pozitif koruma tedbirlerinin alınmasını gerekli kılar. Esasen bazı durumlarda devlet, ifade özgürlüğü hakkını gerçek kişilerden kaynaklanan ihlallere karşı da korumakla yükümlüdür (*Özgür Gündem, §42-46, söz konusu kararda Mahkeme, devletin, bir gazeteye karşı yürütülen şiddet ve yıldırma kampanyasında mağdur olan gazeteyi, gazetecileri ve gazete personelini koruma ve soruşturma tedbirleri alma yükümlülüğü olduğunu beyan etmiştir; devletin mesleki alanda ifade özgürlüğünü koruma yükümlülüğüne ilişkin olarak bk. Fuentes Bobo, §38*).

107. Mahkeme, Fırat Dink'in mağdur sıfatına etki eden mevcut davadaki özel koşullara ilişkin ilk olarak, yürütülen ceza davasının başvurucunun ifadeleri nedeniyle Türklüklerine saldırıda bulunulduğunu söyleyen aşırı milliyetçi bir grubun üyelerinin şikâyetinden kaynaklandığını gözlemlemektedir. Savcılık, Fırat Dink aleyhinde bir ceza davası açtığında, Asliye Ceza Mahkemesi söz konusu grup üyelerine ceza davasında müdahil taraf olma imkânı tanımıştır. İkinci olarak, başvurucuların da işaret ettiği üzere, Fırat Dink'in Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesi uyarınca mahkûm edilmesi, onu kamuoyu nazarında ve özellikle de aşırı milliyetçi gruplar nezdinde, Türk kökenli herkese hakaret eden biri gibi göstermiştir.

108. Sonuç olarak, Fırat Dink'in katil zanlıları aşırı milliyetçi çevrelere mensup olup, bu çevreler için konu son derece hassastır; söz konusu suç fiilinin hazırlandığı konusunda açıkça bilgilendirilmiş olan güvenlik güçleri suçun işlenmesini önleyecek nitelikte hiçbir tedbir almamışlardır.

109. Bu açıklamalar ışığında, Fırat Dink hakkında verilen mahkûmiyet kararının Yargıtay tarafından onanması, tek başına veya başvurucuyu aşırı milliyetçi örgüt üyelerinin saldırılarından korumaya dönük önlemlerin alınmamasıyla birlikte değerlendirildiğinde, Sözleşme'nin 10. maddesinin 1. fıkrasıyla koruma altına alınan ifade özgürlüğü hakkını kullanmasına yönelik bir müdahale oluşturmuştur.

110. Yine aynı gerekçelerle Mahkeme, Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından Fırat Dink'in mağdur sıfatı taşımadığı yolundaki Hükümetin ilk itirazını reddeder. Mahkeme aynı şekilde iç hukuk yollarının tüketilmediği yolundaki ön itirazı da reddeder.

Bu değerlendirmeler ışığında Mahkeme, diğer başvurucuların Fırat Dink hakkında verilen mahkûmiyet kararının Sözleşme'nin 10. maddesiyle güvence altına alınan ifade özgürlüğünün ihlaline yol açtığını tespit ettirme noktasında meşru bir menfaati olduğu kanaatine varmıştır (*mutatis mutandis, Dalban, §25; Nölkenbokhoff, §32-33*). Bu nedenle Mahkeme, Hükümetin Fırat Dink dışındaki başvurucuların 2668/07 no'lu başvuruyu takip etme imkânı olmadığına ilişkin itirazını reddeder.

2. Müdahalenin haklı olup olmadığı

111. Bu türden bir müdahale, (Türklüğü aşağılama suçundan dolayı verilen mahkûmiyet kararı) ilgilinin yaşamını korumak için gerekli tedbirlerin alınmamasıyla birlikte ya da tek başına değerlendirildiğinde, Sözleşme'nin 10. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen koşulları karşılamadığı sürece, Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlalini oluşturur. Bu itibarla, söz konusu müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olup olmadığını, söz konusu 10(2). fıkrası bakımından meşru bir amaç izleyip izlemediğini ve "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığını belirlemek gerekmektedir.

a) Hukuken öngörülmüş olma

112. Başvurucular, Türk Ceza Kanunu'nda geçen Türklük kavramının son derece geniş olduğunu ve ulusal hukuk düzeyinde erişilebilirlik ve önceden görülebilirlikten uzak olduğunu iddia etmektedirler. Başvurucular ayrıca, Yargıtay'ın Türklük kavramını etnik olarak Türk kökenli kişilerin değerlerinin tamamını içerecek bir biçimde yorumladığını, bu yorumun Anayasa'da öngörülen Türk kavramıyla çelişki arz ettiğini, Anayasa'daki Türk ifadesinin etnik köken ya da din farkı gözetmeksizin bütün Türk vatandaşlarını kapsadığını öne sürmektedirler.

113. Hükümet, söz konusu suçun eski TCK'nin 159. maddesinde ve 2005 yılı Haziran ayında yürürlüğe giren mevcut TCK'nin 301. maddesinde açıkça öngörüldüğüne dikkat çekmektedir. Hükümete göre, deneyimli bir gazeteci olan Fırat Dink, TCK'nin söz

konusu maddesi uyarınca ceza soruşturmasına uğrayacağını makul bir düzeyde öngörebilecek durumdadır.

114. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki "hukuken öngörülmüş olma" ifadesi, öncelikle cezai tedbirin iç hukukta bir temeli bulunması gerektiği anlamına geldiğini, ama ayrıca ilgili yasanın kalitesiyle de ilgili olduğunu hatırlatır. Bu deyim, yasanın ilgili kimse için erişilebilir nitelikte olmasını, ayrıca kendisi açısından eyleminin sonuçlarını önceden görebilmesini sağlayıcı ve hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumlu olmasını gerektirir (*Müller ve Diğerleri, §29; Ezelin, §45; Margareta ve Roger Anderson, §75*).

115. Dava konusu olayda birinci koşulun gerçekleşmiş olduğu konusunda uyuşmazlık bulunmamaktadır. Gerçekten de eski Ceza Kanununun 159. maddesinde olduğu gibi, bu maddeyi yeniden düzenleyen yeni TCK'nun olayların yürürlükte olduğu dönemdeki 301. maddesi, başka şeylerin yanında, Türklüğü aşağılamayı da yaptırım altına almaktadır.

116. İkinci koşul açısından ise, kapsamı oldukça geniş olan "Türklük" kelimesinin, başvurucuların ileri sürdüğü gibi ilgili normun erişilebilirliğini ve önceden görülebilirliğini zedeleyip zedelemediğini belirlemek gerekir. Yargıtay bu ifadeyi Türk etnik kökenli kişilerin sahip oldukları değerleri ve gelenekleri içerecek şekilde yorumladığından, Anayasadaki tüm Türk yurttaşlarını, etnik ya da dini aidiyetlerine bakmaksızın kapsayan "Türk" tanımıyla çelişir bir durum ortaya çıkmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, başvurucu Fırat Dink'in TCK'nın 301. maddesinden suçlanmasının önceden görülebilirliği konusunda ciddi şüpheler ortaya çıkabileceği görüşündedir. Bununla birlikte Mahkeme, müdahalenin gerekliliği konusunda vardığı sonucu dikkate alarak (bk. aşağıda §136), sorunu burada incelemeyecektir.

b) Meşru amaç

117. Hükümete göre anlaşmazlık konusu olan müdahale, en azından kamu düzeninin korunması meşru amacını hedeflemektedir. Başvurucular Hükümetin bu savını kabul etmemişlerdir.

118. Mahkeme'ye göre, düşüncelerini açıklaması nedeniyle tehdit edilen gazeteci Fırat Dink'in yaşamının korunması konusundaki herhangi bir eksiklik, hiçbir meşru sebebe dayandırılamaz. Buna rağmen Yargıtay'ın kararından anlaşılmaktadır ki, Türk yasakoyucu ve mahkemleri, Cumhuriyet kurumlarının saygınlığına gölge düşüren bir eleştirinin kamu düzeni için bir tehdit oluşturabileceği kanaatindedirler. Bu bağlamda ilgili aleyhinde açıklanan mâhkumiyet hükmüne ilişkin olarak, devlet organlarının gözden düşürülmesinin önlenmesi amacının, başvurucu tarafından şiddet kullanımına teşvik edici bir eylem olmaksızın kamu düzeninin korunması kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususunda Mahkeme'nin ciddi tereddütleri bulunmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme'ye göre bu sorun, müdahalenin haklılığı sorunun incelenmesiyle yakından ilişkilidir.

c) Demokratik bir toplumda gereklilik

119. Geriye bu müdahalenin benzer amaçlara ulaşmak için gerekli olup olmadığını belirlemek kalıyor.

i. Taraflar

(...)

ii. Genel ilkeler

123. Mahkeme, ifade özgürlüğünün demokratik bir toplumun temel değerlerinden birini oluşturduğunu hatırlatır. İfade özgürlüğü, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasındaki sınırlar içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız ve önemsiz görülen "haber" ve

"düşünceler" için değil, devletin ya da halkın herhangi bir kesimi için sarsıcı, şaşırtıcı ve rahatsız edici nitelikteki haber ve düşünceler için de geçerlidir (*Prager ve Oberschlick, §38; Castells, §42; Handyside, §49; Jersild, §37*).

124. Basın, demokratik bir toplumda temel bir role sahiptir. Özellikle başkalarının şöhret ve haklarına saygı söz konusu olduğunda, basının bazı sınırları aşmaması gerekmekle birlikte, kendi görev ve sorumluluklarına uygun bir biçimde, kamuyu ilgilendiren tüm konularda haber ve düşünceleri verme görevi de yine basına düşer (*De Haes ve Gijsels, §37*). Basın özgürlüğü, belli bir ölçüde abartıyı ve hatta provakasyonu da içerir (*Prager ve Oberschlick, §38*).

125. Kural olarak, ifade özgürlüğünün kullanımına getirilen bir sınırlamanın "gerekliliği" ikna edici bir biçimde ortaya konulmalıdır. Kuşkusuz, bu sınırlamayı haklı kılmaya elverişli bir "toplumsal ihtiyaç baskısı"nın bulunup bulunmadığının değerlendirmek, ilk olarak ulusal makamların işidir. Ulusal makamlar değerlendirmelerini yaparken belirli bir takdir alanına sahiptirler. Mevcut olay gibi, basını ilgilendiren olaylarda ulusal takdir alanı, demokratik toplumun özgür bir basının varlığı ve korunması menfaatiyle çerçevelenmiştir. Yine bu menfaat, kısıtlamanın izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığı belirlenirken, 10(2). fıkrası gereğince kurulması gereken dengede ağır basar (*Fressoz ve Roire [BD], §45*).

126. Bu denetim yetkisini kullanırken Mahkeme'nin görevi yetkili ulusal makamların yerini almak değil, fakat ulusal makamların takdir yetkileri gereğince verdikleri kararları Sözleşme'nin 10. maddesine göre denetlemektir. Mahkeme bu denetimi yaparken, şikayet konusu "müdahaleye" bir bütün olarak bakmalı ve ulusal makamların müdahaleyi haklı kılmak için gösterdikleri gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığını belirlemelidir (*Goodwin, §40*). Böylece Mahkeme, ulusal makamların, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ilkelerle uyumlu standartları uyguladıklarına ve ayrıca maddi olayları kabul edilebilir bir şekilde değerlendirmiş olduklarına ikna olmalıdır (*Ceylan [BD], §32*).

iii. Olayların değerlendirilmesi ve genel ilkelerin olaya uygulanması

127. Başvurucu Fırat Dink'in uyuşmazlık konusu beyanları, diaspora Ermenilerinin kimlik sorunlarına ilişkin sekiz makalelik bir yazı dizisinin içerisinde yer almaktadır. Çift dilli bir Türk-Ermeni gazetesinde yayımlanan bu yazı dizisi, 1915 olaylarında olduğu gibi Ermenileri ilgilendiren tarihsel olaylar üzerine bir düşünce dizisine dönüşmesinin yanı sıra, hem içeriği ve hem de kullanılan terimlerle, diaspora üyelerine kendi kimliklerini yeniden tanımlamak için çözüm önerilerinde bulunmaları için siyasal bir söylem halini almıştır.

128. Mahkeme'ye göre ilk olarak, Yargıtay Savcısının itiraz dilekçesinde belirttiği üzere, başvurucunun uyuşmazlık konusu ifadeleri kullandığı yazı dizisinin bir bütün olarak incelenmesi, "zehir" olarak nitelenen şeyin aslında Ermenilerdeki "Türk algısı" ve diaspora Ermenilerinin 1915 olaylarının Türkler tarafından soykırım olarak tanınması yönündeki çabasının "saplantılı" niteliği olduğunu açıkça ortaya koymaktadır. Mahkeme, Fırat Dink'in bu saplantının Ermenilerin kendilerini "kurban" olarak hissetmelerine neden olduğunu, Ermeni diasporası mensuplarının yaşamını zehirlediğini ve sağlıklı temeller üzerine kendi kimliklerini inşa etmelerine engel olduğunu savunduğunu tespit etmiştir. Mahkeme buradan hareketle, Hükümetin tezinin aksine, "Türkleri" hiçbir şekilde hedeflemeyen bu sözlerin nefret söylemi olarak değerlendirilemeyeceği sonucuna varmıştır.

129. Mahkeme Yargıtay'ın, Fırat Dink tarafından kullanılan "zehir" ifadesinin "Türk kanına" yönelik olduğu şeklinde farklı bir sonuca vardığını gözlemlemiştir. Bunun için Yargıtay, başvurucunun başka beyanlarına dayanmıştır: Fırat Dink, Türk-Ermeni ilişkileri hakkındaki analizinde "paranoya", "travma" gibi ifadeler kullanmıştır; kendisi aynı

zamanda "herkesi kendi vicdanıyla başbaşa bırakma zamanı gelip de geçtiğini", "bu gerçekliği (soykırım) kabul edip etmemenin esasen herkesin kendi vicdani sorunu olduğunu, bu vicdanın da temelini bizatihi insanlık kimliğinden ve tüm insanlığa ortak değerlerden aldığını" ileri sürmüştür; son olarak Fırat Dink, "gerçeği kabul edenlerin asıl olarak kendi insanlıklarını arındırdıkları" sonucuna varmıştır.

130. Mahkeme, Yargıtay'ın bu beyanlarından yola çıkarak "Fırat Dink'in Türklüğü aşağıladığına" nasıl hükmettiğini görmek amacıyla, Yüksek Mahkeme'nin bu ifadeyi ne şekilde yorumladığını inceleyecektir. Mahkeme, Yargıtay'a göre Türklüğün devletin kurucu unsurlarından birine, başka bir deyişle insan unsuruna, daha açık bir deyimle "Türk milletine" gönderme yaptığını belirtir; gerçekten de Yargıtay'a göre Türklük, "insani, dini ve tarihsel değerler yanında, ulusal dil, ulusal duygular ve ulusal geleneklerden oluşan ulusal ve ahlaki değerlerin bütünü"dür.

131. Mahkeme, Yargıtay'ın bu olay çerçevesinde Türklük kavramını yorumlayış biçiminin, Türk Ceza Kanununun 301. maddesinin (ya da eski Ceza Kanununun 159. maddesinin) korumaya yöneldiği menfaatler açısından iki yönlü etkisi olduğu kanaatindedir: İlk olarak, devletin kurucu unsurlarından biri olarak "Türk milleti"ne gönderme yapılmak suretiyle, Türklük, somut olarak Hükümetin yürüttüğü siyasetle ve kurumlarının faaliyetleriyle vücuda gelen devletin bizatihi kendisini andırmaktadır. İkinci olarak, Yargıtay tarafından verilen tanım, Türklük kavramını, dini, tarihi, dilsel ve geleneksel olarak Türklere aidiyetle sınırlandırarak, uluslararası andlaşmalarla tanınan ya da tanınmayan her türlü dini, dilsel ve etnik azınlığı, Türklük tanımından dışlamaktadır.

132. Mahkeme, bu şekilde yorumlanan Türklük ya da Türk milleti kavramlarının, Yargıtay için, devlet kurumlarının belli bir konuda, başka bir deyişle Ermeni azınlığın kimliği konusunda yürüttüğü somut siyasetin bir sembolü haline geldiğini gözlemlemektedir. Bu nedenle bu siyasete, başka bir deyişle bu konudaki resmi teze yönelik her türlü eleştiri, Türklüğü ya da Türk milletini "aşağılamakta, horgörmekte ve küçük düşürmektedir". Bu saptamalar ışığında, Mahkeme, somut olayda bu beyanlardan dolayı başvurucuyu mahkum ederek, Yargıtay'ın aslında başvurucunun 1915 olaylarına ilişkin soykırım tezini inkar eden devlet organlarını eleştirmesini dolaylı olarak yaptırım altına aldığını tespit etmektedir.

133. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme'nin 10(2). fıkrasının, siyasal söylem ve kamuyu ilgilendiren konularda, ifade özgürlüğünün sınırlandırılmasına hiçbir şekilde yer vermediğini hatırlatır (*Wingrove, §58; Seher Karataş, §37*). Ayrıca, Hükümete karşı kabul edilebilir eleştirinin sınırları, sıradan bir yurttaşa hatta bir politikacıya göre daha geniştir. Dahası, Hükümetin işgal ettiği baskın konum, özellikle de muhaliflerinden gelen haklı olmayan saldırı ve eleştirilere cevap vermek için başka yollar bulunuyorsa, cezai yolları kullanma konusunda daha ölçülü davranmasını gerektirir (*Incal, §54*). Son olarak, uyuşmazlık konusu olan beyanların bir bireye, bir devlet temsilcisine ya da halkın bir bölümüne karşı şiddet kullanılmasını teşvik ettiği hallerde, ulusal makamlar ifade özgürlüğünün kullanımına müdahalenin gerekliliğini incelerken daha geniş bir takdir alanından yararlanırlar (*Ceylan, §34*).

134. Mahkeme, başvurucu tarafından yazılan makale dizisi bütünüyle dikkate alındığında, ne şiddet kullanımına, ne isyana ve ne de başkaldırıya teşvik içerdiğini gözlemlemektedir; bu da Mahkeme'nin göz önünde bulunduracağı temel bir unsurdur.

135. Ayrıca belirleyici olmamakla beraber Mahkeme, Fırat Dink'in bir gazeteci ve Ermeni azınlığın sorunlarını işleyen iki dilli bir gazetenin genel yayın yönetmeni kimliğiyle, Türk siyasal hayatındaki rolü çerçevesinde düşüncelerini ifade ettiğini de dikkate almıştır. Fırat Dink, 1915 olaylarının yadsınması konusundaki tavra yönelik acısını ifade

ederken sadece, demokratik bir toplumda tartışmasız biçimde kamunun ilgisinin bulunduğu bir konuda fikir ve düşüncelerini yayımlama yoluna gitmiştir. Mahkeme, demokratik bir toplumda bu denli önemli tarihi olaylara dönük tartışmanın serbest biçimde cereyan etmesinin esas olduğu görüşündedir (*mutatis mutandis, Giniewski, §51*). Mahkeme'nin daha önce de dediği gibi, "tarihi gerçeğin araştırılması ifade özgürlüğünün bütünleyici bir parçasıdır" ve kamuoyunda tartışma konusu olmaya devam eden tarihsel bir konu hakkında "hakemlik yapmak Mahkeme'nin görevi değildir" (*mutatis mutandis, Chauvy ve Diğerleri, §69*). Ayrıca Mahkeme'ye göre, Fırat Dink'in makaleleri hiçbir şekilde "haksız bir saldırı" niteliği taşımamakta, hakaret içermemekte; saygısızlığa ya da nefrete teşvik etmemektedir.

136. Bu nedenle, Fırat Dink'i Türklüğe hakaretten dolayı mahkum etmek, demokratik bir toplumda ifade özgürlüğünün meşru biçimde sınırlanmasının temel koşulu olan "toplumsal ihtiyaç baskısını" hiçbir şekilde karşılamamaktadır.

iv. Devletin pozitif yükümlülükleri

137. Diğer başvurucuların, mahkumiyet kararının, Fırat Dink'i öldüren aşırı milliyetçi gruplar için hedef haline getirdiği yönündeki iddialarına cevap olarak Mahkeme, ifade özgürlüğü alanındaki devletin pozitif yükümlülüklerine ilişkin görüşlerini yineler (*yukarıda §106*). Mahkeme'ye göre, bu alandaki pozitif yükümlülükler devletlere, başka şeylerin yanında, yazar ve gazetecilerin etkili bir biçimde korunması için bir sistem inşa ederek, kamusal tartışmalara tüm ilgililerin katılımı için uygun bir ortam yaratma ve resmi makamlar tarafından savunulanlara ya da kamuoyunun önemli bir bölümüne aykırı da olsa, hatta onları şaşırtıcı ve rahatsız edici nitelikte de olsa bile, ilgililerin fikir ve düşüncelerini korkusuzca ifade etmelerine imkan sağlama yükümlülüğü yükler.

138. Bu bağlamda Mahkeme, yukarıda 107. paragrafta incelendiği şekliyle başvurucu Fırat Dink'in mağdur sıfatı hakkında sonuç doğuran olayın özel koşullarına ilişkin saptamalarını yineler. Mahkeme'ye göre, somut olayda, güvenlik güçlerinin aşırı milliyetçi bir grubun saldırılarına karşı Fırat Dink'in yaşamını korumadaki ihmalleri (yukarıda §75), hiçbir toplumsal ihtiyaç baskısını karşılamayan mahkumiyet kararıyla (yukarıda §136) birleşerek, Hükümetin başvurucunun ifade özgürlüğünün korunmasındaki pozitif yükümlülüğünü ihmal etmesiyle sonuçlanmıştır.

v. Fırat Dink'in ifade özgürlüğü hakkında genel sonuç

139. Mahkeme'ye göre, Fırat Dink'in mahkumiyetinin Yargıtay tarafından onanması, tek başına ya da kendisini aşırı milliyetçi militanlara karşı koruma önlemleri almamasıyla birlikte dikkate alındığında, ifade özgürlüğüne haksız bir müdahale niteliğini taşımaktadır.

Sözleşme'nin 10. maddesi ihlal edilmiştir.

(...).

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Hükümetin ilk itirazlarının esasla birleştirilmesine ve reddine;
2. Başvuruların kabulüne;
3. Sözleşme'nin 2. maddesinin maddi boyutuyla ihlal edildiğine;
4. Sözleşme'nin 2. maddesinin usuli boyutuyla ihlal edildiğine;
5. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR

25.10.2011 27520/07 ALTUĞ TANER AKÇAM - TÜRKİYE

♦ *Türklüğü aşağılama suçundan soruşturma* (bir tarihçi olan başvurucunun yazıları nedeniyle açılan soruşturmada ifadesi alındıktan sonra takipsizlik kararı verilmesi) ■ ifade özgürlüğü—mağdurluk statüsü

DAVANIN ESASI

Başvurucu, genellikle Osmanlı İmparatorluğundaki Ermeni nüfusa ilişkin 1915 tarihsel olayları hakkında araştırmalar yapan ve yayımlarda bulunan bir tarih profesörüdür.

Başvurucu 6 Ekim 2006'da, Türkçe - Ermenice çift dilli bir gazete olan AGOS'ta "Hrant Dink, 301 ve Bir Suç Duyurusu" başlıklı bir başyazı yayımlamıştır. Bu başyazıda başvurucu, Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesi kapsamında "Türklüğü aşağılamak" suçundan dolayı AGOS'un eski editörü Hrant Dink aleyhine açılan davayı eleştirmiştir. Aynı zamanda bir dayanışma ifadesi olarak, Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı aynı sebeple kovuşturulma talebinde bulunmuştur. 12 Ekim 2006 tarihinde bir müşteki, başvurucu aleyhine Eyüp Cumhuriyet Savcılığı'na şikâyette bulunmuştur. Müşteki R.A., başvurucunun Hrant Dink'i savunduğu AGOS'ta yayımlanan başyazısında, Türk Ceza Kanunu'nun 301., 214'üncü (suç işlemeye tahrik), 215'inci (suçu ve suçluyu övme) ve 216'ıncı (halkı kin ve düşmanlığa tahrik) maddelerini ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Bu şikâyetin ardından, başvurucu ifade vermek üzere Şişli Cumhuriyet Savcılığı'na çağrılmıştır. Çağrıya uymaması halinde, Ceza Kanunu'nun 145 ve 146'ıncı maddeleri gereğince savcılık makamına zorla getirtileceği bildirilmiştir. 5 Ocak 2007 tarihinde başvurucu, aleyhine ileri sürülen şikâyetle ilgili olarak ifadesini vermek üzere Şişli Cumhuriyet Savcılığı'na gitmiştir. Başvurucu iki avukatı eşliğinde, AGOS'ta yayımlanan söz konusu makaleyi kendisinin yazdığını ifade etmiştir. İttihat ve Terakki'nin 1915 yılında Ermenilere yönelik politikasının, Birleşmiş Milletler 'in 1948 tarihli Soykırım Suçunun Önlenmesi ve Cezalandırılması Sözleşmesi anlamında kolaylıkla soykırım olarak tanımlanabilir olduğunu söylemiştir. Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerini ifade etmek için yazmış olduğu söz konusu makalenin basın özgürlüğü kapsamında olduğunu ileri sürmüştür. Yaklaşık 20 yıldır bu konu üzerine çalışan bir tarih profesörü olduğunu ve görüşünü çeşitli defalar kitaplarında ve makalelerinde açıkladığını belirtmiştir. Tartışma konusu makaleyi herhangi bir kurum, organizasyon, ırk veya etnik gruba hizmet etmek için veya bir ulusu aşağılamak için yazmadığını söylemiştir. Başvurucunun iki avukatı da başvurucunun sözlerinin suç oluşturmadığını savunmuşlardır.

30 Ocak 2007'de, başvurucunun görüşlerini açıkladığı ve 1915 ila 1919 arasındaki olayların soykırım olarak tanımlanabileceği yönündeki yayımları ve katıldığı bilimsel seminerleri kaydeden Şişli Cumhuriyet Savcısı, başvurucu aleyhine yürüttüğü soruşturmayı tamamlamıştır. Cumhuriyet savcısı, başvurucunun AGOS'ta yayımlanan makalesini inceleyerek, tarih profesörü sıfatı taşıyan başvurucunun sözlerinin İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 10. maddesinde güvence altına alınan ifade özgürlüğü kapsamında olduğu ve bu nedenle Türklüğe hakaret oluşturmadığı sonucuna ulaşmıştır.

6 Temmuz 2007'de müşteki R.A., yukarıda anılan takipsizlik kararına itiraz etmiştir. 30 Ekim 2007'de Beyoğlu 3. Ağır Ceza Mahkemesi, müştekinin itirazını reddetmiştir. Yapılan soruşturma ve Şişli Cumhuriyet Savcısı tarafından gösterilen gerekçeleri inceleyen Mahkeme, takipsizlik kararını usul ve yasaya uygun bulmuştur.

Öte yandan 11 Ekim 2005'te Şişli Ceza Mahkemesi tarafından Arat Dink (AGOS'un editörü) ve Serkis Seropyan (AGOS'un sahibi) hakkında, Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesi kapsamında, Türk milletini basın yoluyla soykırım ile suçlamaktan dolayı bir yıl

hapis cezası verilmiştir. Başvurucu bu yargılamanın tarafı olmamasına rağmen, mahkeme re'sen, Şişli Cumhuriyet Savcısının 30 Ocak 2007 tarihli başvurucu hakkında soruşturmaya devam etmeme kararı ile hataya düştüğüne ve savcılık makamı tarafından konunun araştırılması gerektiğine karar vermiştir.

26 Kasım 2007'de A.P. tarafından, Şişli Cumhuriyet Savcılığına, başvurucu aleyhine başka bir şikâyette bulunulmuştur. Müşteki, başvurucunun 6 Kasım 2006'da yayımlanan ifadelerinin Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştir. 28 Kasım 2007'de Şişli Cumhuriyet Savcısı takipsizlik kararı vermiştir. Başka bir müşteki tarafından aynı şikâyetin incelendiği ve 30 Ocak 2007 tarihli takipsizlik kararı ile reddedildiğini kaydetmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Hükümetin ilk itirazı

49. Hükümet, başvurucunun Sözleşme'nin 34'üncü maddesi anlamında mağdur statüsünün bulunmadığını ileri sürmüştür. Hükümet, soruşturma makamlarının hiçbir zaman başvurucu aleyhine Ceza Kanunu'nun 301. maddesi kapsamında ceza davası açmadıklarını kaydetmişlerdir. Aksine, başvurucu aleyhine yapılan suç duyurusuna ilişkin başvurucunun görüşlerinin Sözleşme'nin 10. maddesindeki ifade özgürlüğü tarafından korunduğuna dayanılarak takipsizlik kararı verilmiştir.

50. Başvurucu ise soruşturmaya maruz kaldığından ve görüşlerini ifade ettiği için kovuşturma ile tehdit edildiğinden, Sözleşme'nin 34'üncü maddesi kapsamında mağdur statüsü bulunduğunu iddia etmiştir. Başvurucu görüşlerini ifade ettiği için, 301. maddenin ve Türk Ceza Kanununun diğer hükümlerinin doğrudan etkide bulunması riski altında olduğunu ileri sürmüştür.

51. Mahkeme, Hükümetin başvurucunun mağdur statüsüne ilişkin itirazı ile başvurucunun 10. maddeki ifade özgürlüğü hakkına bir müdahalenin bulunup bulunmadığı sorununun incelenmesi arasında ayrılamaz bir bağlantı olduğu fikrindedir. Bu nedenle Mahkeme, bu sorunu esasla birlikte ele alarak, Sözleşme'nin 10. maddesi kapsamında inceleyecektir (*Dink, §100*).

52. Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 35(3). fıkrası anlamında açıkça temelden yoksun olmadığını veya diğer başkaca sebeplerle de kabul edilemez olmadığını kaydeder. Bu nedenle başvuru kabuledilebilir bulunmuştur.

II. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği iddiası

53. Başvurucu, Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesinin varlığının ifade özgürlüğüne müdahale oluşturduğundan şikâyetçidir. Başvurucu, bu hüküm nedeniyle Ermeni meselesi hakkında bilimsel araştırmalarından dolayı potansiyel olarak soruşturma açılabilecek olmasının, kendisinde büyük strese, endişeye ve soruşturma korkusuna neden olduğunu ve Sözleşme'nin 10. maddesindeki haklarını doğrudan ve sürekli bir şekilde ihlal ettiğini savunmuştur.

54. Hükümet bu sava karşı çıkmaktadır.

A. Başvurucunun ifade özgürlüğü hakkına yönelik bir müdahalenin bulunup bulunmadığı

1. Tarafların beyanları

(...)

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

65. Mahkeme, başvurucunun iddia ettiği ifade özgürlüğüne ilişkin müdahale sorununun, öncelikle başvurucuyu Sözleşme'nin 10. maddesindeki haklarının ihlalinden dolayı mağdur hale getiren bir önlemden etkilenip etkilenmediğinin tespitine bağlı olduğunu kaydeder.

66. Bu bağlamda Mahkeme, bir ihlalin mağduru olmak için, bir kişinin karşı çıkılan müdahaleden doğrudan etkilenmesi gerektiği yönündeki yerleşik içtihadını tekrarlar (*İrlanda – Birleşik Krallık, §239-240; Eckle kararı; Klass ve Diğerleri, §33*). Sözleşme bireylere, doğrudan etkilenmeksizin, Sözleşme'de düzenlenen hakların yorumlanması veya ulusal mevzuat hükümlerinin Sözleşme'ye aykırı olabilecekleri düşüncesiyle şikâyet etmelerine imkan veren bir *actio popularis* açma yetkisi sağlamaz (*Norris, §31*).

67. Buna karşılık Mahkeme bir başvurucunun, başvurusunu desteklemek için somut bir müdahaleye tabi olduğunu iddia etmeden de "Sözleşme'nin ihlalinden mağdur olduğunu (ileri sürmeye)" yetkili olduğu sonucuna varmıştır (*mutatis mutandis, Klass ve Diğerleri, §38*). Böyle durumlarda, başvurucunun gerçekten de Sözleşme'nin herhangi bir ihlalinin mağduru olup olmadığı sorunu, karşı çıkılan mevzuatın Sözleşme hükümleri ile uyumlu olup olmadığının saptanmasını gerektirir (Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesinin uygunluğu için bk. aşağıda B kısmı). Her ne kadar görülen dava, bir kimsenin izlendiğini bilmesinin zorluklarının mağdur statüsünün belirlenmesinde dikkate alınan bir faktör olduğu *Klass ve Diğerleri* davasındaki gibi izlemeye değil, ifade özgürlüğüne ilişkin olsa da, başvurucu 1915 olaylarının soykırım olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceği gibi kamusal bir sorun ile gerçekten de alakalı olduğunu ve 301. maddenin hedefindeki malzemenin üretimi işinin içinde olduğunu kanıtlamıştır.

68. Ayrıca bir kimse, kovuşturma riskinden dolayı davranışlarını değiştirmişse (*Dudgeon, §41; Norris, §31; Bowman kararı*) veya mevzuat tarafından doğrudan etkilenme riski olan bir grubun üyesi ise (*Johnston ve Diğerleri, §42; Open Door ve Dublin Well Woman kararı*), bireysel bir tedbirin bulunmaması halinde bile, bir yasanın haklarını ihlal ettiğini ileri sürebilir. Mahkeme ayrıca, bir kimseyi gelecekte benzer beyanlarda bulunmaktan vazgeçirme ihtimaline ilişkin böyle bir korkuyu dikkate alarak, netice itibariyle beraat verilse dahi, ifade özgürlüğünün kullanımı sırasında yaptırım korkusunun, bir işi yapmaktan caydırıcı etkisi bulunduğunu kaydeder (*mutatis mutandis, Lombardo ve Diğerleri, §61; Ekin Derneği [k.k.], no. 39288/98; Aktan, §27-28*).

69. Görülen davaya dönülecek olursa, Mahkeme başvurucunun aleyhine açılan soruşturmadan doğrudan etkilendiği ve Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı 301. madde kapsamında ileride soruşturma veya kovuşturmaya tabi olmak konusunda süren bir risk bulunduğu iddiasını kaydeder. Hükümet ise, söz konusu soruşturmanın yerel Cumhuriyet Savcısı tarafından takipsizlik kararı ile sonuçlandırıldığını ve 2008'de 301. madde metninde yapılan yasal değişiklik dikkate alındığında, başvurucunun dayandığı türden görüşlerin ifadesinden dolayı kovuşturulma riskinin olmadığını öne sürmüştür.

70. Mahkeme, yukarıdaki görüşü göz önünde tutarak, Ermeni meselesi hakkındaki fikirlerinden dolayı başvurucu aleyhine soruşturma başlatılmasının ve süregeldiği iddia edilen Ceza Kanunu'nun 301. maddesi kapsamında soruşturma tehdidinin, mevcut davanın koşullarında bir müdahale oluşturup oluşturmadığını belirlemek zorundadır.

71. Mahkeme başvurucunun, araştırma alanı Ermeni nüfusu ile ilişkili 1915 tarihsel olayların olan bir tarih profesörü olduğunu gözlemektedir. Bu nedenle, başvurucunun görüşlerinden dolayı rencide olan aşırı milliyetçi gruplara mensup kişiler tarafından yapılan suç duyurularının bir sonucu olarak başvurucu, Ceza Kanununun 301. maddesi kapsamında soruşturma veya kovuşturmaya tabi tutulan bir kişi topluluğunun mensubu olup,

bu konu hakkındaki görüşlerinden dolayı kolaylıkla damgalanmaktadır (*mutatis mutandis, Johnston ve Diğerleri, §42*).

72. Görülen davada, gerçekten de, AGOS gazetesindeki başyazıda Ceza Kanunu'nun 301. maddesindeki Türklüğü aşağılama suçunun işlendiğini iddia eden bir kişinin suç duyurusunun sonucu olarak başvurucu aleyhine bir soruşturma açılmıştır. Başvurucu, yerel Cumhuriyet Savcılığına çağırılmış ve kendisinden aleyhine yapılan suç duyurusuna yanıt vermesi istenmiştir. Her ne kadar soruşturmakla görevli Cumhuriyet Savcısı, başvurucunun görüşlerinin 10. madde kapsamında korunduğu kanısıyla takipsizlik kararı vermiş ise de, bu durum zorunlu olarak, başvurucunun gelecekte bundan başka benzer bir soruşturma tehlikesi altında olmadığı anlamına gelmemektedir. Başvurucu aleyhine, AGOS gazetesindeki makaleleri nedeniyle 301. madde kapsamında Türklüğü aşağıladığını iddia eden kişilerce başkaca iki suç duyurusu daha yapıldığı ve bu soruşturmaların yerel Cumhuriyet Savcısının takipsizlik kararı ile sonuçlandırıldığı görülmektedir.

73. Mahkeme, ilk başvurucusunun marjinal bir topluluk tarafından yapılan bir suç duyurusunun ardından soruşturmaya uğradığı ve Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı Türklüğe hakaret ettiği gerekçesiyle 301. madde kapsamında mahkûm edildiği *Dink* kararında vardığı sonuçlara atıf yapar. Dink'in kovuşturulması ve mahkûmiyeti, kamuoyunun ve özellikle aşırı milliyetçi grupların gözünde, Türk kökenli bütün kişilerin aşağılandığına delalet etmiştir. Kendisine yüklenen algı ve damganın sonucu olarak Dink, daha sonra aşırı milliyetçi bir kişi tarafından öldürülmüştür (*Dink, §107*).

74. Mahkeme, başvurucunun tıpkı Dink olayında olduğu gibi, Ermeni konusundaki araştırmaları ve yayınlarından dolayı kamuoyunda "vatan haini" veya "ajan" olarak gösterildiği bir gözdağı kampanyasının hedefi olduğunu kaydeder. Bu kampanyayı takiben başvurucu, kendisine hakaret eden ve ölüm tehditlerinde bulunan birkaç kişiden nefret mailleri almıştır.

75. Bu bağlamda Mahkeme, başvurucunun 301. madde kapsamındaki suçtan dolayı kovuşturulmamasına veya mahkûm edilmemesine rağmen, Ermeni meselesi hakkındaki görüşlerinden dolayı aşırı uçlar tarafından aleyhine yapılan suç duyurularının bir taciz kampanyasına dönüştüğünü ve başvurucuyu bu hüküm kapsamında yanıt vermek zorunda bıraktığını göz önünde tutar. Bu nedenle, her ne kadar karşı çıkılan madde henüz başvurucuya zarar vermek için kullanılmamış olsa da, sadece potansiyel olarak gelecekte kendisi aleyhine soruşturma açılacak olmasının, kendisinde stres, endişe ve soruşturma korkusuna neden olduğu kabul edilebilir. Bu durum, başvurucuyu 301. madde kapsamında kovuşturulma riskine girmemek için akademik çalışmalarında kendi kendini sınırlamaya ve davranışlarını değiştirmeye zorlamıştır.

76. Kovuşturma riskine ilişkin olarak Hükümet, bu hüküm kapsamındaki takibatları önemli ölçüde azaltan 301. maddedeki değişikliğin yürürlüğe girmesi nedeniyle, başvurucunun gelecekte zarar göreceği önyargısının muhtemel olmadığını ileri sürmüştür. Bu bakımdan, Cumhuriyet Savcılarının 301. madde kapsamında soruşturmaya başlamaları için Adalet Bakanlığında izin almaları gerektiğine büyük bir önem atfetmiştir. Hükümet, istatistiksel bilgilere atıfla, bu taleplerin büyük çoğunluğunun, Mahkeme'nin 10'uncu madde davalarındaki içtihatlarındaki yerleşik ilkeleri uygulayan Adalet Bakanlığı tarafından reddedilmesi üzerinde durmuştur.

77. Ancak Mahkeme'ye göre, Hükümet tarafından kabul edilen tedbirler, 301. madde kapsamındaki genel keyfiyeti veya haksız soruşturmaları önlemek için yeterli güvenceyi sağlamış görünmemektedir. Hükümet'in sağladığı istatistiksel bilgilerden, hala Cumhuriyet Savcıları tarafından 301. madde kapsamında açılmış önemli sayıda soruşturmanın bulunduğu ve Adalet Bakanlığı'nın çok sayıdaki olayda soruşturma izni verdiği görülmektedir:

Hükümet'in görüşüne göre Adalet Bakanlığı, 8 Mayıs 2008 ile 30 Ekim 2009 arasında, 301. madde kapsamında ceza soruşturması başlatmak için 1,025 defa izin talebi almış ve 80 olayda ön izin vermiştir. (Bütün taleplerin yaklaşık yüzde 8'i). Mahkeme Hükümet'in, Adalet Bakanlığı'nca soruşturma izin verilen olayların niteliğini veya konusunu açıklamadığını kaydeder. Buna karşın, başvurucu tarafından sağlanan istatistiksel bilgiler, Adalet Bakanlığı tarafından verilen ön izin yüzdesinin daha yüksek olduğunu ve bu davaların ifade özgürlüğü olaylarında gazetecilerin soruşturulmasına ilişkin olduğunu göstermektedir (bk. yukarıda §30-33). Üstelik Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin kaydettiği üzere, benzer Sözleşme ihlallerini önlemek adına, her davada Adalet Bakanlığı'ndan ön izin alınması sistemi, Sözleşme'nin ilgili standartlarının Türk hukuk sistemi ve pratiği ile uyumunu sağlayacak kalıcı bir çözüm değildir.

78. Adalet Bakanlığının 301. madde kapsamındaki cezai soruşturmalarda bir ön denetim yapmasına ve bu madde dikkate değer bir zaman zarfında bu tarz olaylarda uygulanmamasına rağmen, Mahkeme her halükarda, örneğin mevcut Hükümetin veya yeni kurulacak bir Hükümetin siyasi iradesinin değişmesi halinde, bu maddenin gelecekte bu tarz olaylarda yeniden uygulanabileceğini göz önünde bulundurur (*mutatis mutandis, Norris, §33*). Bu nedenle, başvurucunun söz konusu hükümden doğrudan etkilenme riskinin bulunduğu söylenebilir.

79. Diğer taraftan Mahkeme, 301. madde kapsamındaki kovuşturma riskini değerlendirirken, Yargıtay'ın yerleşik içtihatlarının dikkate alınmasının zorunluluk taşıdığını da gözlemler. Bu bağlamda Mahkeme, özellikle "Türk" veya "Türk milleti" kavramlarının yorumu ile ilgili olarak Dink kararındaki (§132) eleştirilerini tekrarlar. Bu davada Mahkeme, Yargıtay'ın Ermeni meselesindeki resmi tezi eleştiren herhangi bir görüşe yaptırım uyguladığı sonucuna ulaşmıştır. Özellikle, devlet kurumları tarafından reddedilen 1915 olaylarına dair soykırım iddiaların reddedilmesi, "Türklüğe" ve "Türk milletine" hakaret ve iftira olarak yorumlanmıştır (*ibid.*).

80. Aynı şekilde, Şişli Ceza Mahkemesi'nin AGOS gazetesinin editörünü ve sahibini, Türk ulusunu soykırım ile suçladığı gerekçesiyle Türk Ceza Kanunu'nun 301. maddesi kapsamındaki suçtan dolayı mahkûm etmesi, bu yargının durumunu teyit etmektedir (bk. yukarıda §13).

81. Mahkeme ayrıca, kamusal meselelerdeki fikir ve düşüncelerin hassas bir yapısı olduğunu gözlemler. Bu nedenle resmi yetkililerin veya yeterli denetime tabi olmadan yahut resmi yetkililerin desteği ile hareket eden özel kişilerin müdahale olasılığı, düşüncelerin özgürce oluşumu ile demokratik tartışmanın üzerine ağır bir yük getirir ve caydırıcı bir etkiye sahiptir.

82. Mahkeme yukarıdaki yaklaşımla, başvurucu aleyhine yapılan suç duyurusunun ve Türk ceza mahkemelerinin, Ceza Kanunu'nun 301. maddesini uygularken sahip oldukları Ermeni meselesi hakkındaki bakış açısının ve soruşturma ile ilgili olarak başvurucu aleyhine yürütülen kamuoyu kampanyasının, bu konuda "sakıncalı" görüşleri ifade eden kişilerin hatırı sayılır ölçüde soruşturma riski ile yüz yüze olduğunu doğruladığı ve gerçekten de başvurucu üzerinde süregelen bir tehdidin bulunduğu sonucuna ulaşmıştır (*Dudgeon, §41*). Bu koşullarda Mahkeme, başvurucunun Sözleşme'nin 10'uncu maddesindeki ifade özgürlüğü hakkını kullanımına yönelik bir müdahale bulunduğu kanaatindedir.

83. Yukarıdaki sebeplerle Mahkeme, başvurucunun mağdur statüsünün olmadığı yönündeki Hükümetin ilk itirazını reddeder.

84. Bu müdahale, eğer 10(2). fıkrasındaki koşullarını karşılamıyorsa, Sözleşme'yi ihlal edecektir. Bu nedenle bir sonraki adımda, müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olup olmadığının saptanması gereklidir.

B. Müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığı

85. Başvurucu, Ceza Kanunu'nun 301. maddesinin yeterli açıklık sağlamadığını ve keyfi müdahaleye karşı elverişli koruma sağlamadığını iddia etmiştir.

86. Hükümet, mevcut davada bir müdahale bulunmadığı fikrinde olduğu için bu noktayı değerlendirmemiştir. Buna karşın, "Türklük" ve "Türk milleti" kavramlarına ilişkin açıklamalar sunmuştur. Türk Ceza Kanununun 301. maddesinin metindeki değişikliğin ardından "Türk" kavramının yerine "Türk milleti" kavramının geçtiğini belirtmiştir. Bu kavramlar hâlihazırda herhangi bir ırksal veya etnik çağrışıma sahip değildir. Bunlar, Anayasa'nın 66. maddesinde tanımlanan Türk yurttaşlığına atıf yapar şekilde anlaşılmalıdır.

87. Mahkeme, konu ile ilgili ulusal hukukunun, ilgili kişilerin, eğer ihtiyaç varsa uygun bir hukuki destek ile beraber, belli bir hareketin neden olduğu sonuçları, belli bir durumda makul ölçüde öngörmesine olanak vermesi için yeterli kesinlikte olmasının zorunlu olduğunu yineler (*Grigoriades, §37*). Bu sonuçların, mutlak bir kesinlikle, ki tecrübeler bunun erişilmez olduğunu göstermiştir, öngörülmesi gerekmez. Kesinlik, büyük ölçüde arzu edilir olsa da, aşırı katılık getirir; ne var ki hukuk, değişen koşullara ayak uydurmak zorundadır. Bu nedenle çoğu yasa, kaçınılmaz olarak, yorumlanması ve uygulaması pratik bir sorun yaratan az veya çok belirsiz terimlerle ifade edilir (*Sunday Times* (*no. 1*), *§49; Flinkkila ve Diğerleri, §65*).

88. Mahkeme, yukarıda geçen Dink kararında sorunun, "Türklük" terimini içeren hukuk kurallarının başvurucu için yeterli derecede ulaşılabilir ve önceden görülebilir olup olmadığı noktasında ortaya çıktığını kaydeder. Mahkeme, bu soruna ilişkin bazı şüphelerini ifade etmekle beraber, söz konusu davanın koşullarında bunu incelememeyi tercih etmiştir (*Dink, §116*).

89. Buna karşın Mahkeme, mevcut davada bu sorunun incelenmesi gerektiği kanaatindedir. Mahkeme, 1926 yılında, ilk Türk Ceza Kanununun kabulünden itibaren Ceza Kanununun 301. maddesinin ve önceki Ceza Kanunu'nun 159. maddesinin, bir kaç değişikliğe tabi tutulduğunu kaydeder. Karşı çıkılan madde metnindeki son değişikliğin, Elif Şafak, Orhan Pamuk, Hrant Dink gibi önde gelen yazar ve gazetecilerin hassas konulardaki sakıncalı görüşlerinden dolayı aleyhlerinde açılan bir kaç tartışmalı dava ve cezai soruşturmadan sonra yürürlüğe girdiği görülmektedir. Nitekim yargıçların bu hükmü taciz edici şekilde veya keyfi olarak uygulamaları, Hükümeti söz konusu maddeyi, Sözleşme'nin Mahkeme tarafından yorumlanan şekliyle 10. maddesinin gerekliliklerine uygun hale getirilmesi amacıyla gözden geçirmeye zorlamıştır.

90. Sonuç itibariyle, 301. madde metninde üç büyük değişiklik yürürlüğe konulmuştur. Öncelikle, "Türklük" ve "Cumhuriyet" terimleri "Türk milleti" ve Türkiye Cumhuriyeti Devleti" olarak değiştirilmiştir. İkinci olarak, suçlu bulunulması halinde uygulanabilecek hapis cezasının üst sınırı azaltılmış ve ağırlaştırıcı hal sebepleri maddeden çıkartılmıştır. Üçüncü ve son olarak metne, bu hükümde ifade edilen bir suç kapsamında herhangi bir soruşturmaya başlanması için, Adalet Bakanlığı'nın iznini gerekli kılan ek bir güvence hükmü eklenmiştir. Yasama organının bu son değişiklikle, bu hüküm kapsamındaki keyfi soruşturmaları önleme amacında olduğu açıktır.

91. Bununla birlite Mahkeme, maddenin değiştirilmiş halinin, bir kişinin davranışlarını düzenleyebilmesi ve belli bir eylemin sonuçlarını, somut koşullarda makul bir şekilde önceden görebilmesine yeterince açık bir şekilde izin verip vermediğini tespit etmek zorundadır (*Grigoriades, §37*).

92. Bu bağlamda Mahkeme, "Türklük" terimi "Türk milleti" ile değiştirilmiş olmasına rağmen, bu kavramların yorumunda bir değişiklik veya büyük bir farklılık görünmediğini, çünkü bu kavramların Yargıtay tarafından aynı şekilde anlaşıldığını kaydeder (yukarıda §45). Bu nedenle, yasama organının "Türklük" teriminin anlamını açıklığa kavuşturmak için madde lafzında yaptığı değişikliğin maddi bir farklılaşma getirmediğini veya ifade özgürlüğünün genişlemesine katkıda bulunmadığını kaydeder.

93. Mahkeme'ye göre yasama organının amacı, devlet kurumlarını kamusal iftiralardan korumak ve değerleri muhafaza etmek olsa da, Ceza Kanunu'nun 301. maddesi kapsamındaki terimlerin kapsamı, yargı organlarının yorumladığı şekliyle, çok geniş ve belirsizdir; bu nedenle madde, ifade özgürlüğü hakkının kullanımına yönelik süregelen bir tehdit oluşturmaktadır. Başka bir ifadeyle madde lafzı, kişilerin eylemlerini düzene koyma ve hareketlerinin sonuçlarını önceden görme olanağı vermemektedir. Bu hüküm kapsamından birçok soruşturma ve kovuşturma açıldığı açık olduğu gibi, incitici, şoke edici, rahatsız edici olarak görülen fikir veya düşünceler, Cumhuriyet Savcılarınca kolaylıkla cezai soruşturmaya tabi tutulmaktadır.

94. Yukarıda kaydedildiği gibi, 301. maddenin yargı organları tarafından keyfi kullanımının önlenmesi için yasama organınca kayıtlamalar getirilmesi, güvenilir ve sürekli bir güvence sağlamamakta veya doğrudan etkilenilme riskini ortadan kaldırmamaktadır, çünkü ilerleyen zamanda herhangi bir siyasal değişiklik, Adalet Bakanlığı'nın yorumlayıcı tutumunu etkileyebilir ve keyfi soruşturmaların yolunu açabilir (*§75-77*).

95. Bu nedenle, Ceza Kanunu'nun 301. maddesinin, Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarının gerektirdiği "yasa niteliği"ni karşılamadığı anlaşılmıştır, çünkü kabul edilemez genişlikteki terimler, bunların etkilerinin önceden görülebilir olmaması sonucunu doğurmaktadır (*Amann [BD], §50; Vajnai, §46*).

96. Yukarıdaki düşünceler, Mahkeme'nin söz konusu müdahalenin hukuken öngörülebilir olmadığı sonucuna ulaşabilmesi için yeterlidir.

Bu nedenle Sözleşme'nin 10'uncu maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

(...)

3. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiğine;

(…)

KARAR VERMİŞTİR.

TOPLANMA VE ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ

Madde 11 – Toplanma ve örgütlenme özgürlüğü

1. Herkes barışçıl olarak toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir.

2. Bu hakların kullanılması, yasayla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir.

AÇIKLAMA

Sözleşme'nin 11. maddesi dikkatli okunduğunda, birbirine yakın iki hakkı düzenlediği hemen göze çarpar. Bu haklardan ilki, "toplanma özgürlüğü"dür. Bu hak, "barışçıl olarak toplanma özgürlüğü" şeklinde 11. maddenin ilk fıkrasında yer almaktadır. İkinci hak ise, yine birinci fıkrada yer alan "örgütlenme özgürlüğü"dür. Örgütlenme özgürlüğünün, "sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkı"nı da içerdiği ayrıca belirtilmiştir.

Sözleşme'nin 11. maddesinde güvence altına alınan haklar, genel olarak bireyin başka bir grup kişi ile birlikte kullandığı haklar olduğu için, çoğu kez kolektif haklar olarak nitelendirilir. Ancak bu hakların topluca kullanılıyor olması, bireyi bu hakkın öznesi olmaktan çıkarmaz. Sözleşme'nin 11. maddesindeki hakları "herkes" kullanabilir. O halde bu haklar bireysel olarak kullanılabileceği gibi toplu olarak da kullanılabilir. Örneğin bir derneğe veya sendikaya üye olmak ya da olmamak, bu hakların bireysel olarak kullanılabildiğini yönlerdir.

Sözleşme'nin 11. maddesinin özerk bir rolü ve ayrı bir uygulama alanı bulunmakla birlikte, bazı olaylarda Sözleşme'nin 10. maddesi ışığında incelenmelidir. Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan toplanma ve örgütlenme özgürlüklerinin hedeflerinden biri, 10. maddede güvence altına alınan kişisel görüşlerin korunmasıdır (*Young, James ve Webster*, *§57*; *Vogt*, *§64*).

Sözleşme'nin 11. maddesi, devlete sadece bireylerin bu madde ile tanınan haklarına haksız müdahale etmeme yükümlülüğü (negatif yükümlülük) getirmez, ama devlet aynı zamanda kişilerin bu maddede yer alan hakları kullanabilmelerini sağlamak için önlemler almak (pozitif yükümlülük) zorundadır. *Plattform "Ärzte für das Leben" – Avusturya* kararında Mahkeme bunu şöyle açıklamıştır (*§32*):

> "Bir gösteri, geliştirmek istediği düşüncelere ve taleplere muhalif olan kişilerin canını sıkabilir veya kızdırabilir. Ancak gösteriye katılanlar, muhaliflerinin fiziksel saldırısına uğrayabilecekleri korkusu duymadan, gösterilerini yapabilmelidirler; bu tür bir korku, ortak düşünceleri

veya menfaatleri destekleyen diğer dernekleri veya gurupları, toplumu ilgilendiren hayli tartışmalı meselelerde görüşlerini aleni olarak ifade etmekten caydırabilecektir. Bir demokraside, karşı gösteride bulunma hakkı, gösteri hakkının kullanılmasını engelleyecek kadar geniş olamaz.

O halde, gerçek ve etkili bir barışçıl toplanma özgürlüğü, devletin sadece müdahalede bulunmama görevine indirgenemez; çünkü sırf negatif yükümlülük anlayışı, Sözleşme'nin 11. maddesinin amacıyla bağdaşmaz. Sözleşme'nin 8. maddesi gibi 11. maddesi de, bazen bireyler arasındaki ilişkilerde bile ihtiyaç duyulduğunda, pozitif tedbirler almayı gerektirebilir".

Toplanma özgürlüğü

Barışçıl olarak toplanma özgürlüğü, ifade özgürlüğünün bir başka görünümü olarak değerlendirilebilir ve bu çerçevede demokratik bir toplum bakımından "temel hak" niteliğindedir. Bu nedenle, bu özgürlüğe getirilen sınırlamalar dar yorumlanmalıdır. Kişiler, siyasi, sosyal, kültürel vb. nedenlerle toplanırlar ve gösteriler, yürüyüşler, mitingler düzenleyerek görüşlerini toplu olarak ifade ederler. O halde Sözleşme'nin 11. maddesi yorumlanıp uygulanırken, Mahkeme'nin 10. maddesi altında geliştirdiği içtihatlarla birlikte değerlendirilmelidir (*Özgürlük ve Demokrasi Partisi* (*ÖZDEP*), *§37*). Barışçıl olarak toplanma özgürlüğü, ifade özgürlüğü benzeri bir korumadan yararlanır. Mahkeme, toplanma ve gösteri yürüyüşü hakları ile ifade özgürlüğü arasındaki bu demokratik bağı, *Öllinger – Avusturya* kararında şu şekilde ifade etmiştir (*§38*):

"Kendine özgür özerk rolü ve özel uygulama alanı bulunmakla birlikte, 11. maddede düzenlenen haklar, 10. maddenin ışığında incelenmelidir. Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan toplanma ve örgütlenme özgürlüklerinin hedeflerinden biri, 10. maddede güvence altına alınan kişisel görüşlerin korunmasıdır. Bu bağlamda, 10. maddenin siyasi ve genel yararı ilgilendiren konularda kısıtlamalara elverişli olmadığını akılda tutmak gerekir".

Toplanma özgürlüğü, özel ya da kamusal bir mekânda gerçekleştirilen toplantıları, hareketsiz ya da yürüyüş şeklinde gerçekleşen hareketli gösterileri kapsar. Ayrıca hem bu toplanmaları düzenleyenler ve hem de katılanlar açısından bu özgürlük korunur (*Djavit An*, *§56*). Devletler barışçıl toplanma hakkını sadece korumakla değil, ama ayrıca bu hakkın kullanılmasına makul olmayan dolaylı kısıtlamalar getirmekten kaçınmakla yükümlüdürler (*Djavit An*, §57).

İfade özgürlüğü, buna bağlı olarak toplanma ve gösteri yürüyüşü yapma özgürlükleri, belirli bir ölçüde abartmayı, hatta tahrik etmeyi de kapsar. İfade özgürlüğünde olduğu gibi, toplanma ve gösteri yürüyüşü hakları, toplumun geneli tarafından savunulan ve kabul gören düşünce ve fikirleri korumakla sınırlı değildir. Bunun dışında, toplumun genelini rahatsız edebilecek, endişelendirecek, hatta şok edecek veya onların belirli düzeyde tepkilerini çekebilecek bazı fikirleri savunma amacıyla toplantı ve gösteri yürüyüşü yapılabilir. Bu tarz toplanma etkinlikleri de 11. maddenin korumasından yararlanırlar (*Plattform "Ärzte für das Leben"*, *§32*). Mahkeme'nin ifade özgürlüğü ile ilgili kararlarında sık sık kullanmakta olduğu 'çoğulculuk', 'hoşgörü', 'açık fikirlilik' kavramları içi boş kavramlar değildir. Mahkeme'ye göre, çoğulculuğun sağlanabildiği, vatandaşların ve bu arada devletin farklı fikirlere karşı gerçek bir hoşgörü gösterecek zihniyete sahip oldukları ölçüde 'demokrasi' o ülkede yerleşebilir.

Yukarıdaki ilkelerin toplanma ve gösteri yürüyüşü hakları alanında uygulanmasının örneklerinden birisi *Barankevich – Rusya* kararıdır. Bu karara konu olan olayda, Moskova yakınlarındaki Chekhov şehri evanjelik kilisesi rahibi, Eylül 2002'de bu şehrin kamuya açık bir alanında toplantı gösteri yürüyüş yapılması amacıyla valilikten izin talebinde bulunmuştur. Valilik bu başvuruyu reddetmiştir. Valiliğe göre, evanjelik kilisesi mensupları, o bölgede yaşayan insanların çoğunluğundan farklı bir dine sahiptirler; bu nedenle

bu azınlığın dini bir konuda toplantı gösteri yürüyüşü yapması, o yöredeki toplumun çoğunluğu üzerinde belirli bir hoşnutsuzluk ve memnuniyetsizlik yaratacaktır. Mahkeme kararında, ulusal makamların dayandıkları bu gerekçeyi kabul etmemiş ve söz konusu olayda başvurucu evanjelik kilisesi rahibinin toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, çoğulculuk, hoşgörü ve başkalarının fikirlerine ve inançlarına saygı, demokratik bir toplumun en önemli karakteristik özelliklerindendir. Demokrasi, çoğunluğun fikirlerinin her şartta üstün tutulması anlamına gelmez; önemli olan azınlıkta kalan fikirlerin çoğunluk fikrine karşı korunmasını sağlamaktır. Mahkeme'ye göre Rusya makamları, farklı dine mensup insanlar arasında belirli bir gerginlik çıkmasını önlemek için alternatif tedbirler aramak yerine, çoğulcu demokrasiye zarar verebilecek şekilde azınlığın toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkını tümden ortadan kaldırmıştır. Oysaki toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkı, çoğunluk bakımından rahatsız edici veya kışkırtıcı olsa da, azınlıkta olan fikirlerin korunması amacına hizmet eder.

Bireysel gösteriler

Bireysel olarak yapılan bir protesto gösterisi, kural olarak 11. madde kapsamında görülmez. Bu daha çok konuyla ilgili genel hüküm olan ve Sözleşmenin 10. maddesinde düzenlenen "ifade özgürlüğü" veya 9. maddede düzenlenen düşünce ve vicdan özgürlüğü altında incelenir.

1977 yılında Komisyonu tarafından verilmiş olan *Arrowsmith – Birleşik Krallık* kabuledilebilirlik kararında (no. 7050/75), başvurucunun bir askeri birlik içinde, askerlerin Kuzey İrlanda'ya gönderilmemesi gerektiği fikrini işleyen bir bildiri dağıtmasıyla ilgili olay, 11. madde altında değil, ifade özgürlüğüyle ilgili 10. madde altında incelenmiştir. Komisyon, olay sırasında başvurucunun yanında başka kişilerin bulunmasını, olayı 11. madde altında incelemek için yeterli bulmamıştır. Komisyona göre eylem bireysel olarak gerçekleştirilmiştir.

E. - İsviçre başvurusunda (no. 10279/83) bir hâkimin, görevi dışında, siyasi içerikli bildiri dağıtmasından dolayı almış olduğu disiplin cezasının Sözleşme'ye uygun olup olmadığı sorunu söz konusuydu. Komisyon bu başvuruda da olayı toplanma gösteri yürüyüşü hakkı altında değil, ifade özgürlüğü hakkı altında incelenmiştir.

G. – Norveç kabuledilebilirlik kararına (no. 9415/81) konu olan olayda, 1980 yılında Lapon kökenli iki Norveçli başvurucu, yaşadıkları vadide gerçekleştirilecek ve vadinin bir kısmının sular altında kalması sonucunu doğuracak hidroelektrik santral inşasını protesto etmek amacıyla, Norveç parlamentosunun girişinde beş saatlik bir gösteri yapmak için polisten izin almışlar, ancak buraya çadır kurmaları ve bu eylemin gece ve gündüz 4 gün sürmesi üzerine, polis tarafından müdahale edilmiş ve para cezasına mahkûm edilmişlerdir. Komisyon bu başvuruyu da Sözleşme'nin 10. maddesi açısından incelenmiştir.

Sözleşmenin 11. maddesi sadece barışçıl olarak yapılan toplanma ve gösteri yürüyüşlerini korur; şiddete başvurmak veya şiddete çağrı yapmak 11. madde tarafından korunmaz. Bu noktada asıl önemli olan şey, toplanma ve gösteri yürüyüşünü düzenleyen kişilerin ve katılanların niyetleridir. Şiddet içeren toplanma ve gösteri 11. madde tarafından güvence altına alınmaz, ancak toplumda belirli bir rahatsızlık yaratmak şiddet olarak değerlendirilemez. Örneğin Almanya'daki bir ABD kışlası önünde trafiği engelleyecek şekilde 12 dakika süren bir oturma eylemi yapmak, şiddet içeren bir gösteri sayılmamıştır (*G. – Almanya [k.k.]*, *no. 13079/87*).

Barışçıl gösteriler

Toplanma eylemine katılanların bir kısmının şiddete başvurması halinde, şiddet hareketlerine katılmayan diğer göstericilerin durumunun ne olacağı ve bu kişilerin 11.

maddeden yararlanıp yararlanamayacakları sorunu önemlidir. Eğer bazı göstericilerin başvurdukları şiddet hareketleri toplanma eyleminin barışçıl karakterini tamamen ortadan kaldırıyor ise, 11. madde artık bu eylemi korumaz. Ancak göstericilerin bir kısmı tarafından başvurulan şiddet sınırlı kalmış ve toplanmanın genel olarak barışçıl karakterini ortadan kaldırmamış ise, bu durumda 11. maddenin hükümleri bu gösteri ve toplantıya uygulanmaya devam eder.

Bir toplantı ve gösteri yürüyüşünün kısmen barışçıl olmaktan çıkmış olması, toplantıya katılan herkesin suçlanması için yeterli değildir. *Ezelin – Fransa* davasına konu olan olayda, başvurucu avukat bazı mahkeme kararlarını protesto etmek amacıyla düzenlenen bir gösteri yürüyüşüne katılmıştır. Gösteri esnasında yer yer şiddet hareketleri baş göstermiş ve bazı kamu binaları zarar görmüştür. Kamu binalarının duvarlarına kararları veren hâkimlere küfürler yazılmıştır. Başvurucu avukat kalabalık göstericiler arasında yer aldığı için Baronun karşı çıkmasına rağmen kendisine uyarma cezası verilmiştir. Başvurucu Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme'ye başvurmuştur. Bu davada Fransa Hükümeti Mahkeme önündeki savunmasında, başvurucu avukatın bu şiddet hareketlerine şahsen katılmamasına rağmen, gösteriyi terk etmediği, böylelikle aslında şiddet hareketlerini pasif olarak da olsa onayladığını ileri sürmüş, bu durumda söz konusu avukatın bu gösteriye katılmasından dolayı almış olduğu disiplin cezasının 'demokratik toplumda gerekli' olduğunu savunmuştur. Mahkeme, Fransa Hükümeti'nin bu savunmasına itibar etmemiştir. Mahkeme'ye göre bir toplanma ve gösteri yürüyüşüne katılan bireyin toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkı, bu toplanma veya gösteri yürüyüşü sırasında yer yer görülen şiddet hareketleri sebebiyle kendiliğinden ortadan kalkmaz. Birey bu şiddet hareketlerine katılmamış ise, bu kişinin 11. madde altında güvenceye alınmış olan hakları korunmaya devam eder. Burada önemli olan şiddet hareketlerinin toplanma ve gösteri yürüyüşünün genel olarak barışçıl karakterini ortadan kaldırıp kaldırmadığı hususudur.

Kamuya açık bir yerin işgal edilmesi, toplanmanın mutlaka dağıtılmasını gerektirmez. Ancak bu işgalin uzun sürmesi ve sağlık riski doğuracak bir duruma girmesi halinde, işgal barışçıl bir toplanma da olsa, toplanmanın sona erdirilmesini gerektirebilir. *Cisse – Fransa* kararına konu olan olay, Fransa'da gündemi önemli ölçüde ilgilendiren bir konu hakkındadır. Başvurucu bir Senegal vatandaşı olup, Fransa'da kalmak için gerekli belgelere sahip olmayan yabacıların (bu kişilere kısaca "evraksızlar" deniyor) sözcüsüdür. Başvurucu, iki yüz kadar "evraksız" ile birlikte, kamuoyunun dikkatini evraksızların sorunlarına çekmek için, Paris'te Saint Bernard kilisesini Haziran-Ağustos ayları süresince işgal etmiştir. Ayrıca on kişi de açlık grevine başlamıştır. 22 Ağustos 1996 tarihinde Paris emniyet müdürü, kamu düzeni ve sağlık koşullarına ilişkin ciddi riskiler bulunduğunu dikkate alarak ve bu işgalin bir ibadetin yerine getirilmesi çerçevesinde bir etkinlik olmadığını da belirterek, kilisenin boşaltılmasına karar vermiştir. Ertesi gün kilise, güvenlik güçleri tarafından zorla boşaltılmış, kiliseyi işgal eden kişiler idari gözaltına alınmış ve haklarında sınırdışı etme kararı verilmiştir. Başvurucu, Fransa'da yasadışı bulunmak suçu nedeniyle iki ay hapis cezasına çarptırılmış, ancak bu ceza ertelenmiştir. Ayrıca başvurucuya üç yıl süreyle Fransız topraklarına girme yasağı getirilmiştir.

Cisse davasında başvurucu, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme bu görüşe katılmamış ve bu maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, kilisenin zorla boşaltılması işleminin başvurucunun barışçıl toplanma özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğu doğrudur. Mahkeme, Hükümetin bu eylemin başkalarının haklarına zarar verdiği iddiasını reddetmiş, özellikle eylemin herhangi bir şiddet unsuru içermediğini, kilise yönetiminin işgale karşı çıkmadığını ve ibadetin herhangi bir aksama olmadan yapılabildiğini kaydetmiştir (*Cisse*, *§39*). Ancak Mahkeme'ye göre, iki ay boyunca barışçıl bir şekilde herhangi bir müdahale olmaksızın

sürdürülen işgalin durdurulması, özellikle açlık grevi yapan göstericilerin sağlık durumlarının ağırlaşması nedeniyle haklı görülebilir (*Cisse*, *§52*).

Bir toplantıya katılmak için seyahat izni talebinin reddedilmesi, Sözleşme'nin 11. maddesindeki hakka bir müdahale oluşturur. *Djavit An – Türkiye* kararına konu olan olayda başvurucu Türk kökenli KKTC vatandaşı olup, Kıbrıs'taki Türk ve Rum toplumlarının barışması için girişimlerde bulunan bir hareketin koordinatörüdür. Davanın konusu, başvurucunun yapılacak bir takım barışçıl toplantılara katılmak için Yeşil Hattın güneyine Kıbrıs Rum Kesiminde geçmek için KKTC makamlarından izin alma prosedürüne ilişkindir. Başvurucu 8 Mart 1992 ila 14 Nisan 1998 tarihleri arasında çeşitli toplantılara katılmak amacıyla Kıbrıs Rum Kesimine geçmek için 46 kez talepte bulunmuş, ancak bu taleplerinden sadece 6 tanesi kabul edilmiştir. Katılma izni alamadığı toplantılar birçok kez başvurucunu görüşleri bakımından önemli toplantılardır.

Djavit An kararında Mahkeme, 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucunun katılmak istediği toplantılar Kuzey ve Güney Kıbrıs'ta yaşayan halkların diyalogu ve görüş alışverişi bulunmaları konusundadır. Başvurucunun bu toplantılara katılmasının engellenmesi, onun iki toplumun üyeleri ile karşılaşması ve görüşlerini paylaşması önünde bir engel oluşturmuştur. Bu engelin oluşturulması Mahkeme'ye göre, 11. maddeye bir müdahale oluşturur. Mahkeme, bu müdahalenin iç hukukta hukuki bir temeli olmadığını vurgulamıştır. Çünkü KKTC makamları bu engellemenin hangi yasaya dayandığını ve hangi koşullarda bu izin talebinin ret edilebileceği konusunu açıklayamamışlardır (*Djavit An*, *§66*).

Ufak bir grubun açık alanda izinsiz ama barışçıl bir biçimde toplanması ve gösteri yürüyüşü yapması, mevzuata aykırı olsa bile, bu toplanmayı zorla dağıtmayı gerektirmeyebilir. *Oya Ataman – Türkiye* kararına konu olan olayda başvurucu bir avukat ve İnsan Hakları Derneği'nin bir üyesidir. Bu sıfatlarıyla 22 Nisan 2000 tarihinde, İstanbul Sultanahmet Parkında, F tipi cezaevlerini protesto etmek amacıyla basın açıklaması ile sona eren bir yürüyüşe katılmıştır. Öğle saatlerine doğru, başvurucunun da içinde bulunduğu 40-50 kişilik bir grup, ellerinde pankartlarla toplanmıştır. Polis, izinsiz gösteri yaptıkları ve kamu düzenini bozdukları gerekçesiyle, hoparlörle kalabalığa dağılması yönünde uyarıda bulunmuştur. Grup, yapılan uyarıları dinlemeyerek, güvenlik güçlerine rağmen yürüyüşlerine devam etmiştir. Güvenlik güçleri, göstericileri "biber gazı" kullanarak dağıtmış, aralarında başvurucunun da yer aldığı 39 kişiyi gözaltına alarak polis merkezine götürmüştür. Daha sonra başvurucu serbest bırakılmıştır.

Oya Ataman davasında başvurucu gösterinin ve gösteriden sonra yapılması öngörülen basın açıklamasının polisler tarafından engellenmesi nedeniyle, ifade ve toplanma özgürlüklerinin ihlal edildiğinden şikâyetçi olmuştur. Hükümete göre ise gösteri yasal değildir; çünkü kamuya açık bir yerde gösteri yapılmasına karşın, ön bildirim yapılmamıştır. Mahkeme, söz konusu gösterinin yasal mevzuata uygun olmadığını dikkate almış ve ön bildirim rejiminin, kamu makamlarına gösteri öncesinde gerekli önlemleri alma imkânı verdiği için, 11. maddeye aykırılık oluşturmadığını belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, bu ön bildirim rejiminin bir izin olmadığını ve toplanma özgürlüğüne gizli bir engel oluşturmaması gerektiğini vurgulamıştır. Ancak Mahkeme'ye göre, bir gösterinin sadece mevzuata uygun olmaması, barışçıl şekilde toplanma özgürlüğünün kullanılmasına müdahale edilmesini haklı kılmaz (*Ataman*, *§39*). Mahkeme, gösterici gruba yürüyüşün yasadışı olduğu ve kalabalığın bulunduğu bir yer ve saatte kamu düzeninin bozulabileceğinin söylendiği ve dağılmaları konusunda uyarıldıklarını kaydetmiştir. Başvurucu diğer göstericilerle birlikte, güvenlik güçlerinin uyarılarına uymamıştır. Ancak Mahkeme dosyada, söz konusu grubun trafikte karışıklık yaratması dışında, kamu düzeni için tehlike arz ettiğini gösteren herhangi bir delil bulunmadığını kaydetmiştir. Mahkeme'ye göre burada ana unsur,

elliye yakın kişinin kamuoyunun dikkatini güncel bir soruna çekmek istemiş olmaları konusudur. Mahkeme, göstericilerin öğleye doğru toplanmaya başlandığını ve gösterinin ilerleyen yarım saat içinde grubun yakalanması ile sona erdiğini gözlemlemiştir. Mahkeme, özellikle yetkililerin, İnsan Hakları Derneği adına düzenlenen gösteriye son vermekte gösterdikleri sabırsızlığa anlam veremediğini belirtmiş ve bu müdahaleyi orantısız bularak 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna varır. Mahkeme'ye göre (*§46*):

> "… göstericilerin şiddet içeren faaliyetlerde bulunmadığı hallerde, Sözleşme'nin 11. maddesi tarafından güvence altına alınan özgürlüğün içeriğinin boşalmaması için, kamu makamlarının barışçıl toplanmalara belirli bir hoşgörüyle yaklaşmaları büyük önem taşımaktadır."

Mahkeme yine *Bukta ve Diğerleri – Macaristan* davasında, barışçıl bir gösterinin sadece yasalara aykırı olduğu gerekçesiyle dağıtılmasının 11. maddeye aykırı olduğunu açıkça ortaya koymuştur. Macaristan'da 1989 tarihli yasaya göre, bir gösteri yapmadan üç gün önce ön bildirimde bulunmak gereklidir. Aralık 2002'de Romanya başbakanının Macaristan'ı ziyareti sırasında 150 kadar gösterici, herhangi bir ön bildirimde bulunmadan, başbakanın kaldığı otelin önünde toplanıp protesto eylemi yaptıkları sırada kolluk güçleri bu gösteriyi dağıtmıştır. Mahkeme, bu davada 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme özellikle olayın hızla gelişmiş olmasını ve başvurucuların bir ön bildirimde bulunma imkânlarının bulunmadığını dikkate almıştır.

Soyut bir kamu düzeni tehlikesine dayanarak toplantı ve gösteri yürüyüşü yasaklanmamalıdır. *İvanov ve Diğerleri – Bulgaristan* davasında başvurucular, Makedon kimliği için mücadele eden bir derneğin üyesidirler. Başvurucular Sofya Belediyesine 3 Ağustos ve 1 Eylül 1998 tarihlerinde "Makedonlara karşı girişilen soykırımı" protesto etmek için bir gösteri yapacaklarını bildirmişlerdir. Ancak belediye bu gösterileri kamu düzeni bozulacağı gerekçesiyle yasaklamıştır. Mahkeme, bu davada belediyenin yasaklama kararının soyut bir kamu düzeni tehdidine dayandığını vurgulamıştır. Gerekçeden yoksun yasaklama kararı nedeniyle Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir.

Aşıcı (*no 2*) – *Türkiye* kararına konu olan olay, 29 Ağustos 2002 günü saat 11.30 sıralarında İstanbul'da Fransız Konsolosluğu önünde bir basın açıklaması yapılması hakkındadır. Polis, başvurucunun da aralarında bulunduğu seksen kişilik bir grubun F tipi cezaevlerini şikâyet eden bir mektubu İstanbul'daki Fransız Başkonsolosluğu'na vermek ve bir basın açıklaması yapmak üzere toplandıkları istihbaratını almıştır. Grup konsolosluk önünde toplanmış, bir mektubu konsolosluğa vermiş, ardından bir basın açıklaması düzenlemek istemiştir. Ancak kolluk güçleri basın açıklamasına izin vermemiş ve grubu zorla dağıtmıştır. Meydana gelen arbedede bazı göstericiler güç kullanılarak etkisiz hale getirilmiş, biber gazı kullanılmış ve başvurucunun da aralarında bulunduğu otuz üç kişi gözaltına alınmıştır. Daha sonra göstericiler hakkında ceza davası açılmış, ancak Beyoğlu Asliye Ceza Mahkemesi davayı 2911 sayılı Kanun kapsamında incelemiş ve başvurucu dâhil tüm göstericilerin beraatına karar vermiştir. Asliye Ceza Mahkemesi, güvenlik güçlerinin göstericilere basın açıklaması yaparak mektuplarının içeriğini anlatma fırsatı vermediğini kaydetmiş ve basın açıklamasının Yargıtay'ın içtihadında da yer alan bir anayasal hak olduğunu ve bunun yasaya aykırı olmadığını kaydetmiştir. Bu mahkeme ayrıca, polisin göstericilere dağılmaları için yeteri kadar zaman tanımadığını gözlemlemiş ve suç unsurların oluşmadığına hükmetmiştir. Diğer yandan kolluk güçleri aleyhine yapılan suç duyurusu hakkında savcılık, bu görevlilerin kanunların kendilerine tanıdığı yetkiyi kullandıkları gerekçesiyle takipsizlik kararı vermiştir.

Aşıcı (*no 2*) davasında Mahkeme, gösteri için seçilen yerin bir konsolosluğun önü olması nedeniyle, uluslararası hukuka uygun olarak özel güvenlik önlemlerinin alınması gerekli bir olduğunu kaydetmiştir. Ancak Mahkeme, dosyada gösterici grubunun kamu düzeni için bir tehlike oluşturduğunu gösteren herhangi bir delil bulunmadığına dikkat

çekmiştir. Toplantı ile ilgili tutanak incelendiğinde, kolluk kuvvetlerinin dağılmaları için göstericileri sürekli olarak uyarmasından önce, göstericilerin taşkın ve tehdit edici herhangi bir davranış sergilemediği anlaşılmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, halka açık bir alanda gerçekleştirilen her türlü gösterinin günlük yaşamın akışını belli ölçüde bozacak bir karışıklığa ve hasmane tepkilere yol açabileceğini hatırlatmıştır. Bununla birlikte Mahkeme, *Oya Ataman* kararında olduğu gibi, olayda kamu makamlarının gösteriyi dağıtmak için gereksiz bir sabırsızlıkla hareket ettiklerini belirtmiştir.

Aşıcı (*no 2*) davasının önemli bir yönü, göstericilerin toplanma haklarının ihlal edildiğini ve kalabalığın dağıtılması için orantısız güç kullanıldığı gerekçesiyle savcılığa suç duyurusunda bulunmalarına karşın, savcılığın takipsizlik kararı vermiş olmasıdır. Mahkeme, Türkiye'de barışçıl şekilde toplanma özgürlüğünün dayandığı mevzuatın zayıflığına ve bu konuda soruşturma yapan makamların yüzeysel bir soruşturma yapmış olmalarına dikkat çekmiştir. Mahkeme'ye göre gerçekten de başvurucular aleyhine açılan ceza davasının sonucu dikkate alınınca, başvurucuların anayasal hakları olan toplanma ve gösteri özgürlüğünü kullandıkları sonucuna varmak mümkündür. Ancak bu gösteri, kolluk güçleri tarafından zor kullanılarak dağıtılmıştır. Konuyu soruşturan savcılığa göre bu müdahale de yasaldır. Mahkeme, bu çelişkiye dikkat çekmiştir:

> "46. Mahkeme, savcılığın ceza usulünde dava açmak bakımından oynadığı kilit rolü dikkate alarak, ilgili usulü titizlikle inceleyecektir.
>
> Mahkeme, devletin bir gösterinin hangi koşullarda gerçekleştiğini kapsamlı olarak incelemeden, vatandaşların bu temel özgürlüğünü koruyamayacağı gibi, göstericilerin davranışının güvenlik güçlerinin müdahalesini gerektirdiğini hususunun haklılığını da kanıtlayamayacağını hatırlatır. O halde, elindeki kanıtları değerlendirerek müdahalenin gerekliliğini ve söz konusu gösterinin dağıtılması için kullanılan gücün orantılılığını titizlikle inceleme görevi savcılığa düşmektedir. Burada söz konusu olan, barışçıl gösteri yapma özgürlüğü ile kolluk kuvvetlerinin kamu güvenliğini koruma yükümlülüğü arasında denge kurması gereken bir yargısal denetimin gerekliliğidir. Bu nedenle savcının, bir taraftan söz konusu müdahalenin barışçıl gösteri yapma özgürlüğünü güvence altına alan özellikle Anayasa ve hatta Sözleşme hükümleri bakımından "uygunluğunu" ve "gerekliliğini", diğer taraftan da şayet gerekliyse kullanılan gücün "orantılılığını" denetlemesi meşru bir beklenti haline gelmektedir. …"
>
> 47. Mevcut olayda Mahkeme, savcılığın 27 Mayıs 2003 tarihli takipsizlik kararında, polis müdahalesinin uygunluğunu sadece 2911 sayılı Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri Kanunu bağlamında incelemeye çalıştığını ve 2911 sayılı Kanun'un 24. maddesinde "güç kullanımının tanım ve derecesinin" yer almadığını belirtmekle yetindiğini gözlemlemektedir. Bu takipsizlik kararı, ne kullanılan gücün orantılılığına ve ne de demokratik bir toplumda kamu düzenini sağlamak ve başkalarının haklarını korumak için müdahalenin gerekliliği ilkesine atıfta bulunmaktadır.
>
> 48. Mahkeme bu bağlamda, müdahalenin gerekliliğinin Beyoğlu Asliye Ceza Mahkemesi tarafından incelendiğini ve bu mahkemenin 27 Ocak 2004 tarihli kararında bir basın açıklaması düzenlemeyi planlayan göstericilerin anayasal bir haktan yararlandığı ve 2911 sayılı Kanun'un 24. maddesinin uygulanmasını gerektiren koşulların oluşmadığı sonucuna vardığını, başka bir deyişle, bu mahkemenin polis müdahalesinin gerekli olmadığına hükmettiğini kaydetmektedir.
>
> 49. Mahkeme, bu mahkeme kararındaki gerekçelere katılmaktadır. Bu noktada, polislerin hoşgörülü davranmadığı ve bu müdahaleyi haklı gösterecek herhangi bir toplumsal ihtiyaç baskısı bulunmadığı halde başvurucunun barışçıl toplanma özgürlüğü hakkını engelledikleri sonucunu çıkarmaktadır. … Mahkeme ayrıca, barışçıl bir gösterinin kural olarak, cezai bir yaptırım tehdidine tabi tutulmaması gerektiğini hatırlatmaktadır. …"

Karşıt gösteriler

Barışçıl bir gösteriye karşı bir gösteri yapılacak olması, tek başına bir gösteri yasaklamak için haklı bir gerekçe oluşturmaz. Kamu makamlarının barışçıl şekilde toplanma özgürlüğünün etkili bir tarzda kullanılması için gerekli tedbirleri almaları gerekir. Diğer

yandan, bir toplanma ve gösteri yürüyüşünü protesto etmek amacıyla karşıt göstericiler de bir gösteri düzenlemişlerse, aslında karşıt göstericiler de gösteri yapanları protesto ederken 11. madde altında güvence altına alınan toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkından yararlanmaktadırlar. Bu şartlar altında yetkililerin görevi, her iki gösteri grubunun da bu haktan etkili bir biçimde yararlanmalarını sağlayacak tedbirler almaktır. Eğer gösteri gruplarından biri şiddet hareketlerine girişir ise, kolluğun bu durumda görevi bu şiddet hareketlerini engelleyip, diğer tarafın barışçıl toplantı yapma hakkını kullanmasını sağlamaktır. Çünkü Sözleşme'nin 11. maddesinin amacı esas olarak bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak olmakla beraber, bazı durumlarda toplanma ve gösteri yürüyüşü yapma hakkının etkin bir şekilde kullanılabilmesi için bu makamların bazı pozitif yükümlülükleri yerine getirmeleri gerekebilir.

Ilinden Birleşik Makedonyalılar Derneği ve Ivanov - Bulgaristan kararına konu olan olay, Bulgaristan'daki Makedon azınlığın haklarını korumayı amaç edinmiş Ilinden adlı bir derneğin, 12 Eylül 2002 tarihinde Bulgaristan'da bir anıtın önünde bir gösteri düzenlemesi sırasında çıkan olaylarla ilgilidir. Göstericiler 12 Eylül günü eski bir Makedon şairine ait bir anıtın bir kilometre kadar yakınına kadar araba ve otobüslerle gelmişler ve anıta doğru yürüyüşe geçmişlerdir. Ancak yürüyüşlerini tamamlayamamışlardır, çünkü söz konusu anıt 30 kişilik bir grup tarafından çevrilmiştir. Bu grup, göstericilere doğru bağırmışlar ve küfretmişlerdir. Bu kişiler daha sonra dernek üyelerine saldırmışlar, onlara fiziksel şiddet uygulamışlar, biri göstericilerin birinin elinden bayrağı almış, bir diğeri yine göstericilerden birinin elindeki bir posteri yırtmış ve yine bir başkası göstericilerin elindeki kameranın kordonlarını kesmiştir. Ayrıca, dernek başkanının anıt çevresinde bir konuşma yapması karşıt grup tarafından engellenmiştir. Polis ilerleyen safhalarda iki gösterici grup arasında bir kordon oluşturmuş, ancak bu olayların meydana gelmesini önlemek konusunda yetersiz kalmıştır. Dernek üyeleri Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla Mahkeme'ye başvurmuşlardır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 11. maddesinde güvence altına alınmış olan toplanma ve gösteri yürüyüşü hakkının devletlere yüklediği yükümlülük, sadece toplantı gösteri yürüyüşüne müdahale etmemekle sınırlı değildir. Bunun dışında devletin bu toplantı ve gösteri yürüyüşlerinin barış içinde yapılabilmesini sağlamak için bazı önlemler alması gerekmektedir. Mahkeme mevcut olayda polisin göstericileri karşıt göstericilerden korumakta çekimser davrandıklarını gözlemlemiştir. Mahkeme, karşıt göstericilerin saldırılarını engellemek amacıyla polisin daha erken davranmaları ve gerekli tedbirleri almaları gerektiğini belirtmiş ve Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Örgütlenme özgürlüğü

Örgütlenme özgürlüğü siyasal, dinsel, ideolojik, ekonomik, çalışma, sosyal, sportif, kültürel veya mesleki nitelikteki bir amacı gerçekleştirmek üzere bir araya gelme şeklinde temel bir insani talebi karşılamaktadır.

Örgütlenme özgürlüğü, bireysel bir haktır. Ayrıca bu hak, mutlak bir hak değildir. Bu hak, ulusal hukukun öngördüğü hallerde, meşru bir amacı izleyen ve demokratik bir toplumda gerekli olan sınırlamalara tabi tutulabilir. Örgütlenme özgürlüğü, bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korur. Devlet örgütlenme özgürlüğünün kullanılmasına Sözleşme'nin 11. maddesine aykırı sınırlamalar getirmemelidir (negatif yükümlülük). Diğer yandan devletin bu özgürlüğün etkili bir şekilde kullanılabilmesi için tedbir alması da gerekebilir (pozitif yükümlülük).

11. madde, bir gurubun üyelerinin ortak gayelerini gerçekleştirmek için bir topluluk veya 'örgüt' kurma veya buna katılma özgürlüğünü korumaktadır. Geçici temaslar bir örgüt kurmak için yeterli değildir; örgütsel bir yapı kurma isteğiyle çaba göstermeyi

gerektirir. Bu maddedeki hak, örgütü kurma hakkıyla sınırlı değildir; örgütün yaşamını sürdürmesini, örgütün etkili bir şekilde işleyebilmesi için ifade özgürlüğünü kullanmasını da kapsar.

Bu maddedeki örgütlenme hakkından yararlanabilmek için, öncelikle bu maddenin bir olayda uygulanabilir olması gerekir. İkinci olarak, bu hakkın kullanılmasına kamu makamları tarafından yapılmış bir müdahale bulunup bulunmadığı incelenmelidir. Bir olayda bir müdahale varsa, bunun haklı olup olmadığı araştırılır. Haklı olmayan bir müdahale, Sözleşme'nin 11. maddesini ihlal eder.

Örgütlenme özgürlüğü, hangi tür örgütlere uygulanır? Bu maddede örgüt olarak, sendikalardan açıkça söz edilmiş, ama daha başka hangi örgütlerin bu maddenin koruma alanına girdiği, yani hangi örgütlere bu maddenin uygulanabilir olduğu gösterilmemiştir. Bu maddedeki "örgüt" kavramı, iç hukuklardan özerk bir anlama sahiptir; bir örgütlenme biçimi iç hukukta bu madde kapsamında görülmese bile, Mahkeme bir örgütlenme biçimine bu maddeyi uygulayabilir. Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesini sendikalara olduğu gibi, siyasi partilere (*Türkiye Birleşik Komünist Partisi*, *§24-31*) ve derneklere (*Sidiropoulos ve Diğerleri*, *§31*) de uygulamıştır.

Kamu kurumu niteliğindeki meslek kuruluşları bu örgütlerden sayılır mı? Mahkeme yasayla kurulan, devlet yapısı ile bütünleşmiş, kamusal bir hizmeti gerçekleştirmek için çalışan, yasayla kendisine verilen yetkiye dayanarak mesleğin uygulanması üzerinde kamusal denetim yapan meslek kuruluşlarını, Sözleşme'nin 11. maddesi anlamında bir örgüt olarak görmemiştir (*Le Compte, Van Leuven ve De Meyer*, *§64*). Mahkeme'ye göre ayrıca, yasayla öngörülen bir görevin yerine getirilmesi, özel bir örgütü kamu kurumu haline dönüştürmez.

Örgütlenme özgürlüğü, henüz hukuki kişilik kazanmamış bir örgüte uygulanabilir mi? Örgütlenme özgürlüğünden yararlanabilmek için, bir derneğin iç hukuka göre tüzel kişilik kazanmış olması, örneğin bir mahkeme tarafından tescil edilmiş olması zorunlu değildir. Mahkeme, *Sidiropoulos ve Diğerleri – Yunanistan* davasında, Yunan mahkemeleri tarafından başvurucuların derneklerinin tescil talebini reddetmelerinin, bu makamlar tarafından başvurucuların örgütlenme özgürlüğüne yapılan bir müdahale olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme'ye göre talebin reddi, başvurucuları tek başlarına veya birlikte, derneğin tüzüğünde yazılı olan amaçları izlemekten ve böylece söz konusu hakkı kullanmaktan yoksun bırakmıştır (*§31*).

Örgütlenme özgürlüğü, kendini feshetmiş bir örgüte uygulanabilir mi? ÖZDEP, aleyhinde Anayasa Mahkemesi'nde kapatma davası açıldıktan sonra kendini feshetmiş bir siyasi partidir. Bu fesih işlemine karşın, Anayasa Mahkemesi bu partiyi kapatmıştır. İç hukuktaki bu duruma dayanan Mahkeme, ÖZDEP'in 11. madde bakımından mağdur olmadığı iddiasını reddetmiş ve bu maddeden yararlanmasını sağlamıştır.

Örgütlenme özgürlüğüne hangi kamu makamları müdahale edebilir? Örgütlenme özgürlüğüne müdahaleler yasama organı, yargı organı ve idari makamlar tarafından yapılabilir. Düzenleyici bir hüküm, yargısal veya idari bir karar şeklinde müdahale olabileceği gibi, kamu makamlarının bir ihmali veya hareketsizliği, yani işlem yapmaması da müdahale oluşturabilir. Mahkeme'ye göre:

> "...bir yasa, özel bir uygulama işlemi bulunmaması halinde bile bireyi doğrudan etkiliyorsa, o yasanın kendisi bireyin haklarını ihlal edebilir" (*Klass ve Diğerleri*, *§33*).

O halde, yasama organının çıkardığı bir yasa veya idarenin tüzük ya da yönetmelik gibi düzenleyici işlemlerinin bir hükmü, örgütlenme özgürlüğünden potansiyel olarak yararlanacak kişilerin bu özgürlüğü kullanmalarına bir müdahale oluşturabilir. Böylece

birey, yasa hükmü kendisine henüz uygulanmamış olsa bile, örgütlenme özgürlüğüne müdahalenin mağduru olduğunu iddia edebilir. Örneğin, bazı kişilerin dernek kurmalarını veya derneğe üye olmalarını yasaklayan hükümler, bir derneğin belirli alanlarda faaliyette bulunmasını engelleyen veya bazı faaliyetlerini idari makamların iznine tabi kılan hükümler, bu tür müdahaleleri oluştururlar. Öte yandan, ulusal yargı organlarının, belirli bir davada yasa hükmünü yorumlayıp uygulayarak verdikleri kararlar, örgütlenme özgürlüğüne müdahale oluşturabilir.

Örgütlenme özgürlüğüne ne tür müdahaleler söz konusu olabilir? Örgütlenme özgürlüğüne en açık müdahale biçimi, belirli amaçlarla örgüt kurmayı ve bazı kişilerin örgüt kurmalarını yasaklamaktır. Ayrıca, kurulmuş bir örgüte girilmesini yasaklama da müdahale sayılır. Bir kimseye örgütten ayrılması için baskı uygulanması, üyeliği nedeniyle kendisine ceza verilmesi, bir memurun kendini bir örgütten ayrı tutmayı reddetmesi nedeniyle görevine son verilmesi de müdahaledir. Yine, örgütün gayesini gerçekleştirmek üzere yürüteceği faaliyetlerin, örneğin ifade özgürlüğünü kullanmasının yasaklanması veya kısıtlanması müdahale oluştur.

Siyasi partiler

Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan toplanma ve örgütlenme özgürlüklerinin hedeflerinden biri, ifade özgürlüğünün korunmasıdır (*Young, James ve Webste, §57*; *Vogt*, *§64*). Bu ilke, çoğulculuğun ve demokrasinin tam olarak işlevini sağlamadaki rolleri dikkate alındığında siyasi partiler için de geçerlidir. Mahkeme'nin yaklaşımına göre, çoğulculuk olmadan demokrasi de olmaz. Siyasi parti kurma ve üye olma hakkı, ifade özgürlüğünün topluca kullanılmasının örneklerinden biridir. Bu nedenle, bu etkinlikler Sözleşme'nin 10 ve 11. maddelerinin sağladığı korumadan yararlanırlar (*TBKP ve Diğerleri*, *§43*).

Mahkeme, *Informationsverein Lentia ve Diğerleri – Avusturya* kararında, devleti çoğulculuk ilkesinin nihai garantörü olarak tanımlamıştır. Bunun siyasal alandaki anlamı, devletin, Birinci Protokolün 3. maddesine uygun olarak yasama meclisinin seçimi konusunda halkın düşüncesini özgürce ifade edebileceği şartların yerine getirildiği bir ortamda, makul aralıklarla ve gizli oyla özgür seçimlerin yapılmasını sağlamakla yükümlü olmasıdır. Ülke nüfusu içindeki farklı düşünceleri temsil eden siyasi partilerin çoğulculuğa katılımı olmaksızın, özgürce ifadenin varlığı düşünülemez. Yalnızca siyasi kurumların içinde bulunarak değil, ama medyanın da yardımıyla toplum yaşamının her düzeyindeki düşünce yelpazesini temsil eden siyasi partiler, demokratik toplum kavramının özünde yer alan siyasal tartışmalara yeri doldurulamaz katkıda bulunurlar (*Lingens*, *§42*; *Castells*, *§43*; *TBKP ve Diğerleri*, *§44*). Bu bağlamda demokrasi, hiç kuşkusuz, Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliğidir.

Mahkeme *TBKP ve Diğerleri* kararında, Hükümetin Sözleşme'nin 11. maddesinin siyasi partilere ve siyasi partilerin kapatılması kararlarına da uygulanabilir olmadığı iddiasını reddetmiştir (*§33*).

Siyasi partiler söz konusu olduğu zaman 11. maddede belirtilen istisnalar çok dar anlamda yorumlanır. Sözleşmeci Devletler, Sözleşme'nin 11(2). fıkrası anlamında bir gerekliliğin olup olmadığına karar verirken, sadece sınırlı bir takdir alanına sahiptirler. Bu takdir alanı, hem mevzuatı ve hem de bu mevzuatın uygulanması için bağımsız mahkemelerin verdikleri kararları da kapsayan titiz Avrupa denetimiyle ele ele yürür (*TBKP ve Diğerleri*, §46). Buna göre, bir siyasi partinin kapatılmasına hangi düzeyde bir ulusal mahkeme karar vermiş olursa olsun, İnsan Hakları Mahkemesi, ulusal mahkemenin verdiği bu kararı Sözleşme'ye uygunluk açısından inceleyebilir.

Örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale, 11(2). fıkrasındaki şartlar bakımından haklı gösterilemediği takdirde, bu madde ihlal edilmiş olur. Sözleşme'nin 11(2). fıkrası, ulusal güvenlik, kamu güvenliği, suçun veya düzensizliğin önlenmesi, genel sağlık ve ahlakın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amacıyla, örgütlenme özgürlüğüne müdahale edilmesine imkân vermektedir. Siyasi partiler söz konusu olduğunda, bunlara yapılacak müdahaleyi haklı gösterebilmek için çok daha zorlayıcı gerekçeler gösterilmelidir.

Barışçıl siyasi partiler

Şiddete başvurmaksızın, üniter devlet yapısının değiştirilmesi yönünde öneriler getiren bir siyasi partinin kapatılması, demokratik toplumda gerekli bir müdahale olarak görülebilir mi? Mahkeme'nin bu soruya yanıtı olumsuzdur. Siyasi partiler şiddete başvurmadan bir devletin yapısını radikal bir tarzda değişmesini önerebilirler. Bu ilke, çoğulcu demokrasinin temel koşullarından birisidir.

Sosyalist Parti ve Diğerleri – Türkiye kararına konu olan olayda başvurucu Sosyalist Partinin, kurulduktan sonra parti başkanın çeşitli yerlerde yaptığı konuşmalarında ve parti yayınlarında Siyasi Partiler Kanunundaki azınlık yaratma yasağına ve devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğüne aykırı davranıldığı gerekçesiyle, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmasına karar verilmiştir. Başvurucu, 11. maddenin ihlal edildiği şikâyetiyle Strasburg organlarına başvurmuştur.

Mahkeme bu davada ilk olarak, Anayasa Mahkemesi'nin, SP'nin "ulusu, Kürt ulusu ve Türk ulusu şeklinde ikiye ayırmakla, Türkiye'de azınlıklar yaratılmasını ve sonuçta Türk ulusunun birliğine ve ülkenin bölünmez bütünlüğüne aykırı olarak, bir Kürt-Türk federasyonunun kurulmasını savunduğunu" ve "SP terör örgütlerinden değişik yöntemler kullanmış olmakla birlikte, partinin siyasal faaliyetlerinin amacı terör örgütlerin amacı ile aynı" olduğunu ve "SP'nin ayrılıkçılığı ve isyanı teşvik ettiği için, kapatılması" sonucuna vardığını belirtmiştir. Mahkeme ise, ilk önce söz konusu ifadelerin içeriğini ve daha sonra bu ifadelerin SP'nin kapatılmasını haklı kılıp kılmadığını incelemiştir. Bu incelemeyi yaparken Mahkeme, şu ilkeyi hatırlatmıştır:

> "45. ... demokrasinin başta gelen özelliklerinden biri, bir ülkenin sorunlarını şiddete başvurmadan, usandırıcı olsa bile diyalog yoluyla çözme imkânı tanımasıdır. Demokrasi ifade özgürlüğüyle gelişir. Bu açıdan bakılınca, bir siyasi grubun sırf ülke nüfusunun bir bölümünün durumunu aleni bir biçimde tartışmak ve demokratik kurallara uygun olarak herkesi tatmin edebilecek çözümleri bulmak üzere siyasi yaşamda yer almayı istediği için engellenmesi haklı görülemez. ..."

SP'nin faaliyetlerini inceleyen Mahkeme, bunlarda şiddet kullanmaya veya ayaklanmaya çağrı veya demokratik prensiplerin herhangi bir biçimde reddine yönelik bir şey görmediğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, SP'nin bir federasyon kurulmasını talep etmesinin de bir kapatma nedeni olarak değerlendirilemeyeceğini söylemiştir:

> "47. ... Anayasa Mahkemesi'ne göre SP, ayrılıkçılığı savunmuştur. Mahkeme bu konuşmaların birlikte okunmasını halinde, Türklerin ve Kürtlerin eşitlik ve gönüllülük temelinde demokratik kurallara göre bir federal sistemin kurulması temel amacına sahip bir siyasal programı getirdiğini kaydeder. Kabul edilmelidir ki, bu siyasal programda 'Kürt halkının' self-determinasyon hakkı ile 'ayrılma' hakkı bulunduğu belirtilmektedir; ancak bu kelimelerin geçtiği konuşmalar birlikte okunduğunda, Türkiye'den ayrılmayı teşvik etmek yerine, Kürtlerin bir referandum vasıtasıyla açıklayacakları serbest iradeleri olmadan federal bir sistemin kurulamayacağının vurgulanmak istendiği görülmektedir. Mahkeme'ye göre bu tür bir programın Türk Devleti'nin mevcut ilkeleri ve temel yapılarıyla bağdaşmaz olması, programı demokrasinin kurallarıyla bağdaşmaz duruma getirmez. Demokrasinin kendisine aykırı olmadıkça, bir

devletin mevcut organizasyonunu sorgulayacak nitelikte bile olsa, farklı siyasi programların önerilmesine ve tartışılmasına imkân verilmesi, demokrasinin özünü oluşturur."

Mahkeme bu olayda, kapatma kararının radikal bir müdahale olduğunu belirtmiştir. SP, temelli kapatılmış, malvarlığı tasfiye edilip malları Hazineye geçmiş ve kapatma kararı sırasında birçok parti yöneticisi benzer siyasi faaliyetlerde bulunmaktan yasaklanmışlardır. Mahkeme'ye göre bu tedbirler, sadece çok ciddi olaylarda uygulanabilecek kadar ağırdır. Bu davada Mahkeme, SP'nin kapatılmasının izlenen amaçla orantısız olduğu ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığı ve bu nedenle Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Barışçıl olmayan siyasi partiler

Siyasi parti kurma ve faaliyette bulunma özgürlüğü kuşkusuz 10. madde ile birlikte değerlendirilmelidir. Bu çerçevede, nasıl şiddeti araç olarak benimseyen ifadeler 10. madde tarafından korunmuyorsa, şiddeti temel alan siyasi partiler de 11. madde tarafından korunmazlar.

Mahkeme, önüne gelen siyasi parti kapatma davalarında, ilk olarak bu tarz partilerin programlarını dikkate almış ve bu programın şiddeti reddedip reddetmediği ve demokratik olan ve hukukun egemenliği ile insan haklarına saygı duyulmasına uygun siyasi çözümler öngörüp öngörmediğini değerlendirmiştir. İkinci olarak, Mahkeme, eğer bir parti, ulusal mahkemeler tarafından üyelerinin faaliyetleri ve ifadeleri nedeniyle bir terör örgütüne yardım ve yataklık etmek de dâhil olmak üzere yasadışı faaliyetlerin merkezi haline geldiği için kapatılmışsa, kapatma kararına temel olan olayların kabuledilebilir bir şekilde değerlendirilerek bir sonuca varılıp varılamayacağını incelemektedir. Mahkeme'ye göre, bir siyasi parti programının ya da liderlerinin beyanlarının, açıkladıkları amaçlardan ve hedeflerden daha başka amaç ve hedefleri gizleyebilecekleri ihtimali göz ardı edilemez. Gizleyip gizlemediklerini anlamak için, programın ya da beyanların içerikleri ile partinin ve liderlerinin faaliyetleri ve savundukları pozisyonlar bir bütün olarak ele alınıp karşılaştırılmalıdır (*Yazar ve Diğerleri* (*HEP*)*, §50*).

Mahkeme bir siyasi partinin kanunda ya da devletin hukuki ve anayasal yapısında değişiklik yapılması için yalnızca iki sebeple mücadele edebileceği kanaatindedir: İlk olarak, bu amaçla siyasi mücadelede bulunan partinin başvuracağı yollar her açıdan hukuka uygun ve demokratik olmalıdır; ikinci olarak, siyasi partinin önereceği değişiklik başlı başına temel demokratik ilkelere aykırı olmamalıdır. Bu nedenle, liderleri şiddete eğilimli olan, demokrasi kurallarından birine ya da daha fazlasına uygun olmayan ya da demokrasinin zarar görmesini ve demokraside tanınan hakların ve özgürlüklerin reddedilmesini hedefleyen politikalar ortaya koyan bir siyasi parti, bu gerekçelerle verilen cezalara karşı Sözleşme tarafından korunmayı talep edemez (*Sosyalist Parti ve Diğerleri*, *§46-47*).

Mahkeme içtihatlarına göre, şiddet kullanımını savunan ya da şiddeti demokratik anayasal düzeni yok etmek için politik bir araç olarak kullanan siyasi partilerin yasaklanması ya da temelli kapatılması haklı görülebilir. Bu çerçevede Mahkeme, *Herri Batasuna ve Batasuna – İspanya* kararında, siyasi parti ile terör örgütü arasındaki bağlantıların, objektif olarak, demokrasi için bir tehdit olarak kabul edilebileceği sonucuna varmıştır.

Herri Batasuna ve Batasuna – İspanya kararına konu olan olay, 1986 yılında kurulmuş olan Batasuna ve 2001 yılında kurulmuş olan Herri Batasuna adli iki siyasi partinin İspanyol Yüksek Mahkemesi tarafından kapatılması hakkındadır. Haziran 2002'de İspanya parlamentosu siyasi partiler hakkında bir organik yasa kabul eder. Parlamento Ağustos 2002'de ise, önce bu partilerin etkinliklerini durdurma ve üç yıl sureyle kapatma kararı alınır. 2002 yılı Eylül ayında İspanyol Yüksek Mahkemesi önünde bu partiler hakkında

kapatma davası açılır. Bu kapatma davasında, söz konusu partilerin tartışmasız bir biçimde demokrasiden uzak oldukları ve anayasal değerler ile insan haklarıyla bağdaşmayan etkinlikler içinde bulundukları ve bu çerçevede 2002 tarihli organik yasayı çiğnedikleri iddia edilmiştir. Yüksek Mahkeme Mart 2003'te bu partilerin ETA adlı terör örgütüyle aralarında denetim olarak adlandırılabilecek çok kuvvetli bir bağ bulunduğu gerekçesiyle kapatılmasına karar verir. İspanyol Yüksek Mahkemesine göre, organik yasanın yürürlüğe girmesinden sonra bu partilerin birçok etkinliği, bunların ETA'nın siyasi araçlarına dönüştüklerini kanıtlamaktadır. Bu partilerin yaptıkları a*mparo* (anayasal bireysel başvuru) da İspanyol Anayasa Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

Mahkeme *Herri Batasuna ve Batasuna – İspanya* kararında ilk olarak, Yüksek Mahkeme'nin bu partilerin ETA'nın stratejik araçlarına dönüştüğü sonucuna varırken birçok eylem, söylem ve davranışa dayandığını belirtmiştir. Bu kanıtlardan şu sonuçlar çıkmaktadır: Bu partiler toplumsal bir çatışma ortamının yaratılmasına hizmet etmişler ve ETA tarafından yapılan terör faaliyetlerine kapalı bir destek vermişlerdir. Ulusal mahkemelerin tanımladığı gibi bu eylem, söylem ve davranışlar bütün olarak adeta şiddete açık destek ve şiddet kullanan kişilere açık övgü olarak değerlendirilebilecek düzeye ulaşmıştır. Ayrıca, bu partilerin yönetici ve üyelerinin söylemleri, amaçlarını gerçekleştirmek için şiddet kullanmayı dışlamamaktadır. Mahkeme'ye göre ulusal yargı organları, bu partilerin bir terör örgütünün siyasi amacı için hizmet eden bir kolu haline geldiği yönündeki değerlendirmeye, ellerindeki kanıtların dikkatli ve makul bir incelemesi sonucunda ulaşmışlardır. Ayrıca Mahkeme, Bask Özerk Bölgesinde uzun yıllardır terörün sürmesini, demokrasiye karşı tehdit olarak görülebileceğini belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, "demokratik bir toplum" tasarımı ile bağdaşmayan ve İspanyol demokrasisi için bir tehdit oluşturan eylem ve söylemlerin odağı haline gelen bir partinin kapatılmasının, 11. maddeye aykırı olmadığı sonucuna varmıştır.

Mahkeme Türkiye'de kapatılan bazı siyasi partilerin başvurularını incelemiştir (*Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri*; *Sosyalist Parti ve Diğerleri*; *Özgürlük ve Demokrasi Partisi* (*ÖZDEP*); *Yazar ve Diğerleri* (*HEP*); *Demokrasi Partisi Genel Başkanı Dicle* (*DEP*); *Refah Partisi ve Diğerleri*; *Türkiye Sosyalist Partisi* (*STP*) *ve Diğerleri*; *Emek Partis ve Şenol*; *Demokratik Kitle Partisi ve Elçi*; *HADEP ve Diğerleri*).

Mahkeme bu davalarda, söz konusu kapatma kararlarının demokratik bir toplumda gerekli olduğunun kabul edilip edilemeyeceğini sorusuna yanıt ararken, bu kararların "toplumsal ihtiyaç baskısını" karşılayıp karşılamadığını ve "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını incelemiştir.

Mahkeme, *Refah Partisi ve Diğerleri – Türkiye* kararında, bir siyasi partinin demokratik ilkeleri yok etmeye yönelik bir tehdit oluşturduğu gerekçesiyle kapatılmasının 11. maddeye göre "toplumsal ihtiyaç baskısını" karşılayıp karşılamadığı sorununa ilişkin olarak yaptığı incelemede, aşağıdaki hususları dikkate almak gerektiğini belirtmiştir: (i) demokrasiye yönelik bir tehdidin mevcudiyetinin kanıtlandığı varsayılacak olursa bu tehdidin yeterince yakın olduğuna ilişkin inandırıcı kanıtların bulunup bulunmadığı; (ii) siyasi parti liderlerinin ve üyelerinin eylem ve konuşmalarının tamamıyla bu siyasi partiye isnat edilip edilemeyeceği; (iii) siyasi partiye isnat edilen eylem ve konuşmaların, parti tarafından algılanan ve savunulan toplum modelinin "demokratik toplum" kavramıyla çelişen sarih bir resmini çizen bir bütün oluşturup oluşturmadığı.

Yukarıdaki kriterlerin ışığında Refah Partisi'nin programını ve yöneticilerinin ifade ve eylemlerini inceleyen Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin bu partiyi kapatma kararının ulusal takdir yetkisi kapsamında kaldığını değerlendirmiş ve 11. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

HADEP ve Diğerleri – Türkiye kararında Mahkeme, bu partinin kapatılmasını Sözleşme'nin 11. maddesine aykırı görmüştür. Bu davada Mahkeme, kapatma davasının gerekçelerinden birisinin bu partinin üyelerinin, güvenlik güçlerinin Türkiye'nin güneydoğusunda gerçekleştirdikleri terörle mücadele eylemlerinin "kirli savaş" olarak tanımlaması olduğunu kaydetmiştir. Oysa Mahkeme, bu kelimelerle ilgili olarak daha önce ifade özgürlüğü bağlamında vermiş olduğu karalarını da dikkate alarak, bu kelimelerin Hükümet politikasının ve güvenlik güçlerinin eylemlerinin sert bir eleştirisi oldukları sonucuna varmıştır. Mahkeme, ayrıca HADEP binasını ziyarete gelen kişilere özel bir televizyon kanalı olan MED TV'yi izleme imkânı sağlanmasının kapatma kararına dayanak olmasını da kabul etmemiştir. Ayrıca HADEP'in temelli kapatılmasını desteklemek için Başsavcı ve Anayasa Mahkemesi tarafından ileri sürülen HADEP'in yıllık genel toplantısı sırasında Türk bayrağının HADEP'li olmayan bir üye tarafından indirilmesi ve yerine PKK bayrağı ile PKK lideri Abdullah Öcalan'ın posterinin asılması konusunu da incelemiştir. Başsavcıya göre o gün toplantıya katılan HADEP genel sekreteri Murat Bozlak, Türk bayrağının indirilmesini engellemek için hiçbir şey yapmamıştır. Mahkeme, Türk bayrağını indiren ve yerine PKK bayrağı asan kişinin, Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği gibi HADEP üyesi olmadığını dikkate almıştır.

Anayasa Mahkemesi kapatma kararında bazı HADEP üyelerinin, Kürt kökenli kişileri Türk milletinden farklı bir millet kabul etmeleri hususunu göz önünde tutmuştur. Ulusal mahkemeye göre "özgürlük, kardeşlik ve barış gibi kavramlara atıfta bulunarak ülkenin belirli bir kısmında yaşayan insanlar arasında farklı bir millet olma duygusu yaratmak için çalışmak", HADEP ve PKK arasındaki bağlantının ve dayanışmanın bir kanıtıdır. Mahkeme bu iddia için ikna edici bir dayanak bulunmadığını ve bu tür söylemlerin, HADEP'in programında ortaya konan hedeflerle bağlantılı olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre bütünüyle ele alınan söz konusu söylemler, demokrasi kurallarına uygun olarak, amacı esas itibariyle "Türk ve Kürt halklarını kuşatan sosyal bir düzenin kurulması" olan siyasi bir proje arz etmektedir. Diğer yandan Mahkeme, HADEP'in taleplerinin anayasal düzenle bağdaşmasa da, demokrasinin temel ilkelerine aykırı olmadığını vurgulamıştır. Gerçekten de günümüzde Avrupa ülkelerinde birçok ayrılıkçı veya bölgeci siyasi partiler vardır. Bu partiler şiddeti övmedikleri ya da şiddeti amaçlarına ulaşmak için uygun bir araç olarak görmedikleri sürece, siyasi arenada yerlerini almaktadırlar.

Mahkeme, *HADEP ve Diğerleri* kararında sunulan tüm delilleri inceleyerek, Anayasa Mahkemesi'nin kararında atıfta bulunulan eylemlerin ve söylemlerin, HADEP'in kendisini PKK'nın terörist eylemleri ile bağdaştırdığı ya da bu eylemleri bir şekilde teşvik ettiği kanısının yeterli delillerle kanıtlamadığı sonucuna varmıştır.

Kamu görevlisinin parti üyeliği

Anayasal düzeni temelden değiştirmeyi hedefleyen bir partiye üye olan bir devlet memurunun bu nedenle memuriyetten atılması, o kişinin 10 ve 11. maddelerdeki haklarına demokratik toplumda gerekli bir müdahale midir? Konu Mahkeme'nin *Vogt – Almanya* kararında ele alınmıştır. *Vogt* kararına konu olan olay, öğrencilik yıllarından beri Alman Komünist Partisi (DKP) üyesi olan ve daha sonra partisi için siyasal faaliyetlerde bulunma nedeniyle işten atılan bir öğretmen hakkındadır. Başvurucu, Sözleşme'nin 10 ve 11. maddelerinin ihlal edildiği gerekçesiyle Strasburg organlarına başvurmuştur.

Mahkeme bu davada sadece 10. maddenin değil aynı zamanda 11. maddenin de ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, 11. maddenin özerk bir rolü ve ayrı bir uygulama alanı bulunmakla birlikte, bu davanın, 10. maddenin ışığında ele alınması gerektiğini

belirtmiş ve 10. maddede geliştirdiği gerekçelere dayanarak ayrıca bir de 11. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Dernekler

Kişilerin ortak bir konu ya da yarar etrafında topluca hareket etmek için dernekler gibi, tüzel kişiliği olan bir örgüt kurmaları, örgütlenme özgürlüğünün ana öğelerinden birisidir (*Sidiropoulos ve Diğerleri*, *§40*). Gerçekten de bir ülkede demokrasinin durumu, bu özgürlüğe yasalarda tanınan güvencelerle ve bunların pratikte uygulanmasıyla değerlendirilebilir. Mahkeme, kararlarında birçok kez demokrasi ve çoğulculuk ile örgütlenme özgürlüğü arasındaki doğrudan ilişkiyi ortaya koymuştur. Bu nedenle, bu özgürlük ancak ikna edici ve zorlayıcı gerekçeler varsa sınırlandırılabilir. Bütün bu sınırlamalar Mahkeme'nin sıkı denetimi altındadır (*Gorzelik ve Diğerleri [BD]*, *§88*).

Kültürel veya manevi malvarlığının korunması, farklı toplumsal veya ekonomik amaçların izlenmesi, bir inancın yayılması veya öğretimi, bir etnik kimliğin araştırılması veya bir azınlık talebinin dile getirilmesi gibi amaçlarla kurulan örgütler demokrasinin sağlıklı işlemesi için önemlidir. Çoğulculuk, kültürel, etnik, dinsel, sanatsal veya sosyo-ekonomik farklılıkların gerçek bir saygı ortamı içinde tanınması ve yaşaması üzerinde yükselir. Toplum içinde farklı kökenlerden, görüşlerden, ufuklardan gelen kişilerin birbirleriyle ilişki içinde bulunmaları, toplumsal bütünlüğün sağlanması bakımından temel önemdedir. Yurttaşların demokratik sürece dernekleri aracılığıyla katılımı sivil toplumun işleyişi bakımından büyük önem taşır (*Gorzelik ve Diğerleri*, *§92*).

Azınlık dernekleri

Mahkeme'ye göre, örgütlenme özgürlüğü özellikle ulusal veya etnik azınlıklar için daha da önemli olarak değerlendirilebilir. Bu konuya ilişkin *Gorzelik ve Diğerleri – Polonya [BD]* kararında (*§94*) Mahkeme, Avrupa Konseyi'nin azınlıklar hakkında çerçeve sözleşmesinin başlangıcında yer alan şu ifadelere atıf yapmıştır:

> "... çoğulcu ve gerçekten demokratik bir toplum sadece etnik, kültürel, dilsel ve dinsel azınlıkların bu kimliklerine saygı göstermekle yetinmez; ama aynı zamanda bu kimliğin ifadesi, korunması ve geliştirilmesi için uygun koşulları yaratır".

Bir grubun kendisini sırf etnik veya ulusal bir azınlık olarak ifade etmek istemesi nedeniyle örgütlenmesinin engellenmesi, 11. madde bakımından bir sorun oluşturur. *Sidiropoulos – Yunanistan* kararına konu olan olay, 'Makedon kökenli' olduklarını ve 'Makedon ulusal bilincine' sahip bulunduklarını iddia eden başvurucuların 'Makedon Uygarlık Evi' adında bir dernek kurma süreciyle ilgilidir. Dernek tüzüğünün 2. maddesine göre derneğin amaçları şunlardır: (a) üyelerinin ve daha genel olarak Florina'da yaşayanların kültürel, entelektüel ve sanatsal yönlerini geliştirme ve aralarındaki sevgi, işbirliği, dayanışma ruhunu sağlamlaştırma; (b) kültürel adem-i merkeziyetçiliği sağlama, entelektüel ve sanatsal ürünler ile geleneksel ve uygarlık ürünlerini koruma ve daha genel olarak onların halk kültürünü ilerletme ve geliştirme ve (c) bölgenin doğal ve kültürel çevresini koruma. Başvurucuların Medeni Kanun hükümlerine göre tescil talepleri, ilk derece mahkemesi ve Üst Mahkeme tarafından reddedilmiş, Temyiz Mahkemesi de bu ret kararını onamıştır. Ulusal mahkemelere göre derneğin gerçek amacı, dernek tüzüğünün 2. maddesinde belirtilen hususlar olmayıp, ülkenin milli menfaatlerine ve sonuç olarak kanuna aykırı olarak, Yunanistan'da Makedon bir azınlığın bulunduğu düşüncesini yaymaktır. Derneğin adında "Makedonya" teriminin kullanılmasındaki amaç, dolaylı ve örtülü araçlarla Makedonya'nın Yunanlı kimliğini tartışmaya açmaktır. Kurucu üyelerin asıl niyetleri, Yunanistan'ın toprak bütünlüğünü bozmaktır.

Başvurucular, 11. maddenin ihlal edildiği şikâyetiyle Strasburg organlarına başvurmuşlardır. Mahkeme, aşağıdaki gerekçelerle, bu maddenin ihlaline karar vermiştir.

"44. Mahkeme ilk önce, tüzüğünde belirtildiği şekliyle 'Makedon Uygarlık Evi' isimli derneğin amacının münhasıran Florina bölgesindeki gelenekleri ve halk kültürünü korumak ve geliştirmek … olduğunu kaydeder. Mahkeme'ye göre bu amaçlar, çok açık ve meşru görünmektedir; bir ülkenin bir bölgesinde yaşayanlar, tarihsel olduğu kadar ekonomik nedenlerle de o bölgenin özelliklerini geliştirmek için örgütler kurma hakkına sahiptirler. Bu örnek olayda olduğu gibi bir örgütün kurucuları, bir azınlık bilincine sahip olduklarını iddia ettikleri kabul edilse bile, Yunanistan'ın da imzaladığı AGİK'in 29 Haziran 1990 tarihli Kopenhag'daki İnsani Boyut Toplantı Belgesi (Bölüm IV) ile 21 Kasım 1990 tarihli Yeni Bir Avrupa İçin Paris Şartı, kendilerine kültürlerini ve manevi mirası korumak için örgütler kurmalarına izin vermektedir.

İkinci olarak, Selanik Üst Mahkemesi başvurunun tescil talebinin reddederken, ''Makedonya' teriminin kullanılmasındaki amacın dolaylı ve örtülü vasıtalarla Makedonya'nın Yunanlı kimliğini tartışmak ve kurucu üyelerinin niyetlerinin Yunanistan'ın toprak bütünlüğü bozmak olduğuna inanmak için yeterli sebep' bulunduğu sonucuna varmıştır. Üst Mahkeme bu karara varırken, dava dosyasına konulmadığı için başvurucuların yargılama sırasında itiraz etme olanağı bulamadıklarını belirttikleri materyalleri, kendi kendine delil olarak dikkate almıştır.

45. Mahkeme, delillerin toplanmasının öncelikle iç hukuk kuralları tarafından düzenlendiğini ve önlerine getirilen delilleri takdir yetkisinin öncelikle ulusal mahkemelerin görevi olduğunu hatırlatır. … Bununla birlikte, yargılamanın sonucu üzerinde belirleyici etkisi olan basındaki yazılar … dikkatli bir biçimde incelendiğinde, bu yazıların bazılarında başvurucularla bağlantısı olmayan olayların anlatıldığı ve yazarları tarafından ileri sürülmüş öznel değerlendirmelerden çıkarsamalar yapıldığı görülmektedir. Ulusal mahkemeler bu yazılara dayanarak ve o sırada Yunanistan ile FYROM (ki, FYROM henüz daha o zaman bağımsızlığını ilan etmemişti) arasında hüküm süren siyasal gerginliği göz önünde tutarak, başvurucuların ve kurmak istedikleri derneğin Yunanistan'ın ülke bütünlüğüne bir tehlike oluşturduğu sonucuna varmışlardır.

Ne var ki ulusal mahkemelerin bu beyanları sadece, dernek kurucularının gerçek niyetleri ve faaliyete geçtiğinde yapabilecekleri eylemler hakkında duyulan bir kuşkuya dayanmıştır.

Mahkeme bu bağlamda, Yunanistan hukukunun kar amacı gütmeyen örgütlerin kurulmasında önleyici bir denetim sistemi getirmediğini dikkate almaktadır. Anayasa'nın 12. maddesinde örgütlerin kurulmasının önceden izne bağlanamayacağı hükmü yer almaktadır …; Medeni Kanun'un 81. maddesi mahkemelere yerindelik denetimi değil ve fakat hukuka uygunluk denetimi yapma yetkisi vermektedir. …

46. Mahkeme, yukarıda geçen Türkiye Birleşik Komünist Partisi kararında …, bir siyasal partinin programının, ilan ettiği amaçlarından ve niyetlerinden değişik amaçları ve niyetleri gizleyebileceği görüşünü belirtmiştir. Gizleyip gizlemediğinin ortaya konması için, parti programının içeriği ile partinin faaliyetleri ve savunduğu görüşler karşılaştırılmalıdır.

Aynı şekilde bu davada da Mahkeme, bir derneğin, tüzüğünde belirtilen amaçlara göre bir kez kurulduktan sonra, bu amaçlarla bağdaşmayan faaliyetlerde bulunabileceğini gözden uzak tutmamaktadır. Dernek henüz kurulmadığı için bir faaliyeti bulunmadığından, ulusal mahkemelerin kesin olarak kabul ettikleri böyle bir ihtimali pratikte yalanlamak pek zor olacaktır. İhtimal gerçekleşecek olsa, yetkililer güçsüz kalacak değildir; Medeni Kanun'un 105. maddesine göre Birinci Derece Mahkemesi, derneğin tüzüğünde gösterilen amaçlardan farklı bir amaç izlemesi veya kanuna, ahlaka veya kamu düzenine aykırı faaliyette bulunması halinde, derneğin kapatılmasına karar verebilecektir. …

47. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvurucuların derneğin tescil talebinin reddedilmesinin, meşru amaçlarla orantısız olduğu sonucuna varmaktadır. Bu nedenle, Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir."

Mason dernekleri

Bir kamu görevlisine mason derneğine üyeliği nedeniyle disiplin cezası verilmesi, demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale midir? *N.F. – İtalya* davasında Mahkeme,

bir yargıca mason derneğine üyeliği nedeniyle kınama cezası verilmesini, müdahalenin hukuken öngörülmüş olma şartı bakımından incelemiş, bu müdahalenin dayandığı düzenlemenin başvurucunun davranışlarının sonuçlarını önceden görebilmesini sağlayacak açıklıkta olmadığı sonucuna vararak 11. maddenin ihlal edildiğini tespit etmiş, bunun üzerine müdahalenin demokratik bir toplumda gerekliliği meselesini incelememiştir.

Yasal olarak kurulup faaliyette bulunan bir mason derneğine üyelik nedeniyle kamusal görevlere atama yapılmasını engelleyen yasa hükmü, derneğin örgütlenme özgürlüğüne demokratik toplumda gerekli bir müdahale sayılabilir mi?

Bu sorun Mahkeme'nin *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani – İtalya* kararında tartışılmış ve sonuca bağlanmıştır. Bu karara konu olan olayda başvurucu dernek, birçok mason locasını bir araya getiren İtalyan mason dernekleri üst kuruluşudur. 1805 yılından bu yana varlığını sürdürmekte olup, Evrensel Masonluk ile ilişkilidir. Başvurucu dernek, İtalyan Medeni Kanunu'nun 36. maddesi bakımından tescil edilmemiş bir özel hukuk örgütü statüsündedir. Bu nedenle tüzel kişiliğe sahip değildir. Başvurucunun tüzüğü noter belgesine dayalı olup, kamuya açıktır. Başvurucu kuruluş, İtalya'nın Maches Bölge Yönetimi tarafından atama ve görevlendirmeleri yapılacak olanlarla ilgili bir yasa hükmü nedeniyle uğradığını iddia ettiği zarardan dolayı şikâyetçi olmuştur. Yasanın 1. maddesi bu yasanın, Bölge Anayasasına göre çıkarılan mevzuat ile oluşturulan kuruluşlar tarafından "Bölge Yönetimi dışındaki kamu ve özel kuruluşlardaki kadrolarda" atama ve görevlendirmelerde uygulanacağını öngörmektedir. Aynı maddede ayrıca bu yasa hükümlerinin, on beş bölgesel kuruluş (A listesi) ile bazı hallerde bölge meclisinin atama makamı olduğu diğer bölgesel kuruluşlar (B listesi) bakımından uygulanacağı belirtilmiştir. Yasa'nın 5. maddesi, atama ve görevlendirme başvurusunda bulunabilme şartlarını düzenlemektedir. Bu madde, başka şeylerin yanında, masonların aday olamayacaklarını öngörmektedir. Yasa'nın 5. maddesine göre, atama için "başvurulara, bir mason locasına üye olmadığına dair bir beyan" eklenir. Başvurucu kuruluş, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği şikâyetiyle Strasburg organlarına başvurmuştur.

Mahkeme itiraz konusu tedbiri, özellikle izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığını belirleyebilmek için, olayın bütünlüğü içinde incelemiştir. Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 11(2). fıkrasında gösterilen meşru amaçlar ile örgütlenme özgürlüğünün serbestçe kullanılması arasında adil bir denge kurulması gerekmektedir. Bireylerin yaptıkları iş başvurularının reddedilmesinden korkarak örgütlenme haklarını kullanma isteklerinin kırılması, adil dengeyi bozar. Mahkeme'ye göre mason olmak ile ilgili yasada belirtilen kamu görevlerine girmeye çalışmak arasında bir seçim yapma ikilemiyle karşılaşabilecek olan fiili veya potansiyel üyelerin sayısı, başvurucu derneğin toplam üye sayısıyla karşılaştırıldığında, önemli değildir. Bu durumda başvurucu derneğin uğrayabileceği zarar da azalmaktadır. Ancak Mahkeme'ye göre, bir kamu görevlisi adayının örgütlenme özgürlüğü herhangi bir şekilde kısıtlanamayacak kadar önemlidir. Bu nedenle, şikâyet konusu yasak, ne kadar önemsiz olursa olsun, 'demokratik bir toplumda gerekli' görünmemektedir.

Daha sonra Mahkeme, Sözleşme'nin 11(2). fıkrasının son cümlesinin söz konusu yasağı haklı kılıp kılmadığını incelemiştir. Bu cümle devletlere, örgütlenme özgürlüğünün 'devlet idaresinde bulunanlar' dâhil, belirli guruplar tarafından kullanılmasına 'hukuka uygun kısıtlamalar' getirme yetkisi vermektedir. Mahkeme, ilgili yasanın 5. maddesinde belirtilen görevlerin, 'devlet idaresi'nin kapsamına girip girmediği incelemiştir. Mahkeme ilgili yasanın A ve B eklerinde sıralanan görevlerin, Bölge Yönetiminin teşkilat yapısının kapsamına girmediğini, fakat bölgesel örgütler ile atama ve görevlendirme yetkisinin Bölge Meclisinde olduğu görevler olmak üzere, diğer iki kategori içine girdiğini kaydetmiştir. Mahkeme'nin içtihatlarına göre, 'devlet idaresi kavramı ilgili kişinin işgal

ettiği kadro dikkate alınarak dar yorumlanmalıdır'. Mahkeme *Vogt* kararında, kadrolu bir memur olan öğretmenin, devlet idaresinin bir unsuru olup olmadığı meselesini karara bağlamayı gerekli görmemiştir. Bu davada ise Mahkeme, önündeki delillere dayanarak, ilgili yasaya ek A ve B listelerinde belirtilen görevlerin Marches Bölgesi'yle bağının, kadrolu bir öğretmen olan Vogt ile işvereni arasında mevcut bağdan daha gevşek olduğunu kaydetmiştir. Sonuçta Mahkeme, bu müdahalenin Sözleşme'nin 11(1) kapsamında "devlet idaresi" kavramı istisnasından yararlanmadığını ve bu nedenle haklı bir nedene dayanmadığı için 11. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Sendikalar

Sendika kurma ve üye olma nedeniyle yapılan müdahaleler Mahkeme'nin önüne geldiği gibi, sendikal faaliyetler nedeniyle yapılan müdahaleler de Mahkeme tarafından incelenmiştir.

Sendika kurma ve üye olma

Sözleşme'nin 11(1). fıkrasındaki sendika özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğünün bir şekli ve özel bir yönüdür (*Ulusal Polis Sendikası, §17*). Her özgürlük, özgürlüğü kullanırken belirli bir ölçüde seçme unsurunu da içerir. Bu çerçevede, bir sendika kurma ve üye olma hakları, bir sendikaya girmeme özgürlüğünü de kapsar.

Sendikaya üye olmama hakkına Sözleşme'de yer verilmemiş olması, örgütlenme özgürlüğünün negatif yönünün bütünüyle 11. maddenin dışında bırakıldığı ve sendikaya üye olmaya zorlamanın bu maddenin amacına uygun olduğu anlamına gelmez. Sözleşme'nin 11. maddesinin, sendika üyeliği alanında her türlü zorlamaya izin verecek şekilde yorumlanması, bu maddenin düzenlemeyi amaçladığı özgürlüğün özünü zedeler (*Young, James ve Webster*, *§52*). Bir kişiyi belirli bir derneğe üye olmaya zorlama her zaman Sözleşme anlamında sorun oluşturmasa bile, belirli bir zorlama şekli, 11. madde ile korunan örgütlenme özgürlüğünün özüne zarar verebilir (*Gustafsson*, *§45*). Örgütlenme özgürlüğünün amaçlarından birinin, Sözleşme'nin 9 ve 10. maddelerinde güvence altına alınan kişisel düşüncelerin korunması hakkı olduğunu göz önünde bulundurmak gerekmektedir; bu koruma, negatif örgütlenme özgürlüğü ve pozitif örgütlenme özgürlüğünün birlikte güvence altına alınmasıyla sağlanabilmektedir (*Chassagnou ve Diğerleri, §103*). Bu bağlamda, kişisel özerklik kavramı, Sözleşme'deki güvencelerin yorumlanmasının altında yatan bir ilkedir. Bu kavram, 11. maddede zımni olarak kabul edilen kişinin seçim yapma hakkının önemli bir sonucu ve bu maddenin negatif yönünü ortaya koyan önemli bir unsurudur (*Sorensen ve Rasmussen*, *§54*).

Mahkeme'nin yerleşik içtihadı uyarınca Sözleşme'nin 11. maddesi, sendika içinde ortak hareket edilmesi yoluyla sendika üyelerinin mesleki çıkarlarını koruma ilkesini içermektedir. Sözleşmeci Devletler ortak harekete izin vermeli, hareketin seyrini ve gelişimini mümkün kılabilmelidirler. Sözleşme'nin 11(1). fıkrasında geçen 'çıkarlarını korumak için' deyimi, Sözleşme'nin, sendikal faaliyetler yoluyla sendika üyelerinin mesleki menfaatlerini koruma özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Sözleşmeci Devletler bu sendikal faaliyetlere hem izin vermeli hem de imkân tanımalıdır. Bu nedenle sendikalar, üyelerinin menfaatlerini koruyabilmek için, sendikanın görüşünün dinlenmesi hakkına sahiptirler (*Belçika Polis Sendikası*, *§39*).

Sözleşme'nin 11. maddesi, esas itibarıyla kişiyi maddedeki hakların kullanılması sırasında kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumayı amaçlamaktadır. Ayrıca bu madde, söz konusu haklardan etkili bir şekilde faydalanılmasını sağlamak için devletin pozitif yükümlülüğünü de gerekli kılabilir.

Üyelerin çıkarlarını koruma

Mahkeme ilk kararlarında 11. maddenin toplu iş sözleşmesi imzalama hakkını güvence altına almadığını belirtmişti (*İsveç Makinistler Sendikası*, *§39*). Mahkeme, *Wilson ve Gazeteciler Ulusal gazeteciler Birliği ve Diğerleri – Birleşik Krallık* davasında, sendikal hakkın etkili bir şekilde kullanılması için toplu iş sözleşmesi gerekli olmasa bile, üyelerinin hak ve menfaatlerini koruyabilmek için sendikaların başvurulabilecekleri yöntemlerden biri olabileceğini belirtmiştir. Sendika öyle ya da böyle, bir şekilde üyeleri adına söyleyeceklerinin dinlenmesi için işvereni ikna etme şekillerini arama konusunda serbest olabilmelidir.

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 11(1). fıkrası, sendikanın görüşünün dinlenmesini sağlayan usullerin seçiminde Sözleşmeci Devletleri serbest bırakmıştır. Sendikalarla istişare etmek bu usullerden sadece biridir; ancak başka usuller de vardır. Sözleşme sadece, ulusal hukukta sendikalara kendi üyelerinin çıkarlarını korumaları için 11. maddeye aykırı düşmeyecek şartlarda çalışma imkânı verilmesini gerektirmektedir. Bu çerçevede bir sendikaya sesini duyurma imkânı sağlayan grev hakkı, sendika üyelerinin çıkarlarının korunması açısından önemli bir unsurdur (*Schmidt ve Dahlström*, *§36*). Mahkeme grev hakkının, ILO'nun gözetim organları tarafından, Sendika Özgürlüğüne ve Örgütlenme Hakkının Korunmasına İlişkin 87 numaralı ILO Sözleşmesinin ayrılmaz bir parçası olarak kabul edildiğini hatırlatmıştır (*Demir ve Baykara [BD]*; *Enerji Yapı-Yol Sen*, *§24*). Bu kararlarında Mahkeme ayrıca Avrupa Sosyal Şartı'nın grev hakkını, toplu görüşme hakkının etkin işleyişini sağlamaya yönelik bir yöntem olarak kabul ettiğini belirtmiştir.

Demir ve Baykara – Türkiye kararına konu olan olayda başvurucular K. Demir Tüm Bel-Sen sendikasının bir üyesi, V. Baykara ise bu sendikanın genel başkanıdır. Tüm Bel-Sen sendikası 1990 yılında, 657 sayılı Devlet Memurları Kanununa tabi devlet memurları tarafından kurulmuştur. 27 Şubat 1993 tarihinde, Tüm Bel-Sen ile Gaziantep Büyükşehir Belediyesi arasında, 1 Ocak 1993 tarihinden geçerli olacak şeklide iki yıllık bir toplu iş sözleşmesi imzalanmıştır. Bu sözleşme, Gaziantep Büyükşehir Belediyesi'ndeki çalışma şartlarını ve ücretler ile ödeme hususlarını kapsamaktadır. Gaziantep Büyükşehir Belediyesi'nin toplu iş sözleşmesi hükümlerini yerine getirmemesi üzerine, birinci başvurucu sendika temsilcisi sıfatıyla 18 Haziran 1993 tarihinde Gaziantep Asliye Hukuk Mahkemesi'nde dava açmış ve bu davayı ilk derece mahkemesi önünde kazanmıştır. Ancak Yargıtay, devlet memurlarının sendika kurmaları konusunda hukuki bir engel bulunmamakla birlikte, memurların yürürlükteki pozitif hukuka göre toplu iş sözleşmesi imzalama yetkisi bulunmadığını belirterek kararı bozmuştur. İlk derece mahkemesi, Türkiye'nin de onayladığı Uluslararası Çalışma Örgütü Anayasası gibi uluslararası sözleşmeler ışığında bu eksikliğin kapatılabileceği gerekçesiyle, ilk kararında direnmiştir. Ancak Yargıtay ilk derece mahkemesi kararını yeniden bozmuştur.

Demir ve Baykara kararında Mahkeme, yerleşik içtihadına göre Sözleşme'nin 11(1). fıkrasının, sendika üyelerine çıkarlarını koruyabilmek amacıyla seslerini duyurmalarına imkânı tanıdığını hatırlatmıştır. Elbette bu amaca ulaşabilmek için uygulanacak olan yöntemleri belirleme konusunda ulusal makamların bir takdir alanı mevcuttur. Ancak bir sendika, öyle ya da böyle, bir şekilde üyeleri adına söyleyeceklerinin dinlenmesi için işvereni ikna etme şekillerini arama konusunda serbest olabilmelidir. Bu çerçevede Mahkeme, toplu iş sözleşmesi imzalama hakkının Tüm Bel-Sen için üyelerinin çıkarlarını sağlama ve korumanın tek yolu olabileceği hususunu göz ardı etmediğini belirtmiştir. Mahkeme, söz konusu davada daha önce başvurucular ile işveren arasında imzalanmış olan toplu iş Sözleşmesinin, Tüm Bel-Sen bakımından, üyelerinin çıkarlarını korumanın tek yolu olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle Mahkeme'ye göre, başvurucu sendika

ile idare arasında imzalanan ve iki yıldır uygulanan toplu iş sözleşmesinin iptal edilmesi başvurucuların örgütlenme özgürlüğüne haklı olmayan bir müdahaledir.

Zorunlu kesinti

Vördur Olafsson – İzlanda davasında Mahkeme, bir zorunlu kesinti uygulamasını incelemiştir. Duvar ustası olan başvurucu, Duvar Ustaları Derneğine üyedir. Endüstri vergisi ile ilgili yasa, kendisinin üye olmadığı ve derneğinin bağlı olmadığı bir kuruluşa (İEF) 'endüstri vergisi' adı altında katkıda bulunulması zorunluluğunu getirmektedir. Başvurucu, yasal olarak endüstri vergisi ödeme zorunluluğu nedeniyle örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmiştir. Hükümet ise, 11. madde anlamında başvurucunun örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale yapılmadığını savunmuştur. Başvurucu ilgili kuruluş üyesi değildir ve hiçbir zaman üye olmaya da zorlanmamıştır. Hükümete göre başvurucu, 300,000 nüfusluk bir ülkede endüstri vergisini veren 10,000 kişiden bir tanesidir. Bu vergi çok yüksek değildir, sadece cironun yüzde 0,08'dir. Endüstri vergisi bir aidat değildir, ama 1993 tarihli yasada yasakoyucu tarafından açıkça belirtildiği gibi İzlanda endüstrisinin gelişmesi amacına yönelik bir katkıdır.

Mahkeme, sendika kurma ve üye olma hakkının örgütlenme özgürlüğünün özel bir yönünü oluşturduğunu ve seçim hakkının kullanılmasının bu özgürlüğe bağlı olduğunu hatırlatmıştır. Mahkeme'ye göre bu davada başvurucu, yasa tarafından şahsen seçmediği bir özel hukuk organizasyonuna mali bir destek sunmak zorunda kalmıştır. Bu organizasyon, başvurucunun görüşlerine ve politik çıkarlarına aykırı politikalar savunmaktadır. Mahkeme ayrıca, endüstri vergisinden dolayı kişisel olarak yıllık katkının az olmasına rağmen, bu vergi rejiminin sistematik olması, sürekliği ve kapsamı dikkate alındığında, bunun başvurucu üzerinde büyük etkilerinin olduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, Avrupa Sosyal Haklar Komitesi'nin (Avrupa Sosyal Şartı'nın 5. maddesi ile ilgili), ILO Sendika Özgürlüğü Komitesi'nin (87 sayılı sendika özgürlüğü ve sendikal hakların korunması ile ilgili) vardığı sonuçları dikkate almıştır. Buna göre, bir sendikaya üye olmayan şahıslara, bu sendikaya aidat ödeme sorumluluğu yüklenmesi ve hükümetin bir sendikayı kayırması veya ona karşı ayrımcı davranması, bu şahısların istedikleri organizasyonları kurma ve bunlara üye olma haklarıyla uyumlu değildir. Bu gerekçelerle Mahkeme, yasal olarak başvurucunun endüstri vergisi ödemek zorunda kalmasının, başka bir derneğe üye olması ve mesleki çıkarlarını korumak açısından, başvurucunun tercih hakkını engellediği ve örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, bu tedbirin demokratik bir toplumda gereklilik kriteri "toplumsal ihtiyaç baskısı"na cevap vermediği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, sendika özgürlüğü konusunda, işçiler ve işverenlerin çıkarları arasında makul bir denge kurulmasını zorlaştıran politik ve sosyal sorunların hassasiyeti ve ulusal sistemlerde bu konuda var olan farklılıklar göz önüne alındığında, devletler, sendikaların kendi üyelerinin çıkarlarını korumalarına müdahale konusunda geniş bir takdir alanına sahiptirler. Ancak bu takdir alanı sınırsız değildir. Bir müdahalenin örgütlenme özgürlüğü ile uyumlu olup olmadığını son olarak belirleme yetkisi Mahkeme'ye aittir. Mahkeme'ye göre olayda, İzlanda endüstrisinin gelişmesini sağlamanın en iyi yolunun, İEF'ye böyle bir görev verilmesi olduğunu takdir eden İzlanda yasa koyucusunun görüşünü ve Hükümetin gerekçesini kaydetmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre bu davadaki önemli unsur, İEF'nin işlevinin ve sorumluluklarının açık bir şekilde belirlenmemiş olmasıdır; bu organizasyon şeffaflıktan ve başvurucu gibi endüstri vergisini vererek finansal destek olmak zorunda kalan şahıslara karşı sorumluluktan yoksundur. Bu şartlarda Mahkeme, İEF'e kendi üyelerinin çıkarlarını savunma statüsü veren ve başvurucuyu ve İEF'ye üye olmayan diğer şahısları üye olanlara karşı dezavantajlı duruma sokan söz konusu vergi rejimi ile ilgili olarak gerekli güvencelerin olmadığı ve Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Memurlar ve sendikal haklar

Sözleşme'nin 11(2). fıkrasının son cümlesine göre, "bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukardaki hakların kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir". Sözleşme, Taraf Devletin kamu gücünün sahibi olarak işlevleri ile işveren olarak sorumlulukları arasında bir ayırım yapmamaktadır. Aksine, bu maddenin ikinci fıkrasının son cümlesi, devletin "meşru kısıtlamalar"a tabi olan silahlı kuvvetler, polis ya da devletin idare mekanizmasında görevli memurlar haricindeki memurlarının, toplanma ve örgütlenme özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlü olduğunu açıkça dile getirmektedir (*Tüm Haber Sen ve Çınar*, *§29*).

Tüm Haber Sen ve Çınar – Türkiye kararına konu olan olayda, posta hizmetlerinde çalışan memurların kurdukları sendikanın, memurlara sendika kurma hakkı tanınmadığı gerekçesiyle kapatılmasıyla ilgilidir. Mahkeme bu işlemi 11. maddeye aykırı görmüştür. Mahkeme'ye göre:

> "35. Demokratik bir toplumda böyle bir müdahalenin gerekliliği konusunda Mahkeme, silahlı kuvvetler, polis veya devletin idaresine ait personelin sendikal haklarının sınırlandırılması için meşru kısıtlamalar getirilebileceğini hatırlatır. Bununla birlikte, 11. maddeye getirilen sınırlamalar dar yorumlanmalıdır; sadece ikna edici ve zorlayıcı nedenler örgütlenme özgürlüğüne getirilen sınırlamaları haklı gösterebilir. ...
>
> 36. Mevcut davada Hükümetin sunduğu gerekçeler, Türk hukukunda uygulandığı şekliyle memurlara, iletişim sektöründe çalışan sözleşmeli memurlara neden mutlak şekilde sendika kurma yasağı getirdiğine ve bu yasağın hangi "toplumsal ihtiyaç baskısına" cevap verdiğine ilişkin bir açıklama içermemektedir."

Tüm Haber Sen ve Çınar kararında Mahkeme, Türkiye'nin tüm çalışanlara sendika kurma hakkı tanıyan 87 nolu İLO Sözleşmesini imzaladığını, ancak Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler arasında bu hakkı tanımayan nadir ülkelerden biri olduğunu kaydetmiştir. Mahkeme'ye göre bu yasak, 11. maddeyi ihlal etmiştir.

Mahkeme, memurların sendikalaşma hakkı konusunda genişletici bir yorum yapmakla birlikte, her memur grubuna bu hakların tanınması konusunda çok açık bir içtihat geliştirdiğini söylemek güçtür. Örneğin *Rekvenyi – Macaristan* kararında, polislerin siyasi partilere üye olmalarının yasaklanmasını 11. maddeye aykırı görmemiştir. Mahkeme'ye göre, kolluk güçlerinin özel durumu dikkate alındığında bu kamu hizmetinin siyasi açıdan tarafsız kalması önemlidir ve bu konuda devletlerin geniş bir takdir alanı vardır.

27.10.1975 4464/70 BELÇİKA ULUSAL POLİS SENDİKASI - BELÇİKA

♦ *toplu görüşme yapmama—polis sendikası* (toplu görüşme yetkisi verilmeyen polis sendikasına üye sayısının düştüğü şikayeti), *sendikaya farklı muamele* (adli polisi ve jandarmayı kapsayan merkez memurları bakımından yürürlükteki istişare usulüne benzer bir usulünün belde ve bölge memurları ve özellikle belde polisleri için de kurulmamış olması) ■ örgütlenme özgürlüğü—sendikal örgütlenme—ayrımcılık yasağı

DAVANIN ESASI

Başvurucu Belçika Ulusal Polis Sendikası kar amacı gütmeyen, özel hukuk hükümlerine tabi bir kuruluştur.

Başvuru konusu olaylar

Başvurucu sendika, rütbeleri ne olursa olsun, kırsal alanda görev yapan polisler dâhil bütün beldelerdeki polis mensuplarının üyeliğine açıktır. Başvurucu sendikanın çeşitli yöreleri temsil eden ve oy kullanma yetkisine sahip olan aktif 99 delegesi vardır. Başvurucu sendikanın 1961'de 7226 olan ve aidat ödeyen üye sayısı, 1974'te 5748'e düşmüştür. Başvurucu sendikaya göre üye oranındaki bu yüzde 20'lik düşüşün nedeni, bu davanın konusu olan, devletin sendikalarla müzakere politikasının bir sonucudur. Bütün beldelerde 12 bin kadar polis görev yapmakta, başvurucu sendika 1974 yılının sonunda bunlardan yaklaşık yarısını temsil etmektedir.[13]

Yerel polis mensupları, yerel memurlar kategorisine girer. Bu polislere idari görevlerle birlikte suçları önleme ve adli polis görevleri de verilmiştir. Bu polisler idari görevleri ve suçları önleme görevleri bakımından, belediye başkanlarının emirlerine tabi olan yerel makamlara bağlıdırlar. Öte yandan bu polisler adli polis görevleri bakımından sadece merkezi hükümete, daha açıkçası adli makamlara tabidir.[14]

İki merkezi polis kuvveti, yerel polisten ayrılmaktadır. Jandarmaya, düzeni sürdürme gibi idari polis görevi ile adli polis görevleri verilmiştir; jandarma, bazı şartlarda askeri görevler de yapar; askeri teşkilat içinde örgütlenmiştir. Öte yandan savcılık makamlarına bağlı olan adli polise sadece adli polislik görevi verilmiştir. Yerel polis mensuplarının sayısı, yerel memurların yaklaşık yüzde 13'ünü ve bütün yerel ve bölge memurlarının yüzde 10'undan daha az bir sayıyı oluşturmaktadır.[14]

Başvurucu sendikanın tüzüğüne göre sendikanın amacı, özellikle sendikal faaliyetler aracılığıyla, Belçika polisinin hakları ve mesleki çıkarları ile ilgili konularda çalışmalar yapmak, bunları korumak, iyileştirmek ve ilerletmek için doğrudan veya dolaylı olarak faaliyette bulunmak şeklinde belirtilmiştir.[15]

İç Hukuk

Belçika Anayasasında örgütlenme özgürlüğü tanınmış ve 1921 tarihli bir yasayla her alanda güvence altına alınmıştır. Belçika ayrıca, Uluslararası Çalışma Teşkilatının Örgütlenme Özgürlüğü ve Teşkilatlanma Hakkının Korunması Hakkındaki 87 sayılı, Teşkilatlanma hakkı ve Toplu Müzakere Prensipleri ile ilgili 98 sayılı Sözleşmelerine taraftır. Bu hükümler serbestçe sendika kurma, sendikalara üye olma veya üye olmama, sendika üyelerinin sendika temsilcilerini serbestçe seçme ve sendikaların teşkilatlarını serbestçe oluşturma haklarını güvence altına almaktadır.[16]

Bu nedenlerle Belçika'da sendikalar kuruluş, örgütlenme, üye kabul etme ve propaganda yapma konusunda kural olarak özgürlüğe sahiptirler. Ancak sendikalar, işveren sıfatıyla

hareket eden kamu makamlarıyla müzakerede her zaman aynı yetkiye sahip değildirler. Kamu makamları, giderek artan sayıdaki sendikalarla istişare yapmaktan kaçınmak amacıyla, istişare edilebilecek sendikaların seçiminde, sendikaların temsil kabiliyetlerine dayanan bazı kriterler getirmişlerdir. Bu kriterler, özel sektör alanında işçi - işveren ilişkileriyle ilgili bazı yasalarda da yer almıştır.[16]

Kamu sektöründe sendikalarla istişare konusunda yapılan ilk düzenleme 20 Haziran 1955 tarihli Kraliyet Kararnamesidir. Bu Kararname sadece devlet memurlarına uygulanmaktadır. Kararname, istişare yapılacak sendikalar bakımından sınırlamalar getirmektedir. İstişareler, her Bakanlık teşkilatı içinde kurulan sendika danışma komitesinde ve Başbakanlığın himayesinde çalışan sendika genel danışma komitesinde temsilcisi bulunan sendikalarla yapılmaktadır. Bu komitelerle, devlet memurlarının statüleri, hizmet ve iş örgütlenmesi, güvenlik, sağlık ve çalışma koşullarının iyileştirilmesi konularında her türlü tasarı hakkında görüşülmektedir.[17]

Bu sendikaların temsil kabiliyetleri değişik bakanlık teşkilatları ve bir bütün olarak devlet idaresindeki durumlarına göre değerlendirilmektedir. Sendikaların temsil kabiliyetleri ile ilgili tek kıstas, kural olarak her dört yılda bir seçimlerle belirlenen üye sayısıdır. Son seçim 1959'da yapılmış, 1963'te yapılması beklenen seçim, 1959 seçimlerinde düşük bir oy yüzdesi alan büyük sendika federasyonlarının talebi üzerine ertelenmiştir.[17]

Savcılıklara bağlı olarak görev yapan adli polis bakımından Hükümet, bu kuvvetlerin mensupları ile sınırlı olan sendikaların istişare hakkını saklı tutmuştur. Hükümet bu sendikaların Belçika'nın üç büyük federasyonu ile bağlantılı olduğunu belirtmiştir. 1975 tarihli Yasaya göre jandarmalar, sadece jandarmalardan oluşan meslek örgütlerine üye olabilirler. Jandarma Ulusal Çalışma Sendikası, bu topluluğu temsil eden tek örgüt olarak tanınmıştır.[17]

Belde ve bölge makamları ile sendikaların ilişkilerini düzenleyen genel kurallar bulunmamaktadır. Yerel makamlar sendikalarla ilişkilerini düzenlemekte serbesttirler. Bazı bölgelerde, milli düzeyde çalışan komiteler gibi, bölgesel düzeyde çalışan sendika danışma komiteleri kurulmuştur. Böyle komitelerin kurulmadığı bölgelerdeki sendikalar, ülkenin her yanında olduğu gibi, taleplerde bulunabilmekte, hiç bir temsil şartına bağlı olmaksızın bir üyeye temsil yetkisi verebilmektedirler.[18]

Yerel ve bölge makamlarının denetim amiri olan İçişleri Bakanlığı ile yerel ve bölge memurları arasındaki ilişki bakımından durum değişiktir. Bu düzeyle ilgili olarak sendikalarla istişare 27 Temmuz 1961 tarihli yasayla getirilmiştir. Bu yasanın 9. maddesi, Kraliyet tarafından konuyla ilgili olarak yapılacak genel düzenlemelerin, belde ve bölgelerde en fazla memuru temsil eden sendikaların temsilcileriyle görüşüldükten sonra çıkarılmasını öngörmekte ve istişare biçiminin Kraliyet tarafından belirleneceğini belirtmektedir. Yine bu yasaya göre temsil kabiliyetine sahip örgütlerle personel politikası, işe alma, personelin çalışma koşullarının iyileştirilmesi, belde ve bölge memurlarının maaş cetvelleri ile özel tazminatları, belirli tazminatları ve hakları düzenleyen genel kurallar, bakanlık personelinin durumunda meydana gelen değişikliklere göre uyumlaştırma, polis müdürlüğüne ve müdür yardımcılığına atanma ve yükselme ölçüleri konusunda istişare edilmektedir.[19]

İstişare iki açıdan önemlidir. Birincisi Hükümet, temsil edilen örgüte görüşünü sormak zorundadır. İkincisi istişare yapılırken, Hükümet hazırladığı tasarılar hakkında temsil edilen örgütleri bilgilendirmekte ve herhangi bir karar alınmadan önce bu örgütlerin görüşlerinin bilinmesini sağlamaktadır. İstişare mekanizması, yukarıda belirtilen konularda Yasa, Kraliyet Kararnamesi, Bakanlık talimatı ve genelgesi gibi her türlü hukuki düzenlemenin hazırlanmasında çalıştırılmaktadır. Eğer bir örgüte temsil yeteneği tanınmamış ise, bu

örgüt istişare sürecine katılamaz; ancak yine de taleplerini üst makamlara iletebilir ve kendisinin de bu konuda dinlenmesini isteyebilir.[21]

Temsilci gönderme yetkisine sahip sendikalarla istişare tarzı ilk kez 23 Ekim 1961 tarihli Kraliyet Kararnamesi ile düzenlenmiştir. Kararname İçişlerine bağlı bir istişare komitesi kurulmasını ve sadece adı belirtilen dört büyük sendika federasyonunun temsilcilerinin yer almasını öngörmüştür. Ancak 2 Ağustos 1966 tarihli Kararname ile bu komitelere üyelik konusunda köklü bir değişiklik yapılmıştır. Bundan sonra belirli sendikaların temsilcilerinin komitelere atanması yerine, 'bölgelerde ve beldelerde personeli en fazla temsil kabiliyetine sahip sendikalardan temsilcilerinin atanması' yöntemi getirilmiştir. Kararnamenin 2(2) fıkrası, 'en fazla temsil kabiliyetine sahip' olmaktan ne anlaşılması gerektiğini açıklamaktadır. Buna göre, 'en fazla temsil kabiliyetine sahip örgüt' terimi, bulundukları belde ve bölgelerde bütün memurların üyeliğine açık olan ve personelin mesleki çıkarlarını korumak için faaliyette bulunan örgüt şeklinde anlaşılacaktır. Kararname, sendikaların göndereceği bilgiler doğrultusunda o sendikanın 'en fazla temsil kabiliyetine sahip örgüt' olup olmadığını belirleme yetkisini İçişleri Bakanlığına vermektedir.[22-24]

Dört büyük sendikanın bu ölçülere uydukları tespit edilmiştir. Başvurucu sendikaya mensup yaklaşık 1500 kadar polis, istişare yetkisine sahip bu sendikaların da üyesidirler.[24]

Başvurucu sendikanın taleplerinin reddi

Başvurucu sendika, 22 Eylül 1966 tarihinde İçişleri Bakanlığından 'en fazla temsil kabiliyeti bulunan sendika' statüsünün tanınmasını istemiştir. 14 Şubat 1967 tarihli Bakanlık yazısına göre, başvurucu sendikanın yukarıdaki ölçüleri taşımadığı gerekçesiyle bu statü tanınmamıştır. Başvurucu sendika ayrıca 25 Ekim 1966'da Yüksek İdare Mahkemesine başvurarak, bu şartların Yasaya aykırı olduğu gerekçesiyle iptalini istemiştir. Bu mahkeme söz konusu talebi 6 Kasım 1969 tarihli kararıyla reddetmiştir.[26-28]

19 Aralık 1974 tarihli bir yasa, kamu makamları ile bu kamu kuruluşlarında çalışanların üye oldukları sendikalarla ilişkilerini yeniden düzenlemiş ve kamu makamları ile sendikalar arasında yetkisini, konularını ve usulünü belirlemiştir. Bu yasanın uygulanmasında, askeri kuvvetler mensupları istisna edilmiştir; ancak bu yeni yasa sadece idari personele, diğer kamu kuruluşlarına ve özellikle adli makamlara yardımcı olan hizmet mensuplarına değil, ama ayrıca belde ve bölgede görev yapan polislere de uygulanabilecektir. Müzakere usulü bakımından Kraliyet, 'Milli Kamu Hizmetleri Komitesi', 'Yerel ve Bölgesel Kamu Hizmetleri Komitesi', 'Bütün Kamu Hizmetleri Ortak Komitesi' ve ayrıca 'özel komiteler' kurmuştur. Kraliyet bu komitelerin kompozisyonunu ve işleyişini, sadece 'temsil kabiliyetine sahip sendikaların' yer alabileceği şekilde düzenleyecektir.[30]

Başvurucu sendikanın yeni yasayla temsil kabiliyetini kazanamayacağı da anlaşılmıştır.[30]

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucunun şikâyetleri şu şekilde özetlenebilir: Başvurucu Belçika Ulusal Polis Sendikası, bölge ve belde memurları bakımından kadrolaşmanın yapısı, işe alma şartları ve meslekte ilerleme, maddi tazminat ve maaş çizelgesi konularında İçişleri Bakanlığı ile istişare edebilmek için, en fazla temsil kabiliyetine sahip örgüt olarak tanınmak gerektiğini, ancak kendisine bu statüsünün Hükümet tarafından tanınmadığından şikâyet etmektedir. Bu istişare sürecinden dışlanan sendika, bu tür memurların menfaatleri ve yerel polise özgü sorunlar bakımından, sonuç olarak diğer üç sendika ile karşılaştırıldığında dezavantajlı duruma sokulduğunu ileri sürmektedir. Başvurucuya göre, 2 Ağustos 1966 tarihli Kraliyet Kararnamesinin 2(2) fıkrası, sendikanın faaliyet alanını önemli ölçüde

sınırlamakta ve bu suretle yerel polis mensuplarını, polisliğin özel konumu ile 'siyasal' niteliği bağdaşmayan 'en fazla temsil kabiliyetine sahip diğer sendikalara' girmeye zorlamaktadır. Başvurucuya göre ayrıca, Hükümet, devlete tabi diğer polis kuvvetlerine, yani savcılığa bağlı adli polise ve jandarmaya istişare sürecinde özel bir yer ayırmaktadır.[32]

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 11(1). fıkrasındaki sendika özgürlüğü, örgütlenme özgürlüğünün bir şekli ve özel bir yönüdür. Ancak bu madde, devletin sendikalara veya onların üyelerine belirli bir biçimde davranmasını (istişare etmesini) güvence altına almamaktadır. Bu maddede sendikaların devletten belirli bir biçimde muamele görme (istişare edilme) hakkı belirtilmediği gibi, bütün Sözleşmeci Devletlerin iç hukuklarında ve uygulamalarında bu tür bir hakkı içselleştirdikleri veya böyle bir hakkı sendika özgürlüğü bakımından vazgeçilmez kıldıkları da söylenemez. Sendikalarla ilgili konular, Avrupa Konseyi çerçevesinde yer alan 18 Ekim 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'nda ayrıntılı olarak işlenmektedir. Bu Şartın 6(1). fıkrası, Sözleşmeci Devletleri 'işçi ve işveren arasında bileşik bir istişare geliştirme' ile yükümlendirmektedir. Ancak bu fıkrada kullanılan dikkatli ifade tarzı, Şartın gerçek bir istişare hakkı sağlamadığını göstermektedir. Yine Şartın 20. maddesi, Şartı onaylayan Devletlere istişare ile ilgili Şartın 6(1). fıkrasını kabul etmeme imkânı vermektedir. Bu nedenle, sendikaların devletle istişare hakkının üstü örtülü olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11(1). fıkrasında yer aldığı düşünülemez.[38]

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 11(1). fıkrasında geçen 'çıkarlarını korumak için' deyimi, Sözleşme'nin, sendikal faaliyetler yoluyla sendika üyelerinin mesleki menfaatlerini koruma özgürlüğünü güvence altına almaktadır. Sözleşmeci Devletler bu sendikal faaliyetlere hem izin vermeli hem de imkân tanımalıdır. Bu nedenle menfaatlerini korunması için sendika üyeleri sendikanın görüşünün dinlenmesi hakkına sahiptir.[39]

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 11(1). fıkrası, sendikanın görüşünün dinlenmesini sağlayan usullerin seçiminde Sözleşmeci Devletleri serbest bırakmıştır. Sendikalarla istişare etmek bu usullerden sadece biridir; ancak başka usuller de vardır. Sözleşme sadece, ulusal hukukta sendikalara kendi üyelerinin çıkarlarını korumaları için, Sözleşme'nin 11. maddesine aykırı düşmeyecek şartlarda çalışma imkânı verilmesini gerektirmektedir. Olayda başvurucu sendikanın Hükümet ile yüz yüze gelerek çeşitli faaliyetlerde bulunabileceği tartışmasızdır. Başvurucu sendika, taleplerde bulunabilir ve kendi üyelerinin çıkarlarını korumak için onları temsil edebilir. Başvurucu sendika, taleplerinin Hükümet tarafından ihmal edildiğinden herhangi bir biçimde şikâyetçi de olmamıştır. Bu çerçevede İçişleri Bakanlığının 27 Temmuz 1961 tarihli Yasaya göre, başvurucu sendika ile istişare etmemesi, tek başına ele alındığında Sözleşme'nin 11(1). fıkrasındaki sendika özgürlüğünü ihlal etmez.[40]

Başvurucu, sendikaya üye olma ve üye kalma bireysel özgürlüğünün de ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Mahkeme'ye göre, 2 Ağustos 1966 tarihli Kraliyet Kararnamesine rağmen, her bir belde polisi bu özgürlüğe sahiptir. Başvurucu sendikanın üye sayısının düşmesi, başvurucu sendikanın da ileri sürdüğü gibi, diğer sendikalara göre dezavantajlı duruma sokulmuş olmasıyla kısmen açıklanabilir. Sendikanın bu durumu, başvurucu sendikaya üye olmanın pratik değerini ve yararlılığını zayıflatabilir. Ancak bu durum, Belçika Hükümetinin istişare edilebilecek örgütlerin sayısını kısıtlama politikasının bir sonucudur. Bu politika kendi başına sendika özgürlüğüne aykırı düşmez. Bu politikanın uygulanması için alınan tedbirler Sözleşme'nin birlikte ele alınan 11 ve 14. maddelerine aykırı düşmedikçe, Mahkeme'nin denetimi dışındadır. Bu nedenlerle Mahkeme, Sözleşme'nin 11(1). fıkrasındaki sendika özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. İkinci fıkraya göre Mahkeme'den inceleme yapması da istenmemiştir.[41-42]

II. Sözleşme'nin 11. maddesiyle birlikte 14. maddesinin ihlali iddiası

Mahkeme, başvurucu sendikanın şikâyetçi olduğu 'farklı muamelenin', birlikte ele alınan 11 ve 14. maddelere aykırı olup olmadığı hakkında karar vermek durumundadır.

Sözleşme'nin 14. maddesinin bağımsız bir varlığı yoktur; bu madde, Sözleşme ve Protokollerdeki normatif hükümleri tamamlayıcı niteliktedir. Sözleşme'nin 14. maddesi, birbirleriyle karşılaştırılabilir durumda bulunan bireyleri ve birey gruplarını, Sözleşme ve Protokollerde belirtilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü ayrımcılığa karşı korumaktadır. Tek başına ele alındığında, bir hak ve özgürlüğü içeren bir maddenin şartlarına uygun bulunan bir tasarruf, 14. madde ile birlikte ele alındığında ayrımcı bir niteliğine sahip olması nedeniyle normatif hükümlere aykırı olabilir. Bu nedenle 14. madde, hak ve özgürlükleri düzenleyen her bir maddenin bütünleyici bir parçasıdır. Bu tespitler, bir hakkın Sözleşme'de yer aldığı ancak devletin yükümlülüğünün açıkça tanımlanmadığı hallerde özellikle uygulanır; bu durumun sonucunda devlet, bu hakkın kullanılmasını mümkün ve etkili kılacak araçları daha fazla seçme imkânına sahip olur. Sözleşme'nin 11(1). fıkrasındaki hak, bu türden bir haktır.[44]

Mahkeme, daha önce başvurucu sendikanın diğer sendikalara göre istişare konusunda dezavantajlı bir durumda olduğunu tespit etmiştir. Sendikalarla istişare konusu, 11(1). fıkrası tarafından Sözleşmeci Devletlerin takdir alanına bırakılmıştır. İstişare, bu hükümle güvence altına alınan hakkı kullanma usullerinden biridir. Güvence altına alınan hak ise sendikaların görüşlerinin Devlet tarafından dinlenmesidir. İstişare usulü, Belçika Devleti tarafından sendika üyelerinin mesleki çıkarlarının sendikal faaliyetler yoluyla korunması için seçilen bir usuldür. Bu nedenle Sözleşme'nin 14. maddesi bu bağlamla ilgilidir.[45]

Mahkeme'ye göre, farklılık yaratan her muamele ayrımcılık sonucunu doğurmaz. Eğer farklılaştırma, hiç bir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele ilkesi ihlal edilmiş olur. Haklı sebebin var olup olmadığı, alınan tedbirin amacı ile doğuracağı sonuç arasındaki ilişkiye göre değerlendirilir; bu değerlendirme sırasında demokratik bir toplumda hüküm süren ilkelere dikkat edilir. Farklı muamelenin, sadece meşru bir amaca sahip olması yetmez; gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantının bulunmadığının açıkça ortaya konması halinde, 14. madde yine ihlal edilmiş olur.[46]

Mahkeme'nin buradaki görevi ele alınan farklı muamelenin ayrımcılık niteliğine sahip olup olmadığını değerlendirmektir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, Sözleşme'yle düzenlenen konularda alacağı tedbirleri serbestçe seçme hakkına sahip olan yetkili kamu makamlarının işlevini üstlenemez. Mahkeme'nin denetimi, bu tedbirlerin Sözleşme'ye uygunluğunu denetim ile ilgilidir.[47]

Başvurucu sendika, belde ve bölgelerdeki bütün memurların üyeliğine açık diğer üç sendikadan farklı olarak, kendisinin İçişleri Bakanlığı tarafından istişareye kabul edilmemesinden şikâyet etmektedir. 2 Ağustos 1966 tarihli Kraliyet Kararnamesi, başvurucu sendika gibi 'meslek kategorisine dayanan sendikaların' zararına eşitsiz bir muameleye sebep olduğu daha önce tespit edilmiştir. Ancak Hükümet, sendika anarşisinden kaçınmak istediğini, belde ve bölgelerdeki bütün memurların mesleki yararlarını dikkate alan, somut ve dengeli bir memur politikasını gerçekleştirmenin gerekliliğini düşündüğünü belirtmiştir.[48]

Mahkeme'ye göre, Hükümetin bu amacının kendisi, Hükümetin kötü niyetli olduğunu düşündürtmeyecek kadar meşru bir amaçtır. Ayrıca, Hükümetin diğer üç sendikaya siyasal bağlantılarından dolayı ayrıcalık sağlamak istediğini gösteren bir delil yoktur. Tartışma konusu hükümler, bunun dışında, belde ve bölgelerdeki bütün memurların üyeliğine

açık bulunan bir sendikanın bulunması halinde, İçişleri Bakanlığını böyle bir sendika ile istişarede bulunmaya zorlamaktadır.[48]

Mahkeme'ye göre, Sözleşmenin 11 ve 14. maddeleri Belçika Hükümetini, adli polisi ve jandarmayı kapsayan merkez memurları bakımından yürürlükteki istişare usulüne benzer bir usulü belde ve bölge memurları ve özellikle belde polisleri için de kurmaya zorlamamaktadır.[48]

Başvuru sendika üyelerinin karşılaştıkları dezavantajlı durum, istişare edilen sendikaların üyelerinin durumu ile karşılaştırıldığında, haklı görülebilir mi? İstişare, belde ve bölgelerdeki bütün memurların genel sorunları ile ilgili olduğu ölçüde, 2 Ağustos 1966 tarihli Kraliyet Kararnamesinin 2(2). fıkrasındaki tedbir, amacın gerçekleştirilmesi için uygun bir araçtır. Münhasıran belde polisini ilgilendiren konularda, örneğin polis müdürünün veya müdür yardımcısının atanması konularında istişare edilmemesinin 11 ve 14. maddelere aykırı olup olmadığı da incelenmiştir. Bu özel konular, zorunlu istişareye tabi olan konuların sadece bir kısmını oluştur. Benzer sorunlar, diğer kategorideki memurlar bakımından da ortaya çıkabilir. Bu nedenle Hükümetin, Kraliyet Kararnamesinin ilgili hükmüne istisna getirmek istememesi anlaşılabilir bir durumdur.[49]

Mahkeme, getirilen kuralın tektipleştirici niteliği nedeniyle Hükümetin sendikalarla ilgili tedbir alma yetkisini aştığı sonucuna varılamayacağı görüşündedir. Mahkeme, başvurucu sendikanın karşılaştığı dezavantajlı durumun Hükümet tarafından izlenen meşru amaç karşısında aşırı olmadığı sonucuna varmaktadır. Orantılılık prensibi ihlal edilmemiştir. [49] Bu nedenlerle Mahkeme olayda, sendika özgürlüğü bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edilmediğine;
2. Dörde karşı on bir oyla, birlikte ele alındığında Sözleşme'nin 11 ve 14. maddelerinin ihlal edilmediğine;

KARAR VERMİŞTİR.

06.02.1976 5614/72 İSVEÇ MAKİNİSTLER SENDİKASI - İSVEÇ

♦ *toplu sözleşme yapmama—toplu görüşme* (sendikaya toplu sözleşme yapma yetkisi tanınmamasının sendikanın zayıflamasına yol açtığı şikayeti), *sendikaya farklı muamele* (bağımsız ve küçük sendikayla toplu sözleşme yapılmamasının bu sendikayı diğer sendikalar karşısında dezavantajlı bir duruma soktuğu şikayeti) ■ örgütlenme özgürlüğü—sendikal örgütlenme—ayrımcılık yasağı

DAVANIN ESASI

Başvurucu İsveç Makinistler Sendikası, 1958 yılında kurulmuştur. Bu sendika, İsveç Devlet Demiryollarında çalışan beş altı bin kadar işçinin üyeliğine açıktır. 1975 yılında sendikanın 1.100 üyesi vardır. Sendikanın üye oranı, üye olabileceklerin yüzde yirmi - yirmi beşi arasındadır. İşçilerin yüzde sekseni, Devlet İşçileri Sendikası'nın üç önemli federasyonundan biri olan Demiryolları Federasyonuna üyedir.

İsveç'te özel sektörde çalışan işçiler yaklaşık yüz yıldır, sendika kurma, sendikalara üye olma ve Devletin müdahalesine maruz kalmadan mesleki menfaatlerini korumak için faaliyette bulunma haklarını kullanmaktadır. İş hukukunun pratikte gelişen prensipleri, Toplu Sözleşme Yasası (1928), İş Mahkemeleri Yasası (1928), Teşkilatlanma ve Müzakere Hakkına dair Yasa (1936) ile düzenlenmiştir.

1936 tarihli yasanın 3. maddesi sendika kurma ve sendikalara üye olma hakkını düzenlemektedir. Bir sendika üyesinin sendika hakkının başka bir kişi tarafından ihlal edilmesi, üyesi bulunduğu sendikanın ilişkilerine müdahale sayılabilecek nitelikte ise, sendika bu yasanın korumasından yararlanır ve zararları tazmin edilir. Yasanın 4. maddesi müzakere hakkını düzenlemekte ve bu hakkı, "çalışma koşulları ve işçi ile işveren ilişkileri konusunda müzakere başlatmak" şeklinde tanımlamaktadır. Müzakere hakkı, diğer tarafa müzakerelere girme, müzakere için yapılan toplantılara katılma ve gerekiyorsa, anlaşmazlık konuları üzerinde önerilerde bulunma yükümlülüğü yüklemektedir. Bu hüküm, başvurucu sendika da dâhil, bütün sendikalara uygulanmaktadır. İş Mahkemesinin 1972 tarihli bir kararına göre, müzakerenin bir anlaşma ile sonuçlanması zorunlu değildir.

Sözü edilen üç yasa, 1 Ocak 1966 tarihinden itibaren yürürlüğe giren bir yasa ile kamu sektöründe de uygulanmaya başlanmıştır. Bu yasa ayrıca, bazı istisnalar dışında, İsveç Milli Toplu Sözleşme Müdürlüğü ile Devlet çalışanlarının üye oldukları sendikalar arasında toplu sözleşmeler yapılmasını da öngörmektedir. İsveç sendikal hareketinin merkezileşmiş yapısı, bu reformun yapılmasını kolaylaştırmıştır. Aralık 1965'te Toplu Sözleşme Müdürlüğü ile Devlet çalışanlarını temsil eden federasyon veya konfederasyon şeklindeki bu dört büyük teşkilat arasında yapılan Temel Sözleşme, bu reformun gerçekleşmesine katkıda bulunmuştur.

Kamu kesiminde 500 bin kadar çalışanın 450 bin kadarı bu büyük teşkilatlara üyedir. Bunun yanında 40 kadar sendika da bu teşkilatlarla bağlantılıdır. Başvurucu sendika gibi bir kaç bağımsız sendikanın toplam 2 bin kadar üyesi vardır.

Sözü edilen Temel Sözleşme'nin 4. maddesine göre, Toplu Sözleşme Müdürlüğü ile büyük teşkilatlar aksine karar vermedikçe, bir toplu sözleşme yapmak amacıyla Toplu Sözleşme Müdürlüğü ile çalışanlar adına bu büyük teşkilatlar arasında müzakereler yürütülür. Ancak bu, belirli bir örgütle kendisini ilgilendiren konularda müzakere yapılmasını engellemez. Buna göre, bazı bağımsız sendikalarla ayrı bir toplu sözleşme de yapılabilmiştir.

Bazı kamu sektörlerinin Toplu Sözleşmeleriyle ilgili 30 Haziran 1965 tarihli Kraliyet Kararnamesi, yapılan bir toplu sözleşmenin, bu sözleşmenin kapsamadığı işçilere de teşmil edilmesine imkân vermektedir.

İşçi temsilciliğinin belirli biçimleri, toplu sözleşmenin tarafları ile sınırlanmıştır. Bu çerçevede başvurucu sendika, Merkez Çalışma Konseyi'nde ve Çalışma Saatleri Konseyi'nde temsil edilememektedir. Başvurucu sendika ayrıca, 31 Mayıs 1974 tarihli, İşyerlerinde Sendika Temsilcilerinin Statüsü Hakkındaki Yasada öngörülen işyerlerinde sendika temsilcisi görevlendirmemektedir.

Yukarıda sözü edilen yasalar yakın tarihlerde birçok değişikliğe uğramıştır. 1975 tarihli yeni İsveç Anayasası, kamu ve özel sektörde sendikal hakları tanımıştır. İş uyuşmazlıklarının çözüm usulüne dair 31 Mayıs 1974 tarihli yasa 1928 tarihli İş Mahkemeleri Yasasını kaldırmıştır. 1 Temmuz 1974 tarihinden itibaren, bir sendika toplu sözleşmenin tarafı olsun veya olmasın, bu tür toplu sözleşme hükümlerinin yorumlanması ile ilgili uyuşmazlıkları mahkemenin önüne getirebilmektedir.

1 Temmuz 1966 ile 31 Aralık 1968 tarihleri arasındaki dönem için devlet çalışanlarının iş ve çalışma şartları konusunda Toplu Sözleşme Müdürlüğü ile dört büyük federasyon arasında bir toplu sözleşme imzalanmış, Müdürlüğün başvurucu sendika ile yaptığı ek bir anlaşma ile söz konusu sözleşme, bu sendikaya üye olan işçilere de teşmil edilmiştir.

Başvurucu sendika Temmuz 1968'de, Müdürlük ile yaptığı ek sözleşmeyi yılsonundan itibaren sona erdirdiğini bildirmiş ve Müdürlüğün kendisi ile ayrı bir toplu sözleşme

yapmasını istemiştir. Toplu Sözleşme Müdürlüğü başvurucu sendika ile ayrı bir toplu sözleşme yapmayı kabul etmemiş, ancak bu sendika ile görüşmeyi sürdürmek istediğini bildirmiştir. Başvurucu sendika 27 Nisan 1969 tarihinde grev ilan etmiş ve 9 Mayıstan itibaren iş bırakılmasına karar vermiştir. Müdürlük ise 13 Mayıstan itibaren geçerli olmak üzere lokavt ilan etmiştir.

Grev kararı 9 Mayısta uygulamaya girmiş, ancak 11 Mayısta greve son verilmiş, böylece lokavt kararını uygulamaya gerek kalmamıştır. Ancak, yapılan greve misilleme olarak Devlet, dört federasyonla aralarında yaptıkları yeni toplu sözleşmenin hükümlerini, geriye yürür olarak başvurucu sendika üyelerine uygulamayı reddetmiştir. Bu nedenle başvurucu sendikaya üye her bir işçinin yaklaşık 400 - 600 kron arasında bir kaybı olmuştur. 12 Temmuz 1969'da Müdürlük ile dört büyük federasyon arasında 1969 ile 1970 yıllarına ilişkin bir toplu sözleşme yapılmıştır. Bu sözleşmenin hükümleri, kamu kesimindeki belirli toplu sözleşmelerle ilgili Kraliyet Kararnamesinin 4. maddesi gereğince, başvurucu sendika üyelerine de teşmil edilmiştir. 28 Haziran 1971'de Müdürlük iki büyük federasyon ile yeni bir toplu sözleşme yapmış, bu sözleşme hükümleri başvurucu sendika üyelerine de teşmil edilmiştir.

Bu dönem için başvurucu sendika, Müdürlüğün kendisi ile ayrı bir toplu sözleşme yapması için isteklerde bulunmuş, ancak bu istekler reddedilmiştir. Başvurucu sendika 18 Haziran 1971'de İş Mahkemesinde dava açarak, Müdürlüğün kendisi ile bir toplu sözleşme yapmak üzere müzakereye girme ve tarafların temel noktalarda uzlaşmaları halinde kendisi ile toplu sözleşme yapma yükümlülüğü bulunduğuna karar verilmesini istemiştir. İş Mahkemesi başvurucu sendikanın taleplerini 18 Şubat 1972 tarihli kararıyla reddetmiştir. Mahkeme'ye göre 1936 tarihli yasa, müzakerelerin başlangıcında taraflardan birinin toplu sözleşme yapmayacağını beyan etmesini engellememekte ve müzakerelerden sonra tarafları toplu sözleşme yapma yükümü altına sokmamaktadır. İş Mahkemesine göre, başvurucunun dayandığı uluslararası belgelere İsveç hukukunun yorumlanması sırasında dayanılabilir; bu belgeler İsveç hukukuna içselleştirilmemiş olsalar da, İsveç hukukunun bu belgelere saygı duyduğu kabul edilmelidir.

Başvurucu sendika toplu sözleşme yapmak amacıyla birçok kez girişimde bulunmuş, ancak bunlardan bir sonuç alamamıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucu sendikaya göre, İsveç Milli Toplu Sözleşme Müdürlüğü, büyük sendika federasyonlarıyla ve nadiren de olsa bağımsız sendikalarla toplu sözleşme yaptığı halde, kendisi ile toplu sözleşme yapmayı reddetmiştir. Müdürlüğün kendisiyle toplu sözleşme yapmayı reddetmesi, sendika bakımından çeşitli olumsuz sonuçlara yol açmaktadır; başvurucu sendikanın örneğin, işyerlerine resmen sendika temsilcisi, güvenlik müfettişi ve çeşitli komitelere temsilci atama imkânı bulunmamaktadır; 1 Temmuz 1974 tarihli yasanın çıkmasından önce, sendikanın İş Mahkemesine başvurma hakkı dahi bulunmamakta idi. Başvurucu sendikaya göre bu uygulama, makinistleri sendikadan uzaklaştırmayı ve böylece sendikanın zayıflamasını ve kapanmasını amaçlamaktadır. Bu nedenle başvurucu sendika, Sözleşme'nin 11. maddesinin ve 14. madde ile birlikte yine 11. maddenin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Sendikaya göre Hükümet, Sözleşme'yi İsveç hukukuna içselleştirmediği için Sözleşme'nin 13. maddesi de ihlal edilmiştir.[34]

Hükümete göre Sözleşme'nin temel amacı, kamu gücünü elinde bulunduran devlete karşı bireyleri korumaktır; Sözleşme, devleti bireylerle olan özel hukuk ilişkilerinde Sözleşme hükümlerine uymakla yükümlü tutmamaktadır. Ayrıca başvurucu sendika, İsveç yasalarına, yürütme veya yargısal makamların tasarruflarına muhalefet etmemekte, İsveç Milli

Toplu Sözleşme Müdürlüğünün, yani 'işveren olarak devletin' tasarrufundan şikâyet etmektedir. Sözleşme özel sektör işverenlerine yüklemediği bir yükümlülüğü devlete yükleyemez.[36]

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin hiç bir yerinde Sözleşmeci Devletlerin kamu gücünü kullanan sıfatı ile işveren sıfatları arasında açık bir ayrım yapılmamıştır. Sözleşme'nin 11(2). fıkrası ayrıca, Sözleşmeci Devletlerin çalışanlarının toplanma ve örgütlenme özgürlüklerine saygı göstermekle yükümlü olduklarını belirtmektedir. Devletin işçileriyle ilişkisi ister özel hukuk isterse kamu hukuku alanına girsin, 11. madde 'işveren olarak devleti' bağlar. İşçilerin şikâyetlerini kamu gücünü kullanan İsveç Devletine veya Toplu Sözleşme Müdürlüğüne yöneltilmiş olmasını dikkate almak gerekmez. Sözleşme'nin 11. maddesinin bireyler arasındaki ilişkide doğrudan veya dolaylı olarak uygulanabilirliği sorunu üzerinde karar verilmesi de gerekli değildir.[37]

Komisyon çoğunluğu, Sözleşme'nin 11. maddesinde sendikaların toplu sözleşmelere katılma ve üyeleri yararına toplu sözleşme yapma hakkının yer aldığı görüşündedir.[38]

Mahkeme'ye göre, bu haklar veya yetkiler tartışma konusu değildir; her ikisi de İsveç hukukuna göre başvurucu sendikaya tanınmıştır; başvurucu sendika bu hakların ihlal edildiğini ileri sürmemiştir. Mahkeme, 11(1). fıkrasının, 'işveren olarak Devletin' işçilerini temsil eden bir sendika ile toplu sözleşme yapmaya girmesini gerektirip gerektirmediğini belirlemelidir.[39]

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 11(1). fıkrası sendika özgürlüğünü, örgütlenme özgürlüğünün özel bir yönü olarak tanımaktadır. Bu madde, toplu sözleşme hakkı gibi, devletin sendikalara veya üyelerine belirli biçimde davranmasını güvence altına almamaktadır. Bu hak 11. maddede yer almadığı gibi, bütün Sözleşmeci Devletlerin ulusal hukuklarında veya uygulamalarına bu hakkı içselleştirdiklerini veya etkili bir sendika hakkının kullanılması için bu hakkı tanımanın kaçınılmaz olduğunu söylemek de mümkün değildir. Bu nedenle toplu sözleşme hakkı, Sözleşme'yle güvence altına alınmış bir hak değildir.[39]

Mahkeme'ye göre, sendikal konular Avrupa Konseyi tarafından 18 Ekim 1961 tarihli Avrupa Sosyal Şartı'n 6(2). fıkrasında düzenlenmiştir. Hükümetin ve Komisyon'un doğru bir biçimde belirttikleri gibi Sosyal Şart, toplu müzakere ve toplu sözleşmenin ihtiyari niteliğini teyit etmektedir. Sosyal Şart, yapılan bir müzakerede hiç bir uyuşmazlık bulunmadığı varsayılsa bile, bunun toplu sözleşme ile sonuçlanması şeklinde gerçek bir hak vermemektedir. Bunun yanında Sosyal Şartın 29. maddesi, Şartı onaylayan bir devlete 6(2). fıkrasındaki kuralı kabul etmeme hakkı tanımıştır. Bu nedenle, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11. maddesinde üstü örtülü olarak toplu sözleşme hakkının tanındığı sonucuna varılamaz.[39]

Mahkeme'ye göre öte yandan, Sözleşme'nin 11. maddesindeki 'menfaatlerini korumak için' ifadesi fazladan söylenmiş sözler değildir. Bu sözler Sözleşme'nin, sendikal faaliyetler yoluyla sendika üyelerinin mesleki menfaatlerinin korunmasını istediğini göstermektedir; bu korumanın tarzını belirlemek Sözleşmeci Devletlere bırakılmıştır. Mahkeme'ye göre, sendika üyelerinin menfaatlerinin korunması için, sendikanın Devlet tarafından dinlenme hakkı vardır. Bu amaç yönünde kullanılabilecek vasıtaları Sözleşmeci Devletler serbestçe seçebilirler. Toplu sözleşme yapmak bu vasıtalardan biridir; ancak başka vasıtalar da vardır.[40]

Mahkeme'ye göre, başvurucu sendikanın Hükümet ile karşı karşıya gelerek çeşitli yollarla faaliyette bulunabileceği tartışma konusu değildir. Başvurucu sendika, örneğin Toplu Sözleşme Müdürlüğüne taleplerini sunabilmekte, üyelerinin menfaatlerini korumak için bazı yerlerde temsil edilebilmekte ve Müdürlükle müzakere edebilmektedir. Başvurucu sendika giriştiği faaliyetlerin Devlet tarafından ihmal edildiğini de söylememektedir. Bu

nedenlerle, Müdürlüğün başvurucu sendika ile son yıllarda toplu sözleşme yapmayı reddetmesi, tek başına Sözleşme'nin 11(1). fıkrasını ihlal etmez.[41]

Mahkeme'ye göre öte yandan, sendikanın üye sayısında düşme, Müdürlüğün başvurucu sendika ile toplu sözleşme yapmaması ve bu nedenle sendikanın dezavantajlı durumu ile kısmen açıklanabilir. Müdürlüğün, toplu sözleşme yapılacak olan sendikaları sınırlama politikası, kendi başına sendika özgürlüğüne aykırı değildir.[42]

Bu nedenlerle Mahkeme olayda, sendika özgürlüğünün ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

II. Sözleşme'nin 11. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddesinin ihlali iddiası

Mahkeme'ye göre 11(1). fıkrasında toplu sözleşme yapma hakkı, kural olarak Sözleşmeci Devletlerin takdirine bırakılmıştır. Ancak bu olayda toplu sözleşme yapma, sendika üyelerinin mesleki menfaatlerini koruma özgürlüğü ile ilişkilidir. İsveç Hükümeti, toplu sözleşme yapmayı, kamu ve özel sektörde sendikal faaliyetlerin bir aracı olarak getirmiştir. Buna göre Sözleşme'nin 14. maddesi bu bağlamla ilgilidir. Mahkeme Sözleşme'nin 14. maddesi ile ilgili sorunlar ve dayanılacak kıstaslar bakımından, Belçika'da Eğitim Dili davasına ve Belçika Ulusal Polis Sendika davasına atıfta bulunur.[45]

Başvurucu sendika, Toplu Sözleşme Müdürlüğünün diğer büyük sendikalarla toplu sözleşme yapmasına rağmen, kendisiyle toplu sözleşme yapmamasından şikâyet etmektedir.[46]

Mahkeme'ye göre hiç kuşkusuz uygulanan politika, başvurucu sendika gibi birçok 'bağımsız' sendikanın zararına olarak eşitlikçi olmayan muameleyle sonuçlanmaktadır. Ancak bu politika, Hükümet tarafından ileri sürülen ve Mahkeme tarafından da göz ardı edilemeyen gerekçeler ile açıklanabilir: Buna göre İsveç'teki sendikal harekette yüksek bir merkezileşme vardır. Bunun sonucu olarak Toplu Sözleşme Müdürlüğü, genel bir kural olarak en fazla temsil kabiliyetine sahip sendikalarla toplu sözleşme yapmayı yeğlemektedir. Böylece Müdürlük, somut bir sonuca kolaylıkla varabilmek için, çok sayıda müzakereci tarafla karşılaşmaktan uzak durmaktadır. Mahkeme bu amacı meşru bulmakta ve Hükümetin kötü niyeti bulunduğunu düşünmek için bir neden görememektedir.[46]

Başvurucu sendika ikinci olarak, Müdürlüğün orman işçileri sendikası ile olduğu gibi bazen bağımsız sendikalarla anlaşmaya vardığını belirtmektedir. Hükümetin yanıtına göre söz konusu sendika, aynı işkolunda daha büyük sendika federasyonlarının bulunmadığı bir alanda faaliyet göstermektedir. Mahkeme, Müdürlüğün tutumunun objektif ve makul olduğu kanaatine varmıştır. Mahkeme'ye göre İsveç Hükümeti, kendisine bırakılan takdir alanını aşmamıştır.[47]

Mahkeme, daha önce atıfta bulunulan iki karadaki orantılılık prensibinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.[48]

Bu nedenlerle Mahkeme, sendika özgürlüğü bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

III. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali iddiası

Mahkeme İsveç mevzuatının, başvurucu sendikanın kullandığı bir hak olarak İş Mahkemesine dava açma hakkı verdiğini not etmiştir. Mahkeme'ye göre, başvurucu sendikanın talebinin İş Mahkemesi tarafından reddedilmiş olması, kendi başına bu hukuk yolunun etkisiz olduğunu ortaya koymaz. Öte yandan İş Mahkemesinin 18 Şubat 1972 tarihli kararı, önüne getirilen şikâyeti yürürlükteki mevzuata ve İsveç'in uluslararası yükümlülüklerine göre incelemiştir. Ayrıca, ne genel olarak Sözleşme, ne de Sözleşme'nin 13. maddesi,

Sözleşme hükümlerinin etkili bir biçimde uygulanması için Sözleşmeci Devletlerin iç hukukta bu hakları belirli bir tarzda güvence altına almalarını öngörmemektedir.[50]

Bu nedenlerle Mahkeme olayda, etkili bir hukuki yola başvurma hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

Sözleşme'nin 11. maddesinin veya birlikte ele alındığında 11 ve 14. maddelerinin veya 13. maddesinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

13.08.1981 7601/76 YOUNG, JAMES VE WEBSTER - BİRLEŞİK KRALLIK

♦ *sendikaya üyelik zorluluğu* (üç sendika ile demiryolları işletmesi arasında imzalanan 'kapalı işyeri sözleşmesi' gereğince demiryollarında çalışabilmek için bir sendikaya üyeliğin zorunlu olması) ■ örgütlenme özgürlüğü—sendikaya üye olmama hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucular, eskiden Britanya Demiryollarında çalışan işçilerdir. Britanya Demiryolları ile üç sendika arasında 1975'te bir "kapalı işyeri" sözleşmesi imzalamıştır. Buna göre demiryollarında istihdam edilmek için, bu üç sendikadan birine üyelik şarttır. Başvurucular bu şartı yerine getirmedikleri için, 1976'da işten çıkarılmışlardır. Başvurucular işten çıkarılmalarının, Sözleşme'nin 9, 10, 11 ve 13. maddelerini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir.[12]

İç Hukuk

Kapalı işyeri sözleşmesi esas itibarıyla, sendikalar ile işverenler arasında, belirli sınıftaki işçilerin sendikalardan birine üye olmasını gerektiren bir sözleşmedir. İşveren, böyle bir sözleşmenin yürürlüğe girmesi için işçilerin rızasını almakla yükümlü değildir. Bu sözleşmeler biçim ve içerik olarak önemli farklılıklar gösterir. İşyerine girmeden önce işçilerin sendikaya üye olmalarını gerektiren sözleşmeler olduğu gibi, sıklıkla görüldüğü şekilde, işçilerin sözleşmeden sonra sendikaya üye olmasını gerektiren sözleşmeler bulunmaktadır. Birleşik Krallık 'ta kapalı işyeri sözleşmesinin uzun bir geçmişi bulunmaktadır. 1980'li yıllarda bu sözleşmeler, yaklaşık 5 milyon işçiyi kapsamaktadır.[13]

1971 yılına kadar kapalı işyeri uygulamasına ilişkin mevzuat bulunmadığı halde, 1920'den bu yana mahkemeler, sendikaların, sendikasız işçilerinin işine son verme, işe alınmalarını engelleme gibi mesleki menfaatlerini tanımışlardır. Kraliyet Komisyon'unun sendikalar konusunda 1968'de verdiği raporda, kapalı işyeri sözleşmesi içinde bulunan kişilerin durumu ele alınmıştır. Buna göre, böyle bir sözleşmenin yürürlüğe girmesinden sonra sendikaya üye olmaması nedeniyle işine son verilen kişilerin, sendikaya girmemede haklı sebebi bulunduğunu göstermesi halinde, haksız işe son verme nedeniyle işverene karşı dava açalarsa bu davaları kazanabilecekleri belirtilmiştir.[14]

1971'den önce, bir işçiye usulüne uygun şekilde ihbarda bulunulması şartıyla, kendisini sebep göstermeden dahi işten çıkarmak mümkündü. İşçi sadece ihbar tazminatı talep edebilirdi; mahkemeler kendisinin yeniden işe alınmasına hükmedemezlerdi. Bu prensipler, bir işçinin sendikaya girmesi veya girmemesi halinde de uygulanabilirdi.[15]

1971'den itibaren yürürlükteki mevzuat değiştirilmiş ve 1971 tarihli Çalışma İlişkileri Yasası, eski *common law* yaklaşımını önemli ölçüde dönüştürmüştür. Bu yasa öncelikle

işçilere, bazı haklı sebepler dışında, haksız yere işten çıkarılmama güvencesi sağlamıştır. [16-17]

Yine bu yasa, birçok kapalı işyeri sözleşmesini hukuka aykırı kılan özel hükümler getirmiştir. Bu yasa, işe girmeden önce sendikaya üyelik zorunluluğunu hükümsüz kılmanın yanında, her işçiye sendikaya girme ve çıkma hakkı tanımıştır. Bu yasa, sendikaya girme nedeniyle işten çıkarmayı haksız işten çıkarma saymıştır. İngiliz Hükümeti tarafından 1981'de hazırlanan bir rapora göre 1971 tarihli Yasa sendikaların önemli ölçüde tepkisiyle karşılaşmış, kapalı işyeri sözleşmesine ilişkin hükümleri uygulamada işverenler ve sendikalar tarafından engellenmiş olup, eski durum devam etmektedir.[18-20]

Başvurucuların şikâyetlerinin ortaya çıktığı dönemde yürürlükte yasal durum şöyledir: 1971 tarihli yasa 1974 tarihinde değiştirilmiş, bu değişiklik kapalı işyeri sözleşmesi yapma yasağını ve işçilerin bir sendikaya üye olmama haklarını mevzuattan çıkarmış, ancak bütünüyle 1971 öncesine döndürmemiştir. Çünkü 1974 değişikliği, haksız işten çıkarmaya karşı korumayı sürdürmüştür. Buna göre bir işçinin "dini inanç" veya "başka bir makul sebep" dışında bir sebeple sendikaya girmek istememesi halinde işine son verilmesi, haksız işten çıkarma sayılmaz.[21]

1974 tarihli yasa ayrıca, iş mahkemelerinin haksız işten çıkarma tazminatına hükmetme yetkisini yeniden düzenlemiş; 1975 tarihli yasayla, yeniden işe almayı tavsiye yerine, karara uyulmaması halinde haksız işten çıkarma tazminatı ödenmesi getirilmiştir.[22]

1976 tarihli yasa değişikliği, yukarıdaki "başka bir makul sebep" hükmünü kaldırmış, böylece sadece "dini inanç" sebebiyle sendikaya girmek istemeyen işçiyi işten çıkarma halinde, haksız işten çıkarma söz konusu olmuştur.[23]

Daha sonra 1978 tarihli İstihdamı Koruma Yasası, haksız işten çıkarma ile ilgili hükümleri yeniden düzenlemiş, 1980 tarihli değişiklik, kapalı işyeri sözleşmesi bulunan hallerde bir işçinin sendikaya üye olmaması halinde işten çıkarılmasını haksız işten çıkarma saymama şeklindeki genel prensip korunmuş, ancak bazı istisnalara tabi tutulmuştur.[24]

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 1. maddesi - Davalı Devletin sorumluluğu sorunu

Hükümet, Mahkeme'nin başvurucuların iş sözleşmelerinin sona erdirilmesinin Sözleşme'nin 11. maddesindeki haklarla ilgili bir müdahale oluşturduğunu tespit etmesi ve müdahalenin ilgili yasaların doğrudan sonucu olarak görülmesi halinde, böyle bir yasayı çıkarmış olma nedeniyle davalı Devletin sorumlu tutulabileceğini belirtmiştir. Komisyon aynı görüşü kabul etmiştir.[48]

Mahkeme önce, Sözleşme'nin 1. maddesine göre her Sözleşmeci Devletin, "Sözleşme'de (...) tanımlanan hak ve özgürlükleri, kendi egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için güvence altına aldıklarını" belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, bu hak ve özgürlüklerden birinin ihlali, ulusal mevzuatın çıkarılmasında bu yükümlülüğe uymamanın bir sonucu olduğu takdirde, ihlalden ötürü devletin sorumluluğu ortaya çıkar. Bu davaya yol açan olayların yakın sebebi Britanya Demiryolları ile sendikalar arasındaki 1975 tarihli sözleşme olmakla birlikte, başvurucuların şikâyet ettikleri muameleyi hukuka uygun kılan şey, o tarihte yürürlükte bulunan iç hukuktur. Bu nedenle, Sözleşme'nin ihlalinden ötürü davalı Devletin sorumluluğu bulunmaktadır. Buna göre, devletin ayrıca işveren olarak da sorumlu tutulabileceğine veya Demiryollarının devletin kontrolü altında olduğuna dair başvurucuların iddialarını incelemek gerekli değildir.[49]

II. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali iddiası

1. Bu maddedeki hakka bir müdahalenin varlığı sorunu

Mahkeme önündeki savunmaların büyük bölümü, Sözleşme'nin 11. maddesinin sendika kurmayı ve üye olmayı da içeren sadece pozitif anlamda bir örgütlenme özgürlüğünü mü, yoksa bir örgüte veya bir sendikaya üye olmaya zorlanmama şeklinde bir "negatif hakkı" da mı güvence altına aldığı sorununa ayrılmıştır. Başvurucular, 11. madde metninde açıkça "negatif hak"ka da işaret edildiğini iddia etmişlerdir. Davalı Devlet ise, Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarından alıntı yaparak (cilt IV, s. 262), bir sendikaya veya bir örgüte üye olmaya zorlanmama hakkının 11. maddede bilinçli olarak tanınmadığını savunmuştur. [51]

Mahkeme önce, sendika kurma ve sendikaya üye olma hakkının, örgütlenme özgürlüğünün özel bir yönü olduğunu hatırlatmıştır (*Ulusal Polis Sendikası, §17, 38*). Mahkeme'ye göre bir özgürlük kavramı, özgürlüğü kullanırken belirli bir ölçüde seçmeyi de içerir. Sendikaya girmeme özgürlüğüne Sözleşme'de yer verilmemiş olması, örgütlenme özgürlüğünün negatif yönünün bütünüyle 11. maddenin dışında bırakıldığı ve belirli bir sendikaya üye olmaya her türlü zorlamanın bu maddenin amacına uygun olduğu anlamına gelmez. Sözleşme'nin 11. maddesinin, sendika üyeliği alanında her türlü zorlamaya izin verecek şekilde yorumlanması, bu maddenin düzenlemeyi amaçladığı özgürlüğün özünü zedeler (*Belçika'da Eğitim Dili Davası, §5; Golder, §38; Winterwerp, §60*).[52]

Mahkeme bir kez daha, bireysel başvurudan kaynaklanan bir davada genel bağlamı yitirmeden, yapacağı incelemeyi, mümkün olduğu kadar önündeki somut olayla sınırlı tutması gerektiğini hatırlatmıştır (*Guzzardi, §88*). Buna göre bu davada kendisinden kapalı işyeri sisteminin Sözleşme karşısındaki durumunu incelemesi veya yol açabileceği her türlü zorlama biçiminin sonuçları hakkında görüş belirtmesi istenmemiştir; Mahkeme yapacağı incelemeyi, bu sistemin başvurucular üzerindeki etkileriyle sınırlı tutacaktır.[53]

1975 tarihinde yapılan toplu sözleşmenin bir sonucu olarak, başvurucular bir ikilem ile karşılaşmışlardır: ya sendikalardan birine üye olacaklar ya da çalışmaya başladıkları tarihte sendikaya girme zorunluluğu bulunmadığı halde işlerini kaybedeceklerdir. Başvurucular üyelik şartını örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale olarak görmüşler, birinci ve üçüncü başvurucu ayrıca sendikaların politikalarına ve faaliyetlerine, birinci başvurucu belirli sendikaların siyasal bağlantılarına karşı çıkmıştır. Başvurucular sendikaya üye olmayı reddettikten sonra işten çıkarılma ihbarı almışlardır. O tarihte yürürlükte olan mevzuata göre işten çıkarılmaları "haklı" sebebe dayanmakta olup, yeniden işe alınma bir yana, tazminat hakları dahi yoktur.[54]

Mahkeme'ye göre başvurucuların karşılaştıkları bu durum, örgütlenme özgürlüğünün negatif anlamıyla açıkça çelişmektedir. Sözleşme'nin 11. maddesinin özgürlüğün negatif yönünü pozitif yönü ile aynı ölçüde güvence altına almadığı kabul edilecek olursa, belirli bir sendikaya üyeliğe zorlama her zaman Sözleşme'ye aykırı düşmeyebilir. Ancak, geçim kaynağını kaybetmeyi kapsayan zorlamanın en ağır biçimi olan işten çıkarma tehdidi, bu olayda olduğu gibi, belirli bir sendikaya üye olma yükümlülüğünün başlamasından önce Britanya Demiryollarında çalışmaya başlamış olan kişilere uygulanmıştır. Mahkeme'nin görüşüne göre böyle bir zorlama, 11. maddede güvence altına alınmış özgürlüğün özüne temas eder. Sırf bu gerekçeyle, her üç başvurucunun bu özgürlüğüne müdahale vardır. [55]

Mahkeme'ye göre bu davanın bir başka yönü, başvurucuların kendilerinin seçtikleri sendikaya üyeliklerinin kısıtlanmasıdır. Sendikayı seçme ve faaliyette bulunma özgürlüğü fiiliyatta bulunmuyorsa veya pratik bir değeri kalmayacak şekilde azaltılmışsa, bir kimse örgütlenme özgürlüğünden yararlanıyor olmaz (*mutatis mutandis, Airey, §24*).[56]

Mahkeme'ye göre, başvuruculara sendika seçme ve faaliyette bulunma imkânı tanınmış olduğu kabul edilse bile, kendilerinin tabi oldukları zorlamayı ortadan kaldırmayacaktır; çünkü belirtilen sendikalardan birine üye olmadıkları takdirde işten çıkarılacaklardır.[56]

Dahası, Sözleşme'nin 11. maddesi bağımsız bir role ve özel bir uygulama alanına sahip olmasına rağmen, 9 ve 10. maddelerin ışığında ele alınmalıdır (bk. ayrıntılarda farklılıklarla birlikte, Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §52). Başvuruculardan ikisi, sendikaların politikalarına ve faaliyetlerine, biri ise ayrıca iki sendikanın siyasal bağlarına itiraz etmiştir. Diğer başvurucunun itirazı farklı olmakla birlikte, seçme özgürlüğüne önem vermiş ve sendikaya üyeliğin kendisine hiçbir yarar getirmeyeceği sonucuna varmıştır.[57]

Mahkeme'ye göre 9 ve 10. maddelerin sağladığı kişisel görüşleri koruma, 11. maddede güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünün de hedefleri arasında yer alır. Buna göre, bir kimseyi kanaatleriyle çelişen bir örgüte girmeye zorlamak için başvuruculara yapıldığı türden baskı uygulaması, bu maddenin de özüne temas eder.[57]

2. Müdahalenin haklı olup olmadığı

Hükümet, Mahkeme'nin 9, 10 veya 11. maddelerden birine müdahale olduğu sonucuna varması halinde, bu müdahaleyi 2. fıkradaki sebeplerden birine göre haklı göstermeye çalışmayacağını açıkça beyan etmiştir. Buna rağmen Mahkeme, bu sorunu re'sen incelemeye karar vermiştir.[58]

Sözleşme'nin 11. maddesindeki bir hakkın kullanılmasına müdahale, "hukuken öngörülmüş" olmadıkça, ikinci fıkradaki meşru amaçlardan birine sahip bulunmadıkça ve bu amaç için "demokratik bir toplumda gerekli" bulunmadıkça, 2. fıkraya uygun sayılmaz (*Sunday Times, §45*).[59]

Mahkeme, ilk iki şartla ilgili tam bir savunma yapılmadığını belirtmiş, bu durumda müdahalenin, hukuken öngörülmüş olduğu ve "başkalarının haklarını ve özgürlüklerini" koruma amacı taşıdığı sonucuna varmış, ardından müdahalenin demokratik toplumda gerekliliği sorununu incelemiştir.[60]

Mahkeme, kapalı işyeri sözleşmelerinin çalışma yaşamındaki olumlu sonuçlarını sıraladıktan sonra bu konudaki gerekçeler üzerinde yorumda bulunmayacağını, çünkü kapalı işyeri sözleşmesinin kendisini incelemediğini belirtmiştir.[61]

Mahkeme daha sonra, şikâyet konusundaki müdahalenin "gerekliliğini" incelemiştir: Britanya Demiryollarıyla yaptıkları 1975 tarihli toplu sözleşmeye taraf olan sendikaların amaçlarını gerçekleştirmek üzere, istihdam için sendika üyeliğinin şart olmadığı dönemde çalışmaya başlayan başvurucuların işten çıkarılmalarını hukuka uygun kılmak, "demokratik bir toplumda gerekli" midir?[62]

Mahkeme, "gerekliliğin" değerlendirilmesi konusunda Handyside kararındaki prensipleri tekrarlamıştır (*Handyside, §49*).[63]

Mahkeme yaptığı incelemede, başvurucuların katlandığı zararın izlenen meşru amaçla orantılı olmadığını tespit etmiştir. Mahkeme'ye göre müdahale, demokratik bir toplumda gerekli olmadığından sendika özgürlüğü bakımından örgütlenme özgürlüğü nün ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[64-65]

Mahkeme 9 ve 10. maddeleri, 11. madde bağlamında ele aldığını belirterek, bu maddelerin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesini gerekli görmemiştir.[66]

Mahkeme 11. madde bakımından vardığı sonucu dikkate alarak, 13. maddenin de ihlal edilip edilmediği sorununu incelemeyi gerekli görmemiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Üçe karşı on sekiz oyla, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlaline,

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

21.06.1988 10126/82 PLATTFORM ÄRZTE FÜR DAS LEBEN - AVUSTURYA

♦ *karşıt göstericilerin tacizine uğrama* (kürtaja karşı mücadele eden başvurucu derneğin düzenliği gösteri yürüyüşü sırasında karşıt göstericilerin tacizde bulunmaları, polislerin araya girmeleri üzerine yaralamanın söz konusu olmaması, toplanma özgürlünğünü kullanılmasına üçüncü kişilerin müdahalesine karşı polisin korumadığı ve bu konuda bir başvuru yolunun bulunmadığı şikayeti) ■ örgütlenme özgürlüğü—pozitif yükümlülük—etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

Plattform "Arzte für das Leben", doktorların kurduğu, kürtaja karşı mücadele eden ve bu konuda Avusturya mevzuatında değişiklik yapılmasını isteyen bir dernektir. Bu dernek, 1980 ve 1982 yıllarında iki gösteri yürüyüşü düzenlemiş, ancak büyük miktarda polisin varlığına rağmen, bu gösteriler karşı göstericiler tarafından taciz edilmiştir.

I. Stadl-Paura'daki gösteri yürüyüşü

A. Gösteri yürüyüşünün planlanması

Başvurucu dernek, 28 Aralık 1980 günü Yukarı Avusturya'daki Stadl-Paura Kilisesindeki ibadetten sonra, birçok kürtaj yapmış olan bir doktorun muayenehanesine doğru yürüyüş yapmaya karar vermiştir. Başvurucu dernek, 1953 tarihli Toplantı Yasasının 2. maddesi gereğince (bk. Komisyon raporu, parag. 40), 30 Kasımda Wels-Land ilçesi emniyet müdürlüğüne bu konuda bir bildirimde bulunmuştur. Emniyet buna karşı çıkmamış ve katılımcılara anayolu kullanma izni vermiştir. Öte yandan emniyet, kürtaj yanlılarının, daha sonra Plattform'un gösteri yürüyüşü yapacağı aynı yerde ve zamanda yapacaklarını ilan ettikleri iki gösteriyi yasaklamak zorunda kalmıştır.

Gösteri yürüyüşünü düzenleyenler, yine de olayların çıkabileceğinden çekindikleri için, yürüyüşün başlamasından çok kısa bir süre önce, yetkililere danışarak, yürüyüş planlarını değiştirmek istemişlerdir. Doktorun muayenehanesinin önünde gösteri yürüyüşü yapma düşüncesinden vazgeçmişler ve kiliseden epey uzak mesafedeki bir yamaçta dikilmiş olan bir sunağa doğru yürümeye ve burada bir dinsel tören yapmaya karar vermişlerdir.

Emniyet yetkilileri, polis memurlarının büyük bir bölümünün, yürüyüşün ilk planlandığı güzergâha yerleştirilmiş olduğunu ve yeni güzergâhtaki arazi yapısının, kalabalığı kontrol için uygun olmadığını belirtmişlerdir. Emniyet yetkilileri koruma sağlamayı reddetmemişler, fakat seçilen veya seçilecek olan güzergâh neresi olursa olsun, karşı göstericilerin yumurta atmalarını, yürüyüşü ve dinsel töreni taciz etmelerini engellemenin mümkün olamayacağını söylemişlerdir.

B. Olaylar

Kalabalık oluşurken, Toplantı Yasasının gerektirdiği bildirimde bulunmadıkları anlaşılan çok sayıda karşı gösterici, kilisenin dışında toplanmış; fakat bunlar polis tarafından dağıtılmamışlardır. Karşı göstericiler, yürüyüşçülerin arasına karışmak ve göstericilerin ilahi

okumalarını yüksek sesle bağırıp bastırmak suretiyle, yamaca doğru yapılacak yürüyüşü kesmeye çalışmışlardır. Aynı şey, açık havadaki tören sırasında da meydana gelmiştir. Yaklaşık beş yüz kadar kişi, hoparlörler kullanarak ve toplantı yerine yumurtalar ve ot demetleri atarak, toplantıyı bölmeye çalışmışlardır.

Törenin sonunda, artık neredeyse kavga çıkaracak kadar sinirlerin gerildiği bir sırada, o ana kadar müdahale etmeden duran asayiş özel birimleri, birbirine muhalif guruplar arasında bir kordon oluşturmuştur; böylece, yürüyüş alayının kiliseye dönmelerini sağlamıştır.

Dernek başkanı, Yukarı Avusturya Asayiş Müdürlüğüne yazdığı yazıda, karşı göstericilerin bu kez "daha barışçıl" hareket ettiklerini söylemiştir; çünkü önceki olaylarda, Plattform'un muhaliflerinin, dernek üyelerine saldırdıklarını ve polislere vurduklarını belirtmiştir.

C. Gösterilerden sonra izlenen iç hukuk yolları

Başvurucu dernek 21 Ocak 1981'de, yerel polisin gösteriler için yeterli koruma sağlamadığı iddiasıyla, bir disiplin şikâyetinde bulunmuştur.

Polisin tutumunda kusur bulunmadığını düşünen Yukarı Avusturya Asayiş Müdürlüğü, polis hakkında herhangi bir disiplin işlemi yapılmamasına karar vermiştir. Asayiş Müdürlüğü, bir açık hava gösterisini, sözlü saldırılardan ve gösteriye katılanlara fiziksel zarar vermeyen bazı şeylerin atılmasından tamamen korumanın çok güç olduğunu belirtmiştir. Asayiş Müdürlüğü, polisin çok daha ciddi olayların meydana gelebileceğinden kaygı duyarak, olaya müdahale etmediğini eklemiştir.

Plattform, daha sonra Anayasa Mahkemesine bir şikâyette bulunmuştur; derneğin iddiasına göre, yerel makamların bu olayda hareketsiz kalmaları, Avusturya Anayasasında güvence altına alınmış olan toplanma özgürlüğüne ve ibadet özgürlüğüne aykırılık oluşturmuştur.

Anayasa Mahkemesi, maddi olayları yeterli açıklıkta ortaya koyabilmek için, 11 Aralık 1981'de bazı tanıkları dinlemiştir. Anayasa Mahkemesi 1 Mart 1982'de, davayı görmekle yetkili olmadığına ve bu nedenle başvurunun kabuledilemez olduğuna karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, başvurucu derneğin, Anayasanın 144. maddesi anlamında bir "karara" veya doğrudan idarenin zorlayıcı eylemlerine karşı bir şikâyetinin bulunmadığını belirtmiştir.

Plattform, şikâyette bulunarak veya şahsi ceza davası açarak, adli cezai bir soruşturma açılması istememiştir.

Ancak, Yukarı Avusturya Asayiş Müdürlüğü ve yerel polis, bir toplantıyı bozma nedeniyle, kişi veya kişiler aleyhine soruşturma açmıştır. Wels savcısı 1 Nisan 1981'de takipsizlik kararı vermiştir. Ayrıca Yumurta atarken yakalanan bir kişiye 1,000 Avusturya Şilini para cezası verilmiştir.

II. Salzburg'daki gösteri yürüyüşü

Yetkili güvenlik makamı, 1 Mayıs 1982'de Salzburg katedral meydanında, kürtaja karşı ikinci bir gösteri yürüyüşüne izin vermiştir. Her yıl bu gün bu meydanda Sosyalist Parti tarafından yapılan toplantı iptal edilmek zorunda kalınmıştır; çünkü bu toplantının bildirimi, başvurucu derneğin kendi toplantısı için verdiği bildirimden sonra verilmiştir.

Gösteri, 14.15'te başlamış ve katedralin içinde bir saatlik bir duanın ardından sona ermiştir.

Yaklaşık 13.30'da, muhaliflerine kızgın bir şekilde bağıran üç yüz elli kadar kişi, meydana giden üç yol ağzından geçmişler ve katedralin önünde toplanmışlardır. Yüz kadar polis, Plattform göstericilerini doğrudan bir saldırıya karşı korumak üzere çevrelerinde bir kordon oluşturmuştur. Aşırı sağ bir parti olan NDP'nin sempatizanları, Plattform'a desteklerini yüksek sesle ifade etmek suretiyle, bir başka olay çıkarmışlardır. Polis, dernek başkanından kendi arkadaşlarını dağıtmasını istemiş, fakat olumlu sonuç alamamıştır.

Polis, dini törenin kesilmesini önlemek için, meydanı boşaltmıştır.

Bu olaylardan sonra herhangi bir soruşturma açılmamıştır; başvurucu dernek, Anayasa Mahkemesinin 1 Mart 1982 tarihli kararını göz önünde tutarak, ikinci bir başvuruda bulunmanın bir amaca hizmet etmeyeceğini düşünmüştür.

HÜKÜM GEREKÇESİ

24. Başvurucu dernek, Sözleşme'nin 11. maddesi konusundaki şikâyeti için Avusturya'da etkili bir hukuk yolunun mevcut olmadığını söylemiştir. Başvurucu Sözleşme'nin 13. maddesine dayanmıştır. (...)

25. Hükümetin temel savunmasına göre, Sözleşme'nin 13. maddesi sadece, Sözleşme'nin maddi bir hükmüne aykırılık bulunduğu zaman uygulanır. Hükümet buna kanıt olarak, Sözleşme'nin "are violated" kelimelerinin yer aldığı İngilizce karşılığına göre daha açık olduğunu söylediği "ont été violés" kelimelerini içeren, Fransızca metni zikretmiştir.

Mahkeme bu savunmayı kabul etmemiştir. Mahkeme'nin içtihatlarına göre Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'de korunmuş olan hak ve özgürlüklerinin ihlalinden ötürü mağdur olduğunu savunulabilir sebeplerle iddia eden herkese, ulusal bir "makam" önünde etkili bir hukuk yolu sağlamaktadır; başka türlü bir yorum, bu maddeyi anlamsız kılar (*Boyle ve Rice, §52*).

26. Komisyon, Sözleşme'nin 11. maddesi bakımından yapılan şikâyeti, açıkça temelsiz olduğu için kabuledilemez bulmuş ise de, şikâyeti Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından savunulabilir bulmuştur. Hükümet ise bir şikâyeti, maddi bir hükme göre temelsiz bulduktan sonra, aynı şikâyeti 13. madde bakımından savunulabilir bulmanın, bir çelişki olduğunu belirtmiştir.

27. Mahkeme, "savunulabilirlik" kavramının soyut bir tanımını vermeyi düşünmemektedir. Mevcut davada Sözleşme'nin 13. maddesinin uygulanabilir olup olmadığını belirleyebilmek için, Komisyon tarafından açıkça temelsiz bulunup reddedilmiş olsa da, Sözleşme'nin 11. maddesinin şartlarına uyulmadığına dair iddianın, davadaki maddi olayların ve ortaya çıkan hukuki meselelerin ışığında, savunabilir olup olmadığını belirlemek yeterlidir. Komisyon'un kabuledilebilirlik hakkındaki kararı, söz konusu iddianın savunulabilirliği konusunda Mahkeme'ye kullanabileceği işaretler sunabilir (*Boyle ve Rice, §54-55*).

28. Başvurucu Plattform, Komisyon önünde, gösterilerinin sorunsuz geçmesini sağlamak için pratik tedbirler almayan Avusturya yetkili makamlarının, toplanma özgürlüğünün doğru anlamını görmezlikten geldikleri gerekçesiyle şikâyetçi olmuştur.

29. Hükümete göre Sözleşme'nin 11. maddesi, göstericileri koruma şeklinde pozitif bir yükümlülük içermemektedir. 1867 tarihli Avusturya Anayasasının 12. maddesinde düzenlenen toplanma özgürlüğü, esas itibarıyla bireyi doğrudan devletin müdahalesine karşı korumak istemiştir. Sözleşme'nin 11. maddesi, Sözleşme'deki ve Avusturya Anayasasındaki bazı maddelerden farklı olarak, bireyler arasındaki ilişkilerde uygulanmaz. Her halükarda, belirli bir durumda kullanılacak araçların seçimi, devletin takdir alanına giren bir meseledir.

30. Komisyon, kabuledilebilirlik hakkında verdiği 17 Ekim 1985 tarihli kararında, Sözleşme'nin 11. maddesinin, devletin gösteriye müdahale etmek veya kesmek isteyen kişilere karşı göstericileri korumasını zımnen gerektirip gerektirmediği sorununu uzun uzadıya ele almıştır. Komisyon buna olumlu yanıt vermiştir.

31. Mahkeme, Sözleşme'den çıkarılabilecek pozitif yükümlülüklerin genel bir teorisini yapmak zorunda değildir; fakat başvurucu derneğin iddiasının savunulabilirliği hakkında bir karar vermeden önce, Sözleşme'nin 11. maddesini yorumlamak zorundadır.

32. Bir gösteri, geliştirmek istediği düşüncelere ve taleplere muhalif olan kişilerin canını sıkabilir veya kızdırabilir. Ancak gösteriye katılanlar, muhaliflerinin fiziksel saldırısına uğrayabilecekleri korkusu duymadan, gösterilerini yapabilmelidirler; bu tür bir korku, ortak düşünceleri veya menfaatleri destekleyen diğer dernekleri veya gurupları, toplumu ilgilendiren hayli tartışmalı meselelerde görüşlerini aleni olarak ifade etmekten caydırabilecektir. Bir demokraside, karşı gösteride bulunma hakkı, gösteri hakkının kullanılmasını engelleyecek kadar geniş olamaz.

O halde, gerçek ve etkili bir barışçıl toplanma özgürlüğü, devletin sadece müdahalede bulunmama görevine indirgenemez; çünkü sırf negatif yükümlülük anlayışı, Sözleşme'nin 11. maddesinin amacıyla bağdaşmaz. Sözleşme'nin 8. maddesi gibi 11. maddesi de, bazen bireyler arasındaki ilişkilerde bile ihtiyaç duyulduğunda, pozitif tedbirler almayı gerektirebilir (*X ve Y – Hollanda, §23*).

33. Mahkeme, Hükümet ve Komisyon'un görüşüne katılarak, Avusturya hukukunun bu tür pozitif müdahaleyle, gösterileri korumayı gerektirdiği sonucuna varmaktadır. Örneğin, Ceza Kanununun 284 ve 285. maddeleri, bir kimsenin yasaklanmamış bir toplantıyı taciz etmesini, engellemesini veya dağıtmasını suç saymıştır; ilgili makamlara bir toplantıyı yasaklama, sona erdirme veya zorla dağıtma yetkisi veren Toplantı Yasasının 6, 13 ve 14(2). maddeleri, karşı göstericiler için de uygulanır (*Komisyon raporu, §54 ve 40*).

34. Kanuni gösterilerin barışçıl bir şekilde yürütülmesi için makul ve gerekli uygun tedbirleri almak Sözleşmeci Devletlerin görevi olmakla birlikte, Sözleşmeci Devletler bunu mutlak surette güvence altına alamazlar; ayrıca, kullanılacak olan araçların seçiminde geniş bir takdire de sahiptirler (*mutatis mutandis, Abdülaziz, Cabales ve Balkandali, §67; Rees, §35-37*). Bu alanda Sözleşmeci Devletlerin Sözleşme'nin 11. maddesi gereğince üstlendikleri yükümlülük, tedbirleri alma yükümlülüğüdür, sonuçları gerçekleştirme yükümlülüğü değil.

35. Başvurucu derneğin iddiasına göre, polis söz konusu her iki gösteride de tamamen pasif kalmıştır. Bu görüşe katılmayan Hükümet ve Komisyona göre ise, ciddi bir saldırı olmadığı için, hemen müdahalede bulunmak gerekmemiştir; bir müdahale, kaçınılmaz olarak fiziksel şiddeti tahrik ederdi.

36. Mahkeme, bu olaylarda polisin kullandığı taktiklerin yerindeliğini veya etkililiğini değerlendirmek zorunda olmayıp, sadece, yetkili makamların gerekli tedbirleri almadıkları konusunda savunulabilir bir iddia bulunup bulunmadığını karara bağlamak durumundadır.

37. 28 Aralık 1980'de Stadl-Paura'da meydana gelen olaylarla ilgili olarak, ilk önce, Plattform'un 30 Kasımda bildirimini verdiği gösterinin yapılacağı yerde ve zamanda, kürtaj yanlıları tarafından yapılması düşünülen iki gösterinin yasaklanmış olduğu kaydedilmelidir. Ayrıca, ilk yürüyüşün planlandığı güzergâh boyunca, çok sayıda üniformalı ve sivil kıyafetli polis yerleştirilmiştir; polis yetkilileri, başvurucu derneğin güzergâhı değiştirme kararına karşı çıkmalarına rağmen, derneğin bu kararından sonra bile, onların korumayı reddetmemişlerdir. Son olarak, ne bir zarar meydana gelmiş ve ne de ciddi bir

çatışma olmuştur; karşı göstericiler sloganlar atmışlar, bayrakları sallamışlar, yumurta veya ot demetleri fırlatmışlardır; bunlar yürüyüşün ve açık havadaki dini törenlerin sonuna kadar sürdürülmesini engellememiştir; sinirler şiddetin meydana gelebileceği noktaya kadar yükseldiğinde, asayiş özel birimleri, göstericiler ile muhalif gurupların arasına yerleştirilmiştir.

38. 1982'de Salzburg'daki gösteri için, gösteriyi düzenleyenler, Sosyalistlerin geleneksel yürüyüş günü olan 1 Mayıs gününü seçmişlerdir; geleneksel yürüyüş, başvurucu dernek kendi gösterisi için daha erken bir tarihte bildirimde bulunduğu için, katedral meydanı bakımından iptal edilmiştir. Dahası, yüz kadar polis memuru, gösteriye katılanlar ile muhaliflerini ayırmak ve doğrudan saldırı tehlikesini önlemek için olay yerine gönderilmiştir; polis, dinsel törene rahatsızlık verilmesini önlemek için meydanı boşaltmıştır.

39. Bu durumda, Avusturya makamlarının, makul ve gerekli tedbirleri almış oldukları görülmektedir.

Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine dair savunulabilir bir iddia varlığı ortaya konamamıştır. O halde mevcut davada Sözleşme'nin 13. maddesi uygulanabilir değildir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

30.01.1998 19392/92 TÜRKİYE BİRLEŞİK KOMÜNİST PARTİSİ (TBKP) - TÜRKİYE

♦ *siyasi parti kapatma—azınlık yaratma* (parti programında kürtlerin Kürt halkının varlığının, ulusal kimliğinin ve haklarının tanınmamasını öneren siyasi partinin azınlık yaratma yasağını işlediği gerekçesiyle ve parti adında komünist ifadenin yer alması nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılması) ■ örgütlenme özgürlüğü

DAVANIN ESASI

I. Dava konusu olaylar

Birinci başvurucu Türkiye Birleşik Komünist Partisi ("TBKP") bir siyasi parti olup, Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılmıştır. İkinci başvurucu Nihat Sargın TBKP'nin Başkanı, üçüncü başvurucu Nabi Yağcı partinin Genel Sekreteri olup, İstanbul'da oturmaktadırlar.

TBKP, 4 Haziran 1990 tarihinde kurulmuştur. Partinin tüzük ve programı, Anayasaya ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasasına uygunluğunun incelenmesi için aynı gün Yargıtay Başsavcılığına sunulmuştur.

A. TBKP'yi kapatma davası

TBKP genel seçimlere katılmak için hazırlık yaparken, Yargıtay Başsavcısı 14 Haziran 1990 tarihinde Anayasa Mahkemesine başvurarak, TBKP'nin kapatılmasını talep etmiştir. Başsavcı, bu partinin bir sosyal sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde egemenlik kurmayı amaçlamış olduğunu (Anayasa md. 6, 10, 14 ve eski 68, 2820 sayılı Yasa md. 78); adında "Komünist" sözcüğüne yer verdiğini (2820 sayılı Yasa md. 96(3). fıkra); devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü bozmayı amaçlayan faaliyetlerde bulunduğunu (Anayasa md. 2, 3 ve eski 66, 2820 sayılı Yasa md. 78 ve 81); kapatılan bir siyasi parti

olan Türkiye İşçi Partisi'nin devamı olduğunu beyan ettiğini (2820 sayılı Yasa md. 96(2)) iddia etmiştir.

Başsavcı bu iddialarını desteklemek için özellikle TBKP programının belli bazı bölümlerine, esas itibariyle "Kürt sorununun adil, demokratik, barışçı çözümü için" başlıklı bölüme dayanmıştır. Programın bölümde şöyle denmektedir:

"Ulusal kurtuluş savaşı birlikte yürütüldüğü halde Kürtlerin [ulusal] varlığı ve meşru hakları Cumhuriyetin kuruluşundan bu yana inkâr edilmiştir. Gelişen Kürt ulusal bilincine, egemen güçler yasaklarla, baskı ve terörle yanıt vermişlerdir. Irkçı, şoven, militarist politikalar Kürt sorununu keskinleştirmektedir. Bu aynı zamanda Türkiye'nin demokratikleşmesinin önünde büyük bir engel oluşturmakta ve uluslararası emperyalist ve militarist odakların, Ortadoğu'daki gerginlikleri artırma, halkları birbirine düşman etme, Türkiye'yi askeri maceralara sürükleme planlarına hizmet etmektedir.

Kürt sorunu, Kürt halkının varlığının, ulusal kimliğinin ve haklarının tanınmamasından kaynaklanan politik bir sorundur. O nedenle bu sorun baskı ve terörle, askeri yöntemlerle çözülemez. Şiddet, her halkın doğal ve devredilmez hakkı olan kendi geleceğini tayin hakkının, birlik değil, ayrılık biçiminde tek yönlü kullanılmasına yol açar. Sorunun çözümü politiktir. Kürt halkı üzerindeki ulusal baskı ve eşitsizliğin ortadan kaldırılması için Kürt ve Türklerin birliğine ihtiyaç vardır.

TBKP, Kürt ve Türk halklarının eşit haklar ve ortak menfaatlerine dayalı demokratik yeniden yapılandırma temelinde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde özgür iradeleriyle bir arada yaşayabilmeleri için Kürt sorununun adil, demokratik ve barışçı çözümü için mücadele verecektir.

Kürt sorununun çözümü, Kürtlerin özgür iradesini temel almalı, Türk ve Kürt uluslarının ortak çıkarlarına dayanmalı, Türkiye'nin demokratikleşmesine ve Ortadoğu'da barışa hizmet etmelidir.

Kürt sorununa çözüm, tarafların kendi görüşlerini özgürce ifade edebilmeleri, sorunu çözmek için hiçbir biçimde şiddete başvurmama konusunda anlaşmaları ve kendi kimlikleriyle siyasette yer alabilmeleri halinde bulunabilecektir.

Kürt sorunu ancak bir süreç içinde çözülebilir. Bugün öncelikle Kürtler üzerindeki askeri ve politik baskıya son verilmeli, Kürt yurttaşların can güvenliği sağlanmalı, olağanüstü hal durumuna son verilmeli, korucu sistemi dağıtılmalı, Kürt dili ve kültürü üzerindeki yasaklar kalkmalı, sorun özgürce tartışılabilmelidir. Anayasada Kürtlerin varlığı tanımalıdır.

Kürt sorunu çözülmeden Türkiye'de demokratikleşme sağlanamaz Türkiye'nin demokratikleşme mücadelesi için sorunun çözümü gerekir."

Yargıtay Başsavcısının dayandığı diğer iki paragraf ise şöyledir:

"Türkiye Birleşik Komünist Partisi, Türkiye İşçi Partisi (TİP) ve Türkiye Komünist Partisi'nin (TKP) birleşmesiyle oluşan işçi sınıfının … partisidir.

…

Kültürel yenilenme, Türk ve Kürt ulusal kültürel değerleri, Anadolu uygarlıklarının mirası, İslam kültürünün insancıl öğeleri, halkımızın çağdaşlaşma mücadelesinde yarattığı tüm değerlerin evrensel, çağdaş, kültür ile karşılıkla etkileşimi ile gerçekleşecektir."

Yukarıda sözü edilen Türkiye İşçi Partisi, 16 Ekim 1981'de, TBKP'ye karşı ileri sürülen sebeplere benzer sebeplere dayanılarak kapatılmıştır.

B. TBKP'nin kapatılması

Anayasa Mahkemesi'nin 16 Temmuz 1991'de TBKP'nin kapatılmasına karar vermiş, bu karar 2820 sayılı Yasanın 107(1). fıkrası gereğince partinin tasfiyesini ve mallarının Hazineye devrini gerektirmiştir. Anayasa Mahkemesinin kararı 28 Ocak 1992 günlü Resmi Gazete'de yayınlanmıştır. Kararın bir sonucu olarak, partinin kurucuları ve idarecileri başka bir siyasal örgütte benzer bir görev almaktan yasaklanmışlardır (Anayasa md. 69 ve 2820 sayılı Yasa md. 95(1). fıkrası).

Anayasa Mahkemesi ilkin, TBKP'nin proletarya sınıfının diğer sınıflara üstünlüğünü savunduğu iddiasını reddetmiştir. Anayasa Mahkemesi parti tüzüğüne, Marksist ideoloji üzerinde yapılan modern çalışmalara ve çağdaş siyasal düşüncelere göndermede bulunarak, TBKP'nin siyasi çoğulculuğa, genel seçimlere ve siyasete katılma özgürlüğüne dayanan demokrasinin gereklerini yerine getirdiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi ayrıca, bir partinin daha önce kapatılan bir siyasi partinin devamı olduğunu beyan etme yasağı ile ilgili 2820 sayılı yasanın 96(2). fıkrasına dayanan iddiayı da reddetmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, bir siyasi partinin geçmişteki hareketlerin kültürel mirasını ve siyasi düşünce akımlarını sahiplenmesi, demokrasi kavramına tamamen uygun ve doğaldır. Buna göre TBKB'nin Marksist örgütlerin tecrübe ve kazanımlarını sürdürme niyetinde olması, söz konusu yasa hükmünü ihlal etmemiştir.

Anayasa Mahkemesi, TBKP'nin bu davada yaptığı gibi bir siyasi partinin 2820 sayılı yasanın 96(3). fıkrasında yasaklanan bir kelimeye isminde yer vermesini, bu maddenin uygulanması ve partinin kapatılması için yeterli görmüştür.

Anayasa Mahkemesi, TBKP'nin tüzük ve programında devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozmayı amaçlayan ifadeler bulunduğuna dair iddialarla ilgili olarak, tüzük ve programda Kürt ulusu ve Türk ulusu olmak üzere iki ulustan söz edildiğini kaydetmiştir. Oysa Türkiye Cumhuriyeti Devletinde iki ulusun varlığı kabul edilemez; etnik kökenleri ne olursa olsun, hepsi Türk vatandaşıdır. Parti Tüzüğünde Türkçe olmayan dillerin ve kültürlerin desteklenmesini içeren öneriler, gerçekte Türk ulusunun birliğine zarar verecek şekilde azınlık yaratmayı amaçlamaktadır.

Anayasa Mahkemesi, kendi kaderini tayin ve bölgesel özerkliğin Anayasa tarafından yasaklandığını hatırlatarak, devletin tek, ülkenin tüm ve ulusun bir olduğunu söylemiştir. Anayasa Mahkemesi, ulusal birliğin halkların bütünleşmesiyle gerçekleştiğini ve etnik kökenleri ne olursa olsun, eşit düzeydeki bireylerin ulusu oluşturup devleti kurduklarını kabul etmiştir. Lozan Antlaşması ile Türkiye ve Bulgaristan arasındaki dostluk antlaşmasında tanınan "azınlıklar" veya "ulusal azınlıklar" dışında, Türkiye'de azınlık yoktur; yurttaşlar arasında ayrıma izin veren anayasal ya da yasal hiçbir hüküm mevcut değildir. Diğer kökenli yurttaşlar gibi Kürt kökenli yurttaşlar da kendi kimliklerini ifade edebilirler; ancak Anayasa ve yasalar onların Türk ulusundan ayrı bir ulus ya da azınlık oluşturmalarını yasaklamıştır. Sonuç olarak, TBKP'nin sahip olduğu türde ayrımcılığı ve Türk ulusunun bölünmesini teşvik eden amaçlar kabul edilemez bulunmuş ve bu partinin kapatılmasını haklı kılmıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali iddiası

18. Başvurucular TBKP'nin kapatılmasının ve liderleri Sargın ve Yağcı'nın herhangi bir siyasi partide benzer görevler almalarının yasaklanmasının, Sözleşme'nin 11. maddesiyle güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. (...)

A. Sözleşme'nin 11. maddesinin uygulanabilirliği

1. Mahkeme önüne çıkanların sunuşları

[19-23]: Hükümet Sözleşme'nin 11. maddesinin siyasi partilere hiçbir biçimde uygulanamayacağını savunmuştur. Hükümete göre bir parti, tüzük ve programıyla devletin anayasal düzenini ihlal etmişse, Mahkeme, Sözleşme'nin konu bakımından uygulanamayacağını (ratio materiae) beyan etmeli veya 11. madde yerine 17. maddeyi uygulamalıdır. Hükümete göre Sözleşme'nin yüzeysel olarak incelenmesinde bile, ne 11. maddede ve ne de başka bir maddede siyasi partilerden söz edildiği veya devletin anayasal yapısına göndermede bulunulduğu görülür. Siyasi kurumlara sadece Birinci Protokolün 3. maddesinde gönderme yapılmış olması ve bu maddenin bireylere devlet için bir yükümlülük yaratacak herhangi bir hak tanımamış olması önemlidir. Siyasi partilere, ulusal anayasalarda örgütlenme özgürlüğü düzenlenirken yer verilen diğer örgütlenme biçimlerinden farklı olarak, genellikle temel anayasal organlarla ilgili kısımda yer verilmiştir. Örneğin, Almanya, Danimarka, İspanya, Fransa, İtalya ve Yunanistan Anayasalarında böyledir.

Başvurucular, siyasi partilerin Sözleşme'nin 11. maddesinin uygulama alanına girdiğinden hiç kuşku bulunmadığını belirtmişlerdir. Başvurucular, Türk Anayasasına dayanılarak Sözleşme kapsamının sınırlandırılamayacağına işaret etmişlerdir. İç hukuk başka bir yolla değil, Sözleşme'nin ışığında yorumlanmalıdır.

Komisyon, Sözleşme'nin 11. maddesinde, madde kapsamının belirli bir örgüt veya grupla sınırlanmasını gerektiren ya da bu maddenin siyasal partilere uygulanmayacağını gösteren herhangi bir şey bulunmadığını ifade etmiştir. Tam tersine, 11. maddenin demokrasinin tam olarak işlemesini sağlayan hukuki bir güvence olduğu düşünülecek olursa, siyasal partilerin bu maddenin koruduğu en önemli örgütlerden bir olduğu görülür. Bu bağlamda Komisyon, siyasi partilerin faaliyetleri üzerindeki çeşitli kısıtlamaları ve hatta partilerin kapatılmalarını 11. madde bakımından incelediği, bu suretle bu tür örgütlere 11. maddenin uygulanacağını kabul ettiği bir dizi kararına göndermede bulunmuştur (*Alman Komünist Partisi Davası, no. 250/57, §392; Fransa, Norveç, Danimarka, İsveç ve Hollanda – Türkiye davası, no. 9940-9944/82*).

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

24. Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesinin ifade tarzının, siyasi partilerin bu maddeye dayanıp dayanamayacağına dair ilk belirtileri verdiğini kabul etmektedir. Mahkeme'ye göre 11. maddenin "… sendika kurma… hakkı da dâhil, örgütlenme özgürlüğü" demesine karşın, "dâhil" bağlacı, diğer örgütlenme özgürlüğünün kullanılma biçimleri içinde sendikaların sadece bir örnek olduğunu açıkça göstermektedir. Bu nedenle, o tarihte temel sorunlardan birini oluşturdukları için değinilen sendikalara Hükümet gibi atıfta bulunarak, Sözleşme'yi hazırlayanların siyasal partileri 11. maddenin dışında tutmayı amaçladıkları sonucuna varmak mümkün değildir.

25. Bununla birlikte Mahkeme'ye göre, 11. maddenin lafzından daha da ikna edici olan şey, siyasi partilerin demokrasinin tam olarak işlemesi için temel örgütlenme biçimlerinden biri olmasıdır. Sözleşme sisteminde demokrasinin önemine bakıldığında (bk. aşağıda, §45), siyasi partilerin 11. maddenin kapsamına girdiğinden kuşku duyulmaz.

26. TBKP'nin Türkiye'nin anayasal düzenine muhalefet ettiği ve bundan da sonuçlar çıkarsanması gerektiğine dair Hükümetin iddialarına gelince: Daha başlangıç aşamasında Mahkeme, bu iddiaların doğru olup olmadığına veya bu partinin sadece tüzüğüne ve programına bakılarak iddianın kabul edilip edilemeyeceğine karar vermek durumunda değildir. Mahkeme bu bağlamda, tartışma konusu müdahalenin gerekliliğiyle ilgili tespitlerine göndermede bulunmaktadır (bk. aşağıda, §42-47).

27. Diğer yandan Mahkeme, siyasi parti gibi bir örgütün, sırf ulusal makamlar tarafından faaliyetleri devletin anayasal yapısını zayıflattığı ve kendisine kısıtlamalar konulması gerektiği düşünüldüğü için, Sözleşme'nin sağladığı korumanın dışında tutulamayacağını kaydeder. Mahkeme'nin geçmişte belirttiği gibi, kural olarak ulusal makamlar hukuk devletine saygıyı sağlamak veya anayasal haklara etkililik kazandırmak için gerekli olduğunu düşündükleri tedbirleri almakta serbesttirler; ancak bu tedbirleri Sözleşme'ye göre üstlendikleri yükümlülüklerine uygun bir tarzda yapmak zorundadırlar ve bu tedbirler Sözleşme organlarının denetimine tabidir(*Open Door ve Dublin Well Woman – İrlanda, §69*).

28. Sözleşme'nin Başlangıç bölümü, aslında çoğu kez ilk önce ulusal anayasalar tarafından şekillendirilen "siyasal gelenekler, idealler, özgürlükler ve hukukun üstünlüğü bakımından ortak mirasa" göndermede bulunmaktadır (bk. aşağıda, §45). Sözleşme, düzenlediği hakları kolektif uygulama sistemi vasıtasıyla (*Loizidou - Türkiye* (*İlk İtirazlar*)*, §70*) ikincillik ilkesine uygun olarak, ulusal düzeyde sağlanan korumayı güçlendirmekte olup, ulusal korumayı hiçbir biçimde kısıtlamaz (Sözleşme md. 60).

29. Mahkeme ayrıca Sözleşme'nin 1. maddesinin, Sözleşmeci Devletleri "Sözleşme'nin Birinci Bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri… herkes için güvence altına alma"lakla yükümlü tuttuğunu belirtir. Bu madde, Sözleşme'nin 2-13, 14 ve 63. maddeleriyle birlikte Sözleşme'nin kişi, konu ve yer bakımından uygulanma (ratione personae, materiae ve loci) sınırlarını göstermektedir (*İrlanda – Birleşik Krallık, §238*). Sözleşme'nin 1. maddesi, ilgili kural ya da tedbirlerin türü bakımından bir ayrım yapmamakta ve üye devletlerin egemenliklerinin herhangi bir kısmını Sözleşme'ye göre yapılacak yakından denetimin dışında bırakmamaktadır. Bu nedenle Sözleşmeci Devletlerin genellikle ilk önce anayasaları vasıtasıyla kullandıkları egemenlik yetkilerine bir bütün olarak saygı gösterilmekle birlikte, kendilerinin Sözleşme'ye uygun davranmaları beklenir.

30. Buna göre Sözleşmeci Devletlerin siyasal organları ve kurumları, Sözleşme'de yer alan haklara ve ilkelere saygı göstermek zorundadırlar. Bu bağlamda, ele alınan hükümlerin anayasa maddeleri (*Gitonas ve Diğerleri – Yunanistan kararı*) mi, yoksa sadece yasa maddeleri (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt – Belçika kararı*) mi olduğu pek bir önem taşımaz. Bu tür hükümler, ilgili devletin egemenlik yetkisini kullanmasının aracı oldukları andan itibaren, Sözleşme'nin denetimine tabidirler.

31. Dahası, Mahkeme önündeki yargılamada, bir devletin kurumsal yapılarına ilişkin bölümünü oluşturan şeyle, dar anlamda temel haklarla ilgili şey arasında ayrım yapmaya teşebbüs etmek güç ve hatta yapay olabilir. Bu durum özellikle, bu davada söz konusu olduğu türde bir parti kapatma kararı bakımından geçerlidir. Siyasi partilerin oynadığı rol dikkate alındığında, bu gibi tedbirler hem örgütlenme özgürlüğünü ve hem de sonuç olarak ilgili devletteki demokrasiyi etkiler.

32. Ancak buradan, faaliyetleriyle devletin kurumlarını tehlikeye sokan bir örgütün bulunması halinde, devletin yetkili makamlarının, devletin kurumlarını koruma yetkisinden yoksun oldukları sonucuna varılamaz. Bu bağlamda Mahkeme, daha önce de belirtmiş olduğu gibi, demokratik toplumu savunmanın gerektirdikleri ile bireyin haklarını savunmanın gerektirdikleri arasında bir uzlaşmanın Sözleşme sistemine içkin olduğuna işaret eder (*mutatis mutandis, Klass ve Diğerleri – Almanya, §59*). Bu tür bir uzlaşmanın bulunması için, yetkili makamların müdahalesinin, Mahkeme'nin aşağıda ele alacağı gibi (bk. aşağıda, §37), Sözleşme'nin 11(2). fıkrasına uygun olması zorunludur. Bu denetim ancak, olayın içinde bulunduğu koşullar ışığında, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 17. maddesinin uygulanmasının gerekip gerekmediğine karar verebilecek durumda olması halinde tamamlanır.

33. Yine Hükümet Komisyon önünde, 11. maddenin örgütlenme özgürlüğünü güvence altına almakla birlikte, bir siyasi partinin kapatılmasına engel olmadığını da ileri sürmüştür.

Komisyon'a göre örgütlenme özgürlüğü, sadece bir siyasi parti kurma hakkını ilgilendirmekle kalmayıp, aynı zamanda partinin kurulduktan sonra siyasi faaliyetlerini özgürce yürütmesini de güvence almaktadır.

Mahkeme, Sözleşme'nin hakları sadece teorik veya kâğıt üstünde değil, pratik ve etkili olarak da güvence altına almayı amaçladığını hatırlatır (*Artico, §33; Loizidou, §72*). Sözleşme'nin 11. maddesi bir örgütün sadece kurulmasıyla sınırlı tutulacak olursa, bu maddede güvence altına alınan hak büyük ölçüde teorik ve kâğıt üzerinde kalacaktır; çünkü ulusal makamlar Sözleşme'ye uygun davranmaksızın bu örgütü hemen yasaklayabileceklerdir. Buradan çıkan sonuca göre 11. maddenin sağladığı koruma, örgütün bütün yaşamı boyunca devam eder; bir örgütün yetkili makamlar tarafından kapatılması, Sözleşme'nin 11(2). fıkrasındaki şartlara (bk. aşağıda, §35-47) uygun olmak zorundadır.

34. Sonuç olarak Sözleşme'nin 11. maddesi, bu davada uygulanabilir.

B. Sözleşme'nin 11. maddesine uygunluk

1. Bir müdahalenin bulunup bulunmadığı

35. Hükümet TBKP'nin kapatılmasının, Sargın ve Yağcı'nın örgütlenme özgürlüğüne müdahale oluşturmadığını Komisyon önünde ileri sürmüş, ancak bu savını Mahkeme önünde tekrarlamamıştır.

36. Komisyon gibi Mahkeme'de, Sargın ve Yağcı bakımından partinin kuruluşundaki rolleri ve liderlikleri ile kendilerinin başka bir siyasi oluşumda benzer bir görev üstelenmeleri yasağı göz önüne alındığında, her üç başvurucu bakımından bir müdahale bulunduğu sonucuna varmaktadır.

2. Müdahalenin haklı olup olmadığı

37. Böyle bir müdahale, "hukuken öngörülmedikçe", ikinci fıkradaki bir veya birkaç meşru amacı izlemedikçe ve bu amaçları gerçekleştirmek için "demokratik bir toplumda gerekli" olmadıkça, Sözleşme'nin 11. maddesini ihlal eder.

(a) Hukuken öngörülmüş olma

38. Anayasa Mahkemesi'nin verdiği kararlar, Anayasanın 2, 3(1), 6, 10(1), 14(1) ve Anayasanın eski 68. maddesi ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasasının 78, 81. maddelerine ve 96(3). fıkrasına dayandığı için, müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olduğu taraflarca kabul edilmiştir.

(b) Meşru amaç

39. Hükümet müdahalenin bir dizi meşru amaç izlediğini ileri sürmüştür: Bunlar ulusal güvenliğin sağlanması, kamu güvenliğinin, ülke bütünlüğünün ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Hükümete göre, Mahkeme 16 Aralık 1992 tarihli *Hadjianastassiou –Yunanistan* kararında, münferit bir casusluk olayının ulusal güvenliğe zarar verdiğini kabul ettiğine göre, bir Sözleşmeci Devletin varlığını tehdit eden böyle bir olayda benzer bir sonuca ulaşması için daha fazla sebep vardır.

40. Komisyon Anayasa Mahkemesi'nin TBKP'yi kapatmak için dayandığı sebepleri birbirinden ayırmıştır. Komisyon'a göre, müdahalenin partinin isminde "komünist" kelimesinin kullanılmasına dayanan kısmı, Sözleşme'nin 11. maddesindeki meşru amaçların hiçbiriyle haklı gösterilemez. Aslında Anayasa Mahkemesi, TBKP'nin demokratik kurumlara saygı duymayacağını veya bir diktatörlük kurma peşinde olduğunu gösteren

hiçbir şey bulunmadığını kabul etmiştir. Dahası, 12 Nisan 1991 tarihinde yürürlüğe giren 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası, komünist eğilimli olduğunu beyan eden örgüt ya da faaliyetlere katılmayı suç sayan Ceza Yasası hükümlerini yürürlükten kaldırmıştır.

Diğer taraftan, Komisyon'a göre kapatma kararının TBKP'nin programındaki Türk ve Kürt ayrımına dayanan kısmı bakımından, bu kararın ülke bütünlüğünü ve Bu nedenle, "ulusal güvenliği" koruma amacıyla verildiği söylenebilir. TBKP'nin bir terör örgütü veya terörü destekleyen bir örgüt olması nedeniyle değil, fakat ayrı bir Kürt ulusu yaratma ve sonuç olarak Türk Devletinin ülkesini yeniden paylaştırma amacını açıkça izlediği şeklinde görülebilir.

41. Komisyon gibi Mahkeme de, TBKP'nin kapatılmasının 11. maddede belirtilen meşru amaçlardan en az birine dayandığını kabul etmektedir: Bu amaç da "ulusal güvenliğin" korunmasıdır.

(c) Demokratik bir toplumda gereklilik

(i) Genel ilkeler

42. Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesinin özerk bir role sahip olması ve özel bir uygulama alanına sahip bulunmasına rağmen, bu davada 11. maddenin 10. madde ışığında ele alınabileceğini hatırlatır. İfade özgürlüğünün korunması, Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan toplanma ve örgütlenme özgürlüklerinin hedeflerinden biridir (*Young, James ve Webster - Birleşik Krallık* (*Esas hk*)*, §57; Vogt - Almanya* (*Esas hk*)*, §64*).

43. Bu durum, siyasi partilerin çoğulculuk ve demokrasinin tam olarak işlevini sağlamadaki temel rolleri dikkate alındığında, siyasi partiler için daha çok geçerlidir.

Mahkeme'nin defalarca söylediği gibi çoğulculuk olmadan demokrasi de olmaz. Bu nedenle Sözleşme'nin 10. maddesiyle düzenlenen ifade özgürlüğü, ikinci fıkradaki sınırlara tabi olarak, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen "haber" ve "düşünceler" için değil, aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşüncelere de uygulanır (*Vogt, §52*). İfade özgürlüğünün topluca kullanılması siyasi parti faaliyetlerinin bir kısmını oluşturduğundan, kendiliğinden siyasi partilere Sözleşme'nin 10. ve 11. maddesinin sağladığı korumadan yararlanma hakkı verir.

44. Mahkeme, *Informationsverein Lentia ve Diğerleri – Avusturya* kararında (*§38*), devleti çoğulculuk ilkesinin nihai garantörü olarak tanımlamıştır. Bu sorumluluğun siyasal alandaki anlamı, devletin, diğerlerinin yanı sıra, Birinci Protokolün 3. maddesine uygun olarak yasama meclisinin seçimi konusunda halkın düşüncesini özgürce ifade edebileceği şartların yerine getirildiği bir ortamda, makul aralıklarla ve gizli oyla özgür seçimlerin yapılmasını sağlamakla yükümlü olmasıdır. Ülke nüfusu içindeki farklı düşünceleri temsil eden siyasi partilerin çoğulculuğa katılımı olmaksızın, söz konusu özgürce ifadenin varlığı düşünülemez. Yalnızca siyasi kurumların içinde bulunarak değil, ama medyanın da yardımıyla toplum yaşamının her düzeyindeki düşünce yelpazesini kuran siyasi partiler, demokratik toplum kavramının özünde yer alan siyasal tartışmalara yeri doldurulamaz katkıda bulunurlar (*Lingens, §42; Castells, §43*).

45. Demokrasi, hiç kuşkusuz, Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliğidir (*Loizidou, §75*).

Bu özellik, ilkin Sözleşme'nin Başlangıcında açıkça görülmektedir; o Başlangıç ki, insan haklarının ve temel özgürlüklerin sürdürülmesi ve ilerletilmesinin en iyi şekilde bir yandan etkili bir siyasal demokrasi ve diğer yandan ortak anlayış ve insan haklarına saygıyla sağlanabileceğini söyleyerek, Sözleşme ile demokrasi arasında çok açık bir bağ kurmuştur (*Klass ve Diğerleri, §59*). Sözleşme'nin Başlangıç kısmı, Avrupa ülkelerinin siyasi

gelenekler, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü ortak mirasına sahip olduğunu teyit ederek sürmektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin temel değerlerinin bu ortak mirasta bulunduğunu gözlemlemiştir (*Soering, §88*). Mahkeme Sözleşme'nin demokratik bir toplumun ideal ve değerlerinin sürdürülmesi ve geliştirilmesi için tasarlandığını defalarca belirtmiştir (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §53; Soering, §87*).

Buna ek olarak, Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerdeki hakların kullanılmasına karşı bir müdahale, neyin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğu kıstasıyla değerlendirilmek zorundadır. O halde bu haklardan herhangi birine müdahaleyi haklı gösterebilecek tek gereklilik, "demokratik bir toplum"dan çıktığı ileri sürülebilen gerekliliktir. Bu suretle Sözleşme tarafından düşünülen ve bu nedenle Sözleşme ile uyumlu olan tek siyasi modelin, demokrasi olduğu ortaya çıkmaktadır.

Mahkeme, Sözleşme'nin belli hükümlerini demokratik toplumun özellikleri olarak tanımlamıştır. Bu nedenle Mahkeme, daha ilk kararında "Sözleşme'nin Başlangıç bölümünde ve diğer hükümlerindeki anlamıyla demokratik bir toplum"da yargı organı önündeki davaların tarafların huzurunda ve aleni olarak yapılması gerektiğini ve bu temel ilkenin Sözleşme'nin 6. maddesinde yer aldığını belirtmiştir (*Lawless* (*İlk itirazlar ve Usul sorunları*)*, s. 13*). Mahkeme ifade özgürlüğünün, konusu eldeki davanın konusuna yakın davalarda birçok kere, örneğin, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerden birini oluşturduğunu söylemiş (*Vogt, §52*), ayrıca yukarıda geçen *Mathieu-Mohin ve Clerfayt* kararında (*§47*) da, etkili bir siyasal demokrasinin karakteristik bir ilkesini içeren Birinci Protokolün 3. maddesinin büyük önemini kaydetmiştir.

46. Sonuç olarak, siyasi partiler söz konusu olduğu zaman Sözleşme'nin 11. maddesinde belirtilen istisnalar çok dar yorumlanır; siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasını sadece ikna edici ve zorlayıcı sebepler haklı gösterebilir. Sözleşmeci Devletler, Sözleşme'nin 11(2). fıkrası anlamında bir gerekliliğin olup olmadığına karar verirken, sadece sınırlı bir takdir alanına sahiptirler; bu takdir alanı, hem mevzuatı ve hem de bu mevzuatın uygulanması için bağımsız mahkemelerin verdikleri kararları da kapsayan titiz Avrupa denetimiyle ele ele yürür. Mahkeme daha önce, Hükümeti aşağılamaktan mahkûm olan bir Parlamento üyesiyle ilgili bir davada, böylesi yakından bir denetimin gerekli olduğunu belirtmiştir (*Castells, §42*). Bu tür bir yakından denetim, bir siyasi parti kapatıldığı ve liderlerinin gelecekte benzer faaliyetleri sürdürmekten yasaklandığı bir olayda, daha çok gereklidir.

47. Mahkeme'nin denetim yaparken görevi, ilgili ulusal makamların görüşlerinin yerine kendi görüşlerini koymak olmayıp, bu makamların takdir alanları içinde verdikleri kararları Sözleşme'nin 11. maddesine göre denetlemektir. Ancak bu demek değildir ki, Mahkeme davalı devletin takdir yetkisini makulce, dikkatlice ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını tespit etmekle sınırlı bir denetim yapmak zorundadır. Mahkeme, şikâyet konusu müdahaleye mevcut olayın ışığında bir bütün olarak bakmak ve müdahalenin "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığına ve müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığına karar vermek zorundadır. Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan ilkelerle uyumlu standartları uyguladığına ve dahası kararlarını ilgili olayların kabul edilebilir bir takdirine dayandırdığına ikna olmak zorundadır (*mutatis mutandis, Jersild, §31*).

(ii) İlkelerin bu davada uygulanması

(a) Mahkemede hazır bulunanların iddia ve savunmaları

(...)

b) Mahkeme'nin değerlendirmesi

51. Mahkeme ilk önce, TBKP'nin daha faaliyetlerine başlayamadan kapatıldığını, bu nedenle, sadece partinin tüzük ve programına dayanılarak kapatma kararı verildiğini; ancak Anayasa Mahkemesinin kararından açıkça anlaşıldığı üzere, tüzük ve programda partinin gerçek amaçlarını ve liderlerinin gerçek niyetlerini yansıtmadığını düşündürecek hiçbir şey bulunmadığını kaydeder (bk. aşağıda, §58). Ulusal makamlar gibi Mahkeme de, bu belgeleri söz konusu müdahalenin gerekliliğini değerlendirmek için esas alacaktır.

52. Yargıtay Başsavcısı kapatma talebini desteklemek için dört iddiada bulunduğu kaydedilmelidir. Anayasa Mahkemesi bunlardan ikisini, TBKP'nin işçi sınıfının diğer sınıflar üzerinde egemenlik kurma niyetine ve 2820 sayılı Yasanın 96(2). fıkrasına aykırı olarak daha önce kapatılan Türkiye İşçi Partisi'nin devamı olduğunu beyan etmeye ilişkin iddiaları reddetmiştir.

Bu nedenle Mahkeme yapacağı denetimi, Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilen iki gerekçeyle sınırlı tutabilir.

53. Bunlardan ilki TBKP'nin, 2820 sayılı yasanın 96(3). fıkrasına aykırı olarak adında "komünist" kelimesine yer verdiği iddiasıdır. Anayasa Mahkemesi söz konusu hükmün, siyasal partilerin kurulmasıyla ilgili tamamen şekli bir yasak getirdiğini kabul etmiştir: Bu maddede yasaklanmış bir adın kullanılmış olması, maddenin uygulanmasına ve sonuç olarak TBKP gibi bu maddeye aykırı düşen bir siyasal partinin kapatılmasına yetmektedir.

54. Mahkeme, bir siyasi partinin seçtiği ismin, ilgili ve yeterli diğer koşulların bulunmaması halinde, kural olarak kapatma gibi ağır bir tedbiri haklı kılmadığını düşünmektedir.

Bu bağlamda öncelikle, komünist ideolojiden esinlenen siyasi faaliyetlerde bulunulmasını suç sayan Ceza Yasası hükümlerinin, 12 Nisan 1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasasıyla yürürlükten kaldırıldığı kaydedilmelidir. Mahkeme, yine Anayasa Mahkemesinin, ismine rağmen TBKP'nin bir sosyal sınıfın diğerler sınıflar üzerinde egemenlik kurmayı amaçlamadığına, tersine, siyasal çoğulculuk, genel seçimler ve siyasete katılma özgürlüğü gibi demokrasinin şartlarını yerine getirdiğine dair tespitlerine büyük ağırlık vermektedir. Bu bakımdan TBKP, Alman Anayasa Mahkemesi tarafından 17 Ağustos 1956'da kapatılan Alman Komünist Partisi'nden açıkça farklıdır (*Alman Komünist Partisi ile ilgili Komisyon kararı*).

TBKP'nin kendisine "komünist" adı verirken Türk toplumu veya Türk Devleti için gerçek bir tehdit oluşturabilecek bir siyaseti seçtiğini gösteren somut herhangi bir delil bulunmadığından, Mahkeme, partinin ismine dayandırılan iddianın tek başına partinin kapatılmasına neden olabileceğini kabul etmemektedir.

55. Anayasa Mahkemesi tarafından kabul edilen ikinci iddia, TBKP'nin ayrılmayı ve Türk ulusunun bölünmesini teşvik ettiği iddiasıdır. TBKP, tüzük ve programında Türk ve Kürt ulusları arasında ayrım yapmakla, Lozan Andlaşması ve Bulgaristan ile yapılan antlaşmalarda belirtilen azınlıklar dışında, devletin ülke bütünlüğüne karşı tehdit oluşturan azınlıklar yaratmaya çalıştığını ortaya koymuştur. Zaten bu nedenle, kendi kaderini tayin hakkı ile bölgesel özerklik anayasa tarafından yasaklanmıştır.

56. Mahkeme, her ne kadar TBKP programında Kürt "halk"ından ve "ulus"undan ve Kürt "yurttaşlar"dan söz edilmiş ise de, Kürtleri bir "azınlık" olarak tanımlamadığını ve varlıklarının tanınması dışında Kürtler için özel muamele veya haklar, hele hele Türk nüfusunun bütününden ayrılma hakkı talep etmediğini kaydeder. Tam tersine programda şu ifade yer almaktadır: "TBKP, Kürt ve Türk halklarının eşit haklar ve ortak menfaatlerine dayalı demokratik yeniden yapılandırma temelinde, Türkiye Cumhuriyeti sınırları içinde özgür iradeleriyle bir arada yaşayabilmeleri için Kürt sorununun adil, demokratik ve

barışçı çözümü için mücadele verecektir." TBKP programında kendi kaderini tayin hakkı konusunda ise, şiddete başvurulması nedeniyle kendi kaderini tayin hakkının "birlikte değil de ayrı ayrı ve tek taraflı kullanılmasından" ötürü üzüntüsünü belirtmekten öte bir şey söylememekte, "bu problemin çözümünün politik olduğunu" ve "Kürt halkı üzerindeki ulusal baskı ve eşitsizliğin ortadan kaldırılması için Kürt ve Türklerin birliğine ihtiyaç bulunduğunu" eklemektedir.

TBKP programında yine şöyle demektedir: " Kürt sorununa çözüm, tarafların kendi görüşlerini özgürce ifade edebilmeleri, sorunu çözmek için hiçbir biçimde şiddete başvurmama konusunda anlaşmaları ve kendi kimlikleriyle siyasette yer alabilmeleri halinde bulunabilecektir."

57. Mahkeme, demokrasinin başta gelen özelliklerinden birinin, bir ülkenin sorunlarını şiddete başvurmadan, sıkıcı bile olsa diyalog yoluyla çözme imkânı tanıması olduğunu kabul etmektedir. Demokrasi ifade özgürlüğüyle gelişir. Bu açıdan bakılınca siyasi bir gruba, sırf devletin nüfusunun bir kısmının durumunu aleni biçimde tartışmayı ve demokratik kurallara uygun olarak herkesi tatmin edebilecek çözümleri bulmak üzere siyasal yaşamda yer almayı istediği için kendisine engel olunması haklı görülemez. TBKP'yi programıyla yargılamak, aslında TBKP'nin bu alandaki amacını da yargılamaktır. Bu davayı, Hükümetin atıfta bulunduğu davalardan ayıran da budur.

58. Belirtildiği gibi, bir partinin programında beyan ettiği amaçlardan ve niyetlerinden daha farklı amaç ve niyetlere sahip olduğunu gizleyebileceği gözden uzak tutulamaz. Partinin amaç ve niyetlerini gizlemediğini doğrulamak için partinin programı ile faaliyetleri ve savunduğu görüşlerin karşılaştırılması zorunludur. Bu davada ise, TBKP'nin kuruluşundan hemen sonra kapatılması ve herhangi bir faaliyette bulunmak için zamanının dahi olmaması nedeniyle, TBKP'nin programı partinin pratikteki bir faaliyetiyle yalanlamaz. Nitekim parti, sırf ifade özgürlüğünü kullanmakla ilgili davranışından ötürü kapatılmıştır.

59. Mahkeme, önündeki davanın ard alanını, özellikle terörle mücadeleyle bağlantılı güçlükleri de dikkate almaya hazırdır (*İrlanda – Birleşik Krallık, §11 vd.; Aksoy, §70 ve 84*). Ancak Mahkeme bu davada, TBKP'nin faaliyeti bulunmadığından, Türkiye'de terörün yol açtığı sorunlar bakımından bu partinin sorumluluk taşıdığı sonucuna götürecek bir kanıt bulamamıştır.

60. Yine, TBKP'nin tüzük ve programında, Sözleşme'de düzenlenen bir hak ya da özgürlüğün tahribini amaçlayan bir faaliyete karışmak veya böyle bir eylemi gerçekleştirmek için Sözleşme'ye dayandığı sonucuna varmaya yol açan hiçbir şey olmadığından, Sözleşme'nin 17. maddesinin uygulanmasına ihtiyaç yoktur (*Lawless - İrlanda* (*Esas hk*) *parag. 7[parag. 34]*).

61. Yukarıdakilerin tamamı dikkate alındığında, TBKP'nin henüz faaliyete başlamadan hemen ve temelli olarak kapatılması ve liderlerinin başka bir siyasi görev almaktan yasaklanması biçimindeki şiddetli bir tedbir, meşru amaçla orantısız olup, sonuç olarak demokratik bir toplumda gerekli değildir. Bundan çıkan sonuca göre müdahale, Sözleşme'nin 11. maddesini ihlal etmiştir.

(...)

BU GEREKÇELER MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlaline;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

25.05.1998 21237/93 SOSYALİST PARTİ VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE

♦ *siyasi parti kapatma—azınlık yaratma* (Sosyalist Parti başkanının seçim öncesi konuşmalarında ve parti bildirilerinde bölünmez bütünlüğe karşı azınlık yaratmanın savunulduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatılması) ■ örgütlenme özgürlüğü

DAVANIN ESASI

I. Dava konusu olaylar

7. Birinci başvurucu Sosyalist Parti ("SP") Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılan bir siyasi partidir.

İkinci başvurucu İlhan Kırıt SP'nin Başkanı ve üçüncü başvurucu Doğu Perinçek ise daha önceki başkanıdır.

8. SP, 1 Şubat 1998 tarihinde kurulmuştur. Partinin tüzük ve programı, Anayasaya ve 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasasına (bk. 2820 sayılı Yasa için, aşağıda parag. 16 ve 17) uygunluğunun incelenmesi için aynı gün Yargıtay Cumhuriyet Başsavcılığına sunulmuştur.

A. Sosyalist Parti'nin kapatılması için açılan ilk dava ve parti liderlerinin yargılanması

9. SP genel seçimlere katılmak için hazırlık yaparken Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı ("Cumhuriyet Başsavcısı") SP'nin kapatılması için 15 Şubat 1988 tarihinde Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Başsavcı, özellikle Parti programındaki belli pasajlara dayanarak SP'yi proletarya diktatörlüğünü gerçekleştirme düşüncesiyle işçi sınıfının hâkimiyetini sağlamayı istemekle suçlamıştır (Anayasa md. 6, 10, 14 ve eski md. 68, 2820 sayılı Yasa md. 78 ve 101(a)).

10. Anayasa Mahkemesi 8 Aralık 1988 tarihinde verdiği ve 16 Mayıs 1989 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan kararında, SP'nin programında belirtilen siyasal amaçların Anayasayı ihlal etmediği gerekçesiyle, kapatma davasını temelsiz bulup reddetmiştir.

11. Daha sonra Perinçek gibi Sosyalist Parti'nin diğer bazı yöneticileri hakkında Devlet Güvenlik Mahkemesinde ceza davası açılmıştır. Bu kişiler, metni aşağıda yer alan Türk Ceza Kanunun 142. maddesine (bk. aşağıda, §18) aykırı olarak, bir sosyal sınıfın diğer sosyal sınıflar üzerinde hâkimiyetini sağlamak amacıyla yıkıcı propaganda yapmakla suçlanmışlardır. Perinçek hakkındaki iddia, 6 Temmuz 1991'de SP başkanı olarak seçilmesinden önce 10 Şubat 1990'da Diyarbakır'da ve 21 Mart 1990'da Van'daki iki mitingde yaptığı konuşmalara ve 4 Mart 1990 tarihinde siyasi bir dergide yayınlanan yazısına dayanmıştır. Türk Ceza Kanununun 142. maddesinin 12 Şubat 1991 tarihli ve 3713 sayılı Terörle Mücadele Kanunuyla kaldırılması üzerine tüm sanıklar beraat etmişlerdir. SP bu konuşmaları daha sonra şu başlıklar altında yayınlamıştır: "Serhildan çağrıları - 1, Kawa ateşi yaktı" ve "Serhildan çağrıları - 2, Karpuz değil cesaret ekin" (bk. aşağıda, §18).

12. Anayasaya göre seçimlerde adaleti sağlamakla yükümlü Yüksek Seçim Kurulu 26 Ağustos 1991 tarihinde, SP'nin 20 Ekim 1991'deki genel seçimlere katılmak için tüm şartları yerine getirdiğine karar vermiştir. Sonuçta Sosyalist Parti, seçim kampanyasına başlamıştır.

B. Sosyalist Partinin kapatılması için açılan ikinci dava

13. Yargıtay Başsavcısı 14 Kasım 1991 tarihinde, SP'nin kapatılması için Anayasa Mahkemesine ikinci kez dava açmıştır. Yargıtay Başsavcısı SP'yi, Anayasanın 3, 4, 14, 66 ve eski 68. maddeleri ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 78, 81 ve 101(b) maddelerine

aykırı olarak, devletin ve milletin bölünmez bütünlüğünü bozacak faaliyetlerde bulunmakla suçlamıştır.

Yargıtay Başsavcısı iddiasını desteklemek için, SP'nin seçim propagandası yayınlarından ve Parti Başkanı Perinçek'in televizyonda ve mitinglerdeki konuşmalardan şu alıntılara dayanmıştır.

1. Sosyalist Parti Yayınlarından Alıntılar

(a) "Serhildan çağrıları-1, Kawa ateşi yaktı"

"(...) Sevgili Arkadaşlar, (...) ikinci dinamik, Kürt dinamiğidir. Kürtlerin eşitlik, özgürlük, milli hak isteğidir. Türk'e ne tanınıyor, …, ona da tanınması talebidir.

1900'lerin başında bir kurtuluş savaşı verildi. (...) emperyalistlerin bu ülkeye girdiği şartlarda; Türkün Kürdün birbirine muhtaç olduğu, birbirine sarılmak zorunda olduğu, birleşmek ve omuz omuza vermek zorunda olduğu koşullarda, Amasya protokolüne yazıldı "vatan Türklerin ve Kürtlerin yaşadığı topraklardır" diye. Erzurum ve Sivas Kongreleri beyannamelerinde, Tüzüklerinde Kürtlerin içtimai, ırki, coğrafi hakları kabul edildi(...) savaş bitti, silahlar duvarlara asıldı, ondan sonra bir resmi ideoloji geldi … mücadele için, bu Urfa'nın Diyarbakır'ın, Malatya'nın adamına ihtiyaç kalmamıştı (...) O resmi ideolojide Kürtlere yer yoktu, artık yalnız Türk vardır (...)" (s. 7-8)

(b) "Serhildan çağrıları-2, Karpuz değil cesaret ekin"

"(...) bu ülkeyi, bu kavimler kapısını eşit ve gönüllü birliğin olduğu, ulusların kendi geleceklerini özgür olarak tayin ettikleri, isterse özgür olarak birleştikleri bir kardeşlik, bir kültür, bir emekçi vatanı haline getirebilirler(...) Yaşasın Türklerin ve Kürtlerin kardeşliği! Yaşasın Türk halkı, Kürt halkı!"(s. 31)

(c) "Çözüm-4, Kürt sorunu"

"(...) Çöküntü rejimin en zalim olduğu, en çaresiz olduğu yerden başladı. Düzen partileri Fırat nehrinin doğusunda bittiler. Kürt halkının yaşadığı topraklarda (...) rastlanmıyor (...) (s. 3)

Düzen partileri Kürt illerinde niçin silindi? Çünkü bunlar milliyetçidir ve piyasa partileridir. (...) Türk milliyetçiliği, Kürt sorununun çözüleceği topraklarda iflas etti. Türk milliyetçiliği kendi sınırını çizmiştir. Anadolu'yu Fırat'ın doğusu ve batısı diye ikiye bölmüştür. Türk milliyetçiliğiyle birlikte onun düzeni de Fırat'ta boğulmaktadır. İşte buna rejimin iflası denir. (s. 4)

(...) Devlet, dağdan sonra köyleri ve şehirleri de kaybetti. Bu nedenle çareyi doğrudan kitleleri yıldırmakta buluyor. Böylece devlet terörü Doğu'dan başlayarak Türkiye'ye yeni bir rejim getirmek istiyor (...)" (s. 10)

Devlet Kürdü vurmak için beslediği korucunun, özel timin (...) maaşını halktan aldığı vergilerle ödüyor. Kürde atılan merminin, sınır ötesi harekâtlarda kullanılan benzinin (...) kısacası özel savaşın giderleri halkın sırtına yıkılıyor (...) Enflasyona (...) yoksulluğa son vermek için, Kürt sorununa kardeşçe bir çözüm bulmak şarttır. Kürt sorunu aynı zamanda Türk sorunudur (...) Kürt halkıyla kardeşçe, özgürce, gönül gönüle, barış ve huzur içinde yaşamak, Türkiye halkının (...) ihtiyacıdır. Türk ve Kürt halkları iki candır. Cehennemde tek bir Kürt kalsa, bir tek Türk'ün cennete gitmeye hakkı yoktur. Sosyalist Parti, son Kürt cehennemden kurtuluncaya kadar mücadeleye kararlıdır." (s. 11-13)

Sosyalist parti Fırat'ın iki yakasında da var. Sosyalist Parti Türk-Kürt kardeşliğinin partisidir (...) Sosyalist Parti'nin Kürt sorunundaki kararlılığı sınanmıştır, mücadeleler içinde sınanmıştır, devletin Kürt halkı üzerindeki baskılarına göğüs gererken sınanmıştır (...)

Kürt yoksul köylülerinin mücadelesiyle kader birliğinde denenmiştir (...) Kürt şehir ve kasabalarında binlerce insanı toplayıp korku duvarlarını yıkarken, Türkiye'nin dört bir yanında emekçi halka Kürt sorunu anlatırken denenmiştir (...)Partimiz bu bilinci yerleştiriyor. Çözümü halkların kader birliğinde ve mücadelesinde görüyor. Sosyalist Parti'nin Kürt sorununu çözmek için, cesareti var, (...) mücadelesi var, programı var." (s. 15-16)

Kürt milleti, kendi kaderini tayin hakkına kayıtsız şartsız sahiptir. Eğer, isterse ayrı bir devlet kurabilir. Emekçilerin çıkarı, demokratik bir halk devrimiyle tam hak eşitliği ve özgürlük temelinde, gönüllü birliği gerçekleştirmededir. Ayrılma hakkı, gönüllü birliğin her zaman vazgeçilmez koşuludur.

Birlikte veya ayrı yaşamak milletlerin özgür iradelerine bağlıdır. Bu özgür iradenin ortaya konabilmesi için, Kürt illerinde referandum yapılmalıdır. Referandumda, ayrılmayı savunanlar da özgürce propaganda yapabilmelidir.

Bugünkü tarihsel koşullarda, iki milletin emekçilerin yararına olan çözüm, iki federe devletin eşit olarak katıldığı, demokratik, federal bir cumhuriyettir. Bu federasyonda iktidar, köylerden ve mahallelerden başlayarak, ilçelerde, illerde federe ve federal düzeyde demokratik seçimlerle belirlenen halk meclisleri aracılığıyla kullanılır.

İlçe ve il yönetimleriyle, federe hükümetler ve federal hükümet, bu meclislerin yürütme organlarıdır, meclislere karşı sorumludur.

Federal Hak Meclisi iki meclisten oluşur, temsilciler meclisi ve milletler meclisi.

Temsilciler Meclisi, belli sayıda yurttaşa bir milletvekili olmak üzere bütün yurt çapında yapılan seçimlerle belirlenir.

Milletler Meclisi, her federe devletten eşit sayıda seçilmiş üyenin katılımıyla oluşur.

Yasalar her iki mecliste çoğunluk kararıyla kabul edilir.

Meclislerden birinin reddettiği yasa yürürlüğe girmez.

Çalışma yasası, ceza yasası, medeni yasa, yargı usulü yasaları bütün ülkede yürürlüktedir, federal organlarca kabul edilir.

Her federe devlette azınlıkların çoğunlukta olduğu ilçe ve illerde halk isterse bölgesel özerklik uygulanır.

Federal Anayasa, iki milletin ortak anayasasıdır. Her iki milletin ayrı ayrı çoğunluğu tarafından referandumla kabul edilerek yürürlüğe girer. Federe devletlerin ayrıca kendi anayasaları vardır. Federal Anayasa, federe cumhuriyetler tarafından benimsendiği ölçüde giderek artan unsurları kapsar.

Federal Cumhuriyetin bayrağı ve marşı, Türklerin ve Kürtlerin ortak bayrakları ve marşlarıdır. Ayrıca her federe devletin kendi bayrağı ve marşı vardır. Federasyonun ismi tek bir millete dayandırılamaz.

Yurt savunması, savaş ve barış sorunları, uluslararası ilişkilerde temsil anlaşmaları yapmak, federal organların yetkisindedir.

Her federe devlet, yabancı devletlerle ticari ve kültürel alanlarda doğrudan ilişkiler kurabilir. Konsolosluklar açabilir.

Her yönetim kademesinde iktidar bütünüyle halk meclislerinde ve bu meclislere karşı sorumlu olan yerel yönetimlerdedir. Bu yönetim sistemi dışında merkezi idarenin atadığı valilikler, kaymakamlıklar, emniyet ve jandarma örgütü kaldırılır. Bu demokratik yönetim sistemi, aynı zamanda milli eşitlik ve özgürlüğü de güvence altına alır.

Yerel güvenlik örgütleri, yerel meclislere sorumlu olan yerel yönetimlerin emrindedir. Köy güvenlik örgütleri, köy gençlerinden oluşur ve köy kurullarının emrindedir.

Ulusal ve toplumsal gelişme yanında kardeşliğin de önünde engel oluşturan toprak ağalığı, aşiret reisliği ve her türlü ortaçağ ilişkisi, köylülerin seferber edilmesine dayanan ve köylü komitelerinin önderlik ettiği bir toprak reformuyla kaldırılır.

Federal Cumhuriyet, piyasa ekonomisinin derinleştirdiği bölgeler arası eşitsizlikleri ortadan kaldırmak için, ekonomik bakımdan geri bölgelerin yatırım paylarını artırır. Böylece birliğin ekonomik temelini geliştirir ve pekiştirir.

Ekonomik tek bir federal istatistik sistemi uygulanır.

Her milletin, milli ve dini azınlıkların dillerini ve kültürlerini geliştirme, siyasal çalışma ve örgütlenme hakları ve özgürlükleri güvence altındadır.

Resmi dil, Türkçe ve Kürtçedir. Her federe cumhuriyette kendi dili esastır. Federal organların kararları iki dilde yazılır. İlkokuldan üniversiteye kadar ve bütün kültür kurumlarında, her iki dilden eğitim, araştırma basın, yayın, radyo-televizyon vb. iletişim olanakları gerçekleştirilir.

Kürt milletinin demokratik kültürü, bugüne kadar uygulanan baskılara son verilmesi sayesinde özgürce serpilme olanaklarına kavuşur. İktidar organları, diğer ülkelerde bulunan Türkler ve Kürtlerle demokratik kültür alışverişinin özgürce gelişmesi ve bütün dünya halklarıyla ortak enternasyonal bir kültürün renkli ve çoğulcu bir ortamda boy atması için çalışır.

Bütün iktidar organları, toplum hayatında ve milletler arasında sorunları zor kullanarak çözen ve şiddeti kutsayan eski kültürün bütün temelleriyle tasfiyesi ve halk içinde barışçı, insana saygılı ve şiddeti hor gören enternasyonalist bir emekçi kültürünün yayılması için çalışır.

Yaşadığımız toprağın tarihin Malazgirt Savaşıyla başlatan bağnaz milliyetçi kültüre ve her türden milliyetçiliğe karşı ülkemizin tarihsel derinliklerinden bu yana çeşitli kavimlerin katkılarıyla zenginleşmiş kültür kaynaklarımızı arayan, koruyan, bu kaynaklardan beslenen demokratik insan sever, evrensel ve enternasyonalist bir kültür geliştirir. Ülkemizin evrensel kültür zenginliğini yansıtan yer isimlerinin değiştirilmesine son verilir, her yerde bilinen ve yerleşmiş ismiyle anılır." (s. 16-20)

2. Sosyalist Parti Başkanının konuşmaları

(a) 24-25 Ağustos 1991 Parti Meclisi Toplantısını açış konuşması

"Sosyalist Parti, Kürt ve Türk halkları arasındaki tek köprü, (...) Kürt meselesi, bu noktada gümbür gümbür olmamız gerekir (...) Bu düzen Kürt meselesinde iflas etmiştir ve buradan çatır çatır çöküyor (...) Biricik çözüm nedir? (...) Bu mesele Kürt halkının iradesine saygı gösterilerek çözülür (...) esas çözücü Kürt halkıdır (...) Kürtlere ne istiyorsunuz diye soracağız (...) yok ayrılmak isterlerse iradelerine saygı duyacağız. Biz referandum yapacağız. Kürt halkına soracağız (...) Hakkari'den başlayıp Antep'e kadar herkese soracağız. Bu topraklarda ayrı bir devlet kurmak istiyor musunuz? Evet mi hayır mı? Sosyalist Parti birleşmeden yana (...) Ayrılığa zorlayan nedir? Zulümdür. Türk devletinin Kürt halkı üzerindeki zulmüdür. Bu zulmü yıkacağımıza göre zaten zulmü yıkmak da Kürt halkının iradesini kabul etmektir; birliği savunacağız. (...) Sosyalist parti, iki halkın bir federasyonda birliğini, ortak iktidarını savunacak (...) Sosyalist parti Türk ve Kürt halkı arasındaki son köprüdür (...) Kürtle kader birliği yapmış; Türk devletine tavır koymuş ve bu tavrını sürdürecek olan Sosyalist Parti'den başka ikinci bir parti yoktur."

(b) 11 Ekim 1991 tarihinde bir televizyon programından

"(...) Şimdi bu iç güvenliğin adını koyalım. Kürt meselesidir bu, iç güvenlik sorunu diye koydunuz mu (...) jandarmayla çözersiniz. Kürt meselesi diye koydunuz mu, demokrasi ve özgürlükle çözersiniz. Şimdi Fırat'ı bu rejim sınır haline getirmiştir. İktisadi sınırdır. (...) ikincisi siyasi sınır yapmışlardır Fırat'ı. (...) üçüncüsü ideolojik sınır, (...) Türk milliyetçiliği Fırat'ta boğuldu, göçemez öte tarafa, (...) çünkü bu topraklarda milliyetçilik olmaz. (...) Bu bir Türk sorunudur, aynı zamanda Kürt sorunu (...) kardeşçe çözüm Sosyalist Parti'dedir. Bu beş partide milliyetçi oldukları için (...) bölücü duruma gelmişlerdir. Kardeşçe, çözüm, bir federasyon öneriyoruz biz. Kürt milletine kendi kaderini tayin hakkı tanınmalıdır. İşte birliğin koşulları o zaman olur. (...) zorla birlik olmaz. Gönüllü kardeşlikle, hu Kürt halkının iradesini sayarak, kabul ederek birlik olur. Sizin çözümleriniz iflas etmiştir. Göreceğiz, Sosyalist Partinin çözümü gelecektir."

(c) 13 Ekim 1991 tarihinde Ankara'daki bir açık hava toplantısında

"(...) doğuda özel savaşa son vereceğiz (...) Özel savaşa Türk-Kürt kardeşliği program (...) ile iki milleti eşit düzeye getirerek ve sonunda biçim olarak bir federasyonla çözerek, son vereceğiz (...) Fırat'ın sınır olmasından rahatsız olduklarını söylüyorlar. Fırat'ı kim sınır haline getirdi, bunlar (...) Türk ve Kürt milletlerinin bir federasyonda eşit özgür gönüllü birliği Kürt milleti kendi istiyorsa kendi kaderine sahip olarak buna karar veriyorsa bunu kabul ediyorsa eşit özgür gönüllü birlik SP, çözümü budur. Buna mecbur iki halk, iki millet (...)"

(d) 13 Ekim 1991'de bir televizyonda programında

"(...) Botan'ın Kürt köylüsü ayağa kalkmış ve kendisinin efendisi olmaya başlamıştır (...) ey düzen, sen Kürdün adını mı yasakladın? Kürt halkı ayağa kalkıyor, gündemin ortasına oturuyor, kimliğini eylemiyle kabul ettiriyor, Newrozunu kutluyor (...) ezilen Kürt Anayasa yapıyor, kanun yapıyor."

(e) 16 Ekim 1991 tarihinde Şırnak'taki bir açık hava toplantısında

"(...) Sosyalist Parti diyor ki, arkadaş Kürt sorunu askerle mermiyle çözülemez, Kürt meselesi hürriyetle (...), eşitlikle çözülür. Kürt ve Türk milletleri eşit, hakka sahip olmalıdır. Kürt ve Türk milleti bir halk cumhuriyeti kuracaklar (...) Biri yaşayacak diğeri ezilecek bir şey yok böyle. (...) Ezilen Kürt halkının yanında olan Sosyalist Parti'dir. (...) Kürt halkı yıllardır verdiği mücadeleyi ayağa kalkarak göstermeye başladı. (...) Kürt halkı yeni bir devrim yapacak. (...) ezilen Kürt halkı (...) sosyalist partiye geliyor. Biji sehildan, biji halkımız"

(f) 17 Ekim 1991'de Van'daki bir açık hava toplantısında

"(...)Türk milliyetçiliği Fırat'ta boğuldu (...)Kürt halkını bu devlet o kadar ezmiş ezmiş adını bile silmiş adını bile yasaklamış ama yasaklamakla olmuyor. (...) Kürt gerçeği gelip kendini kabul ettirdi (...) Türk ve Kürt kardeş olarak kalabilsinler köle oldu mu kardeşlik olmaz biri efendi biri onun yanaşması oldu mu kardeşlik olmaz, ikisi eşit olacak ikisi aynı hakka sahip olacak. (...) Türkle Kürt birleşmezse kurtulamaz. (...) o aritmetiği bir yere yazacaksın Türkiye halkı artı ezilen Kürt eşittir demokrasi, özgürlük ve kurtuluş. (...) Biji Kürdistan!(...)"

Perinçek son mitingin video kayıtlarına dayanarak, bu son cümleyi söylemediğini, 12 Mayıs 1992 tarihinde Anayasa Mahkemesi önündeki duruşmada belirtmiştir.

C. Sosyalist Partinin Kapatılması

14. Anayasa Mahkemesi, Cumhuriyet Başsavcısının dava dilekçesini 28 Kasım 1991'de SP'ye göndermiştir. SP'nin avukatı ön yazılı savunmayı 29 Ocak 1992 tarihinde, tam yazılı savunmayı 30 Mart 1992 tarihinde vermiştir. Bu savunma dilekçelerinde ilkin bir duruşma yapılması veya en azından sözlü açıklamada bulunmak için izin istenmiştir. Anayasa Mahkemesi ikinci talebi kabul etmiş ve kısa bir süre önce parti başkanlığından ayrılan Perinçek'i 12 Mayısta dinlemiştir.

SP'nin temsilcileri Anayasa Mahkemesi önünde öncelikle, Cumhuriyet Başsavcısının dayandığı 2820 sayılı Kanunun bazı hükümleri hakkında anayasa aykırılık itirazında bulunmuşlardır. Parti temsilcileri ayrıca, SP'nin yayınlarının (bk. yukarıda §13) Parti aleyhine delil olarak kabul edilmemesini istemişlerdir. Temsilciler bu yayınlardan ikisinin, Perinçek'in 6 Temmuz 1991'de parti başkanı olarak seçilmeden önce yaptığı konuşmaları içerdiğini, dahası bu yayınların Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından incelenip kanuna aykırılık görülmediğini (bk. yukarıda §11) belirtmişlerdir.

Parti temsilcileri daha sonra, 8 Aralık 1988'de parti programı temel alınarak açılan ilk kapatma davasının (bk. yukarıda §10)Anayasa Mahkemesi tarafından reddedildiğine işaret etmişlerdir. Temsilcilere göre şimdi Sosyalist Partinin kapatılması halinde, Anayasa Mahkemesi kendi kararıyla çelişkiye düşecektir; çünkü kayıtları Mahkeme'nin önünde bulunan Perinçek'in konuşmaları, daha önce Anayasa Mahkemesi tarafından incelemiş olan Parti programının 31. paragrafının yeniden ifade edilmesinden başka bir şey değildir. Temsilciler son olarak, Türk Ceza Kanununun 142. maddesini de yürürlükten kaldıran 3713 sayılı Terörle Mücadele Yasası'nın yürürlüğe girmesiyle (bk. aşağıda, §18), Marksist- Leninist faaliyetlere bulunmanın suç olmaktan çıkarıldığını kaydederek, bir siyasi partiye diğerlerinden farklı muamele yapılması halinde, Türk yasakoyucusunun amacının ortadan kaldırılmış olacağını savunmuşlardır.

15. Anayasa Mahkemesi 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 101. maddesi gereğince SP'nin kapatılmasına 10 Temmuz 1992 tarihinde karar vermiş, bu karar aynı yasanın 107. maddesinin birinci fıkrası nedeniyle Partinin hukuken dağılması ve malvarlığının Hazineye devri sonucunu doğurmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararı 25 Ekim 1992 tarihli Resmi Gazetede yayınlanmıştır. Partinin kurucuları ve yöneticileri bu kararın bir sonucu olarak, başka bir siyasi partide benzer bir görev almaktan yasaklanmışlardır (bk. aşağıda, §16, Anayasa eski md. 69).

Anayasa Mahkemesi kararının başında SP'nin tartışma konusu yayınlarının, televizyon konuşmalarını da yapan Partinin Başkanı Perinçek'in isim ve imzasını taşıdığı kaydedilmiştir. Bu nedenle Mahkeme'ye göre bu yayınlar ve konuşmalar SP'yi bağlayıcı olup, sonuç olarak 2820 sayılı Kanunun 101. maddesi gereğince kabuledilebilir delil sayılmışlardır.

Anayasa Mahkemesi, kendisi veya Devlet Güvenlik Mahkemesi tarafından verilen önceki kararları (bk. yukarıda §10-11) bu davayı etkileyen kararlar olarak görmemiştir; çünkü Mahkemeye göre eldeki bu dava parti yöneticilerinin değil, partinin siyasi faaliyetleriyle ilgilidir. Dahası Mahkeme, belli bir şekilde davranmayı suç sayan Ceza Kanunun bir maddesinin kaldırılmış olması nedeniyle benzer bir faaliyetin bundan böyle 2820 sayılı Kanuna göre Parti kapatma için geçerli bir sebep oluşturmayacağı iddiasını da kabul etmemiştir.

Anayasa Mahkemesi bu davanın, 8 Aralık 1988 tarihli kararının konusundan farklı olarak yeni olaylara ve delillere dayandığını ve bu nedenle farklı hukuki sorunları ortaya çıkardığını belirtmiştir. Artık Mahkemenin, Parti program ve Tüzüğünün mevzuata

uygunluğunu değil, sadece siyasi faaliyetlerinin ilgili yasaklara girip girmediğinin belirlemesi gerekmiştir.

Anayasa Mahkemesi davanın esası hakkında karar verirken, diğer noktaların yanında, SP'nin siyasi mesajlarında Türk ulusu ve Kürt ulusu olmak üzere iki ulusun varlığına işaret ettiğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre Türkiye Cumhuriyetinde iki ulusun bulunduğu kabul edilemez; Türk Devletine hukuken bağlı olanlar hangi etnik kökenden olursa olsunlar, Türk vatandaşlarıdırlar. SP tarafından Kürt ulusu ve kültürel haklarla ilgili olarak dile getirilen ifadeler, gerçekte azınlık yaratılmasını ve nihai olarak Türk Devletinin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğünü bozacak bir Kürt-Türk-Kürt federasyonunun kurulmasını amaçlamaktadır.

Anayasa Mahkemesine göre, başka kökenden gelen yurttaşlar gibi Kürt kökenli yurttaşlar da kendi kimliklerini özgürce ifade edebilirler; ancak Anayasa ve yasalar onların ayrı bir ulus ve devlet oluşturmalarını yasaklamıştır. SP, Türkiye Cumhuriyetinin en temel ilkesi olan Atatürk milliyetçiliğine ideolojik olarak muhalefet etmiştir.

SP'nin siyasi faaliyetleri, amacı itibariyle İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 11 ve 17. maddeleriyle bağdaşmaz; çünkü kullandığı araçlar farklı da olsa Partinin amacı, terör örgütlerinin amacı ile aynıdır.

Kısacası SP'ninki gibi, bölücülüğü sosyal olarak bütünleşmiş bir toplumu bağımsız bir federe devletin kurulması için savaşmaya tahrik ve teşvik eden gayeler kabul edilemez olup, Partinin kapatılmasını gerektirmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali iddiası

24. Başvurucular, SP'nin kapatılmasının ve parti liderlerinin herhangi bir siyasi partide benzer bir görev almaktan yasaklanmalarının, Sözleşme'nin 11. maddesiyle güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. (...)

A. Sözleşme'nin 11. maddesinin uygulanabilirliği

1. Mahkeme önüne çıkanların sunuşları

(...)

2. Mahkemenin değerlendirilmesi

29. Mahkeme, 30 Ocak 1998 tarihli *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri – Türkiye* kararında, siyasi partilerin demokrasinin düzgün bir biçimde işlemesi için temel örgütlenme birimlerinden biri olduğunu ve Sözleşme sisteminde demokrasinin önemi göz önünde tutulduğunda, siyasi partilerin 11. madde kapsamına girdiğinden kuşku duyulmayacağı belirtilmiştir. Diğer yandan Mahkeme, siyasi parti gibi bir örgütün, sırf ulusal makamlar tarafından faaliyetleri devletin anayasal yapısını zayıflattığı ve sınırlamalara karşı çıktığı kabul edildi diye Sözleşme'nin sağladığı korumanın dışında tutulamayacağını kaydeder (*TBKP ve Diğerleri – Türkiye, §25 ve 27*). Mahkeme bu davada farklı bir sonuca varmak için hiçbir sebep görmemiştir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 17. maddesinin uygulanıp uygulanmayacağını, 11. maddeye uygunluk sorununu inceledikten sonra ele alacaktır (bk. aşağıda, §53).

B. Sözleşme'nin 11. maddesine uygunluk

1. Bir müdahalenin olup olmadığı

30. Mahkeme önüne çıkanların hepsi, SP'nin kapatılmasının üç başvurucunun örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu kabul etmişlerdir. Mahkeme de bu görüştedir.

2. Müdahalenin haklı olup olmadığı

31. Böyle bir müdahale, "hukuken öngörülmedikçe", ikinci fıkradaki bir veya birkaç "meşru amacı izlemedikçe" ve bu amaçları gerçekleştirmek için "demokratik toplumda gerekli" olmadıkça 11. maddeye aykırılık oluşturur.

(a) Hukuken öngörülmüş olma

32. Anayasa Mahkemesinin verdiği karar Anayasanın 2, 3(1), 6, 10(1) ve 14(1) ve Anayasanın eski 68. maddesi ile 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasası'nın 78, 81, ve 96(3) maddelerine (bk. yukarıda §16-17) dayandığı için, müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olduğu ortak bir görüştür.

(b) Meşru amaç

33. Hükümet müdahalenin bir dizi meşru amaç izlediğini ileri sürmüştür: Bunlar ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin ve ülke bütünlüğünün ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıdır. Eğer Mahkeme 16 Aralık 1992 tarihli Hadjianastassiou kararında (*Hadjianastassiou – Yunanistan kararı*) olduğu gibi, münferit bir casusluk olayının ulusal güvenliğe zarar verdiğini kabul etmişse, bir Sözleşmeci Devletin varlığını tehdit eden böyle bir olayda benzer bir sonuca ulaşması için çok daha fazla sebep vardır.

34. Başvurucular, Anayasa Mahkemesi önünde Cumhuriyet Başsavcısı'nın hiçbir aşamada, ulusal güvenliğe veya kamu güvenliğine dayanmadığını ileri sürmüşlerdir.

35. Komisyon, Hükümetin görüşüne göre devletin yıkılmasına ya da ülkenin bölünmesine sebep olacak faaliyetleri yasaklamakla, "ulusal güvenliği" ve "ülke bütünlüğünü" korumayı amaçladığının söylenebileceği görüşündedir.

36. Mahkeme SP'nin kapatılmasını 11. maddede belirtilen meşru amaçlardan en az birine dayandığını kabul etmektedir: Bu amaç da "ulusal güvenliğin korunması"dır.

(c) Demokratik bir toplumda gereklilik

(i) Mahkemede hazır bulunanların sunuşları

(...)

(ii) Mahkeme'nin değerlendirmesi

41. Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesinin özerk bir işleve ve özel uygulama alanına sahip olmasına rağmen, 10. maddenin ışığında ele alınması gerektiği konusundaki görüşünü tekrarlar. Sözleşme'nin 11. maddesinde düzenlenen toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün temel hedeflerinden biri, fikirler ile bunların ifade edilmesini korumaktır. Bu durum, siyasi partilerin çoğulculuğu ve demokrasinin düzgün bir biçimde işlemesini sağlamadaki temel işlevleri dikkate alındığında, partiler için daha fazla geçerlidir.

Mahkeme'nin daha önce birçok kez vurguladığı gibi, çoğulculuk olmadan demokrasi de olmaz. İşte bu nedenle, 10. maddede düzenlenen ifade özgürlüğü, aynı maddenin ikinci fıkrasındaki sınırlara tabi olarak, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen "haber ve düşünceler" için değil, aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşüncelere de uygulanır. İfade özgürlüğünün topluca kullanılması siyasi parti faaliyetlerinin bir kısmını oluşturuyor olması, başlı başına, siyasi

partilere Sözleşme'nin 10. ve 11. maddelerinin sağladığı korumadan yararlanmayı isteme hakkı kazandırır (*TBKP – Türkiye, §42-43*).

42. Bu davada ilk önce, Anayasa Mahkemesi'nin 10 Temmuz 1992 kararında, SP'nin program ve tüzüğünün hukuka uygunluğunu değil, fakat partinin siyasi faaliyetlerinin anayasa ve yasadaki yasaklara aykırı düşüp düşmediğini ele alacağını belirttiği kaydedilmelidir. Anayasa Mahkemesi partiyi kapatma kararı verirken, SP'yi bağlayan yeni olaylar ve deliller olarak kabul ettiği Perinçek'in bazıları yazı hale getirilmiş konuşmalarına bakmak durumunda kalmıştır (bk. yukarıda §15). Bu nedenle Mahkeme, bu ifadeleri incelemekle yetinebilir.

43. Anayasa Mahkemesi, Perinçek'in ulusu, Kürt ulusu ve Türk ulusu şeklinde ikiye ayırmakla, Türkiye'de azınlıklar yaratılmasını ve sonuçta Türk ulusunun birliğine ve ülkenin bölünmez bütünlüğüne aykırı olarak, bir Kürt-Türk Federasyonunun kurulmasını savunduğunu kaydetmiştir. SP ideolojik olarak, Türkiye Cumhuriyetinin varlığını destekleyen en temel ilkelerden biri olan Atatürk milliyetçiliğine muhalefet etmiştir. SP terör örgütlerinden değişik yöntemler kullanmış olmakla birlikte, Partinin siyasal faaliyetlerinin amacı terör örgütlerin amacı ile aynıdır. SP ayrılıkçılığı ve isyanı teşvik ettiği için, kapatılması gerekmiştir (bk. yukarıda §15).

44. Bu faktörler ışığında Mahkeme, ilk önce söz konusu ifadelerin içeriğini incelemeli ve daha sonra SP'nin kapatılmasını haklı kılıp kılmadığını tespit etmelidir.

Birinci konu ile ilgili olarak Mahkeme, yakından denetim yaptığı sırada k endi görevinin, ilgili ulusal makamların görüşlerinin yerine kendi görüşlerini koymak olmayıp, bu makamların takdir alanları içerisinde verdikleri kararları, Sözleşme'nin 11. maddesine göre denetlemek olduğunu yineler. Mahkeme böyle yaparken, ulusal makamların ilgili olayları kabul edilebilir bir şekilde değerlendirerek karar verdiklerine ikna olmalıdır (*mutatis mutandis, TBKP – Türkiye, §47*).

45. Bundan başka Mahkeme'nin daha önce de belirttiği gibi, demokrasinin başta gelen özelliklerinden biri, bir ülkenin sorunlarını şiddete başvurmadan, usandırıcı olsa bile diyalog yoluyla çözme imkânı tanımasıdır. Demokrasi ifade özgürlüğüyle gelişir. Bu açıdan bakılınca, bir siyasi grubun sırf ülke nüfusunun bir bölümünün durumunu aleni bir biçimde tartışmak ve demokratik kurallara uygun olarak herkesi tatmin edebilecek çözümleri bulmak üzere siyasi yaşamda yer almayı istediği için engellenmesi haklı görülemez (*TBKP – Türkiye, §57*).

46. Perinçek'in konuşmalarını inceleyen Mahkeme, bu konuşmalarda şiddet kullanmaya veya ayaklanmaya bir çağrı veya demokratik prensiplerin herhangi bir biçimde reddine yönelik bir şey görmemektedir. Tam tersine Perinçek, çeşitli kereler, seçim sandığı ve referandum yoluyla, demokratik kurallara uygun biçimde siyasal reformların gerçekleştirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Perinçek aynı zamanda, "toplum hayatında ve milletler arasında sorunları zor kullanarak çözmeyi savunan ve şiddeti kutsayan eski kültüre" karşı konuşma yapmıştır (bk. yukarıda §13).

Hükümet temsilcisi duruşmada, Perinçek'in özellikle "yoksul Kürt köylülerinin mücadelesiyle kader birliğinde denenmiştir (...) Kürt şehir ve kasabalarında binlerce insanı toplayıp korku duvarlarını yıkarken, Türkiye'nin dört bir yanında emekçi halka Kürt sorunu anlatırken denenmiştir (...)" diyerek, "şiddet ve terör yöntemlerinin kullanılmasını meşru gösterdiğini" söylemiştir. Bundan başka Hükümete göre Perinçek, toplantıya katılanlara "Karpuz değil, cesaret ekin diyerek, düzeni yıkma dışındaki tüm faaliyetlerine son teşvik etmiştir". Son olarak "Kürt halkı ayağa kalkıyor" ifadesini kullanarak onları isyana çağırmıştır.

Mahkeme bu sözlerin Kürt kökenli vatandaşlara yönelik olduğunu ve onları bir bütün içinde hareket etmeye ve belli siyasi taleplerde bulunmaya teşvik ettiğini kabul etmekle birlikte, bu sözlerde şiddet kullanmaya veya demokratik kuralları hiçe saymaya tahrikin izine rastlamamıştır. Bu bakımından söz konusu ifadeler, Avrupa Konseyi'nin diğer ülkelerinde faaliyette bulunan siyasi grupların kullandığı ifadelerden hiç de farklı değildir.

47. Anayasa Mahkemesi Perinçek'i konuşmalarında ulusu, Kürt ulusu ve Türk ulusu şeklinde bölmesi ve bu suretle Devletin ülkesi ve milletiyle bölünmez bütünlüğü aleyhine azınlıklar yaratılması ve Kürt-Türk federasyonu kurulması için talepte bulunması nedeniyle de eleştirmiştir. Nihayet Anayasa Mahkemesi'ne göre SP, ayrılıkçılığı savunmuştur.

Mahkeme bu konuşmaların birlikte okunmasını halinde, Türklerin ve Kürtlerin eşitlik ve gönüllülük temelinde demokratik kurallara göre bir federal sistemin kurulması temel amacına sahip bir siyasal programı getirdiğini kaydeder. Kabul edilmelidir ki, bu siyasal programda "Kürt Halkının" self-determinasyon hakkı ile "ayrılma" hakkı bulunduğu belirtilmektedir; ancak bu kelimelerin geçtiği konuşmalar birlikte okunduğunda, Türkiye'den ayrılmayı teşvik etmek yerine, Kürtlerin bir referandum vasıtasıyla açıklayacakları serbest iradeleri olmadan federal bir sistemin kurulamayacağının vurgulanmak istendiği görülmektedir.

Mahkemeye göre bu tür bir programın Türk Devletinin mevcut ilkeleri ve temel yapılarıyla bağdaşmaz olması, programı demokrasinin kurallarıyla bağdaşmaz duruma getirmez. Demokrasinin kendisine aykırı olmadıkça, bir devletin mevcut organizasyonunu sorgulayacak nitelikte bile olsa, farklı siyasi programların önerilmesine ve tartışılmasına imkân verilmesi, demokrasinin özünü oluşturur.

48. TBKP kararında olduğu gibi (*TBKP – Türkiye, §58*) söz konusu konuşmaların halka açıklanan amaç ve niyetlerden farklı amaç ve niyetleri gizleyebileceği gözden uzak tutulmaması gerektiği de doğrudur. Perinçek'in konuşmalarındaki samimiyeti yalanlayabilecek somut eylemler bulunmadığından, bu samimiyetten kuşku duyulamaz. Bu nedenle SP, sadece ifade özgürlüğünü kullanmış olması nedeniyle cezalandırılmıştır.

49. Mahkeme, Perinçek'in aynı konuşmalar nedeniyle Devlet Güvenlik Mahkemesinde açılmış olan davalardan de beraat ettiğini kaydeder (bk. yukarıda §11). Bu bağlamda Hükümet, iki tür davanın birbirinden tamamen ayrı olduğunu, davalardan birinin ceza hukukunun uygulanması, diğerinin ise Anayasa hukukunun uygulanmasıyla ilgili olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme, Perinçek'in konuşmaları hakkında Türk mahkemelerinin birbirine karşı görüşlere sahip olduklarını kaydetmekle yetinmektedir.

Yukarıda anlatılanlar ışığında şimdi önemli olan sorun, SP'nin kapatılmasının demokratik toplumda gerekli kabul edilip edilemeyeceğini, yani kapatma kararının "toplumsal ihtiyaç baskısı"nı karşılayıp karşılamadığını ve "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını tespit etmektir (*mutatis mutandis, Vogt, §52*).

50. Mahkeme, siyasi partilerin demokrasinin düzgün bir biçimde işlemesindeki temel rolü dikkate alındığında (bk. TBKP – Türkiye, §25), siyasi partiler söz konusu olduğu zaman Sözleşme'nin 11. maddesindeki istisnaların çok dar yorumlanması gerektiğini, siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünün kısıtlanmasını sadece ikna edici ve zorlayıcı sebeplerin haklı kılabileceğini yineler. Sözleşmeci Devletler Sözleşme'nin 11(2). fıkrası anlamında bir gerekliliğin olup olmadığını belirlerken sadece sınırlı bir takdir alanına sahiptirler; bu takdir alanı, hem mevzuatı ve hem de bu mevzuatın uygulanması için bağımsız mahkemelerin verdikleri kararları da kapsayan, titiz bir Avrupa denetimiyle el ele yürür (*TBKP – Türkiye, §46*).

51. Mahkeme bu olayda radikal bir müdahale bulunduğunu gözlemlemektedir: SP hemen ve temelli kapatılmış, malvarlığı tasfiye edilip malları hukuken Hazineye geçmiş ve kapatma kararı sırasında Perinçek'in aralarında bulunmadığı liderleri (bk. yukarıda §14) benzer siyasi faaliyetlerde bulunmaktan yasaklanmışlardır. Bu tedbirler, sadece çok ciddi olaylarda uygulanabilecek kadar ağırdır.

52. Mahkeme, Perinçek'in konuşmalarının, eleştirel nitelikte ve taleplerle dolu olmakla birlikte, demokratik ilke ve kurallarla bağdaşma sorunu yaratır gibi görünmediğini daha önce kaydetmiştir.

Mahkeme, önündeki davanın ardalanını ve özellikle terörle mücadele bakımından güçlükleri de dikkate almaya hazırdır (*TBKP – Türkiye, §59*). Fakat bu davada bu sözlerin sahibi, demokrasiye bağlılığını ve şiddeti reddettiğini açıklamasına rağmen, nasıl olup da bu konuşmaların Türkiye'deki terörün yarattığı sorunlardan sorumlu tutulabileceği ortaya konamamıştır.

53. Yukarıda varılan sonuçlar karşısında, konuşmaları yapan şahsın sözlerinde Sözleşme'de düzenlenen hakları ve özgürlükleri tahrip etmek amacıyla faaliyete girişmek veya eylemlerde bulunmak üzere Sözleşme'ye dayandığı sonucuna varmayı gerektirecek hiçbir şey bulunmadığından, Sözleşme'nin 17. maddesini uygulama gereği de yoktur (*mutatis mutandis, TBKP – Türkiye, §60*).

54. Sonuç olarak SP'nin kapatılması, izlenen amaçla orantısız olup, demokratik bir toplumda gerekli değildir. Bundan çıkan sonuca göre müdahale Sözleşme'nin 11. maddesini ihlal etmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlaline;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

02.08.2001 35972/97 GRANDE ORIENTE D'ITALIA DI PALAZZO GIUSTINIANI - İTALYA

♦ *dernek üyeliği—mason derneği* (bazı kamu kuruluşlarına yapılacak atamalar için adayların mason derneğine üye olmadığını beyan etme zorunluluğu getirilmesi nedeniyle mason derneği üyelerinin ve mason derneklerin üst kuruluşunun örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiği şikayeti) ■ örgütlenme özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Başvurucu dernek, birkaç mason locasını bir araya getiren bir İtalyan mason derneğidir. Başvurucu dernek 1805 yılından bu yana mevcut olup, Evrensel Hür Masonlar ile bağlantılıdır.

Başvurucu dernek, İtalyan Medeni Kanununun 36. maddesi bakımından tescil edilmemiş bir özel hukuk kuruluşu statüsüne sahiptir. Bu nedenle tüzel kişiliğe sahip değildir. Başvurucunun tüzüğü noterdedir; dileyen herkes bu tüzüğe ulaşabilir.

Marches Bölge Yönetimi, 5 Ağustos 1996 tarihinde çıkarılan ve 14 Ağustos 1996 tarihli Resmi Gazetede yayınlanan 34 sayılı Bölgesel Yasayla ("1996 tarihli Yasa"), kamu

görevlerine atama ve görevlendirmelerde uygulanacak kuralları belirlemiştir. Buna göre atama yetkisi Bölge Yönetimine verilmiştir.

Başvurucu dernek Mahkeme'ye yaptığı başvuruda, 1996 tarihli Yasanın 5. maddesindeki bir hüküm nedeniyle uğradığını iddia ettiği zarardan dolayı şikâyetçi olmuştur.

1996 tarihli Yasanın 1. maddesi bu yasa hükümlerinin, Bölge Anayasasına göre çıkarılan yasalar, tüzükler, yönetmelikler ve anlaşmalar gereğince oluşturulmuş organlar tarafından, "Bölge yönetimi dışındaki organlar ile kamu ve özel hukuk kuruluşlarının şubelerindeki" kadrolara yapılacak bütün atamalarda ve görevlendirmelerde uygulanacağını öngörmektedir. Aynı maddede, bu yasa hükümlerinin ayrıca on beş bölgesel kuruluş (1996 tarihli Yasaya ekli A listesi) ile bazı hallerde bölge meclisinin atama makamı olduğu diğer bölgesel kuruluşlar (aynı Yasaya ekli B listesi) bakımından da uygulanacağı belirtilmiştir.

Yasanın 5. maddesi, atama ve görevlendirme için yapılacak başvurularda uygulanacak hüküm ve şartları düzenlemektedir. Bu madde, başka şeylerin yanında, adayların Hür Masonlardan olmamalarını öngörmektedir. Yasanın 5. maddesi şöyledir:

Madde 5 - Başvurular

"1. Başvurular, atama ve görevlendirme için verilen süreden otuz gün öncesine kadar, bölge meclis üyeleri ve meclis grupları ile konuyla ilgili alanda faaliyette bulunan meslek kuruluşları, örgütleri ve dernekleri tarafından Bölge Meclis Başkanına ve Bölge Hükümet Başkanına sunulur.

2. Başvurulara, destekleyici gerekçeleri içeren bir beyan ile aşağıdaki hususları gösteren bir rapor eklenir:

(a) doğum tarihi ve yeri, ikamet ettiği belde;

(b) nitelikleri;

(c) bugüne kadarki kariyeri, genellikle yaptığı iş, çoğunluğu devlete ait şirketlerde ve kamusal tescilli özel şirketlerde geçmişte ve halen bulunduğu makam veya görevler;

(d) atanmak istenen görevle çelişen bir menfaatin bulunmaması;

(e) bir mason locasına üye olmadığına dair bir beyan;

(f) kamu görevini kabul ettiğini ve bu görevde bulunmasını engelleyen cezai, hukuki veya idari bir sebep bulunmadığını ifade eden ve aday tarafından imzalanmış bir beyan;

3. 19 Mart 1990 tarihli 55 sayılı Yasanın daha sonra değişik 15. maddesi de dikkate alınarak kendisinin başvurmasını engelleyen veya başvurmasını imkânsız hale getiren herhangi bir sebebin bulunmadığını ifadesini de içeren, aday tarafından imzalanmış onaylı kabul beyanı."

9. Haziran 1999'da, Marches Bölge Meclisinin birinci komitesi, 34 sayılı ve 1996 tarihli bu Yasada değişiklikler ve ilaveler yapan bir yasa tasarısını reddetmiştir. Tasarıda, başka şeylerin yanında, 1996 tarihli Yasanın 5. maddesinde öngörülen beyanın da kaldırılması istenmiştir.

(...)

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Hükümetin ilk itirazı

(...)

II. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali iddiası

12. Başvurucu dernek, 1996 tarihli Yasanın 5. maddesinin, Sözleşme'nin 11. maddesindeki örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiğini iddia etmiştir. (...)

Başvurucu derneğe göre 1996 tarihli Yasanın 5. maddesi, üyelerini iki seçenekten birini seçmeye zorlamaktadır: Üyelikten çıkmak veya bir bölgesel kuruluştaki kamu görevinden vazgeçmek. Bu nedenle bu madde, sadece bütün üyelerin örgütlenme özgürlüğünü değil, ama aynı zamanda bizzat derneğin de örgütlenme özgürlüğünü kısıtlamıştır.

A. Müdahalenin bulunup bulunmadığı

13. Başvurucu dernek, adayları bir mason locasına üye olmadıklarını açıklamakla yükümlü tutmanın iki yönden müdahale oluşturduğunu ileri sürmüştür.

İlk olarak bu, bir sosyal grubun var olma ve üyelerinin veya kendisinin yetkililer tarafından haksız yere kısıtlanmaksızın hareket edebilme hakkı olarak örgütlenme özgürlüğüne bir müdahaledir. Başvurucu dernek üyelerinin hür mason olmadıklarını açıklamalarını istemek, kendilerini bölgesel düzeydeki bir kamu görevine girmekten yoksun bırakmıştır. Bu da başvurucu derneğin faaliyetlerine bir müdahale oluşturmuştur; çünkü dernek üyeleri, bir mahkûmiyet nedeniyle değil ama Marches Bölgesindeki bir kamu görevine başvurmak için yasal yükümlülük nedeniyle dernekten ayrılmaya karar vermeleri, derneğin üye kaybetmesi sonucunu doğurmuş; yine dernek üyelerinin kamu görevine başvurmak yerine başvurucu dernekte kalmaya karar vermeleri halinde ise başvurucu dernek üyelerine makul olmayan bir özveri yüklenmiştir.

Söz konusu yükümlülük ayrıca, başvurucu dernek bakımından olumsuz bir imaj yaratmıştır. 1996 tarihli Yasanın 5. maddesi, Hür masonların bir suç örgütü veya en azından İtalyan hukukuyla bağdaşmayan bir örgüt olduğu izlenimi vermektedir. Oysa Hür masonlar, mahkemeler ve Parlamento soruşturma komisyonu tarafından yasal bir dernek olarak tanınmış olmanın yanında, her şeyden öte, Anayasanın 2 ve 18. maddelerinde yer alan güvencelere sahiptir.

Başvurucu dernek yukarıda anlatılanlardan kendisinin 1996 tarihli Yasanın 5. maddesinden doğrudan doğruya zarar gördüğü sonucunu çıkarsamıştır.

14. Hükümet ise, bir müdahale bulunduğu iddiasına karşı çıkmıştır. Hükümete göre örgütlenme özgürlüğü, bir derneğe katılmak isteyen bireyler tarafından ileri sürülebilir, ama bu özgürlüğün kullanılmasının ürünü olduğunu iddia ettikleri bir dernek tarafından ileri sürülemez. İkinci olarak, Sözleşme'nin 11. maddesindeki güvencelerin derneklere de uygulanabilir olduğu varsayılsa bile, bir derneğin üyelerini etkileyen üyelik engelleri dernek tarafından değil ileri sürülemez, çünkü bu engeller kendisini ilgilendirmez.

15. Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesinin siyasi partiler dâhil (*TBKP – Türkiye kararı; Sosyalist Parti ve Diğerleri – Türkiye kararı*), bütün örgütlere uygulanabilir olduğunu hatırlatır. Mahkeme, "siyasi parti gibi bir örgütün, sırf ulusal makamlar tarafından faaliyetleri devletin anayasal yapısını zayıflattığı ve kendisine kısıtlamalar konulması gerektiği düşünüldüğü için, Sözleşme'nin sağladığı korumanın dışında tutulamayacağını" belirtmiştir (*TBKP, §27*). Mahkeme bu düşüncenin, başvurucu dernek gibi anayasal yapıyı zayıflattığından kuşkulanılmayan bir dernek için daha da geçerli olduğu görüşündedir. Mahkeme, söz konusu tedbirin, bunlara ek olarak ve her şeyden öte başvurucu derneğin de dediği gibi, üye ve prestij kaybına sebep olabileceğini kabul etmektedir.

16. Bu nedenle Mahkeme, olayda bir müdahale bulunduğu sonucuna varmaktadır. Buna göre başvurucu dernek, söz konusu ihlalden ötürü mağdur olduğunu iddia edebilir; bu durumda Hükümetin itiraz reddedilmelidir.

B. Müdahalenin haklı olup olmadığı

1. Sözleşme'nin 11(2). fıkrasının birinci cümlesi bakımından

17. Bu tür bir müdahale, "hukuken öngörülmüş" olmadıkça, ikinci fıkradaki amaçlardan en az birini izlemedikçe ve bu amaçları gerçekleştirmek için "demokratik bir toplumda gerekli" olmadıkça, Sözleşme'nin 11. maddesine bir aykırılık oluşturur.

(a) Hukuken öngörülmüş olma

18. Başvurucu dernek, söz konusu müdahalenin bölgesel bir yasaya dayandığını görerek, bu müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olduğuna karşı çıkmamıştır.

(b) Meşru amaç

19. Hükümet, söz konusu tedbirin, Sözleşme'nin 11(2). fıkrasındaki hangi amaca dayandığını belirtmemiştir. Ancak Hükümet, kamu görevlerine atama sisteminin güvenilir olması gerektiğini ve bu görevlere atananların da şahsen itimada layık olmaları gerektiğini savunduktan sonra, bazı adayların Hür mason oldukları için atandıklarına dair halkın duyduğu şüpheden bahsetmiştir. Hükümete göre, bazı Hür masonların, parlamento ve adli soruşturmaların da gösterdiği gibi İtalyan kamusal yaşamının imajının lekelenmesine katkıda bulunmak suretiyle İtalyan demokrasisinde oynadıkları rol akılda tutulduğunda, bu tür şüphelerin sebep olduğu zararlar, ne pahasına olursa olsun bertaraf edilmelidir.

20. Başvurucu dernek ise, müdahalenin Sözleşme'nin 11(2). fıkrasında sözü edilen amaçlardan herhangi birini izlemediğini iddia etmiştir. Hükümet özellikle bu tedbiri haklı göstermek için suçun veya düzensizliğin önlenmesine dayanamaz, çünkü başvurucu dernek, kendilerine karşı önleyici veya cezalandırıcı yasaklar konulması gereken bir gizli örgüt veya bir suç örgütü değildir.

21. Mahkeme, Hükümete göre 1996 tarihli Yasanın 5. maddesinin, bazı Hür masonların ülke yaşamında oynadıkları rol konusunda tartışmanın bulunduğu bir sırada halkın "güvenini tazelemek" amacıyla getirildiğini kaydeder. Bu nedenle Mahkeme, müdahalenin ulusal güvenliği korumayı ve düzensizliği önlemeyi amaçladığını kabul etmektedir.

(c) Demokratik bir toplumda gerekli olma

(i) Tarafların iddia ve savunmaları

(...)

(ii) Mahkeme'nin kararı

24. Mahkeme, itiraz konusu tedbirin özellikle izlenen meşru amaçla orantılı olup olmadığını belirleyebilmek için, tedbiri olayın bütünlüğü içinde incelemiştir.

25. Orantılılık ilkesi, Sözleşme'nin 11(2). fıkrasında sıralanan amaçların gerektirdikleri ile örgütlenme özgürlüğünün serbestçe kullanılması arasında bir dengenin kurulmasını gerektirmektedir. Adil denge kurma arayışı, bireylerin yaptıkları iş başvurularının reddedilmesinden korkarak, örgütlenme haklarını kullanma heveslerinin kırılması sonucunu yaratmamalıdır.

26. Tabi ki, mason olmak ile 1996 tarihli Yasanın 5. maddesinde belirtilen kamu görevlerine girmeye çalışmak arasında bir seçim yapma ikilemiyle karşılaşabilecek olan fiili veya potansiyel üyelerin sayısı, başvurucu derneğin toplam üye sayısıyla karşılaştırıldığında önemli değildir. Bu durumda başvurucu derneğin uğrayabileceği zarar da azalmaktadır. Ancak Mahkeme, örgütlenme özgürlüğünün, bir kamu görevlisi adayının bile, derneğe üyeliği sebebiyle cezalandırılabilir bir fiil işlemedikçe, herhangi bir şekilde kısıtlanamayacak kadar önemli olduğunu düşünmektedir. Üyelerinin verecekleri kararların

sonuçlarından derneğin zarara uğrayacağı da açıktır. Kısacası, şikâyet konusu yasak, başvurucu dernek için ne kadar ufak olursa olsun, "demokratik bir toplumda gerekli" görünmemektedir.

1. Sözleşme'nin 11(2). fıkrasının ikinci cümlesi bakımından

27. Mahkeme, yukarıdaki sonuca vardıktan sonra, şimdi Sözleşme'nin 11(2). fıkrasının son cümlesinin, söz konusu yasağı haklı kılıp kılmadığını belirlemek durumundadır; çünkü bu cümle devletlere, örgütlenme özgürlüğünün "devlet idaresinde bulunanlar" dâhil, belirli gruplar tarafından kullanılmasına "hukuka uygun kısıtlamalar" getirme yetkisi vermektedir.

28. Başvurucu dernek, söz konusu fıkranın son cümlesinin bu müdahaleyi haklı kılmadığını, çünkü müdahalenin "hukuka uygun" olmadığını savunmuştur. Başvurucu derneğe göre Yasanın 5. maddesi, Anayasanın 2, 3, 18 ve 117. maddelerine aykırıdır; 5. madde, kamu hizmetinde bulunan memurların gizli örgütlere üye olmalarını yasaklayan kurallar konulabileceğini öngören 1982 tarihli ve 17 sayılı çerçeve kanunda belirtilen sınırları aşmaktadır; son olarak 5. madde, İtalya iç hukukunun bir parçası olan Sözleşme'nin 8, 11 ve 14. maddelerini ihlal etmektedir.

Başvurucu dernek ayrıca, 5. madde tarafından istenen beyanın verilmesinin gerekli görüldüğü görevlerin, dar anlamda "devlet idaresi"nin bir parçasını oluşturmadığını iddia etmiştir. Başvurucuya göre bu görevler, meslek kuruluşları ve ayrıca bağlantılı alanlarda faaliyet gösteren kuruluşlardaki görevler dâhil, çok çeşitli kategorilerdeki görevlerdir. Keza bu görevler, özel hukuk kuruluşları veya bölgesel kurumlar karşısında belirli bir özerkliğe sahip kuruluşlarla (üniversiteler, kültürel veya spor kuruluşları gibi) da ilgilidir.

29. Hükümet ise, "devlet idaresi" deyiminin, bir bütün olarak idari makamları kapsayacak şekilde geniş anlamda anlaşılması gerektiğini belirtmiştir.

30. Mahkeme, bu cümledeki "hukuka uygun" teriminin, Sözleşme'nin özellikle 9-11. maddelerinin ikinci fıkralarında mevcut "hukuken öngörülmüş" ifadesinde olduğu gibi, aynı veya benzer ifadelerin geçtiği başka yerlerdeki hukukilik kavramıyla aynı kavramı ima ettiğini hatırlatır. Sözleşme'de kullanılan hukukilik kavramı, iç hukuka uygunluğu gerektirmenin yanında, iç hukukun öngörülebilirlik ve genel olarak keyfiliğin bulunmaması gibi, niteliksel şartlara sahip olmasını da gerektirmektedir (*Rekvenyi, §59*).

Tartışma konusu kısıtlamanın iç hukukta bir dayanağı bulunmadığına dair başvurucu derneğin eleştirisi konusunda ise Mahkeme, iç hukukta özellikle tereddütlü noktaların aydınlatılmasına ihtiyaç bulunması halinde, iç hukuku yorumlamanın ve uygulamanın öncelikle ulusal makamlara düşen bir görev olduğunu hatırlatır (*S.W. – Birleşik Krallık, §36*). Ancak mevcut olayda başvurucu dernek, mahkemeler önünde tartışma konusu hükmün anayasa aykırılığına itiraz edemezdi; bu durum, Hükümet tarafından da tartışma konusu yapılmamıştır. Buna göre Mahkeme, hukuki durumun, başvurucu derneğin kendi davranışlarını düzenleyebilmek için yeterince açık olduğu ve öngörülebilirlik şartının yerine getirilmiş bulunduğu sonucuna varmaktadır. O halde söz konusu kısıtlama, Sözleşme'nin 11(2). fıkrası anlamında "hukuki"dir.

31. Mahkeme, 1996 tarihli Yasanın 5. maddesinde belirtilen görevlerin, "devlet idaresi"nin kapsamına girip girmediği konusunda ise, 1995 tarihli Yasaya A ve B eklerinde sıralanan görevlerin, Bölge Yönetiminin teşkilat yapısının kapsamına girmediğini, fakat bölgesel örgütler ile atama ve görevlendirme yetkisinin Bölge Meclisinde olduğu görevler olmak üzere, diğer iki kategori içine girdiğini kaydeder. Mahkeme'nin içtihatlarına göre, "devlet idaresi kavramı, ilgili kişinin işgal ettiği kadro dikkate alınarak, dar yorumlanmalıdır" (*Vogt, §67*). Mahkeme, Vogt kararında, kadrolu bir memur olan öğretmenin, devlet

idaresinin bir unsuru olup olmadığı meselesini karara bağlamayı gerekli görmemiştir (*ibid., §68*). Mevcut davada ise Mahkeme, önündeki delillere dayanarak, 1996 tarihli Yasaya ek A ve B listelerinde belirtilen görevlerin Marches Bölgesiyle bağının, kadrolu bir öğretmen olan Bayan Vogt ile işvereni arasında mevcut bağdan, hiç kuşkusuz daha gevşek olduğunu kaydeder.

32. Buna göre, söz konusu müdahale, Sözleşme'nin 11(2). fıkrası bakımından haklı görülemez.

33. Sonuç olarak, Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Hükümetin ilk itirazlarının reddine;
2. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

02.10.2001 29221/95 STANKOV ve ILINDEN BİRLEŞİK MAKEDONLAR DERNEĞİ - BULGARİSTAN

♦ *derneğin tescil etmeme—azınlık derneği* (şiddete, kaba güce, gayri insani ve yasa dışı yollara başvurmadan Bulgaristan'da Makedon azınlığının tanınmasını sağlamayı amaçlayan derneğin ulusal bütünlüğe karşı olduğu gerekçesiyle tescil edilmemesi) ■ örgütlenme özgürlüğü

DAVANIN ESASI

I . Dava konusu olaylar

9. Bundan sonra "başvurucu" veya "Ilinden" diye geçecek olan Ilinden Birleşik Makedonlar Derneği, Pirin bölgesi veya coğrafi olarak Pirin Makedonyası olarak bilinen Bulgaristan'ın Güneybatısında kurulmuş bir dernektir.

Bay Boris Stankov 1926 doğumlu bir Bulgar vatandaşı olup, Petrich'de yaşamaktadır. Bay Stankov, olayların geçtiği tarihte başvurucu derneğin şubelerinden birinin başkandır.

A. Davanın ardalanı

1) Başvurucu derneğin kuruluşu ve feshi

10. Ilinden Birleşik Makedonlar Derneği 14 Nisan 1990 tarihinde kurulmuştur. Tüzük ve programına göre derneğin amacı, "Bulgaristan'daki tüm Makedonları bölgesel ve kültürel bir zeminde birleştirmek" ve "Bulgaristan'da Makedon azınlığının tanınmasını sağlamak"tır. Tüzüğün 8 ve 9. maddelerinde derneğin Bulgaristan'ın toprak bütünlüğün saygı göstereceği ve "şiddete, kaba güce, gayri insani ve yasa dışı yollara başvurmayacağı" belirtilmiştir.

Başvurucuların Mahkeme önündeki savunmalarına göre başvurucu derneğin temel faaliyeti, Bulgaristan Makedonları için önemli tarihsel olayların anılması için anma toplantıları düzenlemektir. Dernek belirli olmayan bir dönemde bir gazete de çıkarmıştır.

11. Ilinden 1990 yılında tescil için başvurmuş, fakat bu talebi reddedilmiştir. Tescil davası sırasında Blagoevgrad Bölge Mahkemesi ile Yüksek Mahkeme, derneğin tüzüğünü, programını ve diğer yazılı belgeleri incelemişlerdir.

12. Bu mahkemeler Temmuz 1990, Kasım 1990 ve Mart 1991 tarihlerinde verdikleri kararlarda, ulusal ve etnik düşmanlığı tahrik eden başvurucu derneğin amaçlarının ulusal bütünlüğüne karşı olduğu ve Bulgaristan'ın toprak bütünlüğü için tehlikeli olduğu sonucuna varmışlardır. Bu nedenle derneğin tescilinin, o sırada yürürlükte olan 1971 Anayasasının 3, 8 maddeleri ile 52(3). fıkrasına aykırı olacağını düşünmüşlerdir. Derneğin amaçları arasında, özellikle "Makedonya'nın siyasal gelişmesi" ve "bağımsız, birleşik bir Makedonya Devleti kurulması" gibi amaçlar yer almıştır. Dahası başvurucu dernek Yüksek Mahkemeye yaptığı başvuruda, "Makedonya halkının Bulgar, Yunan veya bir Sırp yönetimini kabul etmeyeceklerini" ifade etmiştir. Derneğin tüzüğünde yer alan Bulgaristan'ın toprak bütünlüğüne saygı göstereceği şeklindeki resmi beyanın, derneğin diğer belgeleriyle uyuşmadığı görülmektedir.

13. Yüksek Mahkeme 11 Mart 1991 tarihli kararda, başka şeylerin yanında, şöyle demiştir:

"Alt mahkemeler yerinde olarak, başvurucu derneğin tüzük ve programındaki amaçlarının ulusal bütünlüğü karşı olduğunu ortaya koymuşlardır(...) Dosyadaki belgeler, derneğin Bulgaristan halkı arasında ve özellikle belirli bir bölgede, Makedonyacılık fikirlerini yaymaya çalıştığını göstermektedir. Bu fikirler Bulgaristan halkının 'milliyetsizleşmesini' ve Makedon halkına dönüşmesini öngörmektedir(...) Bu nedenle, başvurucu dernek ulusal bütünlüğe karşı olup, Anayasanın [1971] 35(3). fıkrasına göre yasaklanmıştır."

14. Başvurucu derneğin söz konusu dönemde başkanlarının değiştiği ve iç çatışmalar yaşadığı anlaşılmaktadır. Derneğin şubeleri veya ayrı bölümleri arasında görüşlerde ve faaliyetlerde farklılıklar olmuştur.

2) Söz konusu dönemden önceki toplantılar

15. Başvurucu dernek ilk toplantısını 22 Nisan 1990'da Rozhen Manastırındaki Yane Sandanski'nin mezarı başında düzenlemiştir.

16. Başvurucu dernek 20 Nisan 1991 tarihinde Rozhen Manastırında bir anma toplantısı düzenlemiştir. Toplantıya katılanlar Bulgaristan Cumhurbaşkanına ve Parlamentosuna hitaben bir bildiri kabul etmişlerdir. Bu bildiride şöyle denmektedir:

"1. Yoksun bırakıldığımız azınlık haklarımız, azınlıklar hakkında yapılan uluslararası anlaşmalara uygun olarak teminat altına alınmalıdır.

[Taleplerimiz:]

2. Pirin Makedonya'sındaki tüm okullarda Makedon dili, tarihi ve kültürü dersleri konulması.

3. Makedon dilinde radyo ve televizyon yayını(...)

(...)

5. Makedon kültürünün yok edilmesine ve asimilasyon uygulamalarına bir son verilmesi.

6. Makedon dilinde yayın yapma hakkı(...)

7. (...) Makedonya kilisesinin bağımsız olması…

8. Pirin Makedonya'sındaki bütün Bulgar siyasi partilerinin kapatılmaları veya isimlerinin önüne Makedon kelimesinin koyulması ve Makedon halkının ulusal haklarını savunmaları.

(...)

14. Pirin Makedonya'sına tam ekonomi, kültürel ve siyasal özerklik verilmesi ve Bulgar işgal ordularının Pirin Makedonya'sından çekilmeleri(...)

(...)

16. Bulgaristan Hükümetinin taleplerimize olumlu cevap vermemesi halinde, Ilinden Balkanlar ve Avrupa'daki barışın devamı ve Bulgar, Sırp, Yunan, Arnavut milliyetçiliği yüzünden ortaya çıkacak bir askeri çatışmanın engellenmesi için Birleşmiş Milletler'e, Avrupa Güvenlik ve İşbirliği [Konferansı]na, Avrupa Parlamentosuna, büyük devletlere, şu taleplerle başvuracaktır: Bulgaristan, Sırbistan ve Yunanistan arasında 20 Nisan 1912 tarihli ayrılıkçı askeri birliğin feshi, (...) Makedonya'nın Birleşmiş Milletler himayesinde Büyük Devletlerin koruması altında birleştirilmesi (...)".

17. 1998 yılında bölgedeki bir emniyet müdürü tarafından hazırlanan ve Hükümet tarafından Mahkeme'ye sunulan bir rapora göre, 22 Nisan 1990 ve 20 Nisan 1991 tarihli toplantılarda "şiddetli Bulgaristan karşıtı açıklamalar" yapılmıştır. Özellikle 22 Nisan 1990'da Makedon azınlığının tanınmasını, kültürel özerklik verilmesini isteyen bir bildiri okunmuştur. Rapor, bu toplantıda herhangi bir olay çıktığından bahsetmemektedir.

Raporda açıklandığı gibi 20 Nisan 1991 tarihinde 300 ile 350 arasında Ilinden taraftarı, 4000 kişinin Yane Sandanski'yi anmak için bir araya geldikleri resmi toplantıya katılmışlardır. Ayrı bir platformda duran Ilinden taraftarları, iddiaya göre polisi yuhalamışlar ve ıslık çalmışlar, Bulgarları "barbar", "işgalci", "köleci" olarak nitelendirmişler ve bölgeyi terk etmeye çağırmışlardır. Raporda ayrıca şok edici bir olayın meydana geldiği söylenmektedir: Önde gelen politikacılardan biri olan Bay B.'nin yüzüne bira dökülmüştür. Rapora göre polis memuru başka bir sürtüşmenin meydana gelmesini önlemiştir.

Raporda şu sonuca varılmaktadır.

"(...) Ilinden tarafından düzenlenen toplantılar provakatiftir. Olay çıkma riski vardır. Bu nedenle 1992'den bu yana bölgedeki idari makamlar genel olarak bu tür toplantıların düzenlemesine izin vermemektedirler. Kanun hâkimiyetinin sağlanması amacıyla, polisten ve savcılıktan yardım istenmektedir."

18. Başvurucular, 1990 ve 1994 yılları arasında başvurucu derneğin faaliyetlerini engellemeye çalışan birçok polis operasyonu düzenlendiğini ve bireysel hareketler gerçekleştiğini gösteren fotoğrafların kopyalar, yeminli tanık ifadeleri ve beyanları sunmuşlardır.

Başvurucular ayrıca, Ilinden'i Bulgar ulusal sembollerini haksız olarak kullanmakla suçlayan, liderlerini eğitimsiz ve zihinsel hasta olarak gösteren ve Bulgaristan'da Makedon bir azınlığın varlığını inkâr eden gazete makaleleri sunmuşlardır. Başvurucular bu makalelerin, Bulgaristan'da yetkililer tarafından olaylar çarpıtılmak suretiyle oluşturulan kamuoyu düşüncesini yansıttığını iddia etmişlerdir.

B. Söz konusu dönemde toplantı düzenlenmesine karşı yasaklamalar

1) Temmuz 2004'de meydana gelen olaylar

19. Bay Stankov başvurucu derneğin Petrich şubesinin başkanı olarak, 1994 yılının Temmuz ayında Petrich mülki amirinden 31 Temmuz 1994 tarihinde Samuilova krepost bölgesinde tarihi bir olayı anma toplantısı düzenlemek için izin istemiştir. Bu izin talebi 13 Temmuz 1994'de mülki amir tarafından reddedilmiş, fakat herhangi bir gerekçe gösterilmemiştir. Başvurucu dernek bu karara karşı Petrich İlçe Mahkemesine başvurmuş, bu mahkeme talebi 16 Temmuz 1994 tarihinde başvuruyu reddetmiştir. İlçe Mahkemesi, başvurucu derneğin yasaklanmış bir dernek olması nedeniyle gösterilerin kamu düzenini

ve başkalarının hak ve özgürlüklerini tehlikeye sokacağına dair duyulan kaygının sağlam bir temele dayandığını belirtmiştir.

28 Temmuz 1994'de başvurucu derneğin temsilcisi Bay İvanov ve diğer bir kişi polis tarafından Samuilova krepost'da yapılacak resmi geleneksel fuardan uzak durmaları konusunda uyaran yazılı uyarılar almışlardır. Uyarılarda bunların mevcut yasal düzenlemelere dayandığı belirtilmiştir.

20. 31 Temmuz 1994'de başvurucu dernek üyelerinin bir kısmı (başvuruculara göre 120-150 arası), Samuilova krepost bölgesine yaklaşmayı denemişler, fakat ağır silahlı polisler yollarını kesmiştir; ancak yetkililer bu olayı reddetmektedirler.

Hükümet, bölgenin kordon altına alınarak kapatıldığı iddiasının "açıkça temelsiz" olduğunu savunmuştur.

2) Nisan 1995 olayları

21. Başvurucu dernek 10 Nisan 1995 tarihinde Sandanski mülki amirinden 22 Nisan 1995 tarihinde Rozhen Manastırındaki Yane Sandanski'nin mezarı başında ölümünün sekseninci yılı nedeniyle bir toplantı düzenlemek için izin istemiştir.

Bu talep başvurucu derneğin mahkemeler tarafından gerekli şekilde tescil edilmemiş olduğu gerekçesiyle 14 Nisan 1995 tarihinde reddedilmiştir. Başvurucu dernek 15 Nisan 1995 tarihinde, diğer iddialarının yanında Makedon halkının uluslararası hukuk ihlal edilerek kültürel yaşamını geliştirme hakkından bırakıldığı iddiasıyla Sandanski İlçe Mahkemesine başvurmuştur. İlçe Mahkemesi bu başvuruyu hiçbir zaman incelememiştir.

22. 22 Nisan 1995'de Sandanski Belediyesi Yane Sandanski'nin ölüm yıl dönümünü anmak için resmi bir tören düzenlemiştir. Bu tören bu kişinin Rozhen Manastırındaki mezarı başında yapılmıştır. Tören sabah saat 10.00'da başlamıştır.

Başvurucuların iddiasına göre polis, 22 Nisan 1995 günü Rozhen Manastırına giden bir grup taraftardan arabalarını komşu Melnik şehrinde bırakmaları istenmiş ve bu kişiler manastıra yerel otobüslerle nakledilmişlerdir. Burada mezarı ziyaret etmelerine, bir çelenk bırakmalarına ve mum yakmalarına izin verilmiştir. Bununla birlikte taşıdıkları pankartları, bayrakları ve yanlarında getirdikleri müzik aletlerini bölgeye götürmelerine ve mezarda konuşma yapmalarına izin verilmemiştir. İddiaya göre polis, çelenge bağlı olan kurdeleyi yerinden çıkarmıştır. Bunun üzerine katılımcılar, manastırın yanında müziksiz olarak anma toplantısı yapmışlardır.

3) Temmuz 1995 olayları

23. Başvurucu dernek Temmuz 1995'de, önceki yılda olduğu gibi Petrich civarında bir tarihi alan olan Samuilova krepost bölgesinde 30 Temmuz 1995'de bir anma toplantısı yapmak için izin istemiştir. 14 Temmuz 1995 tarihinde Petrich mülki amiri herhangi bir sebep göstermeksizin bu talebi reddetmiştir. Başvurucu derneğin mahkemeye başvurması üzerine bu karar, 18 Temmuz 1995 tarihinde Petrich İlçe Mahkemesi tarafından onaylanmıştır. İlçe Mahkemesinin göre "Ilinden'in 30 Temmuz 1995 tarihinde Samuilova krepost bölgesinde yapacağı anma toplantısı, kamu düzenini bozabilir."

4) Nisan 1997 olayları

24. Başvurucu dernek 8 Nisan 1997'de, Sandanski mülki amirine ve yerel polise, 20 Nisan 1997 tarihinde Rozhen Manastırında Yane Sandanski'nin ölüm yıldönümünü anmak için toplantı hazırlıkları içinde olduğunu bildirmiştir. Başvurucu dernek mülki amire gönderdiği yazıda, Bulgaristan'da bir Bulgar ulusal kahramanı olarak kabul edilen Yane

Sandanski'nin aslında "Makedonya'nın bağımsızlığı için Türk egemenliğine ve Bulgar zulmüne karşı mücadele eden bir Makedon savaşçı" olduğunu ifade etmiştir.

Mülki amir 11 Nisan 1997'de başvurucu derneğin izin talebini reddetmiştir. Mülki amir bu red yazısında, 4 Nisan 1995 tarihinde aynı tarihi alanda anma toplantısı yapmak için oranın lise müdürü tarafından izin istenmiş olduğunu ifade edilmiştir. Mülki amir ayrıca, anma toplantısının okul ve idare tarafından ortaklaşa düzenleneceğini ve "herkesin bireysel olarak gelebileceğini" ifade etmiştir.

25. Ilinden 15 Nisan 1997'de mülki amirin ret işlemine karşı, "ayrı bir etnik topluluk olan dernek üyelerine" ulusal kahramanlarının mezarı başında toplantı yapma izni verilmediği gerekçesiyle, Sandanski İlçe Mahkemesine başvurmuştur.

17 Nisan 1997 tarihinde İlçe Mahkemesi başkanı, başvurunun tescil edilmemiş bir dernek adına yapılmış olması nedeniyle, dosyanın esastan incelenmemesine karar vermiştir.

26. Bu kararın başvurucu derneğe tebliğ tarihi belli değildir. Başvurucular önce başvurularına bir cevap alamadıklarını iddia etmişler, fakat daha sonra Komisyona 5 Mayıs 1997'de verdikleri dilekçede, bu karardan 17 Nisan 1997 tarihinde haberdar olduklarını belirtmişlerdir.

27. Başvurudaki eksiklikler, yasa tarafından tanınan yedi günlük süre içinde giderilmediğinden, Bölge Mahkemesi Başkanı davanın düşmesine karar vermiştir. Bu karar başvurucu derneğe 13 Ağustos 1997 tarihinde tebliğ edilmiştir.

28. Başvurucuların iddiasına göre polis, 20 Nisan 1997 tarihinde bir grup dernek taraftarının Rozhen Manastırına yaklaşmalarını engellemiş ve iki kişide kötü muameleye uğramıştır. İddialarına göre 20 Nisan 1997 tarihinde oradaki okuldan yalnız otuz öğrenci ve iki öğretmen Rozhen Manastırına gelmişlerdir. Öğrenciler polis eşliğinde bir çelenk bırakmışlar ve iki dakika sonra alanı terk etmişlerdir.

5) Temmuz ve Ağustos 1997 olayları

29. 14 Temmuz 1997 tarihinde Bay Stankov derneğin Petrich şubesinin başkanı olarak, 2 Ağustos 1997 tarihinde Petrich yakınlarındaki Samuilova krepost bölgesinde yapılacak bir anma toplantısı için izin istemiştir. Mülki amir 17 Temmuz 1997'de, derneğin "yasal bir kuruluş" olmadığını belirterek izin talebini reddetmiştir.

30. Başvurucu dernek 20 Temmuz 1997'de, "yasal" olmayan kuruluşların toplantı yapmalarını yasaklayan düzenlemeler olmadığını ve planlanan olayın barışçıl olacağı ve kamu düzenine karşı bir tehlike oluşturmayacağı iddiasıyla, mülki amirin red işlemine karşı İlçe Mahkemesine başvurmuştur.

İlçe Mahkemesi 1 Ağustos 1997 tarihli kararıyla, bu talebi esastan reddetmiştir. Mahkeme başvurucu derneğin "ülke yasalarına uygun olarak" tescil edilmemiş olduğunu ve dernek namına hareket eden insanların derneği gerçekten temsil etme yetkisine sahip olup olmadıklarını ispat edemediklerini belirtmiştir. Bu nedenle Toplantı ve Gösteri Yürüyüşü hakkındaki Yasanın 9 ve 10. maddeleri gereğince toplantı sırasında meydana gelebilecek olaylardan kimin sorumlu olacağı belirsizdir. İlçe Mahkemesi, halka açık bir olayı düzenleyenlerle ilgili belirsizlik bulunması, kamu düzenini ve başkalarının hak ve özgürlüklerini tehlikeye soktuğu sonucuna varmıştır.

31. Polis 2 Ağustos 1997'de başvurucu derneğin taraftarlarından bir kısmının Petrich yakınlarındaki tarihi alana yaklaşmalarına izin vermemiştir.

C. Başvurucu derneğin ve taraftarlarının amaçlarıyla ilgili diğer deliller

32. Davanın tarafları, başvurucu derneğin faaliyetleriyle ilgili fotokopiler ve belgeler sunmuşlardır.

Bunlardan anlaşıldığına göre, Hükümetin iddialarını dayandırdığı belgelerin bir kısmı, başvurucu derneğin şubesine veya kollarına üye kişilerin beyanlarıyla ilgilidir. Bu grupların faaliyetleri ve görüşleri arasında gözle görülebilir bir farklılık mevcuttur.

33. Hükümet iddialarını 20 Nisan 1991 tarihli bildiriye (bk. yukarıda paragraf 16), 1990 ve 1991 yıllarındaki toplantılar hakkında polisin tuttuğu raporlara (bk. yukarıda §17) ve diğer malzemelere dayandırmaktadır.

Hükümetin iddiasına göre dernekle ilgisi olan bazı kişiler, toplantılar sırasında yaptıkları açıklamalarda, medyayla yaptıkları görüşmelerde ve idareye yazılan yazılarda, Bulgaristan'ın Pirin Makedonya'sından çekilmesini istediklerini ifade etmişler ve "Balkanlarda Bulgarlar; Yunanlar ve tüm diğerleri Makedonya halkının uluslararası haklarını tanıyıncaya kadar barışın olamayacağı ve böyle bir tanıma gerçekleşmeden hiçbir Balkan ülkesinin demokrasiye ulaşamayacağı" yönünde ifadeler kullanmışlardır.

34. Hükümet başvurucu derneğe bağlı fraksiyonlardan birinin yayınladığı Vestnik za Makedonzite v Bulgaria i Po Sveta ve Makedonska poshta adlı bildirilerin birkaç sayısını ve basında yer alan makaleleri sunmuştur. Bu yayınlar başvurucu derneğe bağlı fraksiyonun 28 Eylül 1997'de düzenlediği "gizli" bir toplantı hakkında bilgi içermektedir. İddiaya göre bu toplantıda, Pirin Makedonyası bölgesinin 10 Ağustos 1998'de "siyasal, ekonomik, ve kültürel açıdan özerk" veya bağımsız olacağı beyan edilmiştir. Bunun sebebi, iddiaya göre, söz konusu tarihin 1913 tarihli Bükreş Antlaşmasının 85. yılı olması nedeniyle bu sözleşmeye taraf olan devletlerin, "köleleştirildiği" iddia edilen Makedon topraklarından çekilmek zorunda olmalarıdır.

Makedonska poshta ayrıca, bütün Makedonları 3 Ağustos 1998'de Sofya sokaklarında yürüyüş yapmaya davet etmiştir. Davet metninde katılımcıların silah taşımayacakları vurgulanmıştır.

35. Başvurucu derneğin Petrich şubesi taraftarları tarafından hazırlan bir el ilanında, Pirin Makedonya'sında "meşru Bulgar makamlarının kurulmasını engellemek" için, 1994 parlamento seçimlerini boykota çağırmıştır. İlanda ayrıca, Birleşik Makedonya Devleti ile bölgenin "Grenada, Kuveyt ve Haiti modellerine benzer bir şekilde" Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi tarafından uluslararası müdahale yapılmasını istemektedir.

36. 1997 seçimlerinin boykot edilmesine yönelik bir çağrıda, Makedonlara azınlık hakların tanınmaması nedeniyle oy vermemeleri istenmiştir.

37. Başvurucu derneğe bağlı bir fraksiyonun Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti basınında yer alan bir bildiride, Bulgar yetkilileri Makedon dilini ve Makedon azınlığı tanımamaları nedeniyle eleştirilmiş ve çeşitli uluslararası teşkilatları bu amaçla Bulgar otoritelerine baskı yapma çağırmıştır.

38. Hükümet, başvurucu derneğin veya ona bağlı bir fraksiyonunun eylemcileri tarafından Birleşmiş Milletlere hitaben yazılmış ve imzalanmış 1 Temmuz 1997 tarihli bir memorandumun bir örneğini sunmuştur. Bu memorandum, tarihi olayların kısa bir özetini, Bulgar otoritelerinin tutumları hakkında yakınmaları ve şu talepleri içermektedir: kolektif azınlık hakları, Bulgar Devlet arşivlerine girme imkânı, el konulan belgelerin iade edilmesi, Bulgar tarihine bakışın gözden geçirilmesi, 1912, 1913 antlaşmalarının gözden geçirilmesi, "siyasi polisin" kaldırılması, milliyetçi ve şiddet taraftarı parti ve kuruluşların kapatılması, Ilinden'in Makedonya Bulgaristan'ında yasal bir dernek olarak

tescil edilmesi, Makedonca radyo yayını, Makedonların karşı işlenen hak ihlallerinin soruşturulması ve ekonomik yardım.

Söz konusu belgede ayrıca şöyle denilmektedir:

"(...) Balkanlarda, Avrupa'da ve dünyadaki ekonomik ve siyasal gerçeklerin bilincinde olan bizler çatışma, gerilim veya şiddete başvurmuyoruz. Etnik ve tarihsel köklerimizin bulunduğu Bulgaristan'da ve Pirin Makedonyası'nda etnik bir Makedon azınlık olarak haklarımıza barışçıl yollarla ve görüşmelerle elde edeceğiz. (...)

Barışçıl ve yasal yollar … bir Makedon azınlığın varlığını inkâr eden … yetkili makamların yararınadır. Demokratik yollarımız ise bizim aleyhimizedir: yetkililer siyasi, ekonomik, psikolojik baskı yapabilmekte ve silah kullanabilmektedir."

39. Hükümet Mahkeme önünde, Bulgaristan Anayasa Mahkemesinin 29 Şubat 2000 tarihli, 1999 yılında yetkili mahkemeler tarafından tescil edilmiş olan bir partinin, Ilınden Birleşik Makedonlar Derneği-PİRİN: Ekonomik Gelişme ve Halkın Bütünleşmesi Partisi ("UMOPIRIN") anayasallığını incelediği bir kararına dayanmıştır. Anayasa Mahkemesi söz konusu partinin amaçlarının ülkenin toprak bütünlüğüne aykırı olduğu ve bu nedenle partinin anayasal olmadığına karar vermiştir.

40. Anayasa Mahkemesi UMOIPIRIN'in, başvurucu derneğin halefi ya da devamı olduğuna karar vermiştir. Bu nedenle UMOIPIRIN'ın anayasallığını değerlendirirken büyük ölçüde başvurucu derneğin geçmişi ve faaliyetleri hakkındaki mütalaalarına dayanmıştır.

Anayasa Mahkemesi özellikle derneğin 20 Nisan 1991 tarihli bildirisinde (bk. yukarıda §16) ileri sürdüğü talepleri kaydetmiştir. Yine başvurucu dernek tarafından yayınlanan, Yunan ve Bulgar topraklarının bir kısmının Makedonya toprakları olarak gösterildiği haritaların basıldığını ve tekrarlı olarak otonomi ve hatta ayrılık çağrıları yapıldığını tespit etmiştir. Anayasa Mahkemesi ayrıca, başvurucu derneğin temsilcilerinin Bulgar ulusuna hakaret niteliğinde sözler sarf ettiklerini belirtmiştir.

41. Anayasa Mahkemesi bunun sonucunda, başvurucu derneğin ve UMOPIRIN'in Pirin bölgesini yalnızca geçici olarak Bulgar hâkimiyetinde olan ve yakında bağımsız olacak bir bölge olarak gördüklerini tespit etmiştir. Bu nedenle, faaliyetleri ülkenin toprak bütünlüğünü hedef almakta ve bu haliyle Anayasanın 44. maddesinin 2. fıkrasına aykırılık teşkil etmektedir. Ülkenin toprak bütünlüğünü hedef alan bir faaliyetin ulusal güvenliği tehdit ettiğinden şüphe duyulamayacağına göre, bu yasak Anayasanın 11. maddesinin 2. fıkrasına uygundur.

Karar dokuza karşı üç oyla verilmiştir. Karşı oy kullanan yargıçların görüşleri yayınlanmamıştır.

D. Hükümetin başvurucu derneğin üyelerinin bir kısmının silah taşıdığına dair iddiasını desteklemek için sunduğu deliller

42. Hükümet bu konudaki iddiasını desteklemek için iki belgenin kopyasını sunmuştur.

43. Söz konusu olan öncelikle 1 ve 2 Mart 1997 tarihinde Kontinent gazetesinde yer alan bir makalenin kopyasıdır. Gazetede Bay D.P.K.'nın polis tarafından işlerinin engellenmiş olması nedeniyle, evlerini bombalamakla polisleri tehdit ettiği için tutuklandığı belirtilmektedir. Tutuklama sırasında polis D.P.K.'nın evinde patlayıcı ele geçirmiştir. Kısası bu yazıya göre D.P.K., bir Ilinden yöneticisidir ve bir "Makedon eylemcidir."

44. İkinci belge bir bildiri örneği fotokopisi olup, bir örgütün kuruluşunu haber vermekte ve ilgilenenleri buna katılmaya davet etmektedir.

Bildiride yeni kurulan Nova Birleşik Makedonlar Örgütü'nün, Ilinden'in yerine geçmeyi hedeflemediği ifade edilmektedir.

Bildiride yeni örgütün "Makedonya Cumhuriyetinin varlığını sürdürebilmesine yardım etmek amacıyla" silahlı gruplar oluşturacağını eklemektedir.

45. Hükümet sunduğu belgenin içeriği hakkında yorum yapmamış ve ek bilgi de vermemiştir.

46. Hükümet görevlisi, Mahkeme huzurunda yapılan duruşma esnasında sorulan bir soruya verdiği cevapta, başvurucu derneğin üyelerine karşı herhangi bir cezai takibat yapılmadığını belirtmiştir.

E. Hükümete göre tarihsel sürecin özeti

47. Hükümet bu davaya konu olan olayların anlaşılabilmesi için, Bulgaristan'da ve Balkanlardaki mevcut durumun tarihsel bağlamda anlaşılması gerektiğini vurgulamıştır. Hükümetin açıklamaları şu şekilde özetlenebilir:

"Tarihsel olarak Bulgar ulusu, aralarında Makedonya coğrafi bölgesinin de yer aldığı birçok coğrafi bölgede bir araya gelmiştir. 1878'de Bulgaristan kısmen Türk hâkimiyetinden kurtulduğunda, Berlin Barış Antlaşması Makedonya bölgesini Türkiye sınırları içinde bırakmıştır. 1878 ve 1913 yılları arasında Makedonya'nın Bulgar halkı Türk hâkimiyetinden kurtulup Bulgaristan'la birleşmek için beş kez başarısız isyan denemesinde bulunmuştur. Bunu Bulgar anayurduna yapılan kitlesel mülteci göçleri izlemiştir. Yüz binlerce Makedon Bulgar'ı, Bulgaristan'a yerleşmiştir.

"Makedon ulusu" şeklinde bir ifade, ilk kez 1934'de Komünist Enternasyonal'in bir kararında dile getirilmiştir. Bundan önce güvenilir herhangi bir tarih kaynağı, Bulgarlar dışında bölgede bir Slav topluluğunun varlığından söz etmemiştir. İkinci Dünya Savaşından sonra Yugoslavya'daki komünist yönetim, ayrı bir Makedon ulusunun varlığını ilan etmiştir. 2 Ağustos 1944 tarihli bir kararnameyle bir dil ve bir alfabe yaratılıp kabul edilmiştir. Bunu Yugoslavya'da başlatılan zalimce bir kitlesel asimilasyon faaliyeti izlemiştir. Kısa bir süre Bulgar Komünist Partisi, bir Bulgar- Yugoslav Federasyonu kurma fikrinden esinlenerek, aynı şekilde Pirin Makedonya'sı bölge halkına karşı zorlama yoluyla bir "Makedonyalılık" kimliği dayatmıştır. 1946 ve 1956 nüfus sayımlarında bu bölgede oturan insanlar kendilerini " Makedon" ilan etmeye zorlanmışlardır. Bu kampanyadan kısmen halkın kimlik değiştirmeyi reddetmesi nedeniyle, 1963'de vazgeçilmiştir.

Makedonya coğrafi bölgenin Yugoslavya'da bulunan kısmında, soğuk savaşın iki kutuplu dünyasının gerçekleri, -Yugoslavya ile S.S.C.B'nin kontrolünde bulunan sosyalist blok arasında ilişkilerin gergin olduğu sırada- halkın kötümserliğini ve kızgınlığını ve Bulgaristan'ın kendisiyle birleşmenin gerçekleşmeyeceğine dair korkularını körüklemiştir. Tito rejimi tarafından gerçekleştirilen zorlama yoluyla Makedon kimliğinin dayatılması bunda belirleyici bir rol oynamıştır.

Bunun sonucunda yeni bir ulus oluşturma süreci meydana gelmiş ise de, Eski Yugoslavya Cumhuriyetindeki Makedonya bölgesiyle sınırlı kalmıştır.

1992 nüfus sayımında yalnızca 3019 Bulgar vatandaşı Makedon olduğunu beyan etmiş ve Makedoncayı ana dili olarak göstermiştir. Diğer 7784 kişi Bulgar ulus bilincinin kanıtı olarak ana dilleri olarak Bulgarcayı göstererek, kelimenin coğrafi anlamında Makedonyalı olduklarını beyan etmişlerdir.

Bulgaristan'da kendilerini Makedon olarak görenler, bir ayrımcılıkla karşılaşmamaktadırlar. Kendilerinin Svetlina adında kendi kültürel ve eğitsel örgütleri vardır. "Makedon dilinde" kitaplar ve gazeteler bulunmaktadır."

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Hükümetin ilk itirazları

(...)

II. Davanın kapsamı

(...)

III. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali iddiası

60. Başvurucular, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. (...)

A. Tarafların iddia ve savunmaları

(...)

B. Mahkemenin değerlendirmesi

1. Uygulanabilirlik hakkında

76. Hükümet başvurucu derneğin düzenlediği toplantıların niteliğinin barışçıl olup olmadığı konusunda şüpheleri olduğunu ifade etmekte ve bu nedenle Sözleşme'nin 11. maddesinin uygulanmasına karşı çıkmaktadır.

77. Hükümet, Sözleşme'nin 11. maddesinin yalnızca "barışçıl toplantı" hakkını koruduğunu hatırlatmaktadır. Komisyon'un içtihatlarına göre bu kavram, düzenleyicilerinin ve katılımcılarının niyetlerinin şiddet olduğu bir gösteriyi kapsamaz (*G.c. – Almanya [k.k.] no, 13079/87; Irkçılığa ve Fazişme karşı Hristiyanlık – Birleşik Krallık [k.k.] no. 8440/78*)

78. Mevcut davada Mahkeme, önündeki materyalleri titizlikle inceledikten sonra, yasaklanan toplantıyla ilgili kişilerin şiddet meydana getirme niyetine sahip olmadıkları sonucuna varmaktadır (bk. yukarıda §10, 12, 13, 16, 17, 20, 22, 28, 31, ve 32 ile 46 arası). Bu nedenle Sözleşme'nin 11. maddesi uygulanabilir.

2. Bir müdahalenin varlığı

79. Mahkeme, incelediği her olayda yetkililerin her iki başvurucu tarafından planlanan toplantıları yasakladıklarını kaydeder. Aslında bu durum, 1992'den bu yana izlenen değişmez bir uygulamadır (bk. yukarıda 17 ve 74). Temmuz 1994'de başvurucu derneğin başkanına ve bir diğer kişiye, planlanan anma toplantılarının yapılacağı yerden uzak durmaları için polis tarafından uyarı yazısı çıkarılmıştır.

22 Nisan 1995 tarihli bir olayda, mülki amir tarafından konan yasağa rağmen, başvurucu dernek üyelerinin Yane Sandanski'nin mezarına çelenk bıraktıkları ve mum yaktıkları tarihi alana yaklaşmalarına izin verilmiştir. Fakat bu izin, katılımcıların afişlerini bırakmaları ve slogan atmamaları şartıyla verilmiştir. Alanda bir konuşma yapmalarına izin verilmemiştir. Kutlama yapmalarına ancak belirli bir mesafe uzaklıkta kalmaları şartıyla izin verilmiştir (bk. yukarıda §22).

Yetkililerin, dernek üyelerinin pankartsız ve slogansız olarak aynı yer ve tarihte, aynı tarihi olayları anmak amacıyla yapılan resmi kutlamalara katılmalarına izin veren bu tutumları, mülki amirin 11 Nisan 1997 tarihli kararında ve Hükümetin Mahkeme'ye sunduğu mütalaalarında tekrarlanmıştır (bk. yukarıda §24 ve 66).

80. Mahkeme yukarıda anlatılanların ışığında, iki başvurucunun da Sözleşme'nin 11. maddesindeki toplantı özgürlüklerine müdahale edildiği görüşündedir.

3. Müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığı

81. Mahkeme yetkililer tarafından toplantıların yasaklanmasına dair gösterilen gerekçelerin sağlam ve ayrıntılı olmadığını kaydeder. Gösterilen gerekçelerde tekrar tekrar, yürürlükteki mevzuata göre tek başına bir toplantının yasaklanması için haklı bir gerekçe oluşturmayan, derneğin tescil edilememiş olmasından bahsetmektedir. İki kez mülki amirler hiçbir gerekçe göstermemiş ve bu boşluk kendilerine yapılan itirazlar üzerine ilçe mahkemeleri tarafından kısmen doldurulmuştur (bk. yukarıda §19, 21, 23, 24, 29 ve 30).

Bununla birlikte Mahkeme, yetkililerin iç hukukta barışçıl toplantı hakkına müdahale için, haklı gerekçeler arasında yer alan kamu düzenini ihlal riski iddiasına dayandıklarını gözlemlemektedir. Ilinden'in tescilinin reddedilmiş olması, kamu düzenine karşı bir tehdidin var olup olmadığının değerlendirilmesinde etkili olduğu görülmektedir (bk. yukarıda §19 ve 30). Bunun yanı sıra, şikâyet konusu yasaklamalar, Toplantı ve Gösteri Yürüyüşleri hakkında Yasadaki usule uygun olarak, yetkili mülki amirler ve mahkemeler tarafından getirilmiştir.

82. Bu şartlar Mahkeme, başvurucuların toplantı özgürlüklerine müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olduğunu kabul etmektedir.

Yetkililerin kamu düzenine karşı tehlikenin varlığına dair tespitlerinin sağlamlığına başvurucuların itirazları, kendilerinin toplantı haklarına müdahalenin Sözleşme'nin 12. maddesi çerçevesinde meşru bir amacının var olup olmadığı ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadıkları sorusu çerçevesinde incelenmelidir.

4. Meşru amaç

83. Hükümete göre Ilinden'in anma toplantılarına karşı alınan tedbirlerin birkaç meşru amacı vardır. Bunlar ulusal güvenliğin ve toprak bütünlüğünün korunması, başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması, yerel düzeyde kamu düzenin korunması ve suç ve düzensizliğin engellenmesi.

Başvurucular buna karşı çıkmışlardır. Başvuruculara göre şikâyet konusu yasaklamaların üstü örtülü amacı, Makedon azınlığın kolektif haklarının inkârıdır.

84. Mahkeme, Sözleşme'nin 10 ve 11. maddelerinde yer alan ifade ve toplantı özgürlüklerinin istisnalarının sınırlı sayıda olduğunu hatırlatır. Bu istisnaların tanımı zorunlu olarak kısıtlayıcı olup, bu istisnalar dar yorumlanmalıdır (Sidiropoulos ve Diğerleri – Yunanistan, §37-39).

Dosyanın içeriğini bütünüyle değerlendiren Mahkeme, müdahalenin Hükümetin saydığı bir veya birden fazla menfaati korumayı amaçladığını kabul etmektedir.

5. Demokratik bir toplumda gereklilik

a) Mahkeme içtihatlarındaki genel ilkeler

85. Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesinin özerk bir role ve özel bir uygulama alanına sahip olmasına rağmen, Sözleşme'nin 10. maddesinin ışığında değerlendirilmesi gerektiğini hatırlatır. Fikirlerin ve fikirleri ifadenin korunması, toplantı ve örgütlenme özgürlüğünü düzenleyen 11. maddenin amaçlarından biridir (*ÖZDEP – Türkiye, §37*).

Bu özellikle de olaydaki gibi yetkililerin bir toplantı ya da derneğe karşı tutumlarının katılımcıların ya da üyelerin açılamalarından kaynaklandığı durumlarda söz konusudur.

86. İfade özgürlüğü, toplumun ilerlemesi ve her insanın gelişmesi için esaslı koşullardan biri olan demokratik toplumun ana temellerinden birini oluşturur. İfade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca devletin veya nüfusun bir bölümünün aleyhinde olan, onlara çarpıcı gelen, onları rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Bunlar, çoğulculuğun, hoşgörünün ve açık fikirliliğin gerekleridir; bunlar olmaksızın demokratik toplum olmaz (*Handyside, §49; Gerger, §46*).

Yine Sözleşme'nin 11. maddesi çerçevesinde korunan toplantı özgürlüğü, ortaya koymak istedikleri düşüncelere ve taleplere karşı olan kişileri sinirlendirebilecek veya canlarını sıkabilecek bir gösteriyi de korur (*Platform Arzte für das Leben, §32*).

87. "Demokratik bir toplumda gereklilik" kavramı, müdahalenin "toplumsal ihtiyaç baskısına" karşılık geldiği ve ayrıca müdahalenin izlenen meşru amaçla orantılı olması gerektiğini ima eder.

Sözleşmeci Devletler, böyle bir ihtiyacın var olup olmadığını değerlendirirken belli bir takdir alanına sahiptirler; fakat değerlendirme, hem mevzuatı ve hem de bağımsız mahkemeler tarafından verilmiş olsalar bile mevzuatı uygulayan kararları da kapsayan bir Avrupa denetimiyle el ele yürümektedir. O halde Mahkeme, bir "kısıtlama"nın Sözleşme tarafından korunan haklarla bağdaştırılabilir olup olmadığı hakkında nihai kararı vermekle yetkilidir (*Gerger, §46*).

Bu yakından denetimi yaparken, Mahkeme'nin görevi ilgili ulusal makamların görüşlerinin yerine kendi görüşlerini koymak değil, fakat ulusal makamların takdir yetkilerini kullanarak vermiş oldukları kararları, Sözleşme'nin 11. maddesine göre denetlemektir. Bu demek değildir ki Mahkeme, davalı devletin takdir yetkisini makul olarak, dikkatlice ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını tespit etmekle yetinir. Mahkeme, şikâyet konusu müdahaleye davanın bütünlüğü içinde bakarak, müdahalenin "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığını ve müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" bulunup bulunmadığını belirler. Mahkeme böyle yaparken, ulusal makamların Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan ilkelere uygun olan standartları uyguladıklarına ve ayrıca verdikleri kararları, maddi olayların kabul görülebilir bir değerlendirmesine dayandırdıklarına kanaat getirmelidir (*TBKP – Türkiye, §47*).

88. Siyasal ifadeleri veya kamuyu ilgilendiren meseleler hakkındaki tartışmaları Sözleşme'nin 10(2). fıkrasına göre kısıtlama alanı pek dardır (*mutatis mutandis, Wingrove, §58*).

Demokrasinin başta gelen özelliklerinden biri, bir ülkenin sorunlarını şiddete başvurmadan, sıkıcı olsa bile diyalog yoluyla çözme imkânı tanımasıdır. Demokrasi ifade özgürlüğüyle gelişir. Bu açıdan bakılınca siyasi bir gruba, sırf devletin nüfusunun bir kısmının durumunu aleni biçimde tartışmayı ve demokratik kurallara uygun olarak herkesi tatmin edebilecek çözümleri bulmak üzere siyasal yaşamda yer almayı istediği için engel olunması haklı görülemez (*TBKP, §57*).

89. Bir ülkenin bir bölgesinde yaşayanlar, o bölgenin özelliklerini geliştirmek için örgütler kurma hakkına sahiptirler. Bir örgütün azınlık bilincini ileri sürmüş olması, bu örgütün Sözleşme'nin 11. maddesindeki hakkına bir müdahalede bulunmayı kendiliğinden haklı kılmaz (*Sidiropoulos ve Diğerleri, §44*).

90. Kuşkusuz bir derneğin programında beyan ettiği amaçlardan ve niyetlerinden daha farklı amaç ve niyetlere sahip olduğunu gizleyebileceği gözden uzak tutulamaz. Derneğin amaç ve niyetlerini gizlemediğini doğrulamak için, derneğin programı ile faaliyetleri ve savunduğu görüşlerin karşılaştırılması zorunludur (*TBKP, §58*).

Dikkate alınması gereken önemli bir faktör şiddete, ayaklanmaya veya demokratik prensipleri başka bir şekilde reddetmeye çağrı yapılıp yapılmadığı meselesidir (*ÖZDEP – Türkiye, §40*). Bir bireye, bir kamu görevlisine veya halkın bir kısmına karşı şiddete tahrik yapılması halinde, devlet yetkilileri ifade özgürlüğüne bir müdahalede bulunma ihtiyacını incelerken geniş bir takdir alanından yararlanırlar (*Incal, §48; Sürek* (*no. 1*)*, §61*).

b) Genel prensiplerin mevcut olaya uygulanması

91. Yetkililer, başvurucu derneğin tescil edilmediğini, çünkü mahkemelerin derneği anayasaya aykırı bulduklarını belirtmişlerdir (bk. yukarıda §11 ve 13).

92. Bununla birlikte Mahkeme, bir derneğin faaliyetlerini inceleyen ulusal mahkemelerin geçmişteki tespitlerinin, hiç kuşkusuz derneğin yapacağı toplantıların yaratacağı tehlikelerin değerlendirilmesinde ilgili unsurlar olduğunu, fakat bir derneğin anayasaya aykırılığının kabul edilmiş ve tescil talebinin reddedilmiş olmasının, barışçıl toplantılarının sistematik olarak yasaklanmasını Sözleşme'nin 11(2). fıkrası bakımından haklı göstermeye yetmediğini düşünmektedir.

Bu nedenle Mahkeme, müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürülen sebepleri ve bu müdahalenin önemini derinlemesine incelemelidir.

(i) Müdahaleyi haklı göstermek için ileri sürülen sebepler

(α) Silah taşındığı iddiası

93. Hükümet, silahlı gruplar kurulacağını duyuran bir bildirinin fotokopisini sunmuştur (bk. yukarıda §44). Fakat bu bildirinin başvurucu dernek tarafından basıldığı tespit edilememiştir. Hükümet bu konuda ayrıntılı bir bilgi vermediği gibi, bir adamın bazıları özel ticari uyuşmazlıkları ilgilendirdiği anlaşılan bazı suçlardan şüphelenildiğini anlatan bir gazete makalesinin (bk. yukarıda §43) konuyla ilgisini açıklamamıştır.

Mahkeme'ye göre, eğer silahlı bir hareketin hazırlıkları yapılıyor olsaydı, Hükümet bu konuda daha ikna edici deliller sunardı.

(β) Kamu düzenini tehdit iddiası

94. Hükümetin iddiasına göre geçmişte derneğin düzenlediği toplantılarda olaylar çıkmıştır; bu olayların yeniden meydana gelmesi muhtemeldir.

Ancak başvurucuların ciddi karışıklara neden olduklarına dair herhangi bir delil yoktur. Küçük çaplı olaylar yaşanmış ve bir dava açılmamıştır (bk. yukarıda §17, 18 ve 46). Mülki amirlerin ve yerel mahkemelerin kararlarında başka herhangi bir detaya yer verilmeden, sadece kamu düzenine karşı farazi bir tehditten bahsedilmektedir.

Bu nedenle küçük olayların meydana gelme riski, Ilinden'in toplantılarının yasaklanmasını gerektirmemektedir.

(γ) Ilinden'in hedeflerinden ve bildirilerinden kaynaklanan tehlikeler bulunduğu iddiaları

Ayrılıkçı fikirler

95. Hükümete göre başvurucu dernek ülkenin bir bölümünün ayrılmasını istemek suretiyle Bulgaristan'ın toprak bütünlüğünü tehlikeye attığını belirtmiştir.

Başvurucular toplantılarının tek amacının tarihi olayları anmak olduğunu ve herhangi bir ayrılıkçı amaçları bulunmadığını ifade etmişlerdir.

96. Dosyadaki bütün delilleri değerlendiren Mahkeme, olayların yaşandığı sırada yetkililerin başvurucu derneğin bazı liderlerinin veya dernekten türeyen bazı küçük

grupların ayrılıkçı tezler geliştirdikleri, Pirin Makedonya bölgesinin özerkliğini ve hatta Bulgaristan'ın bir bölümünü ayırmayı da içeren bir takvim belirlediklerinden şüphelenmelerinin makul olduğunu tespit etmiştir. Bu liderlerin çeşitli beyanları (bk. yukarıda §16, 33, 34 ve 35) bunu göstermektedir. Mahkeme ayrıca, Yüksek Mahkeme'nin 1990 ve 1991 tarihli kararlarındaki tespitlerini ve Anayasa Mahkemesinin 29 Şubat 2000 tarihli kararındaki tespitleri (bk. yukarıda §12, 13 ve 39-41) dikkate alır.

Bütün bunlardan Hükümetin anma toplantıları sırasında ayrılıkçı sloganlar atılabileceğini öngörebileceği anlaşılmaktadır.

97. Bununla birlikte Mahkeme, bir grup insanın özerklik çağrısında bulunmalarının veya anayasal ve siyasal sınırlarda değişiklik gerektirecek şekilde bir kısım toprağın ülkeden ayrılmasını istemelerinin, bu kişilerin yapacakları toplantıların yasaklanmasını otomatik olarak haklı kılmadığını hatırlatır. Gösterilerde ve söylevlerde siyasal sınırlarda değişiklik talep edilmesi, toprak bütünlüğü ve ulusal güvenlik aleyhine otomatik olarak bir tehdit oluşturmaz.

Toplanma özgürlüğü ve bu özgürlüğü kullanarak düşüncelerini ifade etme hakkı, demokratik bir toplumun en önemli değerleri arasında yer alır. Demokrasinin özü, açık tartışma yoluyla problemleri çözme kapasitesine sahip olmasıdır. Bazı görüşler ya da kullanılan sözcükler yetkililere ne kadar şoke edici ya da kabul edilemez gelirsen gelsin veya talepler ne kadar gayri meşru olursa olsun, şiddetin tahrik edilmediği veya demokratik ilkelerin inkâr edilmediği durumlarda ifade ve toplanma özgürlüğünün kullanılmasını engellemek için önleyici türden genel yasaklar, demokrasiye zarar verir ve demokrasinin varlığını tehlikeye sokar.

Hukukun üstünlüğüne dayalı demokratik bir toplumda, kurulu düzene karşı çıkan ve gerçekleştirilmeleri barışçıl vasıtalarla savunulan siyasal fikirlere toplantı özgürlüğü ve diğer hukuki yollar aracılığıyla kendilerini ifade etme imkânı verilmelidir.

98. Bu nedenle Mahkeme, Ilinden tarafından düzenlenen gösterilerde ayrılıkçı açıklamalar yapma ihtimali bulunmasının, bu toplantılara yasak konulmasını haklı kılmadığı görüşündedir.

Şiddet ve demokratik ilkelerin reddi propagandası iddiası

99. Hükümet, Bulgarları Pirin Makedonya'sını terke davet şeklinde yorumlanabilecek beyanlardan (bk. yukarıda §16, 17 ve 33) söz etmiş ve Ilinden'in bugünü kadar ayrılıkçı amaçlarını açıkça şiddete dayanan bir tarza izlememiş olsa bile, bunun olacağına dair bazı belirtilerin bulunduğunu söylemiştir.

Başvurucular bu iddiaların temelsiz olduğunu söyleyerek reddetmişler ve toplantılarının barışçıl niteliğinin vurgulamışlardır.

100. Belirli bir bölgeden etnik kökene dayanarak başkalarının çıkarılmasını istemek, hiç kuşkusuz demokrasiye tamamen aykırıdır.

Bununla birlikte, 1990 ve 1991 tarihlerinde başvurucu derneğin tescil talebini reddeden Yüksek Mahkeme kararlarında ve 29 Şubat 2000 tarihli Anayasa Mahkemesi kararında (bk. yukarıda §12, 13 ve 39-41) Ilınden'in hedeflerinin ve faaliyetlerinin şiddete teşvik veya demokratik düzenin reddini içerdiğinden söz edilmemiştir. Dahası, Ilinden'in üyelerine veya toplantılara katılanlara karşı herhangi bir ceza davası açılmamıştır (bk. yukarıda §46).

101. Ilinden'in açıklamalarının ve beyanlarının bir çoğunda, hedeflerinin gerçekleştirilmesi için aleni tartışmaya ve siyasal baskı yapmaya dayanmakta ve şiddeti açıkça reddetmektedir (bk. yukarıda §10, 16, 37 ve 38). Şiddet tahrik veya demokrasinin reddi olarak

yorumlanabilecek beyanların, davadaki bütün materyaller karşısında münferit gibi görünmektedir. Dahası, Ilinden'e bağlı birçok kişi ve grup farklı görüşlere sahip olduğundan, sözü edilen materyalin tümünün, mutlaka başvurucu derneğin gündemine hâkim olan görüşleri ve hedefleri yansıtmamaktadır.

102. Mahkeme Incal kararında, bir anma toplantısında bir grup insana, bu nedenle, ulusal güvenlik, kamu düzeni veya ülke bütünlüğü üzerindeki potansiyel etkisini zayıflamış olan ve "direnme", "mücadale" ve "kurtulma" gibi sözcükleri içeren bir mesajın yüksek sesle okunmasının, mutlaka şiddete, silahlı direnişe ve ayaklanmaya çağrı anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir (*Incal, §50*).

Mevcut davada Mahkeme, Ilinden'in yaptığı açıklamalardan bir kısmının, dikkat çekmek amacıyla açıkça bir mübalağa içerdiğini göz önünde tutmaktadır.

103. Mahkeme'ye göre başvurucu derneğin toplantılarının yasaklanmayı gerektirecek kadar şiddete çağrı ve demokrasinin reddi için bir propaganda platformu haline gelebileceğine dair bir belirti yoktur. Herhangi bir münferit eylemle, bundan sorumlu olanların soruşturulması suretiyle yeterince mücadele edilebilir.

Bulgar halkının "Makedonlaştırılması"

104. Hükümet, başvurucu derneğin nihai amacı olan Bulgaristan'dan ayrılmayı gerçekleştirebilmek için, bölgedeki "Bulgar halkını Makedonlaştırmayı" istediğini ileri sürmüştür.

Başvurucular, Ilinden'in Bulgaristan'daki Makedonların bir derneği olduğunu savunmuşlardır.

105. Mahkeme "Makedonlaştırılmaya" çalışıldığı iddia edilenleri korumak amacıyla başvurucuların gösteride bulunma haklarının kısıtlanmasının gerekli olduğu iddiasını kabul etmemektedir.

Kamuoyunun aykırı gördüğü beyanlar

106. Kamuoyunun ulusal sembollere ve kutsal değerlere aykırı gördüğü hakaretler nedeniyle oluşan özel duyarlılığı dikkate alınacak olursa, Ilinden'in toplantılarının bir ölçüde gerilim yarattığı görülmektedir (bk. yukarıda §13, 17,18. ve 24 ve 27).

Başvurucular özellikle, ülkede genel olarak kabul edildiğinden farklı bir anlam yükledikleri tarihsel olayları kutlamayı istemişlerdir. Ülkede Bulgar ulusal kahramanları olarak kabul edilen ve resmi törenlerle anılan kişileri onlar Makedon şehitler olarak görmüşler ve Bu nedenle, kendi toplantılarını geleneksel resmi törenlerle aynı yerlerde ve saatlerde yapmak istemişlerdir.

107. Eğer bir gösteri sırasında muhalif gruplar arasında her gerilim ve sıcak temas ihtimali gösterinin yasaklanmasını gerektirecek olursa, toplum, çoğunluğun duyarlılığını harekete geçiren bir mesele üzerinde farklı görüşleri duymaktan yoksun kalmakla karşı karşıya bırakılacaktır.

Söz konusu meselenin ulusal sembollere ve ulusal kimliğe dokunan bir mesele olması, Hükümetin görüşünün aksine, kendiliğinden yetkililere daha geniş bir takdir alanı bırakılmasını gerektireceği düşünülemez. Azınlık görüşleri ne kadar beğenilmeyen görüşler olursa olsun, ulusal makamlar azınlıktaki görüşler pahasına ulusal kamuoyu görüşünün korunmamasını sağlamak için özel bir uyanıklık göstermelidirler.

(ii) Müdahalenin önemi

108. Hükümet, yetkililerin Ilinden taraftarlarına pankart taşımamaları ve de konuşma yapmamaları şartıyla tarihsel alanlara yaklaşmalarına izin vermeleri ve başvurucuların

toplantılar için başka yerler seçmeleri gerektiği şeklinde gösterdikleri göreceli esneklik vasıtasıyla adil bir dengenin kurulduğunu ileri sürmüştür.

109. Mahkeme, başvurucuların fikirlerini toplantılarda söylevler ve sloganlarla ifade haklarından yoksun bırakılmalarının, esnekliğin bir delili olarak görülemeyeceği görüşündedir. Gerçekten de yetkililer. Ilinden'in toplantılarına genel bir yasak getirme şekilde bir tutum benimsemişlerdir (bk. yukarıda §17 ve 74).

Dahası, toplantı yer ve saatlerinin resmi törenlere katılanlar için olduğu kadar başvurucular için de büyük öneme sahip olduğu görülmektedir. Mahkeme, bu tür durumlarda Hükümetin kullandığı takdir alanına rağmen, ister aynı zamanda olsun isterse bir biri ardına olsun, iki anma töreninin barışçıl bir şekilde yapılmasını sağlamanın imkânsız olduğuna ikna olmamıştır.

(iii) Mahkemenin vardığı sonuç

110. Hükümetin de işaret ettiği gibi başvurucu derneğin hepsi de aktif olmayan sadece 3,000 civarında taraftarı bulunmaktadır.

Bununla birlikte yetkililer başvurucuların düzenlemeyi arzu ettikleri toplantılar sırasında fikirlerinin yayılmasını engellemeyi amaçlayan tedbirler uygulamışlardır.

111. Mahkeme'ye göre, önceden görülebilecek gerçek bir şiddet eylem riski veya şiddete tahrik veya demokratik prensiplerin başka bir biçimde reddi bulunmaması halinde, bu yaklaşım tarzı Sözleşme'nin 11(2). fıkrası bakımından haklı görülemez.

112. Özetle Mahkeme, yetkililerin takdir alanlarının sınırını aştıklarını ve başvurucuların anma toplantılarını yasaklayan tedbirlerin, Sözleşme'nin 11. maddesi anlamında demokratik gerekli olmadığı sonucuna varmaktadır.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

(...)

2. Bire karşı altı oyla, Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

13.02.2003 41340/98 REFAH PARTİSİ VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE [BD]

♦ *siyasi parti kapatma—şeriatı ve çok hukukluluğu savunma* (Hükümette yer alan bir siyasi partinin laiklik ilkesine karşı faaliyetlerin odağı olduğu gerekçesiyle 19 Ocak 1998'de Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatılması) ■ örgütlenme özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Refah Partisi ("Refah"), çok sayıda genel ve yerel seçimlere katılmış bir siyasal partidir. Bu parti Mart 1989'da yapılan yerel seçimlere katılmıştır. Refah, oyların yüzde 10'unu almış ve aralarında beş büyük şehrin bulunduğu bazı belediye başkanlıklarını kazanmıştır. 1991 genel seçimlerinde, oyların yüzde 16.88'ini almıştır. Seçilen milletvekillerinden 62'si 1991-1995 döneminde çeşitli meclis komisyonlarında ve 23 Temmuz 1995 tarihinde yasalaşan Anayasanın 69. maddesinde değişiklik öneren Anayasa Komisyonu dâhil, çeşitli komisyonların çalışmalarına katılmıştır.

Refah 24 Aralık 1995 genel seçimlerinde yaklaşık yüzde 22 ve 3 Kasım 1996 yerel seçimlerinde de yüzde 35 civarında oy elde etmiştir. Bu seçimlerde Refah, 158 milletvekili ile, 450 sandalyeli TBMM'nin en büyük partisi haline gelmiştir. 28 Haziran 1996 tarihinde Refah, Tansu Çiller'in genel başkanlığını yaptığı bir merkez sağ partisi olan Doğru Yol Partisi ile koalisyon kurarak iktidara gelmiştir.

21 Mayıs 1997 tarihinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Anayasa Mahkemesine başvurmuş ve laiklik ilkesine aykırı fiillerin odağı olduğu gerekçesiyle Refah'ın kapatılmasını talep etmiştir. Başvurusunu desteklemek üzere Refah'ın bazı önde gelenlerinin ve bazı üyelerinin aşağıda belirtilen eylemlerine atıfta bulunmuştur.

- Anayasa Mahkemesi, kamusal yerlerde başörtüsü kullanılmasının Anayasadaki laiklik ilkesine aykırı olduğuna karar vermiş olmasına karşın, Refah genel başkanı veya diğer önde gelenleri kamuoyu önünde konuşma yaptıklarında, devlet okullarında ve idare tarafından kullanılan binalarda, İslami başörtüsü takılmasını her zaman savunmuştur.

- Anayasal reform konusunda yaptığı bir konuşmada, Refah genel başkanı Necmettin Erbakan Türkiye'de laikliğin kaldırılmasına yönelik önerilerde bulunmuştur. Erbakan, herkesin Türk hukuku yerine kendi dini inanışına tabi olmasını savunmuştur.

- 13 Nisan 1994 tarihinde Necmettin Erbakan, TBMM grup toplantısında Refah milletvekillerine hitaben konuşmasında, partinin hedeflediği toplumsal değişimin "barışçıl mı şiddetle mi" veya "kanlı mı kansız mı" olacağını sormuştur.

- 1991 Ocak ayında, Sivas'ta düzenlenen bir seminerde Necmettin Erbakan, Müslümanlara Refah'a katılmaları yönünde çağrı yapmış, çünkü sadece kendi partilerinin cihat yoluyla Kuran'ın egemenliğini kuracağını ve bu yüzden zekât, fitre ve sadakalarını üçüncü kişilere vermek yerine Refah'a bağışlamalarını istemiştir.

- Ramazan ayında, Necmettin Erbakan İslamcı akımların liderlerini Başbakanlık konutunda ağırlamış ve onlara desteğini göstermiştir.

- Aralarında üst düzey yöneticilerin de bulunduğu Refah'ın bazı üyeleri, yaptıkları konuşmalarda, laik düzeninin yerine teokratik düzenin gelmesini ve bu politikaya muhalif kimselerin, gerekirse güç kullanılarak, etkisiz hale getirilmesini savunmuşlardır. Refah, söz konusu kimseler hakkında disiplin işlemlerini başlatmayarak ve hatta bazı durumlarda bu konuşmaların yayılmasını kolaylaştırarak, ifade edilen bu görüşleri zımni olarak desteklemiştir.

- 8 Mayıs 1997 tarihinde Refah milletvekili Halil İbrahim Çelik, meclis koridorlarında, gazetecilere hitaben, İmam-Hatip okullarının kapatılmasına çalışılırsa kan akacağını, durumun Cezayir'den daha kötü olacağını, ülkede demokrasinin kurulması için kişisel olarak kan akmasını istediğini, kendisine saldıranlara o zaman saldırabileceğini ve şeriat düzeninin kurulması için sonuna kadar çarpışacağını ifade etmiştir.

- Adalet Bakanı Şevket Kazan (Refah milletvekili ve partinin genel başkan yardımcısı), uluslararası İslamcı terörist grupları haklı göstermeye çalışmakla suçlanan ve tutukluluk halinin devamına karar verilen Sincan belediye başkanını hapishanede ziyaret etmiş ve desteğini beyan etmiştir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, Refah'ın yukarıda bahsedilen eylem ve ifadelerden sorumlu kişiler hakkında disiplin işlemi başlatmadığını gözlemlemiştir.

7 Temmuz 1997 tarihinde, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı Anayasa Mahkemesine Refah aleyhinde yeni deliller sunmuştur.

4 Ağustos 1997 tarihinde, Refah temsilcileri savunmalarını sunmuştur. Refah temsilcileri, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının, partinin Cumhuriyetin laik karakterini zayıflatan eylemlerin odağı haline geldiğine ilişkin iddiasını reddetmişlerdir. Temsilciler, Refah'ın, "Anayasa karşıtı eylemlerin odağı" kıstasını getiren Siyasi Partiler Kanunu kapsamına girmediğini ve yargı makamlarının dört milyon üyesi bulunan Refah'ı ikaz etmediklerinden dolayı Ceza Kanunu hükümlerine aykırı fiiller işleyen üyelerini partiden ihraç etme fırsatı bulamadıklarını iddia etmişlerdir. Refah temsilcileri, laiklik kavramı üzerindeki görüşlerini de açıklamışlar, laikliğin tüm inançlara saygı duymayı gerektirdiğini ve Refah'ın da siyasi faaliyetlerinde bu saygıyı gösterdiğini ifade etmişlerdir.

Anayasa Mahkemesi, davanın esasıyla ilgili mahkeme olarak re'sen başlattığı ön sorunlara ilişkin yargılamanın ardından verdiği 9 Ocak 1998 tarihli kararında, Anayasanın 69(6). fıkrasını dikkate alarak, Siyasi Partileri Kanununun 103(2). anayasaya aykırı olduğuna ve iptaline karar vermiştir. Aynı yasanın 101(d) maddesiyle birlikte ele alınan Anayasanın 69(6). fıkrasına göre, bir siyasi partinin Cumhuriyetin temel ilkelerine aykırı eylemlerin "odağı" sayılabilmesi için üyelerinin cezai suçlardan mahkûm olması gerekmektedir. Anayasa Mahkemesine göre bu yasal sınırlama, Cumhuriyetin temel ilkelerini ihlal eden davaları kapsamamaktadır. Mahkeme, TCK 163. maddesinin kaldırılmasından sonra, laiklik ilkesine aykırı eylemler için ceza öngörülmediğine işaret etmiştir.

16 Ocak 1998 tarihinde, Anayasa Mahkemesi, "laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı" olduğu gerekçesiyle Refah'ın kapatılmasına karar vermiş, kararını 2820 sayılı Siyasi Partiler Yasanın 101(b) ve 103(1) maddelerine dayandırmıştır. Ayrıca, 2820 Sayılı Kanunun 107. maddesi uyarınca, kapatmanın bir sonucu olarak, Refah'ın mallarının Hazineye devredilmesini karara bağlamıştır.

Anayasa Mahkemesi, kararında, Refah'ın ön itirazlarını reddetmiştir. Bu bağlamda, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının 21 Mayıs 1997 tarihli iddianamesinde yer verdiği milletvekillerinin beyanlarının dokunulmazlık kapsamında olduğu iddiasına ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, bir siyasi partinin kapatılmasının ve üyelerinin siyasi haklarının yasaklanmasının dokunulmazlıkla ve anayasa hukuku ile ilgili olmadığını, ama söz konusu milletvekilinin cezai sorumluluğuyla ilgili olduğunu belirtmiştir.

Esasa ilişkin olarak Anayasa Mahkemesi, siyasi partilerin demokrasinin öncüleri olmalarıyla birlikte faaliyetlerinin bazı sınırlamalardan muaf tutulamayacağına karar vermiştir. Özellikle, hukukun üstünlüğü ilkesiyle uyumsuz olan faaliyetler hoş görülemez. Anayasa Mahkemesi, siyasi gücün bazı organlarına laiklik ilkesine saygı gösterme yükümlülüğü getiren Anayasa hükümlerine atıfta bulunmuştur. Anayasa Mahkemesi aynı zamanda, siyasi partilerin laiklik ilkesini politik ve sosyal yaşamın birçok alanına uygulamalarını gerektiren iç hukuktaki bazı hükümlere değinmiştir. Anayasa Mahkemesi, laikliğin demokrasinin ayrılmaz bir parçası olduğunu kaydetmiştir. Türkiye'de laiklik ilkesi, tarihi deneyimler ve İslam'ın bazı özellikleri nedeniyle Anayasa tarafından korunmaktadır. Şeriat kuralları demokratik rejimle uyumsuzdur. Laiklik ilkesi, devleti belirli bir dine veya inanca yönelik tercih yapmaktan alıkoyar ve vatandaşların vicdan özgürlüğüyle kanun önünde eşitliğini sağlar.

Anayasa Mahkemesi, aşağıda belirtilen delillerin, Refah'ın laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı haline geldiğini kanıtladığına karar vermiştir.

Refah'ın genel başkanı Necmettin Erbakan konuşmasında, türbanın kamu ve eğitim kurumlarında giyilmesini cesaretlendirmiştir. Erbakan, 10 Ekim 1993 tarihinde, partinin Dördüncü Olağan Kongresinde: "(...) iktidarda olduğumuz dört yıl boyunca, Zulüm Kanununun meşhur 163. maddesi ülkede hiçbir çocuğa uygulanmamıştır. Bizim zamanımızda, türban giyilmesine karşı düşmanlık yoktu (...)"

14 Aralık 1995 tarihinde, genel seçimlerden önce: "(...) Refah iktidara gelince üniversite rektörleri türbana selam duracaklar (...)" demiştir. Bununla birlikte bir kimsenin dinini açıkça belli edecek tarzda davranması, bu şekilde davranmayan kimseler üzerinde bir baskı oluşturmakta ve dine ve inanca dayalı ayırım güdülmesine yol açmaktadır. Bu çıkarım, üniversitede türban giyilmesi hakkında verilen Anayasa Mahkemesi, Danıştay kararları ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu içtihadıyla desteklenmektedir.

Necmettin Erbakan tarafından önerilen çok hukuklu sistemin, Refah'ın iddia ettiği gibi, sözleşme akdetme özgürlüğüyle ilgisi bulunmamaktadır. Bu öneri, din ve inanç temelinde vatandaşlar arasında ayırım yapmaya dönük bir girişimdir ve teokratik bir rejimin kurulmasına yöneliktir. Erbakan 23 Mart 1993 tarihinde TBMM'de aşağıdaki konuşmayı yapmıştır: "(...) inançlarınıza uygun şekilde yaşayacaksınız. Biz despotizmin kaldırılmasını istiyoruz. Çok hukuklu sistem olmalıdır. Vatandaş, genel ilkeler çerçevesinde, kendisi için en uygun hukuk sistemini seçebilmelidir. Tarih boyunca bu hep böyle olmuştur. Tarihimizde, çeşitli dini hareketler olmuştur. Herkes kendi örgütünün hukuk kurallarına uygun yaşamıştır ve böylece barış ve huzur içinde yaşamışlar. O zaman neden ben başkalarının kurallarına uymak zorunda bırakılıyorum? (...) Kendi hukuk sistemini seçme özgürlüğü, din özgürlüğünün ayrılmaz bir parçasıdır."

Buna ek olarak Necmettin Erbakan 10 Ekim 1993 tarihinde Refah konferansında aşağıdaki konuşmayı yapmıştır: "(...) tüm insan haklarını teminat altına alacağız. Herkese kendisine uygun olan hukuk sistemini seçme hakkı vereceğiz. Yönetimi merkezilikten kurtaracağız. Kurduğunuz devlet, baskıcı bir devlettir, halka hizmet eden bir devlet değildir. Siz vatandaşa kendi hukuk sistemini seçme özgürlüğünü vermiyorsunuz. İktidara geldiğimizde, bir Müslüman, isterse, müftü huzurunda ve bir Hıristiyan da, isterse, kilisede evlenebilecektir."

Anayasa Mahkemesine göre Necmettin Erbakan'ın konuşmalarında savunduğu çok hukuklu sistem, İslam'ın ilk yıllarında "Medine Anlaşması" ile uygulamaya girmiştir. Buna göre, Museviliğe veya çoktanrılı dinlere inanan toplulukların İslam hukukuna göre değil kendi hukuk sistemlerine göre yaşama hakları vardır. Medine Anlaşması temelinde, bazı İslamcı düşünürler ve siyasiler, her dini cemaatin kendi hukuk sistemini seçebileceği, bu nedenle, sosyal barış içinde birlikte yaşayabileceği bir model önermişlerdir. 1970 yılında Milli Nizam Partisi'nin (2 Mayıs 1971 tarihli kararname ile kapatılmıştır) kurulmasından bu yana Necmettin Erbakan, tek hukuk sistemi yerine çok hukuklu sistemin uygulanmasını savunagelmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Refah'ın önerdiği gibi çok hukuklu bir sistemde, toplumun farklı dini hareketlere bölüneceğini, her bireyin ait olduğu akımı seçme zorunluluğu olacağını, bu nedenle, grubunun dini tarafından öngörülen haklara ve yükümlülüklere sahip olacağını ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre, kaynağı siyasi bir rejim olan İslam'ın tarihine dayanan bu tür bir sistem, yasama ve yürütme bütünlüğü olan bir ulusa duyulan bağlılığa zarar verecektir. Her dini akım kendi mahkemesini kuracağından, mahkemeler kendilerine gelen kimselerin dinine uygun hukuku uygulamakla yükümlü olacağından ve buna bağlı olarak söz konusu kimse dinini açıklamak zorunda kalacağından, doğal olarak yargı bütünlüğü bozulacaktır. Her dini akım, mensuplarına hangi hukuk kurallarının uygulanacağını belirlemekle yetkili olacağından, bu sistem yasama ve yargı bütünlüğünü ve laikliğin önkoşullarını kaldıracak ve ulus bilincini zayıflatacaktır.

Necmettin Erbakan 13 Nisan 1994 tarihinde, Mecliste Refah grubunda yaptığı konuşmada, gerekirse güç kullanarak, teokratik bir rejim kurulması gerektiğini savunmuştur: "İkinci önemli nokta şudur: Refah iktidara gelecektir ve adil düzen kurulacaktır. Burada kendimize sormamız gereken şudur: bu değişim şiddetli mi olacak barışçı mı olacak; kanlı mı olacak kansız mı olacak. Bu ifadeleri kullanmak zorunda kalmamayı tercih ederdim

ama tüm bunlarla karşı karşıya iken, terörizmle yüz yüzeyken ve herkes durumu açıkça görebiliyorken kendimi bunları söylemek zorunda hissettim. Türkiye bir karar almalıdır. Refah Partisi adil düzeni kuracaktır, bu kesin. (Ama) bu geçiş şiddetli mi olacak barışçı mı; kanlı mı olacak kansız mı? Altmış milyon (vatandaş) bu konuda karar vermelidir."

Necmettin Erbakan'ın Başbakanlık konutunda dine bağlılıklarını gösteren cüppeler giyen cemaat liderlerine yemek vermesi, Refah liderinin bu dini gruplara kamuoyu açısından verdiği desteği kanıtlamaktadır.

1994 Nisan ayında Rize milletvekili Şevki Yılmaz, yaptığı konuşmada açıkça cihat çağrısı yapmış ve aşağıdaki ifadeleri kullanarak İslam hukukunun uygulanmasını istemiştir: "Biz muhakkak Kuran'ın emirlerine sırt dönenlerden ve Allah'ın elçisinin emirlerinin ülkede uygulanmasını engelleyenlerden hesap soracağız. "1994 Nisan ayında, halka hitaben yaptığı bir konuşmasında da:

"İleride bu yaşamınızda seçtiğiniz liderlerle çağrılacaksınız (...) Kuran'ın bu ülkede ne ölçüde uygulandığını hiç düşündünüz mü? Ben hesaplamasını yaptım. Bu memlekette Kuran'daki emirlerin yalnızca yüzde 39'u uygulanmaktadır. Altı bin beş yüz ayet unutuluyor (...) Kuran okulu açıyorsunuz, öğrenci yurdu açıyorsunuz, öğretiyorsunuz, vaaz veriyorsunuz (...) Bunların hiçbiri cihada dâhil değildir, amel-i salihtendir. Cihat, adaletin gelmesi için, Allah kelamının ve adaletin yayılması ve hâkim olması için gücü ele geçirmeye çalışmaktır. Allah, bu görevi soyut bir kavram olarak kabul etmemektedir; bu mücahitler için bir koşuldur. Bu ne demektir? Cihat bir ordu tarafından başlatılmalıdır! Komutan belirlenmiştir (...) Namazdan önce yapılması gereken iktidarın İslamlaştırılmasıdır. Allah, camilerden önce iktidara giden yolun Müslüman olması gerektiğini buyurmuştur (...) Sizi cennete götürecek olan ibadethanelere kemerli tavanlar yaptırmış olmanız değildir. Allah bu ülkede kemerli tavanlar yapıp yapmadığınızı sormayacak. Allah, yeterli düzeye gelip gelmediğinizi soracak (...) bugün Müslümanlar, yüz liraları varsa, otuz lirasını çocuklarını, kızlarını, oğullarının eğitimi için açılan Kuran okullarına, altmış lirasını da iktidara giden yolu açacak siyasi kuruluşlara vermelidirler. Allah, tüm peygamberlerinden iktidar için savaşmalarını istemiştir. İktidar için mücadele etmeyen bir dini hareketin bir üyesini bile seçemezsiniz. Size söylüyorum, kafamdaki saçlarım adedince başım olsaydı, bu başların hepsinin Kuran yolunda koparılması gerekseydi bile davamdan dönmezdim (...) Allah soracak: "Niye küfür rejiminde İslami bir devletin kurulması için çalışmadın?" Erbakan ve arkadaşları bu ülkeye İslamiyet'i bir siyasi parti şeklinde getirmeye çalışıyorlar. Savcı bunu gayet iyi anladı. Eğer biz de savcının anladığını anlayabilseydik sorun çözülürdü. Yahudi Abraham bile bu memlekette İslam'ın sembolünün Refah olduğunu anladı. Siyasi gücü ele geçirmeden Müslümanları silaha sarılmaya teşvik eden aptaldır veya karşı taraf için çalışan bir haindir. Çünkü peygamberlerin hiçbirisi Devlet gücünü ele geçirmeden savaş açmamıştır (...) Müslümanlar zekidir. Düşmanını nasıl yeneceğini açığa çıkarmazlar. Kurmay sınıfı emirleri verir, erler itaat ederler. Kurmay başkanı planını ifşa ederse yeni bir plan yapma görevi Müslüman komutanlarındır. Görevimiz konuşmamak ve tıpkı ordudaki askerler gibi savaş planını uygulamaktır. (...)"

Şevki Yılmaz aleyhinde cezai kovuşturma yapılmıştır. Laikliğe karşı antipatisi bilindiği halde, Refah, yerel seçimlerde kendisini aday olarak göstermiştir. Rize Belediye başkanı seçildikten sonra genel seçimlerde Refah milletvekili olarak TBMM'ye girmiştir.

Refah Ankara milletvekili Hasan Hüseyin Ceylan, 14 Mart 1993 tarihinde, halka hitaben yaptığı konuşmada ve 1992 yılında çekilen ve 24 Kasım 1996 tarihinde tekrar gösterilen bir televizyon röportajında, inananlarla inanmayanlar arasında ayrımcılığı tahrik etmiş ve şeriat yanlılarının iktidara gelmeleri halinde inanmayanları yok edeceğini söylemiştir: "Memleketimiz bize aittir, ama rejim değil sevgili kardeşlerim. Rejim ve Kemalizm diğerlerine aittir (...) Türkiye ortadan kaldırılacaktır, muhteremler. İnsanlar

soruyor: Türkiye Cezayir olur mu? Tıpkı Cezayir'de Müslümanların oyların yüzde 81'ini aldığı gibi biz de burada yüzde 81'e ulaşacağız, yüzde yirmide kalmayacağız. Enerjinizi boşuna bize karşı harcamayın -burada size söylüyorum (...) siz emperyalist Batıya, sömürgeci Batıya, vahşi Batıya, dünyanın geri kalanıyla bütünleşmek için şerefin ve alçak gönüllüğün düşmanları olanlara, kendilerini köpeklerin, eniklerin seviyesine indirenlere, batıyı taklit etmek için Müslüman kadınların bacaklarının arasına köpek koyanlara - "Bize karşı enerjinizi boşa harcamayın, Kırıkkale halkının ellerinde öleceksiniz" derken sizi kastediyorum." "(...)ordu diyor ki: 'PKK taraftarıysanız kabul ama şeriatçıysanız asla.' Meseleyi böyle çözemezsiniz, çözülmesini istiyorsanız, çözüm şeriattır." Refah, Ceylan'ın milletvekili olmasını sağlamış ve yerel kolları konuşmalarının ve mülakatlarının bant kayıtlarını göstermiştir.

Refah'ın genel başkan yardımcısı Ahmet Tekdal, 1993 yılında, Suudi Arabistan'da hac ziyaretindeyken yaptığı konuşmada şeriata dayalı bir düzen kurmaktan bahsetmiş ve bu konuşma bir Türk televizyonu tarafından gösterilmiştir: "Parlamenter rejime sahip olan ülkelerde, halk yeterince şuurlu değilse, hak nizamını getirmek için çalışmıyorlarsa, iki afet onları bekliyor demektir. İlk felaket, hainlerdir. Hainler onlara zulüm eder ve sonunda yok olurlar. İkinci olarak, hak nizamını getirmek için çalışmadıklarından Allah'a hesap veremezler. Keza yine yok olurlar. Muhterem kardeşlerim, bizim görevimiz, bu mülahazaları göz önünde tutarak adil düzeni getirmek için ne gerekiyorsa yapmaktır. Hak nizamını Türkiye'ye getirmenin siyasi aracı Refah Partisi'dir."

Kayseri Belediye başkanı Şükrü Karatepe 10 Kasım 1996 tarihinde, laisizmi reddetmeye teşvik etmiş ve aşağıdaki ifadeleri kullanarak dinleyicilerinden, rejim yıkılana dek "nefretlerini canlı tutmalarını" istemiştir: "Egemen güç diyor ki: 'ya bizim gibi yaşarsın ya da biz sizin aranıza nifak tohumları ekeriz'. Bu yüzden Refah bakanları bile bakanlık içerisinde dünya görüşlerini açıklayamıyorlar. Bu sabah, görevim icabı bir törene katıldım. Beni bu giysiler içinde gördüğünüzde benim laiklik taraftarı olduğumu düşünmeyin sakın. Bu dönemde, inançlarımıza saygı gösterilmezken, inançlarımıza küfredilirken, kendime rağmen bu törenlere katılmak zorunda kalıyorum. Başbakanın, bakanların ve milletvekillerinin bazı zorunlulukları var. Ama sizin hiçbir zorunluluğunuz yok. Bu sistem değişmelidir. Bekledik, biraz daha bekleyeceğiz. Geleceğin bizim için neler sakladığını görelim. Müslümanlar yürekten hissettikleri içerlemelerini, kinlerini ve öfkelerini içinde tutsunlar." Şükrü Karatepe, insanları din temelinde kin ve nefrete teşvik etmekten mahkûm edilmiştir.

Refah Şanlıurfa milletvekili İbrahim Halil Çelik 8 Mayıs 1997 tarihinde Mecliste, şeriat temelinde bir düzen kurulmasına yönelik bir konuşma yapmış ve Cezayir'deki şiddet eylemlerini onaylamıştır: "Refah Partisi hükümetteyken İmam-Hatip okullarını kapatmaya kalkışırsanız, kan akar. Cezayir'den kötü olur. Ben de kan akmasını isterim. Böylece demokrasi kurulur. Ve bu güzel bir şey olur. Ordu, 3500 PKK mensubu ile baş edemedi. Altı milyon İslamcı ile nasıl edecek? Rüzgâra karşı işerlerse, yüzleri ıslanır. Kim bana saldırırsa ben de ona saldırırım. Şeriatın kurulması için sonuna kadar savaşacağım."

İbrahim Halil Çelik, partinin kapatılması için dava açılmasından bir ay sonra, partiden ihraç edilmiştir. İhracı, muhtemelen, söz konusu cezayı önlemeye yönelik bir girişimdir.

Refah genel başkan yardımcısı Adalet Bakanı Şevket Kazan, laiklik ilkesine aykırı eylemlerinden dolayı hapiste bulunan bir şahsı, bakan olarak desteklediğini göstermek amacıyla ziyaret etmiştir.

Anayasa Mahkemesi Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının sunduğu delillere dayanarak, 7 Temmuz 1997 tarihinde, aşağıdaki delillerin Refah'ın laiklik ilkesine aykırı eylemlerin odağı olduğunu kanıtladığına karar vermiştir:

- 7 Mayıs 1996 tarihinde, Necmettin Erbakan, İslami düzeni kurmak için başlatılan savaşta televizyonu, propaganda aracı olarak, önemini vurgulamıştır: "Televizyonsuz bir devlet, devlet değildir. Eğer bugün, sizin önderliğinizle, bir devlet kurmak isterseniz, bir televizyon istasyonu kurmak isterseniz, yirmi dört saatten fazla yayın yapamazsınız. Bir devlet kurmak bu kadar kolay mı sanıyorsunuz? On yıl önce onlara dediklerim bunlar. Şimdi hatırlıyorum. Çünkü inançları olan, belli bir dünya görüşü olan insanların kendilerine ait bir televizyon kanalı var artık, Allah'a şükür. Bu büyük bir olaydır. Televizyon kanalının tüm programlarında aynı şuuru işlemesi ve şuurla uyumlu olması çok önemlidir. Bir dava televizyonsuz kazanılamaz. Bugün, televizyonun, halkın egemenliği için açılan cihatta, topçu birliği veya hava kuvveti görevi yaptığını söyleyebiliriz (...) bu kuvvetler ele geçirilecek tepeyi bombalamadan askeri o tepeyi işgal etmek için gönderemezsiniz. Bu yüzden bugünün cihadı televizyonsuz kazanılamaz. Bu çok önemli olduğundan fedakârlıklar yapılmalıdır. Para feda etsek ne olur? Ölüm hepimize yakın. Ölüp her şey kapkara olunca, size bir şey yol gösterecek, o şey, bugün Kanal 7 için inançla verdiğiniz paradır. Bu yüzden, bundan sonra, bu inançla, her türlü fedakârlığı yapacağız. İnançla, Hakkın egemenliği için bağış yapanlardan Allah razı olsun. Allah Kanal 7'ye daha büyük başarılar ihsan etsin. Selamlar."

13 Ocak 1997 tarihli bir kararname ile çoğunluğu Refah mensuplarından oluşan bakanlar kurulu, Ramazan ayında kamu kurumlarında oruç tutmayı kolaylaştırmak üzere çalışma saatlerini yeniden düzenlemiştir. Danıştay, bu kararnameyi, laiklik ilkesine aykırı olduğu gerekçesiyle iptal etmiştir.

Anayasa Mahkemesi, Sözleşme dâhil, uluslararası insan hakları belgelerini dikkate aldığını belirtmiştir. Mahkeme, Sözleşmenin 11 ve 17. maddelerinin ikinci fıkrasında öngörülen sınırlamalara da atıfta bulunmuştur. Bu çerçevede, Refah liderlerinin, demokratik hak ve özgürlüklerini demokratik düzen yerine şeriata dayalı bir devlet düzeni kurma amaçlı kullandıklarına işaret etmiştir. Anayasa Mahkemesine göre:

"Demokrasi, şeriatın antitezidir. Yurttaşlık sorumluluğunun bir göstergesi olan laiklik ilkesi, Türk Cumhuriyetinin ümmet anlayışından ulus anlayışına geçişini sağlamıştır. Laiklik ilkesine bağlılıkla dogmatik değerlerin yerini mantık ve bilime dayalı değerler almıştır (...) Farklı inançlarıyla bir arada yaşamak isteyen insanlar, Devletin eşitlikçi anlayışıyla desteklenmiştir (...) Laiklik, Devletin eylemlerinde dinin yerine bilimsel düşünceyi koyarak, çağdaşlaşmayı hızlandırmıştır. Bu ilke, geniş bir yurttaşlık görev ve özgürlük alanı yaratmaktadır. Türkiye'nin modernleşme felsefesinin temelinde hümanist ideal vardır. Bu ideal daha insani şekilde yaşamayı öngörür. Laik bir rejimde, özel bir toplumsal kurum olan din, anayasanın ve Devlet idaresinin üzerinde bir yetki sahibi olamaz (...) Devletin dini meseleleri gözetlemek ve denetlemek görevini üstlenmesi demokratik toplum olma koşullarına aykırı bir müdahale olarak görülemez(...) Demokrasiye geçişin aracı olan laiklik Türkiye'de yaşamın felsefi özüdür. Laik bir Devlette dini inançlar, siyasetle, kamu işleriyle ve yasama hükümleriyle alakalı olamaz. Bu konulara, dini düşünce ve kurallar değil, bireylerin ve toplumların gereksinimlerini gözeterek, bilimsel veriler uygulanabilir."

Anayasa Mahkemesi, demokratik düzene son vermeye yönelik eylemler içerisinde olan ve ifade özgürlüğünü bu amacı gerçekleştirmek için çağrıda bulunmak için kullanan bir siyasi partinin, Anayasaya ve insan haklarını korumaya yönelik uluslarüstü kurallar uyarınca, kapatılması gerektiğine karar vermiştir.

Anayasa Mahkemesi, Refah liderleri Necmettin Erbakan, Şevket Kazan ve Ahmet Tekdal'ın konuşmalarının, eylemlerinin anayasallığı açısından, doğrudan Refah'ın sorumluluğunda olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, milletvekilleri Şevki Yılmaz, Hasan Hüseyin Ceylan ve İbrahim Halil Çelik'in ve Kayseri belediye başkanı Şükrü Karatepe'nin

demeçlerinin de aynı şekilde partiyi bağladığını, çünkü partinin, en azından kapatılma süreci başlamadan önce, bu konuşmalara tepki göstermediğini veya kendisini bu şahıslardan uzaklaştıracak bir faaliyette bulunmadığını kaydetmiştir.

Anayasa Mahkemesi ek ceza olarak, Anayasanın 84. maddesi uyarınca, Necmettin Erbakan'ın, Şevket Kazan'ın, Ahmet Tekdal'ın, Şevki Yılmaz'ın, Hasan Hüseyin Ceylan'ın ve İbrahim Halil Çelik'in milletvekilliklerinin düşürülmesine karar vermiştir. Mahkeme, bu kişilerin, eylemleriyle ve beyanlarıyla Refah'ın kapatılmasına yol açtığına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi, bu kişilerin Anayasanın 69(8). maddesi uyarınca, beş yıl süreyle, siyasi parti kurucusu, üyesi, genel başkanı veya denetçisi olamayacağını hükme bağlamıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucular, Refah Partisinin kapatılmasının ve liderleri Necmettin Erbakan, Şevket Kazan ve Ahmet Tekdal'ın başka bir partide benzer bir görev almalarının yasaklanmasıyla Sözleşmenin 11. maddesiyle güvence altına alınan toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. (...)

A. Müdahalenin varlığı

50. Taraflar, Refah'ın kapatılmasının ve kapatılmanın yanı sıra alınan önlemlerin başvrucuların toplanma ve örgütlenme özgürlüğüne bir müdahale oluşturduğunu kabul etmişlerdir. Mahkeme de aynı görüşü paylaşmaktadır.

B. Müdahalenin haklılığı

51. Bu tür bir müdahale, Sözleşmenin 11. maddesi uyarınca "hukuken öngörülmedikçe", bu maddenin ikinci fıkrasında belirtilen meşru amaçlardan birini izlemedikçe ve bu amaçların gerçekleştirilmesi için "demokratik bir toplumda gerekli" değilse, bir ihlal oluşturur.

1. Müdahalenin hukuken öngörülmüş olup olmadığı

(a) Tarafların İddiaları

(...)

(b) Mahkemenin değerlendirmesi

56. Mahkeme öncelikle, başvurucuların bu iddiayı şimdi ileri sürmeleri konusunda bir dava engeli bulunup bulunmadığını değerlendirecektir, zira başvurucular, Daireye sundukları ek görüşlerinde ve Dairedeki duruşmada, şikâyetçi oldukları önlemlerin iç hukuka ve özellikle Anayasaya uygun olduğunu kabul etmişlerdir. Daire kararında, tarafların "söz konusu müdahalenin 'hukuken öngörülmüş' olduğunu ve Anayasa Mahkemesince alınan tedbirlerin Anayasanın 68, 69 ve 84. maddeleriyle 2820 sayılı Siyasi Partiler Kanununun 101 ve 107. maddelerine dayandığı konusunda hemfikir olduklarını gözlemlemiştir".

Bununla birlikte Mahkeme, Büyük Daireye gönderilen "davanın" Dairenin daha önce kararında incelediği başvurunun tüm yönlerini kapsadığına işaret etmektedir. Mahkemenin "davadaki" yetkisinin kapsamı, yalnızca Dairenin kabuledilebilirlik kararıyla sınırlandırılabilir. Mahkeme, taraflardan birinin durumunda köklü bir değişikliğe giderek iyi niyetli davranmadığı zamanlarda, dava engeli olasılığını dışlamaz. Fakat başvurucuların ilk başvurularında belirttikleri üzere, bu durum davada söz konusu değildir. Bu nedenle başvurucuların söz konusu sorunu dile getirmeleri engellenmemiştir.

57. Söz konusu yasa hükümlerinin erişelebilirliği ve sonuçlarının önceden görülebilirliğine ilişkin olarak Mahkeme, "hukuken öngörülmüş olma" ifadesinin, ilk olarak söz konu önlemin iç hukukta bir dayanağı bulunmasını gerektirdiğini tekrarlar. Mahkeme söz konusu ifadenin hukukun kalitesine de atıfta bulunduğunu ve bunun da ilgili kişilerin hukuka erişebilmelerini ve ayrıca gerektiğinde uygun bir danışmayla belirli bir eylemin sonuçlarını makul bir ölçüde önceden görebilmelerini sağlayacak kadar açık bir şekilde formüle edilmiş olmasını gerektirdiğini belirtir. Buna karşın, deneyimler göstermektedir ki, özellikle toplumdaki görüşlerin evrilmesine göre durumun değiştiği alanlarda, kanunların mutlak bir açıklıkla formüle edilmesi imkânsızdır. Takdir yetkisi veren bir kanun, takdirin kapsamını ve kullanılma tarzını meşru amacı göz önünde tutarak bireyi keyfi müdahalelere karşı yeterince korumak için yeterli açıklıkla göstermiş olmak kaydıyla, bu şarta aykırı değildir (*Müller ve Diğerleri, §29; Ezelin, §45; Margareta ve Roger Anderrson, §75*). Mahkeme'ye göre ayrıca, her olayı öngörmesi mümkün olmayan iç hukukun açıklık düzeyi, önemli ölçüde, söz konusu belgenin içeriğine, kapmaya çalıştığı alana ve hitap ettiği kişilerin konumuna bağlıdır. Dahası, iç hukuku yorumlamak ve uyulamak, öncelikle ulusal makamlara düşer (*Vogt, §48*).

58. Bu davada Mahkeme, iç hukuka ilişkin uyuşmazlığın, bir siyasi partinin faaliyetlerinin anayasallığıyla ilgili olduğunu ve Anayasa Mahkemesinin yetki alanına girdiğini gözlemlemektedir. Müdahalenin "hukuken öngörülmüş" olup olmadığı sorunuyla en yakından ilgili olan yazılı hukuk metni, Türk Anayasasıdır.

59. Taraflar, demokratik ve laik cumhuriyete saygı ve eşitlik ilkelerine aykırı faaliyetlerin Anayasanın 68. maddesine göre anayasaya aykırı düşeceği konusunda bir tartışmada bulunmamışlardır. Anayasanın 68. maddesine aykırı eylemlerin odağı haline gelen bir siyasi partinin, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısının başvurusu üzerine kapatmaya sadece Anayasa Mahkemesinin yetkili olduğu konusunda da uzlaşmazlık yoktur. 1995 yılında değiştirilen Anayasanın 69. maddesi, bir siyasi partinin anayasa karşıtı eylemlerin odağı haline gelip gelmediğini belirleme yetkisinin yalnızca Anayasa Mahkemesinde olduğunu açıkça belirtmektedir. Mahkeme, Refah milletvekillerinin, ilgili komisyonun çalışmalarına ve Anayasada 1995 yılında yapılan değişiklikler konusunda TBMM'de yapılan tartışmalara katıldıklarını kaydeder (bk. yukarıda §11).

60. Ayrıca, laiklik karşıtı eylemlerin 12 Nisan 1991 tarihinde ceza kanununda suç olmaktan çıkarıldığı her iki tarafça da tartışılmamaktadır. Mahkeme, Türk Anayasa Mahkemesinin 9 Ocak 1998 tarihli kararında da ifade ettiği gibi, Siyasi Partiler Kanunu ile Anayasa arasında bir farklılık meydana geldiğine dikkat çeker. Yani Siyasi Partiler Kanununun 103(2). fıkrasında öngörülen, bir siyasi partinin "anayasaya aykırı fiillerin odağı" haline gelebilmesi için suç işleyen üyelerini ihraç etmemekte direnmesi şartı, Ceza Kanununda 12 Nisan 1991 tarihinde yapılan değişikliklerle birlikte ele alındığında, Anayasanın 68(4), 69(4) ve (6). fıkralarıyla kendisine laiklik karşıtı eylemlerin odağı haline gelen siyasi partileri kapatma yetkisi verilmiş olan Anayasa Mahkemesinin bu partileri kapatma yetkisini anlamsız kılmaktadır.

61. Şimdi başvurucuların, Siyasi Partiler Kanununun 103(2). maddesinde öngörülen usul izlemeksizin Anayasa hükümlerinin kendi davalarında doğrudan uygulanma olasılığının bulunduğunu bilmek zorunda olup olmadıkları ve böylece kendi partilerinin laiklik karşıtı fiilleri nedeniyle veya bu tür fiillerden kendilerini uzak tutmamaları nedeniyle karşılaştıkları riskleri öngörüp öngöremeyecekleri belirlenmelidir.

Bu soruya cevap verebilmek için Mahkeme öncelikle, Türk Anayasa Mahkemesi kararında da belirtildiği gibi, davanın yasal arka planıyla ilgili ayrıntıları incelemelidir. Türk Cumhuriyeti Anayasası, olağan yasalarla değiştirilemez ve yazılı hukuk kuralları içinde üstünlüğü bulunmaktadır; Anayasa hükümleriyle olağan yasa hükümleri arasındaki bir

uyuşmazlık, Anayasa lehine çözümlenir. Ayrıca Anayasa Mahkemesi, yasalarının anayasaya uygunluğunu denetleme görev ve yetkisine sahiptir. Bu davada olduğu gibi, belli bir davada uygulanacak yazılı hukuk kuralı ile Anayasa hükmü arasında bir uyuşmazlık doğduğunda, Anayasa Mahkemesi Anayasaya aykırı ilgili hükümlere bakmaksızın, Anayasa hükümlerine üstünlük vermek durumundadır.

62. Mahkeme daha sonra, ilgili mevzuatın uygulandığı kişiler olarak başvurucuların statülerini de dikkate almaktadır. Refah, Anayasa Hukukuna ve siyasi partilerle ilgili mevzuata aşina hukuk danışmanlarına sahip büyük bir partidir. Necmettin Erbakan, Şevket Kazan ve Ahmet Tekdal da deneyimli birer siyasetçidir. Bu kişiler Meclis üyesi olarak, Meclis'te Anayasanın değiştirilmesiyle ilgili tartışma ve süreçlere katılmışlardır. Ayrıca, Şevket Kazan ve Ahmet Tekdal profesyonel hukukçulardır.

63. Mahkeme bu nedenle başvurucular tarafından, parti liderleri ve üyelerinin 1991 yılında Ceza Kanununda yapılan değişiklikler sonucunda uygulanamaz kılınan laiklik karşıtı fiilleri işlemeleri durumunda Refah Partisinin kapatılma riskinin bulunduğunu ve 2820 sayılı Kanunun 103(2). fıkrasında öngörülen adımlar atılmamış olmasının, Anayasanın öngördüğü kapatma usulünün uygulanmasını engellemeyeceğini öngörebileceklerini düşünmektedir.

64. Sonuç olarak, müdahale "hukuken öngörülmüştür".

2. Meşru Amaç

65. Hükümet, şikâyet konusu müdahalenin kamu güvenliğinin, ulusal güvenliğin ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması ve suçun önlenmesi gibi meşru amaçlar taşıdığını ileri sürmektedir.

66. Başvurucular ilke olarak, kamu güvenliğinin ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla suçun önlenmesinin, laiklik ilkesinin korunmasına bağlı olabileceğini kabul etmektedirler. Bununla birlikte başvurucular, Hükümetin bu amaçları ileri sürürken Refah'ın kapatılmasına yol açan asıl sebepleri gizlemeye çalıştığını savunmuşlardır. Başvuruculara göre gerçekte asıl neden, Refah'ın ulusal borçları sıfıra indirgemeyi içeren ekonomi politikasıyla çıkarları tehdit altına giren büyük iş çevreleri ve orduyla ilgilidir.

67. Mahkeme başvurucular tarafından, Refah Partisinin Anayasa Mahkemesinin belirttiği nedenlerden başka nedenlerle kapatıldığını kanıtlamaya yetecek kanıt sunulmadığını düşünmektedir. Laiklik ilkesinin Türkiye'deki demokratik sistem açısından taşıdığı önemi dikkate alan Mahkeme, Refah'ın kapatılmasıyla, Sözleşmenin 11. maddesinde sayılan meşru amaçlardan ulusal güvenliğin ve kamu güvenliğinin korunması, suçun ve düzensizliğin önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması amaçlarının izlendiğini kabul etmektedir.

3. Demokratik bir toplumda gereklilik

(a) Tarafların görüşleri

(...)

(b) Mahkemenin değerlendirmesi

(i) Genel İlkeler

(□) Sözleşme sisteminde demokrasi ve siyasi partiler

86. Sözleşme ve demokrasi arasındaki ilişki hususunda Mahkeme, 30 Ocak 1998 tarihli *Türkiye Birleşik Komünist Parti ve Diğerleri - Türkiye* kararında şu karara varmıştır (*§45*):

"Demokrasi, hiç kuşkusuz, Avrupa kamu düzeninin temel bir özelliğidir (...).

Bu özellik, ilkin Sözleşme'nin Başlangıcında açıkça görülmektedir; o Başlangıç ki, insan haklarının ve temel özgürlüklerin sürdürülmesi ve ilerletilmesinin en iyi şekilde bir yandan etkili bir siyasal demokrasi ve diğer yandan ortak anlayış ve insan haklarına saygıyla sağlanabileceğini söyleyerek, Sözleşme ile demokrasi arasında çok açık bir bağ kurmuştur (...). Sözleşme'nin Başlangıç kısmı, Avrupa ülkelerinin siyasi gelenekler, idealler, özgürlük ve hukukun üstünlüğü ortak mirasına sahip olduğunu teyit ederek sürmektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin temel değerlerinin bu ortak mirasta bulunduğunu gözlemlemiştir (*Soering, §88*). Mahkeme Sözleşme'nin demokratik bir toplumun ideal ve değerlerinin sürdürülmesi ve geliştirilmesi için tasarlandığını defalarca belirtmiştir (...).

Buna ek olarak, Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerdeki hakların kullanılmasına karşı bir müdahale, neyin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğu kıstasıyla değerlendirilmek zorundadır. O halde bu haklardan herhangi birine müdahaleyi haklı gösterebilecek tek gereklilik, "demokratik bir toplum"dan çıktığı ileri sürülebilen gerekliliktir. Bu suretle Sözleşme tarafından düşünülen ve bu nedenle Sözleşme ile uyumlu olan tek siyasi modelin, demokrasi olduğu ortaya çıkmaktadır."

87. Mahkeme, Sözleşmenin 10 ve 11. maddelerinde yer alan haklar ve özgürlüklerden yararlanan siyasi partilerin demokratik bir rejimde oynadıkları başat rolü birçok kez teyit etmiştir.

Mahkeme *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri – Türkiye* kararında, 11. maddenin ifade tarzından çok, siyasal partilerin demokrasinin layıkıyla işlemesinde temel bir örgütlenme biçimi olmalarının daha ikna edici olduğunu söylemiştir (*§25*). Siyasi partilerin oynadıkları rol nedeniyle onlara karşı alınan herhangi bir önlem, ilgili devletteki hem örgütlenme özgürlüğünü, hem de sonuç olarak demokrasiyi etkilemektedir (*§31*).

İktidara gelebilen yegâne oluşumlar olan siyasi partiler, oynadıkları rolün niteliği gereği, ülkelerindeki rejimin bütününü etkileme kapasitesine sahiptirler. Siyasi partiler, seçmenlere sundukları bütüncül toplumsal model önerileriyle ve iktidara geldikten sonra bu önerileri uygulama yetenekleriyle, siyasi arenaya müdahale eden diğer örgütlerden ayrılırlar.

88. Ayrıca Mahkeme önceki kararlarında, Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan toplanma ve örgütlenme özgürlüğünün amaçlarından birinin, 10. madde anlamında düşüncelerin ve bunların ifade özgürlüğünün korunması olduğunu kaydetmiştir. Siyasi partilerin demokrasinin layıkıyla işlemesinde ve çoğulculuğun korunmasındaki önemli rolleri dikkate alındığında, bunun siyasi partilere de uygulanacağı açıktır.

89. Mahkeme çoğulculuk olmaksızın demokrasi olamayacağını düşünmektedir. Bu nedenle ifade özgürlüğü, 10. maddenin sınırları içinde, sadece lehte olduğu kabul edilen veya zararsız veya ilgilenmeye değmez görülen 'haber' ve 'düşünceler' için değil, ama ayrıca aleyhte olan, çarpıcı gelen ve rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır (*Handyside, §49; Jersild, §37*). Etkinlikleri, ifade özgürlüğünün toplu olarak uygulanmasının bir bölümünü oluşturduğu ölçüde, siyasi partiler de Sözleşme'nin 10. maddesinin korumasından yararlanma hakkına sahiptirler.

(□) Sözleşme sisteminde demokrasi ve din

90. Mahkeme, mevcut dava için, dinin demokratik bir toplumda ve demokratik bir devletteki yeriyle ilgili içtihatlarına da atıf yapmaktadır. Mahkeme, Sözleşme'nin 9. maddesinin koruduğu düşünce, din ve vicdan özgürlüğünün "demokratik bir toplumun" temellerinden biri olduğunu tekrarlr. Dini boyutuyla bu özgürlük, inananların kimliğini ve yaşam anlayışlarını şekillendiren en temel unsurlardan biridir. Fakat aynı zamanda ateistler, agnostikler, septikler ve ilgisizler için de çok değerli bir unsurdur. Demokratik bir toplumun

vazgeçilmez bir öğesi olan ve yüzyıllarca süren mücadeleler sonucunda kazanılmış olan çoğulculuk buna bağlıdır. Bu özgürlük, başka şeylerin yanında, dini inanca sahip olma veya olmama ve dini vecibeleri yerine getirme veya yerine getirmeme serbestisini de içerir (*Kokkinakis, §31; Buscarini ve Diğerleri [BD], §34*).

91. Ayrıca, tek ve aynı nüfus içinde birçok dinin bir arada bulunduğu demokratik toplumlarda, çeşitli grupların çıkarlarını uzlaştırmak ve herkesin inancına saygı duyulmasını sağlamak için bu özgürlüğe bazı sınırlamalar getirmek gerekebilir (*Kokkinakis, §34*). Mahkeme, çeşitli dinlerin, menzheplerin ve inanç uygulanışında, devletin nötr ve tarafsız bir düzenleyici olma rolüne sahip olduğunu sıklıkla vurgulamış ve bu rolün, demokratik bir toplumdaki kamu düzeni, dini uyum ve hoşgörü açısından taşıdığı önemi belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, dini inançların meşruiyetinin devlet adına değerlendirilmesine yönelik bir yetkinin, devletin nötrlük ve tarafsızlık ödeviyle bağdaşmadığını (*Cha'are Shalom ve Tsedek [BD], §84*) ve devletin karşıt gruplar arasında karşılıklı hoşgörüyü tesis etmesi gerektiğini (*mutatis mutandis, Metropolitan Church of Bessarabia ve Diğerleri, §123*) kabul etmektedir.

92. Mahkemenin yerleşik içtihadı, devletin bu işlevini teyit etmektedir. Mahkeme demokratik bir toplumda, örneğin başörtüsü takarak dini inancını açığa vurma özgürlüğünün kullanılması başkalarının hak ve özgürlüklerini, kamu düzeni ve güvenliğini koruma amacıyla çatışıyorsa, devletin bu özgürlüğün kullanılmasını sınırlayabileceğini kabul etmiştir (*Dahlab – İsviçre [k.k], no. 42393/98*).

Din özgürlüğü esas olarak bireysel bir vicdan meselesi olmakla beraber, aynı zamanda bir kimsenin tek başına ve gizli olarak ya da başkalarıyla birlikte aleni olarak ve inançlarını paylaştığı kimselerle bir arada dinini açığa vurma özgürlüğünü de kapsamaktadır. Sözleşme'nin 9. maddesi, ibadet, öğretim, uygulama ve ayin gibi, bir kişinin dinini veya inancını açığa vurma biçimlerini belirtmektedir. Buna karşın bu 9. madde, bir din veya inancın esinlediği veya etkilediği her hareketi korumamaktadır (*Kalaç, §27*).

Bir öğretmenin ibadet saatleriyle çakıştığını iddia ettiği normal çalışma saatlerine uyma yükümlülüğü din özgürlüğüyle uyumlu görülebileceği (*X. – Birleşik Krallık, Komisyon [k.k.], no. 8160/78*) gibi, bir motosiklet kullanıcısının dinsel ödeviyle bağdaşmadığını iddia ettiği kask takmasını gerektiren bir yükümlülük (*X. Birleşik Krallık, Komisyon [k.k.], no. 7992/77*) de, din özgürlüğüyle uyumlu görülebilir.

93. Sözleşme organları yukarıdaki ilkeleri Türkiye'ye uygularken, laiklik ilkesinin, hukukun üstünlüğüne ve insan hakları ve demokrasiye saygı ilkeleriyle uyum içinde bulunan devletin temel ilkelerinden biri olduğu görüşünü ifade etmişlerdir. Laiklik ilkesine saygı gösterilmemesi şeklindeki bir tutum, kişinin dini inancını açığa vurma özgürlüğüne kapsamına girdiği kabul edilmeyebilecek ve bu tutum Sözleşmenin 9. maddesindeki korumadan yararlanamayacaktır (*mutatis mutandis, Kalaç §27-31 ve bu davada Komisyonun 27 Şubat 1996 tarihli raporunda zikredilen görüş, §44*).

94. Devlet, dini inançların kullanılmasında nötr ve tarafsız düzenleyicilik rolünü yerine getirirken, egemenlik yetkisinin bir bölümünü kullanacak olan halen görevdeki veya gelecekteki kamu görevlilerine, hedef ve eylem planları din kurallarının üstünlüğünü yerleştirmek olan İslami köktendinci hareketlerde yer almama yükümlülüğü getirebilir (*mutatis mutandis, Yanışık, no. 14524/89, Komisyon raporu, §28*).

95. Türkiye gibi nüfusunun büyük çoğunluğu belli bir dine mensup bir ülkede, üniversitelerde, o dinin gereklerini yerine getirmeyen ya da başka dinlere mensup öğrenciler üzerinde baskı kurulmasını engelleyecek bazı önlemlerin alınması, Sözleşme'nin 9(2). fıkrası uyarınca haklı görülebilir. Bu bağlamda laik üniversiteler, çeşitli inançlara mensup öğrencilerin barış içinde bir arada yaşamalarını ve bu nedenle kamu düzeni ve başkalarının inançlarının korunmasını sağlamak amacıyla, söz konusu dine ilişkin ritüel ve

simgelerin açığa vurulmasının yerine ve tarzına kısıtlamalar getirmek suretiyle, bu tür bir açığa vurmayı düzenleyebilir (*Karaduman, Komisyon [k.k.], no. 16278/90*).

(□) Sınırlamalar getirme olasılığı ve katı Avrupa denetimi

96. Sözleşme'nin 9, 10 ve 11. maddelerinin güvence altına aldığı özgürlükler, etkinlikleriyle devlet kurumlarını tehlikeye düşüren örgütlenmelere karşı ilgili devleti bu kurumlarını koruma hakkından yoksun bırakmaz. Bu bağlamda Mahkeme daha önce, demokratik toplumun gerekleri ile bireysel özgürlüklerin korunmasının gerekleri arasında belirli bir uzlaşmanın Sözleşme sistemine içkin olduğunu belirttiğine işaret eder. Böyle bir uzlaşmanın bulunabilmesi için, yetkililerin müdahalesi Sözleşme'nin 11(2). fıkrasına göre yapılmış olmaldır; bu konu Mahkeme tarafından aşağıda incelemektedir. Bu denetim ancak, olayın içinde bulunduğu koşullar ışığında, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 17. maddesinin uygulanmasının gerekip gerekmediğine karar verebilecek durumda olması halinde tamamlanır.

97. Mahkeme, siyasi partilerin faaliyetlerini yürütürken yararlanamayı sürdürecekleri Sözleşme'nin koruma sınırlarını aşağıdaki gibi belirlemiştir (*ibid, §57*):

" (...), demokrasinin başta gelen özelliklerinden biri, bir ülkenin sorunlarını şiddete başvurmadan, sıkıcı olsa bile diyalog yoluyla çözme imkânı tanımasıdır. Demokrasi ifade özgürlüğüyle gelişir. Bu açıdan bakılınca siyasi bir gruba, sırf devletin nüfusunun bir kısmının durumunu aleni biçimde tartışmayı ve demokratik kurallara uygun olarak herkesi tatmin edebilecek çözümleri bulmak üzere siyasal yaşamda yer almayı istediği için engel olunması haklı görülemez."

98. Bu noktada Mahkeme, bir siyasi partinin, bir yasada ya da devletin anayasal ve hukuksal yapısında değişiklik yapmayı iki koşulla önerebileceğini düşünmektedir: Birincisi, bu amaçla kullanılan araçlar yasal ve demokratik olmalıdır; ikincisi, önerilen değişikliğin bizzat kendisi temel demokratik ilkelerle uyumlu olmalıdır. Buradan çıkan sonuca göre, liderleri şiddeti teşvik eden ya da demokrasiye saygı duymayan veya demokrasiyi ve bir demokraside tanınan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan bir siyasi parti, bu nedenlerle kendisine verilen cezalara karşı Sözleşme'nin korumasını ileri süremez (*Yazar ve Diğerleri, no. 22723/93, §93; mutatis mutandis, şu kararlar: Stankov ve Birleşik Mekadonyalılar İlinden Derneği, no. 29221/95, §97; Sosyalist Parti ve Diğerleri, §46-47*).

99. Bir siyasi partinin, Sözleşme'nin 9, 10 ve 11. maddelerindeki hakları öne sürerken, aslında bu haklardan, Sözleşme'de belirtilen hak ve özgürlükleri uygulamada yok etmeyi amaçlayan faaliyetlerde bulunma anlamına gelen bir hak türetmeye çalışabileceği ve böylece demokrasinin ortadan kaldırılmasını getirebileceği olasılığı dışlanamaz (*Komünist Partisi* (*KPD*) *– Alnanya, no. 250/57*). Gayet açık olan Sözleşme ve demokrasi arasındaki ilişki göz önünde tutulacak olursa, hiç kimse demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini zayıflatmak ya da yok etmek amacıyla Sözleşme hükümlerine dayanamaz. Çoğulculuk ve demokrasi, bir bütün olarak ülkede daha kapsamlı bir istikrar ortamının güvence altına alınması için, bazen özgürlüklerine bazı sınırlamalar getirilmesini kabul etmek zorunda olan bireyler veya birey gruplarının çeşitli tavizler vermelerini gerektiren bir uzlaşıya dayalıdır (*mutatis mutandis, Petersen – Almanya [k.k.], no. 39793/98*).

Bu bağlamda Mahkeme, modern Avrupa tarihinde de görüldüğü üzere, siyasi partiler şeklinde örgütlenen totaliter hareketlerin, demokratik rejim içinde güçlendikten sonra demokrasiden kurtulmak isteyebileceklerinin tümüyle imkânsız olmadığını düşünmektedir.

100. Bununla birlikte Mahkeme, siyasi partiler söz konusu olduğunda 11. maddede belirtilen istisnaların dar yorumlanmaları gerektiğini, sadece ikna edici ve zorlayıcı nedenlerin, partilerin örgütlenme özgürlüğüne kısıtlamaları haklı kılabileceğini hatırlatır. Sözleşmeci

Devletler, Sözleşmenin 11(2). fıkrası anlamında bir gerekliliğin mevcut olup olmadığını belirlerken, sade sınırlı bir takdir alanına sahiptirler. Mahkeme, örneğin müdahalenin zamanlamasına karar vermede uluslararası bir mahkemeden daha elverişli bir konumda bulunan ulusal makamların yerine geçmemekle birlikte, yasaları ve bağımsız mahkemeler tarafından verilmiş de olsa bu yasaları uygulayan kararları titiz bir Avrupa denetiminden geçirmek durumundadır. Bir siyasi partinin kapatılması ya da belli bir dönem için liderlerinin belli etkinliklerde bulunmalarının yasaklanması gibi radikal önlemler, ancak çok ciddi durumlarda alınabilir (*TBKP ve Diğerleri, §46; Sosyalist Parti ve Diğerleri, §50; ÖZDEP [BD], §45*). Yukarıda 98. paragraftaki koşulları yerine getirmek şartıyla, bir dinin öngördüğü moral değerlerle harekete geçen bir siyasal parti, doğası gereği demokrasinin temel ilkelerine düşman bir parti olarak görülemez.

(□) Siyasi parti üyelerinin eylem ve konuşmalarının o siyasi partiye isnat edilebilirliği

101. Mahkeme ayrıca, bir siyasi partinin tüzük ve programının, onun amaç ve eğilimlerinin değerlendirilmesinde tek kıstas olarak dikkate alınamayacağını düşünmektedir. Sözleşmeci Devletlerin siyasi deneyimleri, demokrasinin temel ilkelerine aykırı amaçlar taşıyan geçmişteki siyasi partilerin iktidara gelene kadar, bu tür eğilimlerini resmi yayınlarında açığa çıkarmadıklarını göstermiştir. İşte bunun nedenle Mahkeme, bir siyasi partinin programında ilan ettiği amaç ve niyetlerden farklı amaç ve niyetlere sahip olduğunu gizleyebileceğine daima işaret etmiştir. Söz konusu partinin bu tür eğilimler taşımadığını teyit etmek için, programının içeriği ile parti liderlerinin eylemleri ve onların savundukları görüşler karşılaştırılmalıdır. Bu eylem ve görüşler, partinin amaç ve eğilimlerini bütünüyle ortaya çıkarması koşuluyla, o partinin kapatılma davasıyla ilgili olabilirler (*TBKP ve Diğerleri, §58; Sosyalist Parti ve Diğerleri, §48*).

(□) Kapatma için uygun zamanlama

102. Mahkeme ayrıca devletin müdahale etmeden önce, bir siyasi partinin izlediği politikanın yönelttiği tehlike yeterince belirgin ve yakın olmasına rağmen, iktidara gelerek Sözleşme ve demokrasinin standartlarıyla çelişen o politikayı yürütmek üzere somut adımlar atmaya başlamasını beklemesine gerek olmadığını düşünmektedir. Mahkeme, ulusal mahkemelerce titiz Avrupa denetimine tabi ayrıntılı bir inceleme yapıldıktan sonra bu tür bir tehlikenin belirlenmesi halinde, devlet, iç barışa ve ülkenin demokratik rejimine zarar verebilecek somut adımlarla Sözleşme hükümleriyle çelişen bu tür bir politikanın uygulamaya geçirilmesinden önce, bu politikayı makul bir biçimde engelleyebileceğini kabul etmektedir (bk. Daire Kararı, §81).

103. Mahkeme, devletin bu tür bir önleyici müdahale yetkisinin, Sözleşmeci Devletlerin Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca egemenlik alanlarında bulunan kişilerin hak ve özgürlüklerini koruma şeklindeki pozitif yükümlüğüyle de bağdaştığı görüşündedir. Bu yükümlülükler, yalnızca devlet görevlilerine isnat edilebilen veya kamu kurumlarında meydana gelen fiil ya da ihmallerden kaynaklanabilecek bir müdahaleyle değil, fakat aynı zamanda devlet dışı oluşumlar içinde özel kişilere isnat edilebilen müdahalelerle de ilgilidir (Devletin özel hastanelerde yaşamın korunması için önlemler aldırma yükümlülüğüyle ilgili olarak bk. *Calvelli ve Ciglio, §49*). Bir Sözleşmeci Devlet, varlık sebebi iktidara gelmek ve devlet aygıtının önemli bir bölümünü yönlendirmek olan siyasi partilere, Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükleri koruma ve saygı gösterme ödevi ile demokrasinin temel prensipleriyle çelişen bir siyasi program getirmeme yükümlülüğü yükleyebilir.

(□) Bütüncül inceleme

104. Yukarıda belirtilen düşünceler ışığında, bir siyasi partinin demokratik ilkeleri yok etmeye yönelik bir tehdit oluşturduğu gerekçesiyle kapatılmasının "toplumsal ihtiyaç

baskısı"nı karşılayıp karşılamadığı sorununa ilişkin olarak Mahkeme'nin yapacağı bütüncül inceleme aşağıdaki noktalara odaklanacaktır: (i) demokrasiye yönelik bir tehdidin mevcudiyetinin kanıtlandığı varsayılarak, bu tehdidin yeterince yakın olduğuna ilişkin ikna edici kanıtların bulunup bulunmadığı; (ii) siyasi parti liderlerinin ve üyelerinin eylem ve konuşmalarının bütünüyle ilgili siyasi partiye isnat edilip edilemeyeceği; (iii) siyasi partiye isnat edilen eylem ve konuşmaların, parti tarafından "demokratik toplum" kavramıyla bağdaşmayan bir toplum modelinin anlaşılıp savunulduğuna dair bir bütün olarak açık bir resim oluşturup oluşturmadığı.

105. Yukarıdaki noktaların Mahkeme tarafından toplu olarak incelenmesi sırasında, ilgili partinin kapatıldığı tarihsel bağlam ve demokratik toplumun düzenli bir biçimde işlemesini sağlamaya çalışan ülkede bu bağlam içindeki laiklik ilkesinin korunmasındaki genel çıkar göz önünde bulundurulmalıdır.

(ii) Yukarıdaki ilkelerin bu davada uygulanması

106. Mahkeme yapacağı incelemenin ilk kısmını Refahın kapatılmasının ve başvurucular a uygulanan ikincil cezaların "toplumsal ihtiyaç baskısını" karşılayıp karşılamadığı sorununa ayıracaktır. Daha sonra bu cezaların izlenen amaçlarla orantılı olup olmadığını belirleyecektir.

(□) Toplumsal ihtiyaç baskısı

Kapatılma kararı için uygun zaman

107. Mahkeme ilk önce, Refah'ın kapatıldığı sırada demokrasiye bir tehdit oluşturup oluşturmadığını belirleyecektir.

Bu bağlamda Mahkeme Refah'ın 1983 yılında kurulduğunu, çok sayıda genel ve yerel seçim kampanyasına katıldığını ve söz konusu dönemde 450 sandalyeden oluşan Büyük Millet Meclisindeki 158 sandalyeyi kazandığını, 1995 genel seçimlerinde yaklaşık yüzde 22 oy aldığını gözlemlemektedir. Bir koalisyon hükümetine girerek iktidarı paylaşan Refah, Kasım 1996'da yapılan yerel seçimlerde oyların yaklaşık yüzde 35'ini almıştır. Ocak 1997'de yapılan bir kamuoyu yoklamasına göre, o gün bir genel seçim yapılmış olsa, Refah'ın oyların yüzde 38'sini alacağını ortaya koymaktadır. Aynı kamuoyu yoklamasına ilişkin haberde, dört yıl sonra yapılacak olan seçimlerde Refah'ın oyların 67'sini alabileceği belirtilmiştir. Kamuoyu yoklamalarının kesin olmayan niteliğine karşın, bu rakamlar bir siyasi parti olarak Refah'ın gücünün ve iktidara tek başına gelme şansının önemli bir göstergesidir.

108. Buna göre Mahkeme, Refah'ın kapatıldığı sırada, bir koalisyonda mevcut tavizlerle kısıtlamadan, siyasi iktidarı gerçekten ele geçirme potansiyeli bulunduğunu kabul etmektedir. Eğer Refah demokratik ilkelere aykırı bir program sunsaydı, sahip olacağı siyasi iktidar tekeli, bu programda öngörülen toplum modelini kurmasını mümkün kılacaktı.

109. Refah'ın kapatılmadan birkaç yıl önce üyelerinin yaptığı konuşmalar yüzünden cezalandırıldığına ilişkin başvurucuların iddiaları hususunda Mahkeme, ulusal mahkemelerin Refah'ın eylemlerinin anayasallığını değerlendirirken haklı olarak, partinin demokratik ilkelere yönelttiği gerçek riskin zaman içerisindeki gelişimini göz önünde bulundurabileceklerini düşünmektedir. Aynı şey, Refah'ın Sözleşme'deki ilkelere uyumluluğunun incelenmesinde de geçerlidir.

İlk olarak, bir siyasi partinin programı ve politikaları, görece uzun bir dönemde bu partinin üyelerinin eylem ve konuşmalarının toplamıyla açıklığa kavuşturabilir. İkincisi, ilgili parti yıllar içinde siyasi gücü elde etme ve politikalarını uygulama şansını arttırabilir.

110. Mevcut olayda, Refah'ın politikalarının Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlükler açısından tehlikeli olduğu düşünülebilceği gibi, Refah'ın iktidarı ele geçirdikten sonra programını uygulama şansı yakalaması bu tehlikeyi daha somut ve daha yakın kılmaktadır. Bu nedenle Mahkeme ulusal mahkemeleri, erken bir müdahale olma riskine rağmen ve tehlike şekillenmeden ve gerçeğe dönüşmeden daha önce harekete geçmedikleri için eleştiremeyeceği gibi, Refah iktidarı ele geçirip de siyasi rejimi ve toplumsal barışı tehlikeye düşürenceye kadar, örneğin planlarını gerçekleştirmek üzere yasaları Meclisin önüne getirinceye kadar beklemediği için de eleştiremez.

Kısacası Mahkeme, ulusal makamların müdahalenin zamanını seçerken Sözleşme uyarınca kendilerine tanınan takdir alanının sınırlarını aşmadığını düşünmektedir.

Üyelerinin eylem ve konuşmalarının Refah'a isnat edilebilirliği

111. Mahkeme önünde taraflar, ne Refah'ın tüzüğünde ne de iktidarın diğer ortağı Doğru Yol Partisiyle oluşturdukları koalisyon programında, Refah'ın demokrasinin temel ilkelerine aykırı şekilde Türk anayasal sistemini değiştirmeyi vaat edilmediğini kabul etmektedirler. Refah, genel başkanının ve bazı üyelerinin yaptıkları beyanlara ve takındıkları tutumlara dayalı olarak kapatılmıştır.

112. Anayasa Mahkemesine göre bu beyanlar ve tutumlar, Refah'ın önde gelen isimleri, yani genel başkanı Necmettin Erbakan, genel başkan yardımcıları Şevket Kazan ve Ahmet Tekdal, üç Refahlı Milletvekili Şevki Yılmaz, Hasan Hüseyin Ceylan ve İbrahim Çelik ile Refahlı Konya Belediye Başkanı Recai Karatepe'nin beyanları veya tutumlarıdır.

113. Mahkeme, Refah Genel Başkanı ve bu konumun gereği seçilmiş Başbakan olarak Necmettin Erbakan'ın açıklama ve eylemlerinin tartışılmaz bir biçimde Refah'a isnat edilebileceğini düşünmektedir. Partinin simgesel şahsiyeti bir genel başkanın rolü, basit bir üyeninkinden farklıdır. Bir parti genel başkanının siyasi olarak hassas konularda dile getirdiği düşünceler ve takındığı tutumlar, aksi beyan edilmedikçe, siyasi kurumlar ve kamuoyu tarafından kendisinin kişisel görüşlerini değil, partinin görüşünü yansıttığı biçiminde algılanır. Mahkeme bu noktada Erbakan'ın, açıklama ve tutumlarının Refah'ın politikasını yansıtmadığı ya da sadece kendi kişisel görüşünü ifade ettiği şeklinde hiçbir zaman bir açıklama yapmadığını gözlemlemektedir.

114. Mahkeme, Refah'ın genel başkan yardımcılarının konuşma ve tutumlarının da genel başkannın konuşma ve tutumları gibi değerlendirilebileceğini düşünmektedir. Aksi belirtilmediği sürece, bu konumdaki kişilerin siyasi sorunlara ilişkin sözleri de temsil ettikleri partiye isnat edilebilir. Mevcut olayda bu durum, Ahmet Tekdal ve Şevket Kazan için geçerlidir.

115. Ayrıca Mahkeme, milletvekili sıfatı taşıyan ya da yerel yönetimlerde görev üstlenen diğer Refah üyelerinin, partinin amaç ve eğilimlerini sergileyen ve yaratmak istedikleri toplum modeline ilişkin imajı yansıtan sözleri ve eylemleri, bir bütün olarak, Refah'a yüklenebileceğini kabul etmektedir. Bu eylem ve sözler, birey olarak kendilerine yüklenebilir olduğu için değil, fakat Refah partisinden seçilmiş milletvekilli veya belediye başkanı olarak Refah adına söylendiği veya yapıldığı için potansiyel seçmenlerin umutlarını, beklentilerini ya da korkularını canlandırarak onları etkileyebilecektir. Bu tür konuşmalar ve eylemler, yasadışı amaçların gerçekleştirilmesinde, partinin tüzük ve programında yer alan soyut ifadelerden potansiyel olarak daha etkilidir. Mahkeme bu tür eylem ve konuşmaların, parti bunlarla kendi arasına mesafe koymadığı sürece, partiye yüklenebileceğini düşünmektedir.

Fakat Refah, kısa bir süre sonra, bu eylem ve konuşmalardan sorumlu olanları, millletvekili ve Büyükşehir belediye başkan adaylığı gibi, önemli görevlere aday göstermiş,

tartışmalı konuşmalardan birini taşra teşkilatlarında siyasi eğitim malzemesi olarak kullanılmak üzere dağıtmıştır. Refah, kapatma davasından önce, söz konusu fiil ve açıklamalarda bulunan üyelerine karşı herhangi bir disiplin işlemi yapmadığı gibi, bu sözleri herhangi bir şekilde eleştirmemiştir. Mahkeme bu bağlamda Türk Anayasa Mahkemesinin, Refah'ın bu fiil ve konuşmalardan sorumlu olan kişileri partiden ihraç etme kararını kapatılmaktan kurtulma ümidiyle aldığı, ama 11. madde bakımından kabul gören örgütlerin lidelerinin kararları gibi özgürce alınmış kararlar olmadığı yönünde vardığı sonuca katılmaktadır.

Bu nedenle Mahkeme, Refah liderlerinin ve üyelerinin, Anayasa Mahkemesinin kapatma kararında dile getirilen fiil ve konuşmaların bütün partiye yüklenebileceği sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesinin belirttiği kapatma gerekçeleri

116. Mahkeme bu noktada, Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı tarafından ileri sürelen iddialar arasından Anayasa Mahkemesinin Refah'ın anayasa karşıtı eylemlerin odağı olduğu kararına neden olarak zikrettiği iddiaların üç ana grupta toplanabileceğini düşünmektedir: (i) Refah'ın dini inançlara dayalı bir ayrımcılığa yol açan çok hukuklu bir sistem kurma eğiliminde olduğuna ilişkin iddialar; (ii) Refah'ın bu çok hukuklu sistem bağlamında Müslüman toplumun iç ve dış ilişkilerinde şeriatı uygulama eğiliminde olduğuna ilişkin iddialar; (iii) Refah üyelerinin siyasi bir yöntem olarak kuvvete başvurma olasılığına yaptıkları atıflara dayalı iddialar. Mahkeme yapacağı incelemeyi, Anayasa Mahkemesi tarafından zikredilen bu üç grup iddia ile sınırlı tutmalıdır.

(a) çok hukuklu bir sistem kurma planı

117. Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin bu bağlamda Refah Genel Başkanı Necmettin Erbakan'ın 23 Mart 1993 tarihinde Parlamentoda ve 10 Ekim 1993 tarihinde de Refah Partisi toplantısında yapığı iki konuşmayı dikkate aldığını kaydeder. Partinin kapatılmasının zamanlaması sorunu (bk. yukarıda §107-110) ile Necmettin Erbakan'ın konuşmalarının Refah'a isnat edilebilirliğine (bk. yukarıda §113) ilişkin düşünceler ışığında Mahkeme, bu iki konuşmanın, parti tüzüğünde konuya ilişkin bir şey geçmemesine karşın, Refah'ın programının bir parçasını teşkil eden politikalardan birini yansıttığı biçiminde değerlendirilebileceği görüşünü benimser.

118. Başvurucuların Refah iktidardayken hiçbir zaman bu vaadin arkasındaki fikri uygulamaya yönelik somut adımlar atmadıkları yolundaki savunmaları hususunda Mahkeme, Refah'ın merkez sağdaki bir siyasi partiyle birlikte oluşturulan bir koalisyon programına bu tür amaçları dâhil etmesini beklemenin gerçekçi olmayacağını düşünmektedir. Mahkeme sadece, çok hukuklu sistemin, Refah programının bir parçasını teşkil eden bir politikanın parçası olduğunu kaydeder.

119. Mahkeme, çok hukuklu bir sistemin, Sözleşme sistemiyle uyuşmadığı yönündeki Daire kararından ayrılmak için bir sebep bulunmadığını düşünmektedir. Daire vermiş olduğu kararda aşağıdaki gerekçeyi göstermiştir:

"70. (...) Mahkeme Refah'ın çok hukuklu bir sistem olması gerektiği yönündeki önerisinin bireyler arasındaki tüm hukuki ilişkilerde dini temel alan bir ayrıma yol açacağını, herkesi dini inançlarına göre kategorize edeceğini ve kişiye birey olmasından dolayı değil de bir dini bir akıma bağlılığından dolayı hak ve özgürlükler tanıyacağını kabul etmektedir.

Mahkeme bu tür bir toplumsal modelin iki nedenden dolayı Sözleşme ile bağdaşmayacağı kanaatindedir:

Birincisi, böyle bir toplumsal modelde devletin, demokratik bir toplumda bireysel hak ve özgürlüklerin koruyucusu ve çeşitli din ve inançların uygulanmasının tarafsız düzenleyicisi olma rolü ortadan kalkacaktır, çünkü devlet bireyleri yukarıda sayılan işlevlerin yerine getirilmesinde devlet tarafından konulan kurallara değil, ama ilgili dinin öngördüğü statik hukuk kurallarına uymaya zorlayacaktır. Oysa devlet, kendi egemenlik alanı içindeki herkesin, Sözleşmeyle güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin hepsinden ve herhangi birinden feragat etmeden yararlanmasını sağlama şeklinde pozitif bir yükümlülük altındadır (*mutatis mutanndis, Airey, §25*).

İkincisi, bu tür bir sistem, demokrasinin temel ilkelerinden biri olan kamu özgürlüklerinin kullanılmasında bireyler arasında ayrım gözetmeme ilkesini kaçınılmaz olarak ihlal edecektir. Kamu hukukunun ve özel hukukun tüm alanlarında, din ve inançlarına göre bireyler arasında farklı muamele, Sözleşme bakımından ve özellikle ayrımcılığı yasaklayan 14. madde bakımından haklı gösterilemez. Bu tür bir farklı muamele, bir taraftan kendi kurallarına göre yönetilmek isteyen bazı dini grupların talepleri ve diğer taraftan da çeşitli din ve inançlar arasındaki barış ve hoşgörüye dayalı olması gereken toplumun çıkarı arasında adil bir denge kuramayacaktır."

(b) Şeriat

120. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi kararında yer alan ve milletvekili olan Refah üyelerince dile getirilen aşağıdaki sözlerin, şeriata dayalı bir rejim kurma eğilimini gözlemlemektedir:

- 24 Kasım 1996 tarihinde Refah'ın Ankara Milletvekili Hasan Hüseyin Ceylan'ın bir TV röportajında şeriatın ülke için çözüm olduğu yolundaki sözleri (bk. yukarıda §34);

- 8 Mayıs 1997 tarihinde Refah'ın Urfa Milletvekili İbrahim Halil Çelik'in "şeriatı getirmek için mücadele edeceğim" şeklindeki sözleri (bk. yukarıda §37);

- Nisan 1994'te Refah'ın Rize milletvekili Şevki Yılmaz'ın inananları, Kur'an'ın ayetlerine sırtını dönenlerden ve Allah'ın peygamberinin kurallarının ülkede uygulanmasını engelleyenlerden hesap sormaya çağırdığı konuşması. Aynı konuşmada Yılmaz şöyle devam eder: "Bu ülkede Kuran'daki kuralların sadece yüzde 39'u uygulanıyor. Altı bin beş yüz ayetin büyük çoğunluğu unutuluyor. İbadetten önce yerine getirilmesi gereken koşul iktidarın İslamileşmesidir. Allah camilerden önce iktidara giden yolun Müslümanlaşması gerektiğini buyuruyor. Allah soracak: "Niye küfür rejiminde İslami bir devletin kurulması için çalışmadın?" Erbakan ve arkadaşları bu ülkeye İslamiyet'i bir siyasi parti şeklinde getirmeye çalışıyorlar. Savcı bunu gayet iyi anladı. Eğer biz de savcının anladığını anlayabilseydik sorun çözülürdü. (bk. yukarıda §33).

121. Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin dikkate aldığı ve Refah genel başkanı ile genel başkan yardımcısının "adil düzen", "adalet nizamı" ya da "Allah nizamı" kurma hakkındaki sözlerini kaydeder:

- 13 Nisan 1994 tarihinde Necmettin Erbakan şöyle der: "Refah iktidara gelecek ve adil düzen kurulacak" (bk. yukarıda parag. 31) ve 7 Mayıs 1996 tarihinde yaptığı bir konuşmada da "buna inanarak katkıda bulunanların Allah'ın rahmeti üzerlerine olsun" diye dua eder" (bk. yukarıda §39);

- 1993 yılında hac sırasında Ahmet Tekdal şöyle der: "Eğer insanlar hak nizamının gelmesi için yeterince çalışmazlarsa dinsizlerin zulmüne maruz kalacaklar ve sonunda da helak olacaklardır (...) hak nizamının kurulması için çalışmamalarının hesabını Allah'a veremezler."

122. Bu son iki açıklama, birçok farklı yoruma açık olsalar da, bunların ortak paydası her ikisinin de konuşmacıların, yerleşmesini istedikleri siyasi rejimin temeli olarak dini ya da ilahi kurallara atıf yapmış olmalarıdır. Bu ifadeler konuşmacıların dini kurallara dayalı olmayan bir düzene karşı bağlılıklarına ilişkin belirsizlik içermektedir. Anayasa Mahkemesi kararında belirtilen Refah liderlerine atfedilen çeşitli görüşlerin oluşturduğu bağlamın ışığında, örneğin kamu kesiminde başörtüsünün serbest bırakılması ya da kamu hizmetlerinin namaz saatlerine göre düzenlenmesi hususlarında, söz konusu açıklamalar partinin şeriata dayalı bir rejim kurma eğilimini açığa vuran Refah milletvekilleri tarafından yapılan teyit edici açıklamalar olarak anlaşılabilir. Bu nedenle Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin Refah liderlerinin söz ve tutumlarının, dini kurallara göre şekillenen bir devlet ve toplum modeline ilişkin belirgin bir resmi yansıttığı yönündeki görüşüne katılmaktadır.

123. Mahkeme Dairenin, şeriatın Sözleşme'de öngörülen temel demokrasi ilkeleriyle bağdaşmadığı yönündeki görüşüne katılmaktadır:

"72. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi gibi, dinin öngördüğü dogmaları ve ilahi kuralları yansıtan şeriatın durağan ve değişmez nitelikte olduğunu düşünmektedir. Siyasi alanda çoğulculuk ya da kamu özgürlüklerinin sürekli evrilmesi gibi ilkelerin şeriatta yeri yoktur. Mahkeme, birlikte dikkate alındığında, şeriatın getirilmesine açıkça atıf içeren söz konusu ifadelerin demokrasinin temel ilkeleriyle bağdaşmadığına dikkat çeker. Bir yandan, özellikle ceza hukuku ve ceza yargılaması usulü, kadınların hukuki statüsüne ilişkin kuralları ve özel ve kamusal yaşam alanlarına dini buyruklar uyarınca müdahale etme gibi konularda Sözleşme değerleriyle açıkça farklılık gösteren şeriata dayalı bir rejimi desteklerken, diğer yandan insan haklarına ve demokrasiye saygılı olduğunu söylemek zordur. (...) Mahkemeye göre, eylemleri Sözleşmeye taraf bir devlette şeriatı yerleştirme amacı taşıyan bir siyasi parti, Sözleşme'nin bütününe hakim olan demokratik idealle bağdaşan bir oluşum olarak görülemez."

124. Mahkeme, geçmişte köktendinciliğe dayalı siyasi hareketlerin bazı devletlerde siyasi iktidarı ele geçirdiklerini ve arzuladıkları toplum modelini kurma fırsatını elde ettiklerini göz ardı edemez. Mahkemeye göre her Sözleşmeci Devletin Sözleşme hükümlerine uygun olarak tarihteki deneyimler ışığında bu tür siyasi hareketlere karşı koyabileceğini düşünmektedir.

125. Mahkeme, Osmanlı yönetiminde İslami teokratik rejimin geçmişte mevcut olduğunu da gözlemlemektedir. Önceki teokratik rejim yıkılarak cumhuriyet rejimi kurulduğunda, Türkiye İslam'ı ve diğer dinleri özel dini uygulama alanıyla sınırlandıran laiklik tipini seçmiştir. Türkiye'de laiklik ilkesinin demokratik rejimin yaşatılmasındaki önemini göz önünde bulunduran Mahkeme, Refah'ın şeriatı yerleştirme politikalarının demokrasiyle bağdaşmadığına hükmeden Anayasa Mahkemesinin haklı görülebileceğini kanaatindedir (bk yukarıda §40).

(c) Şeriat ve şeriatın Refah'ın önerdiği çok hukuklu sistemle ilişkisi

126. Mahkeme, Dairenin Refah partisinin hem çok hukuklu sistemin hem de şeriatın getirilmesini aynı anda savunduğu sonucuna vararak kendisiyle çeliştiğini iddia eden başvurucuların bu yöndeki iddialarını inceleyecektir.

Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin çok hukuklu sistemin şeriatın getirilmesinde İslam hukuku tarihinde oynadığı role ilişkin düşüncelerine kaydeder. Buna göre şeriat, Müslümanların kendi aralarında ve Müslümanlarla diğer dinlere mensup olanlar arasındaki ilişkilere uygulanan bir hukuk sistemidir. Diğer dinlere mensup toplulukların şeriatla yönetilen bir toplumda yaşayabilmlerini mümkün kılabilmek için, Cumhuriyet kurulmadan

önceki Osmanlı İmparatorluğundaki İslami teokratik rejim tarafından çok hukuklu bir sistem kurulmuştur.

127. Mahkemenin çok hukuklu sistemin avantaj ve dezavantajlarına ilişkin soyut olarak bir düşünce ifade etmesi gerekmemektedir. Mahkeme, bu dava bakımından, Anayasa Mahkemesinin de gözlemlediği gibi, Refah'ın politikasının şeriatın özel hukuka ilişkin bazı kurallarını çok hukuklu bir sistem çerçevesinde, Türkiye'deki nüfusun büyük çoğunluğuna, yani Müslümanlara uygulamak olduğuna dikkat çeker. Bu tür bir politika, örneğin medeni nikâhtan sonra ya da önce dini nikâh kıyma (Türkiye'de yaygın olan bir uygulama) ya da dini nikâhın medeni nikâh etkisi doğurabilmesini sağlamak suretiyle, dinlerinin buyruklarını gözetmek isteyen bireylerin özgürlüklerinin ötesine geçmektedir. Refah'ın bu politikası, Türk hukukunun dini sınırladığı özel alanın dışına taşmakta ve şeriatın getirilmesinde olduğu gibi Sözleşme ile aynı çelişkileri taşımaktadır (bk. yukarıda §125).

128. Bu muhakeme biçimini benimseyen Mahkeme, başvurucuların laikliğin Türkiye'deki özel rolü adına çok hukuklu sistemin yasaklanmasının, özel yaşamlarını dini buyruklara göre yaşamak isteyen Müslümanlara karşı ayrımcılık anlamına geldiği yönündeki iddialarını reddetmektedir.

Mahkeme, ibadet ve ayin ile kişinin dinini açığa vurma özgürlüğünü de içeren din özgürlüğünün, öncelikle bir bireysel vicdan meselesi olduğunu tekrarlamakta ve bireysel vicdanın, bütün olarak toplumun örgütlenmesi ve işleyişiyle ilgili özel hukuk alanından oldukça farklı olduğunu vurgulamaktadır.

Türkiye'de herkesin özel yaşamında dininin gereklerini yerine getirebildiği hususu Mahkeme önünde tartışma konusu edilmemiştir. Ayrıca, diğer Sözleşmeci Devletler gibi Türkiye de, dinden esinlenen özel hukuk kurallarının (örneğin taraflar arasında cinsiyete dayalı ayrımcılığa izin veren ya da boşanma ve miras ya da çokeşlilik gibi konularda erkeğe ayrıcalıklar tanıyan kurallar) kamu düzenine ve demokratik değerlere zarar verecek şekilde uygulanmasını haklı olarak engelleyebilir. Sözleşme yapma özgürlüğü, dinlerin kanaatlerin ve inançların uygulanmasında devletin nötr ve tarafsız bir düzenleyici olma rolüne tecavüz edemez (bk. yukarıda §91-92).

(d) Kuvvet kullanma olasılığı

129. Mahkeme bu başlık altında Anayasa Mahkemesi tarafından alıntılanan ve aşağıdaki şahıslar tarafından yapılan şu konuşmaları dikkate alır:

- Necmettin Erbakan'ın 13 Nisan 1994 tarihinde iktidarın şiddet yoluyla mı yoksa barışçı araçlarla mı ele geçirileceği hususunda yaptığı konuşma (değişim kanlı mı olacak yoksa kansız mı, bk. yukarıda §31);

- Şevki Yılmaz'ın Nisan 1994'te cihatla ve Müslümanların iktidara geldikten sonra kendilerini silahlandırma olasılıklarıyla ilgili olarak yaptığı konuşma (bk. yukarıda §33);

- Hasan Hüseyin Ceylan'ın 14 Mart 1992'de Batılı modele dayalı bir rejimi destekleyenleri aşağıladığı ve tehdit ettiği konuşma (bk. yukarıda §34);

- Şükrü Karatepe'nin 10 Aralık 1996 tarihli inananlara kalplerindeki kin ve nefreti canlı tutmalarını salık veren konuşması (bk. yukarıda §36);

- İbrahim Halil Çelik'in 8 Mayıs 1997 tarihli imam hatiplerin kapatılmasını engellemek için kan dökülmesini istediği konuşması (bk. yukarıda 38).

Mahkeme, dönemin Adalet Bakanı Şevket Kazan'ın dini ayrımcılığa dayalı nefret uyandırmakla suçlanan kendi partisinden bir üyeye yaptığı ziyareti de dikkate almaktadır.

130. Mahkeme, yukarıdaki çoğu konuşmada geçen "cihat" kavramına yapılan atıf ne olursa olsun (bu kavramın birincil anlamı kutsal savaş ve bir toplumda bütünüyle İslam'ın egemen olmasına değin mücadeledir), iktidarı ele geçirmek için kullanılacak yönteme yapılan atıflarda kullanılan terminolojide bir belirsizlik bulunmaktadır. Bu konuşmaların tümünde, Refah'ın iktidarı ele geçirme ve onu koruma yolunda karşılaşmayı beklediği çeşitli engellerin üstesinden gelmek için "meşru olarak" kuvvet kullanma olasılığından bahsedilmektedir.

131. Ayrıca Mahkeme, Dairenin aşağıdaki tespitine katılmaktadır:

"74. (...) Refah liderleri siyasi bir araç olarak kuvvet kullanımı ya da şiddet çağrısında bulunmasalar da, kendilerine karşı gelen politikacılara karşı kuvvet kullanımı olasılığını açıkça onaylayan Refah üyelerinden kendilerini ayıracak pratik adımları derhal atmamışlardır. Sonuç olarak, iktidarı ele geçirmek ve onu korumak için şiddet içeren yöntemlere başvurma olasılığına ilişkin açıklamalardaki belirsizliği gideremememişlerdir.

Toplumsal ihtiyaç baskına ilişkin bütüncül inceleme

132. Bu davada söz konusu müdahalenin toplumsal bir ihtiyaç baskısı sonucunda olup olmadığı sorununun incelenmesiyle bağlantılı olark, yukarıda sayılan noktaların bir bütün olarak değerlendirilmesinde Mahkeme, Refah üye ve liderlerinin Anayasa Mahkemesi kararında da belirtilen eylem ve konuşmalarının tüm partiye isnat edilebilir olduğu, bu eylem ve konuşmaların Refah'ın çok hukuklu sistem içinde şeriata dayalı bir rejim oluşturmaya yönelik uzun dönemli bir politikanın varlığını ortaya çıkardığı ve Refah'ın politikasını uygularken ve öngördüğü sistemi yerleştirirken kuvvete başvurma olasılığını dışlamadığı sonucuna varmıştır. Bu planların demokratik toplum kavramıyla bağdaşmaması ve Refah'ın bunları uygulamaya geçirmek için yakaladığı fırsatların demokrasiye yönelik tehdidi daha somut ve daha yakın kılması karşısında, Anayasa Mahkemesi tarafından başvuruculara verilen cezanın, Sözleşmeci Devletlere tanınan takdir alanının sınırları içinde, "toplumsal ihtiyaç baskısını" makul bir biçimde karşılar nitelikte olduğu kabul etmektedir.

(□) Şikayet konusu tedbirlerin orantılılığı

133. Tarafların gerekçelerini inceleyen Mahkeme, Daire kararında belirtilen aşağıdaki görüşlerden ayrılmak için hiçbir sebep görmemektedir:

"82. (...) Mahkeme daha önceki kararlarında liderlerinin siyasi sorumluluklarını yerine getirmesini yasaklayan geçici cezalarla birlikte bir siyasi partinin kapatılmasının çok ağır bir önlem olduğu ve bu ağırlıktaki cezaların yalnızca en çok ciddi olaylarda uygulanabileceği kararına varmıştır. Bu davada Mahkeme, söz konusu müdahalenin "toplumsal bir ihtiyaç baskısını" karşıladığı sonucuna varmıştır. Refah'ın kapatılmasından sonra başvurucular dâhil olmak üzere, yalnızca beş milletvekilinin geçici olarak milletvekilliklerinin düştüğüne ve siyasi parti lideri olarak rollerinin bittiği kaydedilmelidir. Geriye kalan 152 Refah milletvekilinin bu sıfatları ve siyasi kariyerleri normal olarak sürmüştür. Ayrıca başvurucular Refah ya da üyelerinin mal varlıkları Hazineye devredildiği için ciddi bir maddi kayba uğradıkları yönünde de herhangi bir iddiada bulunmamışlardır. Mahkeme bu bağlamda müdahalenin ağırlığı ve niteliğinin, orantılılığının değerlendirilmesinde göz önünde bulundurulması gereken etmenler olduğunu düşünmektedir (Sürek (no. 1) [BD], no. 26682/95, §64)."

134. Mahkeme, başvurucuların iddia ettiği maddi zararın büyük ölçüde kazanç kayıplarından oluştuğuna ve nitelik itibariyle spekülatif olduğuna dikkat çeker. Refah'ın malvarlığının düşük değeri karşısında, bunların Hazineye devrinin söz konusu müdahalenin orantılılığı üzerinde herhangi bir etki taşımadığı düşünülmektedir. Ayrıca Mahkeme

başvurucuların beş yıllık bir dönem için siyasetle uğraşmalarını yasaklayan cezanın geçici olduğunu ve yaptıkları konuşmalar ve takındıkları tutumlarıyla partinin başkan ve başkan yardımcıları olarak Refah'ın kapatılmasında başlıca sorumluluğu taşıdıklarını gözlemlemektedir.

Mahkeme bu davada söz konusu müdahalenin güdülen amaçlar bakımından orantısız olarak görülemeyeceğini kabul etmektedir.

4. Sözleşme'nin 11. maddesiyle ilgili olarak Mahkeme'nin vardığı sonuç

135. Sonuç olarak Mahkeme, Refah'ın kapatılmasını ve başvurucuların bazı siyasi haklarına getirilen kısıtlamaları haklı kılan ikna edici ve zorlayıcı sebeplerin mevcut olup olmadığını teyit etmek için titiz bir incelemeden sonra, bu müdahalelerin "toplumsal ihtiyaç baskısını" karşıladığı ve "izlenen amaçlarla orantılı" olduğu sonucuna varmıştır. Refah'ın kapatılması Sözleşmenin 11(2). fıkrası bakımından demokratik bir toplumda gerekli bir müdahale olarak görülebilir.

136. Bu nedenlerle, Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmemiştir.

(...)
BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edilmediğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

17.07.2007 25691/04 BUKTA VE DİĞERLERİ - MACARİSTAN

♦ *toplanmayı dağıtma—izinsiz gösteri* (bir gün önce oteldeki resepsiyona katılacağını bildiren Başbakanı protesto etmek için barışçıl bir biçimde toplanan 150 kişilik bir grubun kanuna göre üç önceden bildirilmedikleri için dağıtılması) ■ toplanma özgürlüğü

DAVANIN ESASI

1943, 1945 ve 1951 yıllarında doğmuş olan başvurucular, Budapeşte'de oturmaktadırlar. 1 Aralık 2002 tarihinde, Romanya Başbakanı Budapeşte'ye resmi resmi ziyarette bulunmuş, Romanya milli bayramı vesilesiyle bir resepsiyon vermiştir. Resepsiyon, 1918 yılına kadar Macaristan'ın olan Transilvanya'nın bu tarihte Romanya'ya bağlanışının ilan edildiği Gyulafehérvár'da toplanan milli meclisin anısına düzenlemiştir. Resepsiyondan bir gün önce, Macar Başbakanı, bu resepsiyona katılma kararını açıklamıştır.

Başvurucular, Gyulafehérvár milli meclisinin, Macar tarihinde kötü bir yan anlamı olduğu düşüncesiyle, Macar Başbakanının, bu resepsiyona katılmaması gerektiği kanaatindedirler. Başvurucular ayrıca, resepsiyonun yapılacağı yer olan, Budapeşte'deki Kempinski otelinin önünde, eylem yapma kararı almışlar, ancak polise bir bildirimde bulunmamışlardır.

1 Aralık 2002'de, öğlenden sonra, aralarında başvurucuların da bulunduğu yaklaşık 150 kişi, otelin önünde toplanmışlardır. Polis de orada bulunmaktadır. Büyük bir gürültü kopmuştur. Bu toplanmanın resepsiyonun güvenliği için tehlike oluşturduğuna kanaat getiren polis, toplantıyı dağıtma kararı almıştır. Polis, eylemcileri otelin yakınlarındaki bir parka doğru sürmüş ve eylemciler bir süre sonra oradan ayrılmışlarıdır.

16 Aralık 2002'de başvurucular, Pest merkezi bölge mahkemesine, polisin aldığı tedbirlerin kanuna aykırı olduğunu tespit etmesi için başvurmuşlardır. Başvurucular, eylemin

tamamen barışçıl olduğunu ve tek amacının fikirlerini ifade etmek olduğunu ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, 1989 tarihli Toplantı Özgürlüğü Kanunu'nun ('toplantılara ilişkin kanun') hükümlerinin gerektirdiği gibi, polise üç gün önceden haber veremeyeceklerini, çünkü Başbakan'ın resepsiyona katılma niyetini, bir gece önce açıkladığını belirtmişlerdir.

6 Şubat 2003 tarihinde, bölge mahkemesi başvurucuların davasını reddetmiştir. Bu mahkeme, olayın koşulları bakımından, bir patlama sesi duyulduktan sonra, toplantının dağıtıldığını tespit etmiştir. Bölge mahkemesi ayrıca, yapılacak olan eylemden polisin haberdar edilmesi için gerekli üç günlük sürenin gözetilmesinin imkânsız olduğunu, çünkü eylemin yapılmasına yol açan başbakanın resepsiyona katılacağına ilişkin açıklamasının üç günden kısa bir süre önce gerçekleştiğini tespit etmiştir. Aynı zamanda, toplanma kendiliğinden gelişse bile, polisin haberdar edilmesine ilişkin yükümlülük tüm eylem biçimlerine uygulanır. Ayrıca, bu tür toplantılarla ilgili daha ayrıntılı düzenlemelere ihtiyaç bulunabilir, ancak bunu karşılamak hâkimin değil yasakoyucunun görevidir.

Bölge mahkemesine göre, kamusal alanda toplantı yapılacağına dair polise bildirimde bulunma yükümlülüğünün amacı, seyahat özgürlüğünün kullanılmasını ve trafiğin akışının sağlanmasına ilişkin kamunun menfaatini ve başkalarının haklarının korunmasını sağlamaktır. Bu mahkeme, eylemi organize edenlerin polise bildirimde bulunmayı düşünmediklerini tespit etmiş ve şunları eklemiştir:

> '(...) Yürürlükteki mevzuat hükümleri gereğince, bir toplantının barışçıl olması, polisin bundan haberdar edilmesi yükümlülüğünü ortadan kaldırmamaktadır. (...) Bildirime bulunmama, söz konusu toplanmanın kanuna aykırı olması sonucunu doğurduğu için, mahkeme bunun barışçıl olup olmadığını araştırmamaktadır. Böylelikle davalı polis, haklı olarak ve Toplantılar Kanunu'nun 14(1). fıkrası gereğince toplantıyı dağıtmıştır.'

Başvurucular, bu karara karşı üst başvuruda bulunmuşlardır. 16 Ekim 2003'te Budapeşte Bölge Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır. Bölge Mahkemesi, ilk derece mahkemesinin iç hukukun eksikliklerine ilişkin söylediklerini tekrarlamadan, gösterdiği gerekçeyi kısmen değiştirerek benimsemiştir. Bölge Mahkemesi, özellikle İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadına ve Anayasa Mahkemesinin 55/2001. (XI.29) no.lu kararına atıfta bulunarak, şunları eklemiştir:

> '(...) Milli mevzuatın ilgili hükümlerinin uygulanması sorununa ilişkin olarak, haber verme yükümlülüğünün hiçbir istisnası bulunmadığından, benimsenmesi gereken yaklaşım açıktır. Bu bağlamda, 'haber verilen' toplantılar ile 'doğaçlama' toplantılar arasında hiçbir fark yoktur ve doğaçlama toplantılar, yukarıda belirtilen tebliğ yükümlülüğünün yerine getirilmemiş olmasından ötürü, kanuna aykırıdırlar.'

Sonuç olarak Bölge Mahkemesi, başvurucuların toplanma hakkını kullanmalarına getirilen kısıtlamanın gerekli ve orantılı olduklarına karar vermiştir.

Başvurucuların Yüksek Mahkemeye yapmış oldukları temyiz başvurusu, 24 Şubat 2004 tarihinde, bu talebin usul kanununun ilgili hükümleriyle konu bakımından bağdaşmadığı gerekçesiyle, esas incelemesi yapılmaksızın reddedilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali iddiası

22. Başvurucular, barışçıl eylemlerinin, sadece polise önceden bildirimde bulunulmamış olması nedeniyle dağıtılmış olduğundan şikâyet etmektedirler.

(...)

B. Esas

1. Barışçıl toplanma hakkının kullanılmasına müdahale olup olmadığı

24. Hükümet, başvurucuların 11. maddedeki güvencelere dayanabileceklerine itiraz etmemiştir. Hükümet, toplantının dağıtılmasının başvurucuların bu maddedeki haklarının kullanılmasına bir müdahale oluşturduğuna da itiraz etmemiştir. Mahkeme, başka türlü karar vermesi için bir neden olmadığını tespit etmektedir. Hükümet, bu müdahalenin, 11. maddenin ikinci bendine göre haklı olduğunu öne sürmektedir.

2. Müdahalenin haklı olup olmadığı sorunu

25. Mahkeme, söz konusu cezanın 'hukuken öngörülmüş' olup olmadığına, 11. maddenin, 2. bendindeki meşru amaçlardan biri veya birden fazlasını izleyip izlemediği ve bu amaç ya da amaçların gerçekleştirilmesi için 'demokratik bir toplumda gerekli' olup olmadığına karar vermelidir.

a) Hukuken öngörülmüş olma

26. Başvurucuların barışçıl toplanma özgürlüğüne getirilen kısıtlamanın, ifade tarzı açık olan Toplantılar Hakkında Kanun'un 14. maddesine dayandığına taraflar itiraz etmemektedirler. Böylece, önceden görülebilirlik koşulu yerine getirilmiştir. Mahkeme, tarafların tutumundan ayrılmak için bir neden görmemektedir.

b) Meşru amaç

27. Başvurucular, bu konuda görüş bildirmemişlerdir.

28. Hükümet, kamusal alanlarda barışçıl toplanma hakkına yapılan söz konusu kısıtlamaların, örneğin, seyahat hakkı ve trafiğin akışını sağlama gibi başkalarının haklarını korumaya yönelik olduğunu öne sürmektedir.

29. Hükümete göre ayrıca, barışçıl toplanma özgürlüğü, devletin müdahale etmemesine ilişkin basit bir ödeve indirgenemez. Bazen bu toplantıların, barışçıl şekilde yürütülmesini sağlamak için pozitif tedbirlerin alınması gerekebilir. Üç günlük süre, polisin, diğer makamlarla eşgüdümlü olarak hareket edebilmesi, kuvvetlerini düzenleyebilmesi, itfaiyeyi harekete geçirebilmesi ve araçları çektirmesi için gerekli bir süredir. Birçok topluluğun, yetkili makamlara aynı yerde ve aynı zamanda eylem yapmak istediklerini beyan etmeleri halinde, ilave görüşmelerin yapılması da gerekebilir.

30. Bu unsurları dikkate alan Mahkeme, alınan tedbirin düzenin korunması ve başkalarının haklarının korunmasından oluşan meşru amaçları bulunduğuna ikna olmuştur.

c) Demokratik bir toplumda gereklilik

31. Başvurucular, spotane bir şekilde gelişen eylemlerinin barışçıl olduğunu ve polisin Toplantılar Hakkındaki Kanunun 14. maddesine göre ve sadece önceden bildirimde bulunulmamış olması nedeniyle eylemi dağıttığını ileri sürmüşlerdir. Başvuruculara göre, küçük bir patlama sesinin duyulması, böyle bir tedbirin alınmasını haklı çıkarmamaktadır; aksi halde polis, bu gerekçeyi öne sürerek ve başka gerekçe olmaksızın her türlü eylemi dağıtabilir.

32. Hükümet, başvurucuların yaptığı toplantının, bildirim eksikliği nedeniyle değil, polise göre Kempinski otelinde bulunan devlet temsilcilerinin güvenliğine karşı bir risk oluşturan patlama nedeniyle dağıtıldığını öne sürmektedir.

33. Mahkeme, Sözleşme'nin 11(2). fıkrasının, devletin toplanma özgürlüğüne 'hukuka uygun kısıtlamalar' getirebilmesine izin verdiğini hatırlatır.

34. Mahkeme, ulusal mahkemelerin söz konusu olayların kanuna uygunluğu hakkındaki kararlarını, sadece ön bildirim yapılmamış olmasına dayandıklarını tespit etmektedir. Ulusal mahkemeler, polisin aldığı tedbirlerin yasal olduklarına karar vermek için sadece bu gerekçeye dayanmışlar ve özellikle eylemin barışçıl niteliği gibi dosyadaki diğer unsurları dikkate almamışlardır.

35. Mahkeme, kamusal alanda yapılan toplantıların ön izin usulüne tabi tutulmasının, kural olarak barışçıl toplanma hakkının özünü zedelemediğini hatırlatır (*Rassemblement jurassien ve Unité jurassienne – İsviçre, no. 8191/78, Komisyon [k.k.]*). Ancak mevcut olayda kamuoyu, Başbakan'ın resepsiyona katılma niyetinden yeteri kadar öncesinden haberdar edilmemiştir. Başvurucuların barışçıl toplanma haklarından ya tamamen vazgeçmeleri ya da bu haklarını yasal kuralları hiçe sayarak kullanmaları gerekmiştir.

36. Mahkeme'ye göre, politik bir olaya gösteri şeklinde derhal tepki verilmesinin haklı görülebileceği özel koşullarda, barışçıl toplanmaya katılanların yasadışı hareketleri olmadığı halde sadece ön bildirim yapılmamış olması nedeniyle toplantıyı yasaklamak, barışçıl toplanma hakkına orantısız bir kısıtlama oluşturur.

37. Bu bağlamda Mahkeme başvurucuların, kamusal alanda yapılan her eylemin neden olacağı küçük rahatsızlıkların dışında, kamu düzeni için tehlike oluşturduklarını gösteren herhangi bir şeyin bulunmadığını tespit etmektedir. Mahkeme, 'göstericilerin şiddet eylemine karışmamış olmaları halinde, Sözleşme'nin 11. maddesinde güvence altına alınan toplanma özgürlüğünün içinin boşaltılmaması için, kamu makamlarının barışçıl toplantılar konusunda bir ölçüde hoşgörülü olmaları gerektiğini' hatırlatır (*Oya Ataman, §41-42*).

38. Yukarıda söylenenleri göz önünde tutan Mahkeme, başvurucuların barışçıl toplantılarının polis tarafından dağıtılmasının, demokratik bir toplumda izlenen amaçların gerçekleştirilmesi için gerekli olmadığına karar vermiştir.

39. Sözleşme'nin 11. maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

...

2. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine;

...

KARAR VERMİŞTİR.

14.12.2010 28003/03 HADEP VE DEMİR - TÜRKİYE

♦ *siyasi parti kapatma—yasadışı eylemlerin odağı olma—delillerin değerlendirilmesi* (ülke bütünlüğü aleyhine faaliyetlerin odağı haline geldiği ve terör örgütüne yardım ettiği gerekçesiyle siyasi partinin kapatılması) ■ örgütlenme özgürlüğü

DAVANIN ESASI

HADEP, 11 Mayıs 1994 tarihinde kurulan bir siyasi partidir. HADEP, 24 Aralık 1995 tarihinde yapılan genel seçimde 1,171,623 oy alarak, toplam oy oranının yüzde 4.17'sini elde etmiştir. 18 Nisan 1999 tarihinde yapılan genel seçimde ise 1.482.196 oy almıştır. HADEP, 18 Nisan 1999 tarihinde yapılan yerel seçimlerde 37 belediye başkanlığı kazanmıştır.

HADEP'in bazı yöneticileri hakkında çeşitli tarihlerde ceza davaları açılmıştır. Bazı davalar ertelenirken bazıları mahkûmiyetle sonuçlanmıştır. Bazı parti yetkilileri, Terörle Mücadele Kanununun (eski) 8. maddesi uyarınca "bölücü propaganda" yapmaktan, bazıları ise (eski) TCK'nın 312. maddesi uyarınca "halkı din ve ırk farkı gözeterek kin ve düşmanlığa açıkça tahrik etmek" suçundan mahkûm edilmişlerdir. HADEP'in bazı yetkilileri, açlık grevi yapanların HADEP'e ait binaları kullanmasına izin verdikleri ve PKK üyeleri tarafında hazırlanan bazı belgeleri aralarından birinin sahibi olduğu bir avukatlık bürosunda bulundurdukları gerekçesiyle, TCK'nın 169. maddesi uyarınca PKK'ya yardım etmekten mahkûm edilmişlerdir.

Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı 29 Ocak 1999 tarihinde, HADEP'in kapatılması talebiyle Anayasa Mahkemesine başvurmuştur. Yargıtay Cumhuriyet Başsavcısı, HADEP'in "Türkiye'nin bölünmez bütünlüğüne aykırı eylemlerin odağı" haline geldiğini iddia etmiştir. Başsavcı iddialarını desteklemek üzere, HADEP üyeleri aleyhinde devam etmekte olan ceza davalarına ve parti üyelerinin bazı eylemlerine atıfta bulunmuştur. Başsavcı ayrıca, 1996 yılında yapılan HADEP olağan kongresinde Türk bayrağı indirilerek yerine PKK bayrağı asıldığına atıfta bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, 13 Mart 2003 tarihinde oybirliğiyle HADEP'in kapatılmasına karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi kararını Anayasa'nın 68. ve 69. maddeleri ile Siyasi Partiler Kanunun 101. ve 103. maddelerine dayandırmıştır. Anayasa Mahkemesi, HADEP'in bazı liderlerinin ve üyelerinin eylemlerini göz önünde bulundurarak bu kararı vermiş ve HADEP'in PKK'ya yardım ve yataklık etmek de dâhil olmak üzere, yasadışı eylemlerin odağı haline geldiği sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi, özellikle HADEP'in 1996 yılında yapılan olağan kongresi sırasında HADEP üyesi olmayan maskeli bir kişinin Türk bayrağını indirerek yerine PKK bayrağı ile PKK lideri Abdullah Öcalan'ın posterini astığını kaydetmiştir. Aynı kongre sırasında PKK ve Abdullah Öcalan lehinde sloganlar atılmıştır. O sırada HADEP genel sekreteri olan ve aynı kongrede yer alan Murat Bozlak, Türk bayrağının indirilmesini engellemek için hiçbir şey yapmamış ve konuşmasında "anadillerinin konuşulmasına izin verilmeyen Kürtlerin Türkiye'deki varlığının inkâr edildiğini, devam etmekte olan askeri operasyonlara, katliamlara ve provokasyonlara rağmen PKK'nın ateşkesi sürdürdüğünü ve askeri operasyon veya kuşatmalarla hiçbir şeyin çözülemeyeceğini" ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi, Türk bayrağının indirilmesinin HADEP ve PKK arasında var olan bağlantıların bir kanıtı olduğu kanaatine varmıştır. Anayasa Mahkemesi, ayrıca, Bozlak'ın Türkiye'nin terörle mücadelesini "kuşatma" olarak nitelendirmesinin ve Kürtleri ayrı bir millet gibi göstermesinin, Bozlak'ın PKK'yı desteklediğinin bir göstergesi olduğu sonucuna varmıştır.

Anayasa Mahkemesi, kararında Sözleşme'nin 11. maddesine atıfta bulunarak, bu madde tarafından güvence altına alınan hakların mutlak olmadığını ve aynı maddenin ikinci paragrafında belirtilen koşullarda söz konusu hakların kısıtlanabileceğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, ayrıca, Sözleşme'nin 17. maddesine atıfta bulunmuştur.

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 69(9). fıkrası uyarınca, kırk altı parti üyesinin beş yıl siyaset yapmaktan men edilmesine ve HADEP'in malvarlığının Hazine'ye intikal ettirilmesine karar vermiştir. Anayasa Mahkemesi'nin kararı, 19 Temmuz 2003 tarihinde kesinleşmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlali iddiası

29. Başvurucular, HADEP'in kapatılmasının, Sözleşme'nin 11. maddesi tarafından güvence altına alınan örgütlenme özgürlüğünü ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuşlardır. (...)

A. Kabuledilebilirlik

(...)

B. Esas

(...)

(c) Demokratik bir toplumda gereklilik

(...)

(iii) Mahkeme'nim değerlendirmesi

56. Mahkeme, Sözleşme'nin 11. maddesinin özerk ve özel bir uygulama alanın sahip olmasına rağmen Sözleşme'nin 10. maddesi ışığında değerlendirilmesi gerektirdiğini hatırlatır. Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan toplanma ve örgütlenme özgürlüklerinin hedefi, fikirlerin ve bunları ifade etme özgürlüğünün korunmasıdır. Çoğulculuğu ve demokrasinin doğru şekilde işlemesini sağlamadaki önemli rolleri göz önüne alındığında, bu durum en çok siyasi partiler için geçerlidir.

57. Mahkeme'nin birçok defa belirtmiş olduğu gibi, çoğulculuk olmaksızın demokrasi olamaz. Bu nedenle, Sözleşme'nin 10. maddesinde yer alan ifade özgürlüğü, 10(2). fıkrasındaki şartlar saklı kalmak kaydıyla, yalnızca lehte olduğu kabul edilen ya da zararsız veya ilgilenmeye değmez görünen "haber" ve "düşünceler" için değil, ama ayrıca aleyhte olan, çarpıcı gelen veya rahatsız eden haber ve düşünceler için de uygulanır. Siyasi partilerin faaliyetleri kendiliğinden ifade özgürlüğünün topluca kullanılması oluşturduğundan, Sözleşme'nin 10. ve 11. maddelerinin korunması altına sokar (*TBKP – Türkiye, §42-43*).

58. Mahkeme'nin denetim yaparken görevi, ilgili ulusal makamların görüşlerinin yerine kendi görüşlerini koymak olmayıp, bu makamların takdir alanları içinde verdikleri kararları Sözleşme'nin 11. maddesine göre denetlemektir. Ancak bu demek değildir ki, Mahkeme davalı devletin takdir yetkisini makulce, dikkatlice ve iyi niyetle kullanıp kullanmadığını tespit etmekle sınırlı bir denetim yapmak zorundadır. Mahkeme, şikâyet konusu müdahaleye mevcut olayın ışığında bir bütün olarak bakmak ve müdahalenin "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığına ve müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından gösterilen gerekçelerin "ilgili ve yeterli" olup olmadığına karar vermek zorundadır. Mahkeme bunu yaparken, ulusal makamların Sözleşme'nin 11. maddesinde yer alan ilkelerle uyumlu standartları uyguladığına ve dahası kararlarını ilgili olayların kabul edilebilir bir takdirine dayandırdığına ikna olmak zorundadır (*ibid, §47*)

59. Buna ek olarak, siyasi partiler söz konusu olduğu zaman Sözleşme'nin 11. maddesinde belirtilen istisnalar çok dar yorumlanır; siyasi partilerin örgütlenme özgürlüğünün sınırlanmasını sadece ikna edici ve zorlayıcı sebepler haklı gösterebilir. Sözleşmeci Devletler, Sözleşme'nin 11(2). fıkrası anlamında bir gerekliliğin olup olmadığına karar verirken, sadece sınırlı bir takdir alanına sahiptirler; bu takdir alanı, hem mevzuatı ve hem de bu mevzuatın uygulanması için bağımsız mahkemelerin verdikleri kararları da kapsayan titiz Avrupa denetimiyle ele ele yürür (*ibid, §46*).

60. Mahkeme aynı zamanda, siyasi grupların faaliyetlerini yürütürken Sözleşme korumasından faydalanmaya devam edebilmeleri için mevcut sınırı şu şekilde tanımlamıştır (*TBKP, §57*):

"(…) demokrasinin başta gelen özelliklerinden biri, bir ülkenin sorunlarını şiddete başvurmadan, sıkıcı bile olsa diyalog yoluyla çözme imkânı tanımasıdır. Demokrasi ifade özgürlüğüyle gelişir. Bu açıdan bakılınca siyasi bir gruba, sırf devletin nüfusunun bir kısmının durumunu aleni biçimde tartışmayı ve demokratik kurallara uygun olarak herkesi tatmin edebilecek çözümleri bulmak üzere siyasal yaşamda yer almayı istediği için kendisine engel olunması haklı görülemez. TBKP'yi programıyla yargılamak, aslında TBKP'nin bu alandaki amacını da yargılamaktır. Bu davayı, Hükümetin atıfta bulunduğu davalardan ayıran da budur."

61. Bu noktada, Hükümetin de belirttiği gibi, Mahkeme, bir siyasi partinin, bir yasada ya da devletin anayasal ve hukuksal yapısında değişiklik yapmayı iki koşulla önerebileceğini düşünmektedir: Birincisi, bu amaçla kullanılan araçlar yasal ve demokratik olmalıdır; ikincisi, önerilen değişikliğin bizzat kendisi temel demokratik ilkelerle uyumlu olmalıdır. Buradan çıkan sonuca göre, liderleri şiddeti teşvik eden ya da demokrasiye saygı duymayan veya demokrasiyi ve bir demokraside tanınan hak ve özgürlükleri yok etmeyi amaçlayan bir siyasi parti, bu nedenlerle kendisine verilen cezalara karşı Sözleşme'nin korumasını ileri süremez (*mutatis mutandis, Sosyalist Parti ve Diğerleri, §46-47*).

62. Aynı şekilde, bir siyasi parti programının ya da liderlerin beyanlarının, ilan ettikleri amaçlar ve hedeflerden farklı bir amacı gizleyebilecekleri göz ardı edilemez. Gizleyip gizlemediklerini belirleyebilmek için, parti programı ve beyanlar ile partinin ve liderlerinin eylemleri ve savundukları görüşler bir bütün olarak ele alınıp karşılaştırılmalıdır (*Yazar ve Diğerleri* (*HEP*)*, §50*).

63. Mahkeme daha önce Türkiye'deki siyasi partilerin temelli kapatılmalarına ilişkin başvuruları incelemiştir (*kronolojik sırayla, Türkiye Birleşik Komünist Partisi* (*TBKP*)*; Sosyalist Parti ve Diğerleri; Özgürlük ve Demokrasi Partisi* (*ÖZDEP*)*; Yazar ve Diğerleri* (*HEP*)*; Demokrasi Partisi için Dicle* (*DEP*)*; Refah Partisi ve Diğerleri [BD]; Türkiye Sosyalist Partisi* (*STP*) *ve Diğerleri; Demokrasi ve Değişim Partisi ve Diğerleri; Emek Partisi ve Şenol; Demokratik Kitle Partisi ve Elçi*).

64. Bu davalarda olduğu gibi mevcut davada da müdahale oldukça radikaldir: HADEP açık bir şekilde derhal temelli kapatılmış, malvarlığı nakde çevrilmiş ve hukuken Hazine'ye havale edilmiş ve liderlerinin benzer siyasi faaliyetler yürütmeleri yasaklanmıştır.

65. Bu durumda Mahkeme, yukarıdaki düşünceler ve ilkeler ışığında, HADEP'in temelli kapatılmasının, demokratik bir toplumda gerekli görülüp görülemeyeceğine, bir başka deyişle bu müdahalenin "toplumsul ihtiyaç baskısını" karşılayıp karşılamadığına ve "izlenen meşru amaçla orantılı" olup olmadığına karar vermelidir.

66. Mahkeme öncelikle HADEP'in bazı üyelerinin Anayasa Mahkemesi'ne göre Anayasa'nın 69(6). fıkrasına göre partiyi yasadışı faaliyetlerin "merkezi" haline getiren faaliyetlerine ve ifadelerine dayanılarak temelli kapatıldığını gözlemlemektedir. Ayrıca, başvurucuların da belirttiği gibi, Anayasa Mahkemesi HADEP üyesi olmayan kişilerin de eylemlerini ve ifadelerini göz önüne almıştır.

67. HADEP'in programının Anayasa'nın 68(4). fıkrasına uygun olmadığı Başsavcı tarafından ileri sürülmediği gibi, Anayasa Mahkemesi de resen bu tür bir kanaate varmamıştır.

68. Her halükarda Mahkeme, HADEP'in parti programının şiddeti reddettiğini ve demokratik olan ve hukukun egemenliği ile insan haklarına saygıya uygun siyasi çözümler öngördüğünü kaydetmektedir. Anayasa Mahkemesinin kararında HADEP'in programında

ortaya konan barışçıl hedeflerine önem verilmemiş olması üzücüdür. Mahkeme bu bağlamda, bir siyasi parti üyelerinin parti tüzüğüne ve tutumuna aykırı eylemleri nedeniyle partinin sorumlu tutulamayacağını söyleyen Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 2002 tarihli kararında ortaya koyduğu bakış açısına atıfta bulunmaktadır.

69. Şimdi Mahkeme, HADEP'in, üyelerinin faaliyetleri ve ifadeleri nedeniyle PKK'ya yardım ve yataklık etmek dâhil yasadışı faaliyetlerin odağı haline geldiği yönünde Anayasa Mahkemesi'nin vardığı sonucun, olayların kabuledilebilir bir değerlendirilmesine dayanıp dayanmadığı hususunu inceleyecektir (*Yazar ve Diğerleri* (*HEP*)*, §55*).

70. Mahkeme, Anayasa Mahkemesi'nin kararında, HADEP'in bazı üyelerinin Türkiye'nin güvenlik güçlerinin Güneydoğuda yaptıkları terörle mücadeleyi "kirli savaş" olarak tanımlandıkları şeklindeki beyanlarına yer verdiğini kaydetmektedir. Aynı deyime Anayasa Mahkemesi'nin gerekçesinde de atıfta bulunulmuştur. Mahkeme, "kirli savaş" teriminin yer aldığı bazı makaleleri ve söylemleri daha önceki birkaç kararlarında incelemiş (*Birdal, §6 ve 37; Ulusoy, §13, 16 ve 47; Şener, §44 ve 45*) ve bunların Hükümet politikasının ve güvenlik güçlerinin eylemlerinin sert bir eleştirisi oldukları sonucuna varmıştır. Mahkeme bu ifadelerin kişileri nefrete, intikam almaya, suç işlemeye veya silahlı direnişe teşvik etmediğine karar vermiştir. Mahkeme mevcut davada da aynı görüşü benimsemektedir. HADEP üyelerinin, "kirli savaş" terimini içeren söylemlerinden hiçbiri şiddete, silahlı direnişe ya da isyana teşvik etmemektedir. Sonuç olarak, HADEP üyelerinin güvenlik güçlerinin terörle mücadeleleri hususunda yaptıkları katı ve düşmanca eleştiriler başlı başına, HADEP'i şiddet eylemleri gerçekleştiren silahlı gruplarla eşit hale getirecek yeterli kanıtları teşkil etmemektedir (*mutatis mutandis, Yazar ve Diğerleri* (*HEP*)*, §59*).

71. Anayasa Mahkemesi ayrıca, HADEP binasını ziyaret eden kişilere, özel bir televizyon kanalı olan MED TV'yi izlemelerine izin verildiğini kaydetmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre bu durum, HADEP ve PKK arasındaki bağlantıyı kanıtlayan sebeplerden biridir.

72. MED TV konusu da Mahkeme tarafından önceki bazı kararlarında incelenmiştir. Mahkeme, MED TV izleyen bir başvurucuyla ilgili *Albayrak* (§47) kararında ifade özgürlüğünün, kişinin şahsi görüşlerini, başkalarının kendisine ilettikleri veya iletebilecekleri veya iletmek istedikleri bilgilerden ayırmaya özen gösterilmesini gerektirdiğini hatırlatmıştır (*Korkmaz* (*no.1*)*, §10, 26 ve 28*). Mahkeme, yukarıda kaydedilen iki kararında olduğu gibi, mevcut davada da Anayasa Mahkemesi tarafından bu tür bir özenin gösterilmediği kanısındadır.

73. HADEP'in temelli kapatılmasını desteklemek için Başsavcı ve Anayasa Mahkemesi tarafından ileri sürülen bir diğer iddia, HADEP'in yıllık bir toplantısı sırasında, Türk bayrağının HADEP üyesi olmayan bir kişi tarafından indirilmesi ve yerine bir PKK bayrağı ile PKK lideri Abdullah Öcalan'ın posterinin asılmasıdır. Söz konusu günde toplantıya katılan HADEP genel sekreteri Murat Bozlak, Türk bayrağının indirilmesini engellemek için hiçbir şey yapmamıştır.

74. Mahkeme öncelikle Türk bayrağını indiren ve yerine PKK bayrağı asan kişinin, Anayasa Mahkemesi tarafından tespit edildiği gibi HADEP üyesi olmadığını kaydetmektedir. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın "Bir siyasî parti, bu nitelikteki fiiller o partinin *üyelerince* yoğun bir şekilde işlendiği … takdirde, söz konusu fiillerin odağı haline gelmiş sayılır", şeklindeki 69(6). fıkrasına bakmaksızın, ağırlık olarak bu olayı PKK ve HADEP arasındaki bağlantının güçlü bir kanıtı olarak değerlendirmiştir. HADEP'in yasal temsilcilerinin Anayasa Mahkemesi'ne sundukları ve söz konusu kişinin HADEP üyesi olmadığına ve olayı reddettiklerine dair görüşleri, Anayasa Mahkemesi tarafından dikkate alınmadığı anlaşılmaktadır.

75. Benzer şekilde Mahkeme, daha önce HADEP üyelerinden bazıları aleyhinde bazı eylemler nedeniyle açılmış ceza davalarının, Anayasa Mahkemesinin karar verdiği tarihte ertelenmiş olduğunu kaydeder. Ulusal mahkemeler söz konusu eylemleri nedeniyle bu üyeleri suçlu bulmadıkları ve hatta bu eylemlerin gerçekten meydana gelip gelmediği kanıtlanmadığı halde, Anayasa Mahkemesi HADEP üyelerinin bu eylemleri gerçekleştirerek HADEP'i yasadışı faaliyetlerin odağı haline getirdikleri sonucuna varırken bu iddiaları dayanak olarak almıştır. Mahkeme, Anayasa'da siyasi partilerin temelli kapatılma davalarında, söz konusu olayların ya da suçların kanıtlanmış olmasının gerekli görülmediğini gözlemlemektedir. Mahkeme'ye göre bu tür bir gerekliliğin mevcut olmamasının, Anayasa Mahkemesinin HADEP'i kapatırken kullandığı eşiği çok düşürdüğü kanaatindedir (bk. ayrıca Venedik Komisyonunun görüşünün 107. paragrafı)

76. Bu bağlamda Mahkeme ayrıca, 2001'de Anayasa'nın 69(7). fıkrasında yapılan değişiklik uyarınca, Anayasa Mahkemesi'nin bir siyasi partiyi temelli olarak kapatmak yerine, devletten aldığı mali yardımı tamamen ya da kısmen kesmeye karar verebileceğini gözlemlemektedir. Ancak bu altenatif ve daha az ağır bir tedbir Anayasa Mahkemesi tarafından bu davada değerlendirilmemiştir, çünkü aldığı oylar ve genel temsilci sayısı nedeniyle HADEP, devlet yardımı alan siyasi partiler arasında yer almamıştır.

77. Anayasa Mahkemesi verdiği kararda ayrıca, bazı HADEP üyelerinin Kürt milletini Türk milletinden farklı bir millet olarak kabul ettiğini kaydetmiştir. "Özgürlük, kardeşlik ve barış gibi kavramlara atıfta bulunarak ülkenin belirli bir kısmında yaşayan insanlar arasında farklı bir millet olma duygusu yaratmak için çalışmanın", HADEP ve PKK arasındaki bağlantının ve dayanışmanın bir kanıtı olduğu kanısına da varmıştır.

78. Mahkeme bu iddia için ikna edici bir temel bulunmadığı kanaatindedir. Mahkeme bu tür söylemlerin, HADEP'in programında ortaya konan hedeflerle bağlantılı olarak yorumlanması gerektiği kanaatindedir. HADEP'in programında, ülke sorunlarının çözülmesi için demokratik bir hükümet oluşturmak amacıyla kurulduğu belirtilmektedir. HADEP'in amacının, demokrasiyi tüm kuralları ve kurumlarıyla geliştirmek, etnik kökenlerini göz önüne almaksızın Türkiye'de yaşayan insanların haklarını savunmak ve refah düzeylerini artırmak olduğu belirtilmiştir. Bu nedenle Mahkeme, bir bütün olarak ele alınan söz konusu söylemlerin, esas itibariyle demokratik kurallara uygun olarak, "Türk ve Kürt halklarını kapsayan bir toplumsal düzenin kurulmasını" amaçlayan bir siyasi proje sunduğu kanaatindedir (*mutatis mutandis, Özgürlük ve Demokrasi Partisi* (*ÖZDEP*)*, §41*).

79. Ayrıca, bu tür söylemlerle HADEP'in kendi kaderini tayin hakkını savunduğu varsayılsa bile, böyle bir durum kendiliğinden demokrasinin temel ilkelerine aykırı değildir. Siyasi bir grubun, sırf bu tür fikirleri savunarak terörist eylemleri destekledikleri sonucuna varılacak olması, söz konusu mevzuların demokratik tartışma kapsamında ele alınmasını tehlikeye sokacak ve silahlı hareketlerin söz konusu ilkelere desteği kendi tekeline almasına imkan verecektir. Bu da Sözleşme'nin 11. maddesinin özüne ve dayandığı ilkelere ters düşecektir (*Yazar ve Diğerleri* (*HEP*)*, §57*).

80. Son olarak Mahkeme, Anayasa Mahkemesinin "terörü destekleyen ve terör tarafından desteklenen siyasi bir partinin mevcudiyetinin devamına izin verilmesi düşünülemez" şeklindeki ifadesine işaret eder. Esasen, Venedik Komisyonu tarafından da belirtildiği gibi, şiddet kullanılmasını savunan ya da şiddeti demokratik anayasal düzeni yok etmek için politik bir yol olarak kullanan siyasi partilerin yasaklanması ya da temelli kapatılması haklı görülebilmektedir. Ayrıca Mahkeme, *Herri Batasuna ve Batasuna – İspanya* kararında, siyasi bir parti ve bir terör örgütü arasındaki bağlantıların, objektif olarak, demokrasiye bir tehdit olarak kabul edilebileceği şeklinde vardığı sonucu hatırlatır (§85-91). Bununla birlikte Mahkeme, mevcut davada sunulan tüm delilleri incelediğinde, Anayasa

Mahkemesinin kararında atıfta bulunulan eylemlerin ve söylemlerin, HADEP'in kendisini PKK'nın terör eylemleri ile bağdaştırdığı ya da bu eylemleri bir şekilde teşvik ettiği kanısına varmamaktadır.

81. Yukarıda kaydedilenler ışığında Mahkeme, HADEP'in temelli olarak kapatılmasının "toplumsal ihtiyaç baskısı"nı karşıladığının söylenemeyeceği kanaatindedir.

82. Bir siyasi partinin kapatılmasının "çok ağır" bir tedbir olduğunu hatırlatan Mahkeme (*TBKP ve Diğerleri, §54 ve 61; Sosyalist Parti ve Diğerleri, §51*), mevcut davada başvurucuların örgütlenme özgürlüğüne bu şekilde müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olmadığı kanaatindedir.

Bu nedenlerle Mahkeme, HADEP'in kapatılmasının Sözleşme'nin 11. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmaktadır

(...).

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

(...)

2. Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

EVLENME HAKKI

Madde 12 – Evlenme hakkı

Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, evlenme hakkının kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalara göre evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.

AÇIKLAMA

Sözleşme'nin 8. maddesi "kurulmuş olan aileyi" korurken, 12. madde "evlenme" ve "aile kurma" haklarını düzenlemektedir. Mahkeme çoğu kez, evlat edinme gibi aile kurma hakkının farklı görünümlerini, çocuğun korunmasını ve evlenme ile ilgili sorunları, Sözleşme'nin 8. maddesi altında incelemeyi tercih etmiştir.

12. madde "ulusal yasalara uygun olarak" evlenme ve aile hakkının kullanılması öngörmektedir. Bu madde ile devletlere tanınan yetki bir "düzenleme" yetkisidir. Nitekim 12. maddedeki hakkın düzenlenmesinde devletlerin geniş bir takdir alanı bulunmaktadır. Devletler, evliliği, evlilik törenini ve hukuki sonuçlarını belirlemek bakımından geniş bir takdir alanına sahiptirler.

Ancak ulusal yasalardaki düzenlemeler, aile kurma ve evlenme haklarının kullanılmasını, hakkın özünü zedeleyici bir tarzda ve ölçüde kısıtlamamalıdır.

Sözleşme hukuku evliliği ancak "tek eşli evlilik" olarak düzenler ve değerlendirir (*Johnston ve Diğerleri, §52; F. - İsviçre, §38*).

Evlenme hakkı

Avrupa Konseyi'ne üye bütün devletlerde evlilik konusundaki "düzenlemeler" birer şart olarak görünmekte, evlilikle ilgili usul hükümleri ile maddi hükümler bu düzenlemelerin içinde yer almaktadır. Usul hükümleri, esas itibarıyla evliliğin alenileşmesi ve resmi bir şekilde yapılmasıyla ilgilidir; maddi hükümler ise öncelikle evlenme ehliyeti, iradesi ve belirli engellerle ilgilidir.

Cinsiyet yönünden sınırlama

Mahkeme ilk kararlarında, evlenme hakkının güvence altına aldığı hakkın içeriğini şöyle tanımlamıştır: 12. maddenin güvence altına aldığı evlilik "biyolojik olarak farklı cinsiyetten iki kişinin geleneksel evliliğidir. Maddenin yazım tarzı da bunu doğrulamaktadır; buna göre, bu maddenin esas olarak amacı, ailenin temeli olarak evliliği korumaktır" (*Rees, §49*). Mahkeme'nin bu kararındaki evlilik kurumu "biyolojik cinsiyet" kavramı üzerine kuruludur. O halde, 12. madde esasta bir "erkek" ve "kadının" evlenmesi hakkını güvence altına almaktadır.

Ancak bir kişi, biyolojik cinsiyetini değiştirip yeni bir cinsiyete geçmiş ise, başka bir anlatımla ameliyat geçirmiş transseksüel ise, bu içtihat uygulanacak mıdır? Mahkeme,

Rees – Birleşik Krallık, *Cossey – Birleşik Krallık* ve *Sheffield ve Horsham – Birleşik Krallık* kararlarında, ameliyat geçirmiş transseksüel başvurucuların karşı cinsiyetten bir kişi ile evlenmelerine ulusal hukukun izin vermemesi hâlini, Sözleşme'nin 12. maddesine aykırı görmemişti. Mahkeme'nin bu sonuca varmasının en önemli nedeni, cinsiyeti belirleyen ana unsur olarak biyolojik cinsiyeti temel almasıydı. Biyolojik cinsiyete bağlı olmadan bir evliliğe izin vermek ya da vermemek konusu ise, devletin takdir alanı kapsamında değerlendirilmekteydi. Bu çerçevede, bir devlet eğer cinsiyet değiştirmiş bir kişiye yeni cinsel kimliğinin zıddı olan cinsiyetten bir kişi ile evlenme imkânı tanımıyorsa, bu 12. maddeye aykırı değerlendirilmiyordu (*Cossey, §44-46; Sheffield ve Horsham, §66-67*).

Mahkeme, yukarıdaki içtihadını 2002 yılında verdiği *Christine Goodwin – Birleşik Krallık* kararı ile değiştirmiştir. Bu kararında Mahkeme, Sözleşme'nin 12. maddesinin evlenme hakkını güvence altına aldığını hatırlatmış ve "evlilik" kurumunun mutlaka bir çift olarak çocuğa sahip olma anlamına gelmediğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre bir çifti, çocuk yapabilme ve yetiştirme imkânından yoksun bulunması nedeniyle evlenme hakkından yoksun bırakmak doğru değildir (*§98*). Bu hakkın kullanılması kişisel, sosyal ve hukuksal sonuçlar doğurmaktadır. Bu hakkın kullanılması Sözleşmeci Devletlerin "ulusal yasalarına" tabidir; fakat "ulusal yasalardaki sınırlamalar, hakkın özünü zedeleyici bir tarzda ve ölçüde kısıtlanmamalıdır" (*Rees, §50*).

Christine Goodwin kararında Mahkeme, günümüzde toplumun, tıbbın ve hakların geçirdiği evrim dikkate alındığında, artık cinsiyeti sadece biyolojik ölçütlere göre belirlemenin gerçekçi olmadığını belirtmiştir (*§100*). Olayda başvurucu, cinsiyet değiştirmiş bir transseksüeldir. Yeni cinsiyeti olan kadın cinsiyeti altında bir erkekle birlikte yaşamakta ve bu kişiyle evlenmek istemektedir. Ancak Birleşik Krallık hukuku buna izin vermemektedir. Mahkeme, bu sınırlamanın evlenme hakkının özünü zedelediği ve 12. maddenin ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Transseksüeller konusunda Mahkeme, eski içtihadını değiştirmiştir. Diğer yandan, evlilik kurumunu "kadın" ve "erkek" olarak farklı cinsiyetlere münhasır tutan içtihat da kısmen değişikliğe uğramıştır.

Schalk ve Kopf – Avusturya kararı, aynı cinsiyetten bir insanla evlenmeye ulusal hukukun izin vermemesinin 12. maddeyle bağdaşıp bağdaşmadığı sorunu hakkındadır. Eşcinsel bir çift olan başvurucular 2002 tarihinde yetkili makamlardan evlenmelerine izin verilmesini talep etmişlerdir. Avusturya hukuku sadece karşı cinsiyetten insanlar arasında evliliğe izin verdiği gerekçesiyle bu talepleri reddedilmiştir. Konunun önüne getirildiği Avusturya Anayasa Mahkemesi, hem Avusturya Anayasası'nın hem de Sözleşme'nin, çocuk yapabilme imkânı ile donatılmış olan evlilik kavramının, farklı türdeki ilişkileri içine alacak şekilde genişletilmesinin gerektirmediğini belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi, Sözleşme'nin sağladığı korumadan eşcinsel çiftlerin de yararlandırılmaları ve evlilikle ilgili yasanın değiştirilmesi yükümlülüğü bulunmadığına karar vermiştir. Diğer yandan, Avusturya'da 1 Ocak 2010 tarihinde yürürlüğe giren Kayıtlı Birliktelik Yasası eşcinsel çiftlerin ilişkilerinin hukuken tanınması için resmi bir mekanizma kurmuştur. Bu yasaya göre kayıtlı partnerler, evli çiftlerin tabi oldukları hak ve yükümlülüklerin çoğunluğuna sahiptir, ancak evlilik ve kayıtlı birliktelik arasında, kayıtlı partnerlere uygulanan evlat edinme ve suni döllenme yoluna başvurma yasağı gibi, bazı farklılıklar korunmuştur.

Schalk ve Kopf davasında Mahkeme, başvuruyu önce 12. madde çerçevesinde incelemiştir. Mahkeme, ilk olarak bu düzenlemenin "erkek ve kadına" tanıdığı evlilik hakkının başvurucuların durumuna uygulanıp uygulanamayacağı konusunu tartışmıştır. Mahkeme bu davada kararını verdiği 2010 yılında, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerden sadece altı tanesinin eşcinsel evliliğe izin verdiğini belirtir. Ancak Avrupa Birliği Temel Haklar

Şartı'nın evlilik hakkıyla ilgili maddesinin "erkek" ve "kadın" ifadelerine gönderme yapmadan bu hakkı düzenlediğini kaydeder. Mahkeme bu gelişmeyi dikkate alarak, artık 12. maddenin "sadece farklı cinsiyette kişilerin evliliği" ile sınırlı bir hak olduğunun söylenemeyeceğini belirtir (*§61*). Bu nedenle Mahkeme, bu davada 12. maddenin uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır. Ancak Avusturya hukukunda eşcinseller arasında evliliğe izin verilmemiştir. Mahkeme, evlilik kurumunun bir toplumdan diğerine önemli ölçüde değişebilen derin sosyal ve kültürel çağrışımları bulunduğunu ve toplumun ihtiyaçlarını değerlendirme ve bunlara cevap verme açısından ulusal makamların daha iyi bir konumda olduklarını vurgulamıştır. Bu nedenle Sözleşme'nin 12. maddesi Avusturya Devletine eşcinsel çiftlerin evlenmelerine izin verme yükümlülüğü yüklememektedir. Bu gerekçelerle Mahkeme, 12. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, daha sonra şikâyeti Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. madde açısından da tartışmış ve bu maddelerin de ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, birlikte yaşayan ve düzenli fiili bir birlikteliğe sahip olan başvurucuların ilişkisinin, aynı durumdaki bir heteroseksüel çiftte olduğu gibi, "aile yaşamı" kavramı içinde değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme, Sözleşme'nin 12. maddesinin devlete eşcinsel çiftlerin evlenmelerine müsaade etme yükümlülüğü getirmediğini dikkate almış, başvurucuların böyle bir yükümlülüğün 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddeden çıkarılabileceği iddiasını kabul etmemiştir.

Dini evlilik

Devlet, evliliğin akdedilmesini belirli bir usule bağlı tutabilir. Bu çerçevede devlet, ulusal mevzuatta öngörülmediği halde dinsel bir törenle gerçekleştirilmiş olan bir evliliğe, resmi evliliğin bütün sonuçlarını tanımakla yükümlü tutulamaz (*Şerife Yiğit [BD], §102*).

Evlilik yaşı

Evlilik ancak yasal olarak kabul edilmiş ergenlik çağından itibaren kullanılabilen bir haktır. Bir dinin daha erken yaşta evliliğe izin vermesi, bu ilkeye bir istisna getirmez. Komisyon, *Khan – Birleşik Krallık* davasında (*no. 11579/85*), 21 yaşında bir Müslüman İngiliz ile 16 yaşından küçük bir Müslüman kızın (olay tarihinde 14 buçuk yaşında), kızın ailesinin istememesine karşın, dini nikâhla evlenmesi konusunu incelemiştir. Başvurucu, evlendikten sonra 16 yaşından küçük kızla cinsel ilişkiyi yasaklayan İngiliz kanunlarına göre ceza almış ve İnsan Hakları Avrupa Komisyonuna 9. maddenin ihlal edildiğini ileri sürerek başvurmuştur. Başvurucu, İslam dininin buluğ yaşından itibaren genç kızlara evlilik izni verilmesi kuralını ileri sürmüş ve İngiltere'de 16 yaşından küçük kızlarla cinsel ilişkiyi yasaklayan kural ve çarptırıldığı cezanın dinini açığa vurma özgürlüğünü ihlal ettiğini belirtmiştir. Komisyon, konuyu sadece Sözleşme'nin 9. maddesi açısından değil, ama aynı zamanda evlilik hakkını düzenleyen 12. maddesi açısından incelemiş ve bu iki maddenin de ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Komisyona göre, 9. madde din tarafından belirlenen her davranışı güvence altına almadığı gibi, 12. madde de devletlere evlilik kurumunu kurallarını belirlemek konusunda takdir alanı tanımaktadır.

Geleneksel evlilik

Munoz Diaz – İspanya davasında başvurucu, Roman geleneklerine göre akdedilen nikâhının geçerliliğinin emekli aylığı konusunda tanınmamasından şikâyetçi olmuştur. Mahkeme bu şikâyeti, Sözleşme'nin 12. maddesiyle bağlantılı olarak 14. madde ve Birinci Protokolün 1. maddesi çerçevesinde incelemiştir.

Munoz Diaz davasına konu olan olayda, başvurucu 1971 yılında Roman kökenli M.D. ile Roman usullere uygun bir şekilde evlenmiş ve ondan altı çocuğu olmuştur. Çocuklar

İspanya devletinin verdiği aile cüzdanına yazılmışlardır. 1986 yılında bu çifte kalabalık aile statüsü verilmiştir. 2000 yılında M.D. ölmüştür. M.D. 19 yıl boyunca sosyal güvenlik primi ödemiştir. Başvurucu eş, eşinin ölümüne bağlı olarak emekli aylığı almak istemiş, ancak hukuki anlamda M.D.nin eşi olmadığı gerekçesiyle bu talebi reddedilmiş ve bu karar ulusal mahkemeler tarafından onanmıştır.

Mahkeme bu davayı ilk olarak Sözleşme'nin 12. maddesiyle bağlantılı olarak 14. madde çerçevesinde incelemiştir. Mahkeme, İspanya'da medeni nikâh kurumunun mevcut olduğunu ve bu usulün ayrımcılığa yol açmaksızın son derece basit bir usul olduğunu kaydetmiştir. Bu nedenle Mahkeme, geleneksel Roman birlikteliğine medeni nikâhla aynı hukuki sonuçların tanımamış olmasını, Sözleşme'nin 12. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddeye aykırı görmemiştir. Ancak Mahkeme, Birinci Protokol'ün 1. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, başvurucunun evlendiği tarihte İspanya'da Katolik kilisesinin dini hukukunda öngörülen usuller dışında evlenmenin mümkün olmamasını dikkate almıştır. Kuşkusuz başvurucu daha sonra resmi evlilik yapabilirdi. Ancak başvurucu tamamen iyi niyetli bir şekilde, Roman usul ve geleneklerine göre akdedilmiş bir nikâhın evlilik kurumunun tüm sonuçlarını doğurduğuna inanmıştır. Ayrıca bu şekilde akdedilmiş nikâhlar ulusal makamlar tarafından kamu düzenine aykırı olarak değerlendirilmemiş ve hatta bu makamlar bazı açılardan başvurucunun eş niteliğini kabul etmiştir. Başvurucu ve ailesine kalabalık aile statüsü verilmiş, başvurucu ve altı çocuğuna sağlık yardımı yapılmış ve başvurucunun eşinden on dokuz yıl boyunca sosyal güvenlik primi alınmıştır. Bu durum başvurucuda, bağlı olduğu birliktelik rejiminin evlilik benzeri haklar tanındığı yönünde meşru bir beklenti yaratmıştır. Diğer yandan Mahkeme, bu davada azınlık durumunda olan bir topluluğun (Romanlar) kültürel değer ve adetlerinin söz konusu olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle Mahkeme, İspanya Devletinin emekli aylığı konusunda Roman usulüne göre akdedilen nikâhı geçerli saymamasını, orantısız bir tedbir olarak değerlendirmiştir.

Yabancıyla muvazaalı evlilik

Bir evliliğin geçerliliğini tanımak ya da tanımamak konusunda devletler belirli bir takdir alanına sahiptir. Muvazaalı bir evliliğin iptali, kamu düzenini ile başkalarının haklarını koruma amacı taşır. Sırf bir ülke vatandaşlığını almak ve kazandırmak için bir yabancı ile evlenmek, muvazaalı bir evlilik sayılabilir. Komisyon, *Benes – Avusturya* kararında (*no. 18643/91, Komisyon [k.k.]*), Avusturya vatandaşlığını elde etmek için Avusturya vatandaşı ile Çek vatandaşı arasında yapılan muvazaalı bir evliliği iptal etmiştir. Komisyon bu davada, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Yine, bir yabancı ile evliliğin geçerliliğinin tanınması için bazı süreler ve koşullar öngörülmesi, 12. maddeye aykırı değerlendirilmemiştir. Komisyona göre, Fransa dışında bir Fransız ile bir yabancı arasında muvazaalı evlenmeyi önlemek, Fransız vatandaşının konsolosluktan evlilik ehliyetinin bulunduğuna dair bir belge elde etmek için yaklaşık bir yıl kadar bekletilmiş olması, bu hakkın özünü zedelememiştir (*Sanders – Fransa [k.k.], no. 31401/96*). Ayrıca bir Hollandalı ile evlenmek isteyen Hollandalı ile bir yabancı ile evlenmek isteyen Hollandalı arasında evlenme koşulları bakımından farklılık olmasının meşru bir amacı izlediği kabul edilmiştir (*Klip ve Kruger – Hollanda [k.k.],* no. 33257/96).

Mağdur ile tutuklu sanığın evliliği

Frasik – Polonya kararına konu olan olay bir tutuklunun cezaevinde evlenmesine izin verilmemesi hakkındadır. Bir kadının başvurucu tarafından dövüldüğü ve tecavüz edildiği iddiasıyla şikâyetçi olması üzerine, başvurucu tutuklanmıştır. Aralık 2000'den itibaren başvurucu ve kadın birçok defa savcılığa barıştıklarını ve evlenmek istediklerini

söylemişler ve bu nedenle başvurucunun adli kontrol altında tahliyesini talep etmişlerdir. Ancak bu talepleri reddedilmiştir. Davanın açılmasından sonra mağdur kadın, mahkemeden kendisini başvurucuya karşı tanıklık yapmaktan muaf tutmasını istemiştir. 2001'de ilk derece mahkemesi, mağdurun evlilik bağından yararlanarak başvurucuya karşı tanıklık etmekten kaçınma hakkı kazanmasını engellemek amacıyla, başvurucuya cezaevinde evlenme izni vermeyi reddetmiştir. Hâkim ayrıca cezaevinin evlilik töreni için uygun bir yer olmadığını ve "ilişkilerini daha önce resmileştirmediklerinden" çiftin niyetinin samimiyetinin şüpheli olduğunu ifade etmiştir. Daha sonra başvurucu tecavüz ve tehdit suçlarından hapis cezasına çarptırılmıştır. Yüksek Mahkeme mahkûmiyet kararını onamış, ancak başvurucunun cezaevinde evlenmesine izin verilmemesinin Sözleşme'nin 12. maddesinin açık bir ihlali olduğunu belirtmiştir. Başvurucu Sözleşme 12. maddenin ihlal edildiği iddiasıyla İnsan Hakları Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Mahkeme *Frasik – Polonya* davasında, bir kadın veya erkek çiftin evlenmeye karar vermesinin, bu çiftten birisinin cezaevinde de olsa özgür de olsa, tamamen kişisel ve özel bir konu olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre, 12. madde bakımından ulusal makamların görevi, evlenme hakkının Sözleşme'ye uygun "ulusal yasalar uyarınca" kullanılmasını sağlamaktır. Ulusal makamlar evlilikle ilgili düzenleme yetkisine dayanarak, bir tutuklunun seçtiği kişiyle evlilik ilişkisi kurmaya karar vermesini engelleyemezler. Mahkeme'ye göre ana sorun, bir mahkûmun cezaevinde evlenmesinin uygun olup olmadığına karar vermek değil, bunun nasıl yapılacağına ilişkin yöntemi belirlemektir. Mahkeme'ye göre ulusal makamlar, evlenme hakkına, cezaevinin güvenliği veya suç işlenmesinin önlenmesi ve düzenin sağlanması gibi önemli gerekçeler göstermedikçe, sınırlama getiremezler. Bu olayda, hâkimin evliliğin aleyhe tanıkların dinlenmesi süreci üzerinde olumsuz sonuçları olacağı yönündeki kanaati, yargılama sırasında evlenme hakkının yasaklanmasının gerekçesini oluşturmuştur. Ancak bu yasağın hiçbir yasal temeli yoktur. Polonya hukukuna göre, müstakbel eşlerden birisinin bir ceza davasında sanık ve diğerinin de mağdur olması, evlilik için fiili veya hukuki bir engel oluşturmamaktadır. Eğer başvurucu tutuklu olmasaydı, yargılanma sırasında nüfus dairesine gidip evlenmesine hiçbir engel bulunmamaktaydı. Nüfus dairesi memurları evlilik işlemini yapmadan önce başvurucunun duygularının samimiyetini tartışmayacaklardı. Sonuç olarak Mahkeme, Yüksek Mahkeme'nin, başvurucunun evlenme hakkına yapılan müdahalenin orantısız ve keyfi olduğu yönündeki değerlendirmesini paylaştığını belirtmiştir. Mahkeme bu davada 12. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Göçmenler için izne bağlanan evlilik

O'Donoghue ve Diğerleri – Birleşik Krallık davası, İngiltere'de Anglikan kilisesi dışında evlenmek isteyen göçmenlerin bakanlıktan izin almaları şartıyla ilgilidir. Birleşik Krallık'ta evlenmek isteyen ancak Anglikan kilisesinde evlenmek istemeyen veya o bölgede bu kilise olmadığı evlenmeyen göçmen kontrolü kapsamında bulunan kişiler, ilgili mevzuata göre içişleri bakanlığından evlilik onay belgesi almak zorundadırlar. Bu izni almak için ilgili formu doldurmaları ve o tarihte 295 Sterlin dosya ücreti yatırılmaları gerekmektedir. Bu zorunluluğun istisnası veya bundan muaf tutulma ya da dosya ücretinin indirilmesi olanağı mevcut değildir. 2005 yılında getirilen bu düzenlemenin ilk haline göre onay belgesinin alınabilmesi için, talep sahibinin Birleşik Krallık'a giriş ve altı aydan fazla oturma izni almış olması ve onay başvurusunun yapıldığı tarihte en az üç daha oturma izni bulunması gerekmektedir. Daha sonra bu sistem iki kere değiştirilmiştir. Birinci değişiklik, yeterli giriş veya kalma izni olmayan başvurucuları, ikinci değişiklik giriş veya kalma izni olmayan başvurucuları kapsayacak şekilde genişletmiştir. Bu değişikliklerden sonra onay için başvuruculardan, yapmayı düşündükleri evliliğin samimi olduğunu göstermeleri için bilgi vermeleri istenebilecektir. Olayda, Nijerya vatandaşı olan ikinci başvurucu 2004 yılında Kuzey İrlanda'ya gelmiş, burada birinci başvurucuyla tanışmış

ve Mayıs 2006'da evlenmeye karar vermişlerdir. Başvurucular Katolik olduklarından ve zaten Kuzey İrlanda'da Anglikan kilisesi bulunmadığından, Anglikan kilisesinde evlenmek istememişlerdir. Bu nedenle bir onay belgesi almak için başvurmuşlardır. Ancak bir sığınmacı olan ikinci başvurucu, ancak Haziran 2007'de, üçüncü değişikliğin yürürlüğe girmesiyle birlikte onay belgesi almak için gerekli şartlara sahip olmuştur. Başvurucular Temmuz 2007'de bir onay belgesi için başvurmuşlar ve ayrıca dosya ücretinden muaf tutulmayı talep etmişlerdir. Dosya ücretini ödemediklerinden talepleri reddedilmiştir. Sonuç olarak, başvurucular arkadaşları sayesinde söz konusu parayı bir araya getirebilmiş ve böylece Temmuz 2008'de bir onay belgesi alabilmişledir.

Mahkeme, *O'Donoghue ve Diğerleri* davasında, genel bir kısıtlama kuralı öngörülerek, evlenme hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, göçmen kontrolü kapsamına giren bireylere Birleşik Krallık'ta evlenebilmek için onay belgesi alma zorunluluğunun getirilmesi, birçok önemli kaygılara neden olmaktadır. Böyle bir belgeyi verip vermeme yönündeki karar, esas olarak, bir evliliğin gerçek veya sahte olup olmadığının incelendiği bir prosedürün sonucuna dayanmamaktadır. Bu kısıtlama, oturma iznine sahip olmayan veya yeterli bir oturma iznine sahip olmayan yabancı ülke vatandaşları gibi belli bir kategorideki insanların evlenme hakkına yönelik genel bir yasak getirmektedir. Oysa Mahkeme'ye göre, Sözleşmeci Devlet tarafından bu insanların evlenme hakkını kullanmalarına genel bir yasak getirilmesini haklı kılacak makul bir neden gösterilmemiştir. Bu kategorideki insanların sahte evlilik yaparak oturum almayı amaçladıkları dikkate alınacak bir unsur olsa da, kurulmak istenen evlilik bağının gerçek olup olmadığı incelenmeksizin böyle bir genel yasağın kabul edilmesi, evlilik hakkının özünü zedelemektedir. Bu genel yasaklamaya insani nedenlerle bir istisna getirilme olanağının bulunması bu sonucu değiştirmemektedir, çünkü bu istisnanın tanınması tamamen bakanlığın takdirine bırakılmıştır. Ayrıca Mahkeme, muhtaç birisinin ödeyemeyeceği kadar yüksek olan dosya ücretini ödenme yükümlülüğünü de evlilik hakkının özünü ihlal eder nitelikte görmüştür.

Boşanma hakkı

Sözleşme'nin 12. maddesi, evlenmeme hakkını kapsamakla birlikte, boşanma hakkını içermez. Mahkeme, evlenme hakkından hareketle boşanma hakkını içtihadî yolla tanıma imkânını açıkça kapatmıştır (*Johnston ve Diğerleri, §54*).

Johnston ve Diğerleri – İrlanda kararında Mahkeme, Sözleşme'nin 12. maddesinden bir boşanma hakkı türetilip türetemeyeceğine karar verebilmek için, bu maddedeki terimlere kendi bağlamları içinde ve maddenin amacının ışığı altında verilmesi gereken olağan anlamları tartışmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, "evlenme hakkı" kelimelerinin olağan anlamının açık olduğunu belirtmiş ve bu kelimelerin evlilik ilişkisi kurmayı kapsadığı, fakat evliliğin çözülmesini kapsamadığı görüşünü benimsemiştir. Dahası bu kelimeler, bu hakkı "ulusal yasalara" açıkça göndermede bulunan bir bağlam içinde ele almaktadırlar. Boşanma yasağı, evlenme hakkına bir kısıtlama şeklinde görülse bile, Mahkeme böyle bir kısıtlamanın, tek eşlilik ilkesini benimsemiş bir toplumda, 12. maddede güvence altına alınmış hakkın özünü zedelediğini düşünmediğini belirtir. Ayrıca Mahkeme'ye göre, 12. maddesinin bu yorumu, Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında benimsenen maddenin amacına da uygundur. Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları, 12. maddeye evlilik bağlarını boşanmayla çözme hakkını dâhil etme niyeti bulunulmadığını göstermektedir. Bu gerekçelerle Mahkeme, 12. maddeden bir boşanma hakkı türetilemeyeceği sonucuna varmıştır.

Boşanma hakkını 12. madde kapsamı dışında tutan birçok karara rağmen Mahkeme, boşanma usulü ile ilgili birçok sorunu bu madde kapsamında incelmektedir.

Mahkeme'ye göre, eğer bir ülkenin ulusal mevzuatı boşanma hakkını tanımışsa, yeniden evlenme hakkı makul olmayan sınırlamalara tabi tutulmamalıdır (*F. - İsviçre, §38*). Bu bağlamda Mahkeme, ulusal mahkemelerin boşanma davasını makul bir süre içinde bitirememeleri sorununu, belirli bazı koşullar altında, 12. madde altında inceleyebilmektedir (*Aresti Charalambous, §56*). Ayrıca Mahkeme, ulusal makamların boşanma davasını etkili bir tarzda yürütmelerinin ve bu tür davaların kendine özgü niteliklerini dikkate almalarının önemli olduğunu vurgulamıştır (*V.K. - Hırvatistan, §106*).

F. – İsviçre davasında boşanmanın ardından bir ulusal mahkeme tarafından başvurucuya üç yıl süreyle yeniden evlenme yasağı getirilmiştir. Daha önce iki defa boşandıktan sonra üçüncü kez evlenip bir hafta sonra bu eşine karşı boşanma davası açan F.'nin davasında Mahkeme, bu konuyu 12. madde ışığında incelemiştir. Mahkeme'ye göre başvurucu F'nin durumu, halen evli bir adamın evliliğini sona erdirme ya da boşanma hakkından farklıdır. Mahkeme, 12. maddenin, eğer bir ulusal mevzuat boşanmaya izin veriyor ise, boşanmış bir kimsenin yeniden evlenme hakkını makul olmayan kısıtlamalara tabi tutmaksızın koruduğunu belirtmiştir. Mahkeme, *F. - İsviçre* kararında, başvurucuya bir mahkeme tarafından konulan üç yıl süreyle evlenme yasağını, 12. maddedeki hakkın özünü zedeleyen, orantısız bir müdahale olarak değerlendirmiş ve bu maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Aile kurma hakkı

Sözleşme'nin 12. maddesi bütün erkek ve kadınlara aile kurma hakkı tanımakta ve bu hakkı güvence altına almaktadır. Bu hak, ilke olarak, devlet tarafından müdahale edilemeyecek nitelikte bir haktır. Başka bir anlatımla, kamu makamları kişilere doğum kontrol önlemlerini kullanma veya gebeliği sonlandırma ya da kısırlaştırmaya tabi tutulma gibi zorunluluklar getiremezler.

12. madde soyut olarak evlat edinme hakkı tanımamaktadır. Bu madde, evlilik bağı çerçevesinde aile kurma anlamına gelmekte ve serbest birliktelikleri kapsamamaktadır. Bu tarz birliktelikler, Sözleşme'nin 12. maddesi değil, 8. maddesi çerçevesinde korunmaktadır.

Ayrıca 12. madde, devletlere eşlerin birlikte yaşamalarını sağlama yükümlülüğü yüklememektedir. Bu konu Mahkeme kararlarında Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde tartışılmaktadır. *Gribenko – Letonya* kabuledilebilirlik hakkında kararında Mahkeme, 12. maddenin devletlere evli çiftlerin ortak ikametgâh tercihlerini ya da o ülke vatandaşı olmayan evli çiftlerin yerleşme taleplerini karşılama zorunluluğu getirmediğini belirtmiştir.

Strazburg organları önüne aile kurma hakkına ilişkin çok az sayıda dava gelmiştir. Bu kararlarda aile kurma hakkı bir çift olarak çocuk sahibi olmak hakkı ile bağlantılı değerlendirilmektedir. Çocuk sahibi olmaya ya da evlat edinmeye ilişkin birçok dava ise, 2013 tarihli *X. ve Diğerleri – Avusturya* davasında olduğu gibi, Sözleşme'nin 8. maddesi ve bu maddeyle bağlantılı olarak 14. madde çerçevesinde incelenmektedir. Bunun nedeni, Strazburg organları içtihatlarında 12. madde ile ilgili şikâyetlerin "kadın ve erkeğin evlilik ilişkisi" bağlamında incelemeye konu olması, buna karşılık Sözleşme'nin 8. maddesinin daha geniş kapsamlı bir değerlendirmeye imkân vermesidir.

Aile kurma hakkının bir çift olarak çocuk sahibi olmak hakkı ile birlikte değerlendirilmesi, bu maddenin her çiftin her istediği zaman ve her istediği yerde çocuk yapma hakkına sahip olduğu şeklinde yorumlandığı anlamına gelmemektedir. Örneğin cezaevlerinde eşler arasında cinsel birlikteliğin sınırlandırılması ya da yasaklanması bu bağlamda görülen bir sınırlamadır (*X. – Birleşik Krallık, Komisyon [k.k.]*).

Dickson – Birleşik Krallık davasında, başvurucu cinayet suçundan müebbet hapis cezası almış bir yükümlüdür. Başvurucu, cezaevinde hükümlü bir kadınla evlenmiştir. Bu kadının cezaevinden tahliye edilmesinin ardından, başvurucu yapay döllenme ile çocuk sahibi olma talebini cezaevine bildirmiştir. Ancak bu talebi reddedilmiştir. Mahkeme, bu davada başvurucunun şikâyetini ilk olarak 8. madde kapsamında incelemiştir. Mahkeme, bu davada başvurucunun öne sürdüğü kişisel yarar ile bu kısıtlamanın amaçladığı kamusal yarar arasında denge konusu yeterince değerlendirilmediği gerekçesiyle 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu davada Mahkeme, başvurucunun şikâyetini ayrıca 12. madde çerçevesinde incelemeyi gerekli görmemiştir.

Ayrıca bu düzenleme bireylere çocuk sayısı bakımından da bir hak tanımaz. Başka bir anlatımla bu düzenlemeden çocuklu ailelere aile yardımı yapılması gerekliliği yönünde bir pozitif yükümlülük türetilemez.

ÖRNEK KARARLAR

17.10.1986 9532/82 REES - BİRLEŞİK KRALLIK

♦ *evlenme engeli—transseksüelin evlenememesi* (cinsiyet değiştirerek erkek olan başvurucunun doğum kütüğünün değiştirilmemesi nedeniyle evlenememesi *evlenme hakkı*) ■ evlenme hakkı

DAVANIN ESASI

I. Dava konusu olaylar

Başvurucu 1942 doğumlu bir Britanya vatandaşıdır. Doğduğu zaman kadın cinsiyetinin bütün fiziksel ve biyolojik özelliklerine sahip olan başvurucu, doğum kütüğüne Brenda Margaret Rees adıyla bir kız çocuğu olarak kaydedilmiştir. Ancak başvurucu, erken yaşlardan itibaren erkeksi tavırlar göstermeye başlamış ve ikili bir görünüm sergilemiştir. Başvurucu 1970'de, transseksüelliğin tıbben kabul edilmiş bir durum olduğunu öğrenince, tedavi görmek istemiştir. Başvurucuya bir çeşit hormon tedavisi uygulanmış ve ikinci derece erkek özellikleri gelişmeye başlamıştır.

Artık bir erkek adayı olan başvurucu, Eylül 1971'de adını Brendan Mark Rees olarak ve daha sonra Eylül 1977'de Mark Nicholas Alban Rees olarak değiştirmiştir. Başvurucu bundan böyle erkek olarak yaşamaya başlamıştır. Başvurucu adını değiştirdikten sonra, yeni adıyla yeni bir pasaport almak için başvurmuş ve almıştır. Ancak kendisine "Bay (Mr.)" öneki verilmemiştir.

Fiziksel ve cinsel dönüşüm sağlamak üzere, Mayıs 1974'te iki taraflı masectomy ile birlikte cerrahi tedavi görmüş ve kadın organları alınmıştır. Bu tedavi ve ameliyat giderleri Milli Sağlık Hizmetleri tarafından karşılanmıştır.

Başvurucunun 1973 yılından bu yana, transseksüellerin sorunlarını çözmek üzere bir kanun teklifi vermeleri için Meclis üyelerini ikna etme girişimi sonuç vermemiştir. Başvurucunun doğum kütüğünde erkek olarak gösterilmesi için, kendisi ve kendisi namına bazı milletvekilleri tarafından Nüfus Genel Müdürlüğünden talepte bulunulmuş, fakat sonuç alınamamıştır.

Başvurucunun avukatı 10 Kasım 1980'de, 1953 tarihli Doğum ve Ölüm Kütüğü Kanununun 29(3). fıkrası gereğince, "kütük yazımında bir hata" bulunduğu gerekçesiyle, Genel Müdürlüğe resmi bir talepte bulunmuş ve bu talebini desteklemek üzere, Dr. C.N. Armstrong tarafından verilmiş bir sağlık raporunu eklemiştir. Dr. Armstrong'un rapordaki görüşüne göre, kromozom cinsiyeti, gonadal (yumurtalık veya erbezi) cinsiyeti, görünüm cinsiyeti (dış genital ve beden biçimi) ve psikolojik cinsiyet şeklindeki dört kriterinden sonuncusu, en önemli kriterdir; çünkü bireyin sosyal faaliyetlerini ve yetişkin yaşamındaki rolünü belirlemektedir. Yine bu doktorun görüşüne göre psikolojik cinsiyet, yaşamın daha ileri bir aşamasında görünmekle birlikte, doğum öncesinde belirlenmektedir. Dr. Armstrong'a göre, başvurucunun psikolojik cinsiyeti erkek olduğundan, kendisi erkek olarak tanımlanmalıdır.

Genel Müdürlük, kütük düzeltme talebini 25 Kasımda reddetmiştir. Genel Müdürlüğe göre psikolojik cinsiyet belirleyici değildir; "diğer kriterler (kromozom cinsiyeti, gonadal cinsiyet ve görünüm cinsiyeti) bakımından bir sağlık raporu bulunmadığına göre", "doğum kütüğünde çocuğun belirtilen cinsiyetinde hata yapıldığını kabul etmek mümkün değildir". Başvurucu, bu talebini destekleyecek başka bir delil sunmamıştır.

Başvurucu, kendisini bir erkek olarak görmüş ve sosyal hayatta da bu şekilde kabul edilmiştir. Doğum belgesi dışında, bütün resmi belgelerde yeni adı, önekinin kullanıldığı her yerde de "bay (Mr.)" öneki yer almaktadır. 1984'te çıkardığı pasaportuna "bay" öneki eklenmiştir.

II. İç hukuk ve uygulama

İngiliz hukukunda evlilik, bir erkek ve bir kadının, başka herkesi dışarıda bırakarak, bütün bir yaşam için iradi birlikteliği şeklinde tanımlanmaktadır (pre Lord Penzance in Hyde v. Hyde (1868) Law Reports 1 Probate ve Divorce 130, 133). 1973 tarihli Evlenme Yasasının 13. maddesi, tarafların erkek ve kadın olmaması halinde, bir evliliğin başlangıçtan beri hükümsüz (void ab initio) olduğuna dair içtihat hukukuna yasallık kazandırmıştır.

1971 tarihli Corbett v. Corbett davasında (Probate Reports 83), Dava Mahkemesinin verdiği karara göre, bir evlilik sözleşmesinin geçerliliği bakımından cinsiyet, birbirleriyle uyumlu chromosamal, gonadal ve genital testlerle belirlenir. Doğum belgesi, bir evliliğin hükümsüz olup olmadığı konusunda doğan sorunun çözümünde, sadece doğumunu belgelediği kişinin kimliğini ve cinsiyetini kanıtlayan bir delil olarak bir öneme sahiptir. Doğum kütüğünde kişinin cinsiyetiyle ilgili kayıt, bir ön delildir (karinedir, prima facie). Ancak bu karine, aksi yönde gösterilen yeterli ağırlıktaki delillerle çürütülebilir.

Bir kimse, evlilikle ilgili kanun hükmü gereğince, evlenebilmek veya evlilik belgesi alabilmek için bilerek ve isteyerek yalan yere yemin eder veya yanlış beyanda bulunur veya böyle bir beyanı içeren bir yazıyı veya belgeyi imzalarsa, 1911 tarihli Yalan Yere Yemin Kanunun (Perjury Act) 3. maddesinin 1. fıkrası gereğince suçlu olur. Ancak ülke dışında evlilik yapan bir kimse, bu Kanuna göre kovuşturulmaz.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiası

(…)

II. Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlali iddiası

48. Başvurucu, Birleşik Krallıkta halen yürürlükte olan hukuka göre, bir kadınla evlenememekten şikâyetçi olmuştur. Başvurucu Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. (…)

Hükümet bu iddiaya karşı çıkmıştır; Komisyon çatışan iki görüş arasında bölünmüştür.

49. Mahkeme'ye göre, evlenme hakkını güvence altına alan Sözleşme'nin 12. maddesi, karşı biyolojik cinsiyette bulunan kişiler arasındaki geleneksel evliliğe göndermede bulunmaktadır. Bu durum, Sözleşme'nin 12. maddesinin, esas itibarıyla ailenin temeli olarak evliliğin korunmasıyla alakalı olduğunu açıklayan maddenin ifade tarzından anlaşılmaktadır.

50. Ayrıca, Sözleşme'nin 12. maddesi, bu hakkın kullanılmasını, Sözleşmeci Devletlerin ulusal yasalarına tabi tutmaktadır. Ulusal yasalardaki sınırlamalar, hakkın özünü zedeleyici bir tarzda kısıtlamamalı veya bu ölçüde daraltmamalıdır. Ancak, Birleşik Krallıkta karşı biyolojik cinsiyetlerden olmayan kişilerin evlenmeleri üzerindeki hukuki engelin, bu tür bir etkiye sahip olduğu söylenemez.

51. Buna göre mevcut olayda, Sözleşme'nin 12. maddesi ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

(…) Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

18.12.1986 9697/82 JOHNSTON VE DİĞERLERİ - İRLANDA

♦ *boşanma yasağı* (İrlanda hukukunda boşanmayla ilgili hüküm bulunmaması nedeniyle evli olan birinci başvurucunun uzun süredir birlikte yaşadığı ikinci başvurucuyla evlenememesi, evlenme hakkını düzenleyen maddenin boşanma hakkını kapsamaması nedeniyle maddenin uygulanabilir olmaması), *fiili aile—boşanamama nedeniyle yeniden evlenememe—devletin pozitif yükümlülüğü* (on beş yıldır birlikte yaşadıkları halde evlenemeyen başvuruculardan birinin evli olduğu eşinden boşanabilmesi için devletin tedbir alma yükümlüğünün bulunmaması), *vatandaşlar arasında farklı muamele* (mali imkânı bulunanların yurtdışında elde ettikleri boşanmaların ulusal mahkemeler tarafından tanınıyor olmasına rağmen imkânı bulunmayanların boşanamamaları nedeniyle farklı muamele, başvuruculların yurtdışında ikametgâhı bulunanlar ile karşılaştırılabilir durumda olmamaları), *inancına aykırı yaşamaya zorlanma* (eşinden boşanamayan birinci başvurucunun ikinci başvurucuyla evlilikdışı bir ilişkiden başka bir ilişki yaşama imkanı bulunmaması, boşanma yasağının başvurucunun inançlarını açığa vurma özgürlüğüne müdahale oluşturmaması) ■ evlenme hakkı—aile yaşamına saygı hakkı—ayrımcılık yasağı—din özgürlüğü

DAVANIN ESASI

Birinci başvurucu Roy H. W. Johnston 1930 doğumlu bir İrlanda vatandaşı, ikinci başvurucu Janice Williams-Johnston 1938 doğumlu bir Britanya vatandaşıdır; bunların kız çocukları olan üçüncü başvurucu Nessa Williams-Johnston 1978 doğumludur. Başvurucular birlikte İrlanda'da yaşamaktadırlar.

Birinci başvurucu, 1952'de bayan M. ile evlenmiş ve bu evlikten üç çocuğu olmuştur. Birinci başvurucu ve eşi 1965 yılında, evliliklerinin tamir edilemeyecek şekilde bozulduğunu anlamışlar ve ortak evlerinin ayrı katlarında ayrı olarak yaşamaya karar vermişlerdir. Yıllar sonra her ikisi de, diğer eşin bilgisi ve rızasıyla, başka kişilerle ilişki kurmuşlar ve aynı evin değişik katlarında birlikte yaşamaya başlamışlardır. 1976 yılında birinci başvurucunun eşi ayrı bir eve taşınmıştır.

1978 yılında ikinci başvurucu, 1971 yılından beri birlikte yaşadığı birinci başvurucu Roy Johnston'dan, üçüncü başvurucu olan kız çocuklarını dünyaya getirmiştir. Birinci başvurucu kendini, çocuğun doğum kütüğüne babası olarak yazdırmıştır. Birinci başvurucu, ikinci ve üçüncü başvuruculların geçimlerini sağlamış, ikinci ve üçüncü başvurucu ile ilk eşinden olma çocuklarına malvarlığının kalması için vasiyetname hazırlamıştır.

1937 yılında yürürlüğe giren İrlanda Anayasası, boşanmayı yasaklamıştır. Boşanma yasağının kaldırılmasını öngören değişiklik, 26 Haziran 1986 tarihinde yapılan referandumda reddedilmiştir. Ancak İrlanda mahkemeleri, İrlanda vatandaşlarının, yurtdışında ikametgâhları bulunmaları koşuluyla, yurtdışında gerçekleştirdikleri boşanmaları tanımaktadır.

İrlanda'da boşanma yasağı nedeniyle, bir evliliğin bozulmasından sonra eşlerden biri bir başkasıyla düzenli bir ilişki kursa da, diğer eş hayatta olduğu sürece, bir başkasıyla evlenemez; bu ilişki, Anayasanın 41. maddesi bakımından bir aile olarak kabul edilmez; hukuken birbirlerini destekleme yükümlülükleri yoktur; birbirlerine mirasçı olamazlar.

Evlilikdışı doğan çocuk, evlilikiçi çocuğa göre, anne babasından daha az miras hakkına sahiptir. Evlilikdışı çocuğun velisi, sadece annesidir; anne ve babası, bu çocuğu birlikte evlat edinemezler; anne ile babasının daha sonra evlenmeleri, evlilikdışı çocuğu evlilikiçi çocuk haline getirmez.

Hükümet 1986'da Parlamentoya, Çocukların Statüsü Hakkında Yasa Tasarısını sunmuştur. Bu tasarı, yürürlükteki hukukta evlilikdışı doğan çocuklara karşı varolan ayrımcılığı mümkün olduğu kadar kaldırmayı hedeflemektedir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

(…)

Birinci ve ikinci başvurucuların durumu

A. Boşanamama ve yeniden evlenememe

1. Sözleşme'nin 12 ve 8. maddeleri

49. İrlanda hukukunda Roy Johnston'un evliliğini çözme imkânı bulunmaması ve bunun sonucu olarak, Janice Williams-Johnston ile evlenememesi nedeniyle, bu iki başvurucu Sözleşme'nin 12 ve 8. maddelerinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. (…)

Hükümet bu iddiaya karşı çıkmış, Komisyon da iddiayı reddetmiştir.

50. Başvurucular, davalarının bu kısmı ile ilgili olarak asıl sorunun, Sözleşme'nin boşanma hakkını güvence altına alıp almaması değil, fakat birbirleriyle evlenememelerinin, Sözleşme'nin 12. maddesindeki evlenme veya yeniden evlenme hakkı ile 8. maddesindeki aile yaşamına saygı hakkına uygunlu sorunu olduğunu söylemişlerdir.

Mahkeme, ortaya çıkan meselelerin, bu şekilde kesin bölümlere ayrılabileceğini düşünmemektedir. Tek eşlilik prensibinin benimsendiği herhangi bir toplumda, bay Roy Johnston'un, bayan Johnston ile olan evliliği çözülmedikçe, başka biriyle evlenebilmesi düşünülemez. İkinci başvurucu ise, genel olarak evlenememekten değil, fakat birinci başvurucuyla evlenememekten şikâyet etmekte olup, bu durum tabi ki birinci başvurucunun boşanamamasından kaynaklanmaktadır. Sonuç olarak başvurucuların davaları, boşanamama sorunundan ayrı bir şekilde incelenemez.

(a) Sözleşme'nin 12. maddesi

51. Mahkeme, başvurucuların Sözleşme'nin 12. maddesinden bir boşanma hakkı türetip türetemeyeceklerine karar verebilmek için, bu maddedeki terimlere kendi bağlamları içinde ve maddenin amacı ve gayesinin ışığı altında verilmesi gereken olağan anlamları araştıracaktır (*Golder, §29 ve Antlaşmalar Hukuku Hakkında 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi, md. 31*(*1*)).

52. Mahkeme, "evlenme hakkı" kelimelerinin olağan anlamının açık olduğu, bu kelimelerin evlilik ilişkisi kurmayı kapsadığı, fakat evliliğin çözülmesini kapsamadığı şekildeki Komisyon'un görüşüne katılmaktadır. Dahası bu kelimeler, "ulusal yasalara" açıkça göndermede bulunan bir bağlam içinde yer almaktadırlar. Boşanma yasağı, başvurucuların gördükleri gibi evlenme hakkına bir kısıtlama şeklinde görülse bile, Mahkeme böyle bir kısıtlamanın, tek eşlilik prensibini benimsemiş bir toplumda, Sözleşme'nin 12. maddesinde güvence altına alınmış hakkın özünü zedelediğini düşünmemektedir.

Dahası, Sözleşme'nin 12. maddesinin yukarıdaki yorumu, Sözleşme'nin hazırlık çalışmalarının açığa çıkardığı maddenin amacına ve gayesine de uygundur. Sözleşme'nin 12. maddesi, İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin 16. maddesine dayanmaktadır. Bu maddenin 1. fıkrası şöyledir:

"Reşit olan erkekler ve kadınlar ırk, milliyet veya dine dayanan sebeplerle kısıtlanmaksızın, evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir. Erkekler ve kadınlar evlenirken, evlilik sırasında ve evlilik çözülürken, eşit haklara sahiptirler."

Hukuki ve İdari Sorunlar Komitesi Raportörü bay Teitgen, Sözleşme'nin 12. maddesi haline gelecek taslığın, niçin yukarıdaki fıkranın son cümlesindeki kelimeleri içermediğini Danışma Meclisine açıklarken, şöyle demiştir.

"Evrensel Bildiri'nin bu maddesinden söz ederken, bu maddenin sadece evlenme ve aile kurma hakkını düzenleyen kısmını kullandık, fakat bu maddenin daha sonraki, evlilikten sonra eşit haklarla ilgili kısmını kullanmadık; çünkü biz sadece evlenme hakkını güvence altına alıyoruz." (Collected Edition of the Travaux preparatoires, c. 1, s. 268).

Mahkeme'ye göre hazırlık çalışmaları, Sözleşme'nin 12. maddesine evlilik bağlarını boşanmayla çözme hakkını dâhil etme niyeti bulunmadığını göstermektedir.

53. Başvurucular, Sözleşme'nin yapılmasından bu yana meydana gelen toplumsal gelişmeler üzerinde ve özellikle evliliklerin sona ermesinde önemli bir artış bulunduğu iddiası üzerinde, uzun uzadıya durmuşlardır.

Sözleşme'nin ve Protokollerinin, günün koşulları ışığında yorumlanması gerektiği doğrudur (*Marckx, §58*). Ancak Mahkeme, evrimci yorum vasıtasıyla, başlangıçta bu belgelerde yer almayan bir hakkı, sonradan bu belgelerden türetemez. Özellikle kasten atlandığı yerde, bunu hiç yapamaz.

Ayrıca, 22 Kasım 1984 tarihinde imzaya açılan Sözleşme'ye ek 7. Protokol'de, boşanma hakkına yer verilmediği de belirtilmelidir. Bu Protokolün, evliliğin çözülmesi halinde eşler için belirli bazı ek hakları güvence altına alan 5. maddesi, bu sorunun ele alınması için bir fırsat olarak değerlendirilmemiştir. Gerçekten de, bu Protokolün açıklayıcı raporunun 39. paragrafında, 5. maddede yer alan "evlilik çözülürken" kelimelerinin, "Sözleşmeci Devletlerin, evliliğin çözülmesini sağlamakla veya çözülmenin belirli bir biçimini sağlamakla yükümlü olduklarını belirtmemekte", denmektedir.

54. Böylece Mahkeme, Sözleşme'nin 12. maddesinden bir boşanma hakkı türetilemeyeceği sonucuna varmaktadır. Bu nedenle bu madde, tek başına veya 14. maddeyle bağlantılı olarak, bu davada uygulanabilir değildir.

(b) Sözleşme'nin 8. maddesi

55. Sözleşme'nin 8. maddesiyle ilgili olarak Mahkeme içtihatlarında ortaya çıkan prensipler şunlardır:

(a) Sözleşme'nin 8. maddesi, aile yaşamına saygı hakkını güvence altına alırken, bir ailenin var olduğunu farzeder (*Marckx, §31*).

(b) Sözleşme'nin 8. maddesi, "meşru" bir ailenin olduğu gibi, "gayrımeşru" (evlilikdışı) bir ailenin de "aile yaşamı"na uygulanır (*aynı yer*).

(c) Sözleşme'nin 8. maddesinin asıl amacı, bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak ise de, buna ek olarak, aile yaşamına etkili bir şekilde "saygı"ya içkin olan pozitif yükümlülükler de bulunabilir. Ancak, özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda, "saygı" kavramının çok kesin bir tanımı yoktur; Sözleşmeci Devletlerde karşılaşılan durumlarda ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında, bu kavramın gerekleri, olaydan olaya önemli ölçüde değişir. O halde bu alan, Sözleşmeci Devletlerin, toplumun ve bireyin ihtiyaçlarını ve kaynaklarını gereği gibi göz önünde tutarak, Sözleşme'ye uygunluğu sağlamak için atılacak adımları belirlerken, geniş takdir alanı kullanabilecekleri bir alandır (*Abdulaziz, Cabales ve Balkandali, §67*).

56. Mevcut davada, on beş yıl kadar birlikte yaşamış olan birinci ve ikinci başvurucuların, Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında bir "aile" oluşturdukları açıktır. Başvurucuların ilişkileri evlilik dışında sürmüş de olsa, kendileri bu maddenin korumasından yararlanırlar (bk. yukarıda §55(b).

Davanın bu kısmı ile ilgili olarak ortaya çıkan sorun, başvurucuların aile yaşamlarına etkili bir şekilde "saygı" göstermenin, boşanma izni verme gibi tedbirler alması için İrlanda'ya bir pozitif yükümlülük yükleyip yüklemediğidir.

57. Aile yaşamına "saygı" gibi biraz muğlak bir kavrama yer veren Sözleşme'nin 8. maddesinin, bu sorunla ilgili olarak evrimci bir yoruma, 12. maddeye göre daha elverişli göründüğü doğrudur. Bununla birlikte, Sözleşme bir bütün olarak yorumlanmalıdır; Mahkeme, Sözleşme'nin 12. maddesinin içinde görmediği boşanma hakkının, tutarlı kalarak, daha genel bir amacı ve kapsamı bulunan 8. maddeden türetilebileceğini düşünmemektedir. Mahkeme, birinci ve ikinci başvurucunun durumlarının kötülüğüne karşı duyarsız değildir. Ancak Mahkeme'ye göre özel veya aile yaşamının korunması, bazen eşlerin birlikte yaşama ödevinden kurtulmalarını sağlayacak araçları gerektirse de (*Airey, §33*), İrlanda'nın Sözleşme'nin 8. maddesiyle verdiği taahhüdün, başvurucuların istedikleri boşanmaya ve yeniden evlenmeye imkân veren tedbirleri yürürlüğe koyma yükümlülüğünü kapsadığı söylenemez.

58. O halde bu noktada, birinci ve ikinci başvurucuların aile yaşamlarına saygısızlık bulunmamaktadır.

2. Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesi

59. Birinci ve ikinci başvurucular, Roy Johnston'un, daha sonra Janice Williams-Johnston ile evlenmek üzere boşanamamasına rağmen, İrlanda'da ikamet eden ve yeterli mali imkânı bulunan kişilerin, yurtdışında gerçekleştirdikleri boşanmanın hukuken veya fiilen İrlanda'da tanınıyor olmasından (…) şikâyet etmişlerdir. Başvurucular, bu durum dolayısıyla, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan hakların kullanılmasında, Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olarak, mali imkâna dayanan bir ayrımcılığın mağduru olduklarını iddia etmişlerdir. (…)

Bu iddiaya Hükümet karşı çıkmış, Komisyon da reddetmiştir.

60. Sözleşme'nin 14. maddesi, Sözleşme'de tanınmış olan hakların ve özgürlüklerin kullanılmasında, "benzer durumda bulunan" kişileri, ayrımcı nitelikteki farklı muamelelere karşı korumaktadır (*Lithgow ve Diğerleri, §177*).

Mahkeme, İrlanda'nın uluslararası özel hukuk kurallarına göre, sadece yurt dışında ikametgâhı bulunan kişilerin yabancı bir ülkede gerçekleştirdikleri boşanmaların, İrlanda'da tanındığını kaydeder. Uygulamada, bu kurallardan ayrılmış olunduğu kanıtlanamamıştır. Mahkeme'ye göre, bu kişilerin durumu ile birinci ve ikinci başvurucunun durumu, benzer durumlar değildir.

61. Buna göre, Sözleşme'nin 14. maddesi anlamında bir ayrımcılık yoktur.

3. Sözleşme'nin 9. maddesi

62. Birinci başvurucu ayrıca, ikinci başvurucuyla evlilikdışı bir ilişkiden başka bir şekilde yaşama imkânı bulunmamasının, kendisinin vicdanına aykırı olduğunu ve bu nedenle Sözleşme'nin, "düşünce, vicdan ve din özgürlüğü"nü güvence altına alan 9. maddesinin ihlalinden ötürü mağdur olduğunu iddia etmiştir.

Başvurucu, Hükümetin itiraz ettiği ve Komisyon'un da reddettiği bu iddiasına bir de, Sözleşme'nin 9. maddesiyle bağlantılı bir şekilde 14. maddesine aykırı olarak, din ve vicdan bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği iddiasını eklemiştir.

63. Burada, Roy Johnston'un inançlarını açığa vurma özgürlüğünün söz konusu olmadığı açıktır. Başvurucunun şikâyeti esas itibarıyla, İrlanda hukukunda boşanma imkanının bulunmamasından kaynaklanmaktadır; Mahkeme'ye göre, olağan anlamıyla ele alındığında Sözleşme'nin 9. maddesi, bu konuyu kapsayacak kadar geniş değildir.

Buna göre bu madde ve dolayısıyla Sözleşme'nin 14. maddesi, olayda uygulanamaz.

4. Sonuç

64. Bu nedenle Mahkeme, boşanamama ve yeniden evlenememe ile ilgili sorunların temelsiz olduğu sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

(…)

2. Bire karşı on altı oyla, İrlanda hukukunda boşanmayla ilgili hüküm bulunmaması ve bunun sonucu olarak birinci ve ikinci başvurucunun yeniden evlenememeleri nedeniyle, Sözleşme'nin 8 veya 12. maddelerinin ihlal edilmediğine;

3. Bire karşı on altı oyla, bazı yabancı ülkelerdeki boşanmaların İrlanda hukukunda tanınıyor olması nedeniyle, birinci ve ikinci başvurucuların, Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan 14. maddesine aykırı bir şekilde ayrımcılık mağduru olmadıklarına;

3. Bire karşı on altı oyla, Sözleşme'nin 9. maddesinin uygulanabilir olmadığına;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

18.12.1987 11329/85 F. - İSVİÇRE

♦ *yeniden evlenme yasağı* (üçüncü kez boşanma kararıyla birlikte İsviçre Medeni Kanunun 150. maddesi gereğince başvurucuya 3 yıl süreyle yeniden evlenme yasağı konulması nedeniyle bu süre içinde dördüncü evliliğini yapamaması) ■ evlenme hakkı

DAVANIN ESASI

1943 doğumlu bir İsviçre vatandaşı bir erkek olan başvurucu, 1963 yılından bu yana dört kez evlenmiştir. Başvurucunun ilk üç evliliği boşanmayla sonuçlanmıştır. Mevcut davadaki tek mesele, üçüncü boşanmadan sonra kendisine verilen geçici olarak yeniden evlenme yasağıdır.

Başvurucu F, 1963'te G ile evlenmiş ve 8 Mayıs 1964'te boşanmıştır. Başvurucu 12 Ağustos 1966'da bu kez dul B ile evlenmiş, aynı yıl 26 Kasımda bir erkek çocuk dünyaya gelmiştir. Çift Aralık 1978'de ayrılmışlar ve başvurucu F, başka bir kadınla birlikte yaşamaya başlamıştır. B 27 Ekim 1981'de başvurucudan boşanmıştır. Bu kararı veren mahkeme, İsviçre Medeni Kanununun 150. maddesine göre başvurucunun bir yıl süreyle yeniden evlenmesini yasaklamıştır.

Başvurucu, bir sekreterlik ilanı vermiştir. 11 Ocak 1983'te N, bu ilana cevap vermiştir. Dört gün sonra birlikte yaşamaya başlamışlar ve 26 Şubatta evlenmişlerdir.

Başvurucu F, 11 Mart 1983'te Lozan Bölge Hukuk Mahkemesinde boşanma davası açmıştır. Başvurucunun eşi N, eski erkek arkadaşıyla tekrar bir araya geldikten sonra, başvurucuyla birlikte ikamet ettikleri evden Nisan ayı başında ayrılmıştır.

Başvurucu ve eşinin bir araya gelme girişimi sonuç vermeyince, taraflar 16 Mayıs 1983'te, boşanmanın yan sonuçlarını içeren bir anlaşma imzalamışlardır; buna göre başvurucu eşine manevi tazminat olarak 17,000 İsviçre Frangı ödemeyi taahhüt etmiştir.

Hukuk Mahkemesi 21 Ekim 1983'te kararını vermiştir. Bu mahkeme, başvurucu F'nin davasını reddetmiş, eşinin 21 Haziranda açtığı karşı davayı kabul etmiş ve aralarında vardıkları anlaşmayı onaylamıştır. Bu mahkeme ayrıca, başvurucuya üç yıl süreyle yeniden

evlenme yasağı koymuştur. Bu mahkemeye göre evliliğin çökmesinde tek kusurlu, kabuledilemez bir tutum ve davranış içinde olan başvurucudur. Boşanma kararı 21 Aralık 1983'te kesinleşmiştir.

Başvurucu, yeniden evlenme yasağı getiren kararın kaldırılması için Vaud Kantonu Üst Mahkemesine başvurmuştur. Başvurucu, kusurun çok ağır olmasını ve evliliğin çökmesinde belirleyici bir rol oynamasını arayan yasal koşulların bulunmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca şikâyet konusu kararın, İnsan Haklar Avrupa Sözleşmesi'nin 12. maddesine aykırı olduğunu savunmuştur.

Üst Mahkeme 7 Mayıs 1984'te, Hukuk Mahkemesinin kararını onamıştır. Üst Mahkemeye göre kusurun ağırlığı tartışma götürmez. F'nin tutum ve davranışları evliliğin kurallarına ve bu statünün temel gereklerine öylesine önemli ölçüde aykırılık göstermiştir ki, yeniden evlenme yasağı koymak zorunlu hale gelmiştir. Üst Mahkemeye göre Sözleşme'nin 12. maddesi, Medeni Kanunun 150. maddesinin uygulanmasına engel değildir. Dahası, Sözleşme'nin 12. maddesinde ulusal mevzuata göndermede bulunulmuş olması, Sözleşme'nin evlenmeyi düzenleyen ulusal hukuku içselleştirilmesi sonucunu doğurmuştur.

Başvurucu F, Medeni Kanunun 150. maddesinin uygulanması için gerekli koşulların bulunmadığını ve yeniden evlenme yasağının Sözleşme'nin 12, 8 ve 3. maddelerini ihlal ettiğini savunarak, bu kararı Federal Mahkeme'de temyiz etmiştir.

Federal Mahkeme 18 Ekim 1984'te karar vermiştir. Bu mahkeme, Medeni Kanunun 150. maddesinin Sözleşme'ye aykırılığı konusundaki iddianın temyiz yoluyla değil de, kamu hukuku başvurusu yoluyla ileri sürülmüş olması gerektiği gerekçesiyle, bu konudaki başvuruyu kabuledilemez bulmuştur.

Başvurucu F ve birlikte yaşadığı bir kadın, 14 Mart 1986 tarihli beyanlarında, en kısa sürede evlenmek istediklerini bildirmişlerdir.

Başka biriyle evli durumda bulunan söz konusu kadın, boşanmak için dava açmıştır. Boşanma kararı 19 Mart 1986'da verilmiş ve 21 Nisan 1986'da kesinleşmiştir. Lozan Mahkeme Başkanı, 22 Mayıs 1986'da bayanın bekleme süresini (Medeni Kanun, md 103) kaldırmış ve bu tarihten sonra yeniden evlenmesine izin vermiştir.

2 Eylül 1986'da, Adalet ve Mevzuat Genel Müdürlüğü, başvurucunun yeniden evlenme yasağının süresi dolmadan önce, nikah kağıtlarının askıya çıkarılması talebini reddetmiştir.

Başvurucu F'nin iki gün sonra Vaud Kantonu Yüksek İdare Mahkemesine yaptığı başvuru, 14 Kasım 1986'da reddedilmiştir.

Başvurucu, bekleme süresi erdikten hemen sonra, söz konusu nikah kağıtları askıya çıkarılmış ve başvurucu ile F 23 Ocak 1987'de evlenmişlerdir. 13 Şubat 1987'de bu evlilikten bir çocuk dünyaya gelmiştir.

İç hukuk

İsviçre Federal Anayasasının 54. maddesine göre, Evlenme hakkının kullanılması, Konfederasyon tarafından korunur.

Medeni Kanun boşanma hakkını tanımakla birlikte, boşandıktan sonra yeniden evlenme hakkı, bazı hallerde, ancak belirli bir süre dolduktan sonra kullanılabilir. 1912 yılında yürürlüğe giren İsviçre Medeni Kanununun 150. maddesi şöyledir: "Mahkeme bir boşanmaya karar verirken, kusurlu olan tarafın bir yıldan az ve iki yıldan çok olmamak üzere, yeniden evlenemeyeceğine hükmedebilir; zina nedeniyle boşanmaya karar verilmiş ise, bu süre üç yıla çıkarılabilir. Mahkeme tarafından verilen yargısal ayrılık karar dönemi, bu süreye eklenir."

Ancak bu maddenin uygulaması, mahkemelerin verdikleri kararlarla esnek hale getirilmiştir. Federal Mahkeme 16 Aralık 1981 tarihli X -- X kararında şöyle demiştir:

"[Geçici yeniden evlenme yasağı] hukuk müellifleri tarafından eleştirilmektedir (bk. Bühler/Spühler, madde 150 ile ilgili not 5 ve atıfları); bazı müellifler, Medeni Kanunun 150. maddesinin kaldırılmasını önerecek kadar ileri gitmektedirler; çünkü bunlara göre bu maddenin uygulanması eşitsizliklere yol açmakta ve yurtdışında evlenmek suretiyle bu hüküm kolaylıkla dolanılmaktadır (Deschenaux/ Tercier, Le mariage et le divorce, 2. baskı, s. 110)

Federal Mahkeme daha 1912 yılında, bekleme süresi cezasının bireysel özgürlüğe ve Anayasanın 54(2). fıkrasında güvence altına alınmış olan evlenme hakkına önemli ölçüde kısıtlama getirdiği kaydetmiş; evlilikle ilgili temel ödevlerin ciddi bir surette ihlal edilmemiş olması halinde, bu cezanın verilmemesi gerektiğine ve böylece mahkemelerin 150. maddeyi uygularken bazı sınırlamalara tabi tutmaları gerektiğine hükmetmiştir (ATF [İsviçre Federal Mahkeme İçtihatları] 38 II 62; cf. ATF 68 II 149, gerekçenin 2. bölümü, ve 69 II 353).

Bu maddenin yorumu, mahkemelerin sert teoriden ayrılma eğiliminde olduklarını ve olayın özel şartlarını dikkate alarak ağır yaptırımlardan kaçındıklarını gösteren boşanma konusundaki içtihatlarla uyumlu hale getirilmesi gerekir. Artık zina, boşanma için mutlak bir sebep değildir (ATF 98 II 161, gerekçenin 4(b) bölümü); Medeni Kanunun 151 ve 152. maddelerindeki masum eş kavramı, her türlü kusuru hariç tutmamaktadır (ATF 103 II 169, gerekçenin 2. bölümü ve atıflar). Bu noktadan bakılınca, Medeni Kanunun 150. maddesi, daha da sınırlı bir şekilde uygulanmalıdır. İşlenen kusur özel bir ağırlığa sahip olmadıkça ve evliliğin bozulmasında belirleyici bir rol oynamadıkça, mahkemeler yeniden evlenme yasağı koymamalıdırlar." (İsviçre Federal Mahkeme İçtihatları, c. 107, bölüm II, s. 395).

Aile hukukunda kısmi reform Çalışma Gurubu, kendisini görevlendirmiş olan Adalet ve İçişleri Bakanlığına, 28 Haziran 1965'te raporunu sunmuştur. Çalışma Gurubu, bekleme süresiyle ilgili hükmün kaldırılmasını savunmuştur:

"Birkaç yıldan bu yana, Parlamentonun bazı üyeleri, Medeni Kanunun 150. maddesinin uygulanmasından (veya daha açıkçası uygulanmamasından) rahatsızdır (Petites questions Obrecht et Bourgknecht, nterpellation Schaffer, REC [Revue de l'état civil] 31, 1963, 228; 32, 1964, 82-83). Bu mesele basında da gündeme getirilmiştir (15 Haziran 1956 tarihli Beobachter , 'Wer Geld hat, darf heiraten!').

Sorun nedir? Medeni Kanunun 150. maddesi gereğince mahkeme, kusurlu bulunan eşin yeniden evlenmesini belirli bir süre yasaklamak zorundadır. Ancak bu yasağa uyulmaması, buna rağmen yapılan evliliğin geçerliliğini herhangi bir şekilde etkilemez (Götz, md. 104 hakkındaki notlar 10 ve 14). Ancak böyle bir aykırılık, İsviçre'de pek zor meydana gelir; çünkü bu durum Doğum, Ölüm ve Evlilik Sicil Müdürlüğünün görevini ağır surette ihmal etmesini ve hatta suç ortaklığını gündeme getirir. Öte yandan, yeniden evlenmesi yasaklanan eş, yurtdışına, tercihen İngiltere'ye giderek, burada geçerli bir evlilik yapabilir. İsviçre'ye döndüğünde, evliliğinin tescil edilmesini isteyebilir. Medeni Kanunun 104 ve 130. maddeleri gereğince, bu talep reddedilemez. Bu tür bir davranışa, en fazla kanton hukukları çerçevesinde bir cezai yaptırım uygulanabilir; Sadece Basle Urban ve Basle Rural kantonlarında durum böyledir. İyi niyetli bir kimsenin böyle bir durumda, yeniden evlenme yasağını dolanmak için sadece paraya ve yurtdışı seyahatine ihtiyaç bulunduğu sonucuna varması normaldir.

Bu sevimsiz duruma çözüm getirecek bir yol bulunmalıdır. Tabi ki bu, bekleme süresinin doğasında bulunan yeniden evlenme yasağını, evlenme engeline dönüştürmek suretiyle

yapılamaz. Medeni Kanunun 120 ve devamı maddelerinde, sadece çok istisnai hallerde evlenme hükümsüz kılınmaktadır. Kanunun 54(3). fıkrası da, bu çözüme engel oluşturmaktadır. İsviçre'nin her yerinde buna ağır bir cezai yaptırımın getirilmesi de, ciddiye alınabilecek bir düşünce değildir. Eğer hukuk önünde eşitlik güvence altında ise, sadece tek bir çözüm yolu vardır; bu da Medeni Kanunun 150. maddesini kaldırmaktır. Gerçekten çok ikna edici gerekçeler gösteren Götz (REC 32, 1964, 84-88) tarafından önerilen çözüm de budur. Bu çözüm, kişisel halleri denetlemekle görevli kantonların yetkili makamlarının 15 Ekim 1964 tarihli toplantısında, güçlü bir şekilde desteklenmiştir (bu konuyla ilgili olarak bk. Heiz raporu, REC 32, 1964, 401-404; 33, 1965, 4-8, 54-59, 92-98). Çalışma Gurubu oybirliğiyle bu öneriyi desteklemektedir.

Çalışma Gurubunun bu önerisinin, evliliğin özüne karşı bir tutuma özel sempati göstermeyi amaçlamadığı açıkça ifade edilmelidir. Bu öneri, Medeni Kanunun 104 ve 150. maddelerinin, Anayasa hükümleriyle uyumlu olmadığı gerçeğine dayanmaktadır (RDS'deki Knapp [Revue de droit suisse] 71, 1952, I, 293). Medeni Kanunun 150. maddesinin, kusurlu eşlerin yeniden düşünmeleri ve kendi yollarını düzeltmeleri sonucunu doğurmayacağı açıktır (Grisel in JdT [Journal des tribunaux] 1943, I, 326; Picot in RDS 48, 1029, 62(a)). Çalışma Gurubu ayrıca, kaydedilen eşitsizliklerin, sadece muhtemel evliliklerde ortaya çıkmadığına işaret etmektedir. Bu eşitsizlikler boşanma davalarında da ortaya çıkmaktadır; çünkü Medeni Kanunun 150. maddesinin uygulanmasıyla ilgili kararlar, kantondan kantona değişmektedir. Anlaşmalı boşanma halinde bir çok eş, kusurlu olsa bile, bekleme süresine hükmedilmeyecek şekilde savunma yapmaktadır (Stocker in RSJ [Revue suisse de jurisprudence] 47, 1951, 19)".

Aynı öneri, 1974 ile 1976 yılları arasında boşanma konusundaki reformu inceleyen Aile Hukuku Reformu Hakkında Uzmanlar Komitesi tarafından da yapılmıştır.

Uzmanlar Komitesi, çeşitli konularda yapılan değişikliklerden sonra, dikkatini boşanmayla ilgili hükümler üzerinde yoğunlaştırmıştır. Çalışma Gurubu 1988 yılında, görüşlerini almak üzere ilgili kuruluşlara ve guruplara bir tasarı sunmuştur. Daha sonra Federal Hükümet, Parlamentoya sunulacak bir tasarı hazırlamıştır. Parlamento 1992 yılına kadar bu tasarıyı görüşememiştir; yeni boşanma hükümlerinin 1995 yılından önce yürürlüğe girmesi beklenmemektedir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlali iddiası

30. Başvurucu, 21 Ekim 1986 tarihinde Lozan Bölge Mahkemesinin kendisine verdiği üç yıllık yeniden evlenme yasağı konusunda şikâyette bulunmuştur (…). Başvurucu, Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. (…)

Başvurucu, boşanma kararı veren mahkemelerin dayandığı (…) İsviçre Medeni Kanununun 150. maddesinin, Sözleşme'ye aykırılık oluşturduğunu ileri sürmüştür.

31. Bu noktada Mahkeme, bireysel başvurudan kaynaklanan bir davada yapacağı incelemeyi, mümkün olduğu kadar önündeki somut olayda ortaya çıkan sorunlarla sınırlı tutması gerektiğine dair yerleşik içtihatlarına atıfta bulunur. Mahkeme'nin görevi, şikâyet edilen iç hukukun Sözleşme'ye göre soyut olarak denetlenmesi değil, fakat bu hukukun başvurucuya uygulanış tarzını veya kendisine etkisini incelemektir (*Dudgeon, §41; Bönisch, §27*).

32. Sözleşme'nin 12. maddesi, erkeklerin ve kadınların, evlenme ve bir aile kurma şeklindeki temel haklarını güvence altına almaktadır. Bu hakkın kullanılması kişisel, sosyal ve hukuksal sonuçlar doğurmaktadır. Bu hakkın kullanılması, "Sözleşmeci Devletlerin ulusal yasalarına tabidir", fakat "ulusal yasalardaki sınırlamalar, hakkın özünü zedeleyici bir tarzda hakkı kısıtlamamalı veya bu ölçüde daraltmamalıdır (*Rees, §50*).

Avrupa Konseyine üye bütün Devletlerde, bu "kısıtlamalar" birer şart olarak görünmekte ve usul hükümleri ile maddi hükümler içinde yer almaktadır. Usul hükümleri, esas itibarıyla evliliğin alenileşmesi ve resmi bir şekilde yapılmasıyla ilgilidir; maddi hükümler ise öncelikle evlenme ehliyeti, iradesi ve belirli engellerle ilgilidir.

33. Başvurucu F'ye getirilen yasak, evlenme hakkının kullanılmasını düzenleyen hükümlere göre uygulanmış olup, Sözleşme'nin 12. maddesi evlenme ile yeniden evlenme arasında bir ayrım yapmamaktadır.

Mahkeme, bekleme süresinin diğer Sözleşmeci Devletlerde artık mevcut olmadığını, bunu Almanya'nın 1976'da ve Avusturya'nın 1983'te kaldırdığını kaydeder. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin günün koşullarına göre yorumlanması gerektiğine dair içtihadını hatırlatır (*Airey, §26*). Ancak, tedrici bir gelişimin sonucunda, bir ülkenin izole bir durumda kalmış olan bir konudaki mevzuatı, bu konuda, özellikle her toplumun kendi kültürel ve tarihsel gelenekleri ve toplumun aile hakkındaki köklü fikirleriyle yakından bağlı olduğu evlilik alanında, zorunlu olarak Sözleşme'ye aykırı düştüğü anlamına gelmez.

34. Şikâyet konusu işlem, nihayetinde medeni bir yaptırımdır. Federal Mahkemenin içtihatlarına göre bu karar, bir evliliğin bozulmasında belirleyici bir rol oynayan istisnai ağırlıktaki bir kusurun sonucunda verilen bir karardır (…).

Medeni Kanunun 150. maddesi, kamu düzeni bakımından zorunlu olduğu için otomatik olarak uygulanabilir olmasına rağmen, mahkemelere bir dereceye kadar takdir imkânı tanımaktadır; çünkü zina sebebiyle boşanmaya karar verildiği zaman, kusurlu tarafa getirilecek olan yasak süresi, bir yıl ile üç yıl arasında değişmektedir (…). Mevcut olayda Lozan Bölge Mahkemesi, başvurucu F'nin kabul edilemez tutumunun, evliliğin bozulmasında tek sorumlu olduğunu belirterek, azami süreyi seçmiştir (…).

O halde boşanma kararını veren mahkeme, manevi zararın tazmin edilmesini öngören ve çift arasında 16 Mayıs 1983'te varılan anlaşmayı onaylamak suretiyle, evliliğin bozulmasının sonuçlarını takdir etmekle yetinmemiş (…), fakat aynı zamanda, başvurucunun yeniden evlenme hakkı konusunda bir sonuca varabilmek için, önceki davranışlarını da değerlendirmiştir.

35. Hükümet ilk olarak, Medeni Kanunun 150. maddesinin uygulanmasının gayri makul, keyfi veya orantısız olmadığını savunmuştur. Hükümete göre şikâyet konusu yaptırım, hiç kuşkusuz evlenme hakkının kullanılmasına bir müdahale oluşturmuştur; fakat bu müdahale hakkın özünü zedelememiştir. Evlilikte kusura dayanan İsviçre boşanma kavramının bir unsuru olan yeniden evlenmeyi geçici olarak yasaklama sistemi, sadece evlilik kurumunu değil, fakat aynı zamanda başkalarının haklarını ve hatta yasaktan etkilenen kişinin bile haklarını koruma düşüncesiyle açıklanabilir.

36. Mahkeme, evlilikte istikrarın, kamu yararı bakımından meşru bir amaç olduğunu kabul eder. Ancak Mahkeme, bu amacı gerçekleştirmek için kullanılan bu özel vasıtanın uygun olup olmadığı konusunda kuşkuludur. Bizzat İsviçre'de, aile hukukunda kısmi reform konusunda Çalışma Grubunun ve daha sonra Aile Hukuku Reformu Konusunda Uzmanlar Komitesinin benzer kuşkuları vardır; çünkü Medeni Kanunun 150. maddesinin kaldırılmasını önermişlerdir (…).

Her halükarda Mahkeme, yeniden evlenmenin geçici olarak yasaklanmasının, başkalarının haklarını, yani boşanmış kişinin gelecekteki eşinin haklarını korumak için düşünüldüğü savunmasını kabul edemez.

Başvurucu F'nin birlikte yaşadığı kadın, boşanma kararının kesinleşmesinden bir ay sonra, 22 Mayıs 1986'da, kendisiyle ilgili bekleme süresinin kaldırılmasını sağlamıştır (bk. yukarıda §18). Başvurucu F hakkındaki yasak ise, yazı işleri müdürlüğünün gerekli

formaliteleri yerine getirmesinden sonra, 21 Aralık 1986'da kalkmıştır (bk. yukarıda §19-20). Buna göre evlenme, 23 Ocak 1987'de meydana gelmiştir. Başvurucunun müstakbel eşi, yedi veya sekiz ay süren bu müdahale döneminde, F'yi etkileyen bu tedbir nedeniyle, bizzat ve doğrudan haksızlığa uğradığını düşünmüş olabilir. Ancak bu kadın, küçük veya akıl hastası olmadığından, söz konusu tedbirle kendisinin hakları korunmuş değildir.

Böyle bir yasaktan, doğmamış çocuk da olumsuz yönde etkilenebilir. Tabi ki İsviçre hukukunda artık "gayri meşru çocuk" kavramı mevcut değildir; evlilikdışı doğan çocuklar şimdi, evlilikiçi doğan çocuklarla hemen hemen aynı statüye sahiptir. Bununla birlikte evlilikdışı doğan çocuklar, bazı zararlara uğrayabilirler ve böylece sosyal açıdan engelli hale girebilirler. Mevcut olayda başvurucunun çocuğu, anne babasının evlenmesinden bir ay sonra dünyaya gelmiş olmakla birlikte (bk. yukarıda §20), anne babasından birinin ölmesi ve hatta formalitelerinin tamamlanmasındaki gecikme, çocuğun evlilikdışı doğmasına sebep olacaktır.

37. Hükümet ayrıca, ilgili kişiyi bir süre düşünmeye zorlamanın, kişiyi kendisine karşı da korumaya yardım ettiğini savunmuştur. Mahkeme'ye göre bu savunma, zihinsel yeterliliğe sahip yetişkin bir kimseye, söz konusu müdahalede bulunmayı haklı kılacak ağırlıkta değildir.

38. Hükümet bütün bunlara ilave olarak, Johnston ve Diğerleri kararındaki "…boşanma yasağı, (…) evlenme hakkına bir kısıtlama şeklinde görülse bile, Mahkeme, böyle bir kısıtlamanın, tek eşlilik prensibini benimsemiş bir toplumda, Sözleşme'nin 12. maddesinde güvence altına alınmış hakkın özünü zedelediğini düşünmemektedir", şeklindeki ifadesine dayanmıştır (*Johnston ve Diğerleri, §52*). Hükümete göre aynı şey, sadece geçici bir yeniden evlenme yasağı bakımından evleviyetle (a fortiori) geçerlidir. Yeniden evlenme, Sözleşme'de bulunmayan boşanma hakkı gibi başka bir hakka bağlı olarak kullanılabilir olduğundan, yeniden evlenme hakkı tanınamaz. Kısacası, bir boşanmadan sonra yeniden evlenme, ilk evlilikle eşdeğerde tutulamaz.

Mahkeme, bu savunmayla ikna olmamıştır. Mahkeme'nin Deweer kararında da belirtildiği gibi, "insan hakları alanında daha fazlasını yapabilen bir kimse, daha azını yapamaz. Sözleşme, belirli koşullar altında çok ağır bazı muamelelere izin vermişken, aynı zamanda … daha ılımlı görülebilecek diğer bazı muameleleri yasaklamıştır (*Deweer, §53*).

Dahası ve her şeyden öte, başvurucu F'nin durumu bay Johnston'un durumundan epey farklıdır; çünkü, Johnston'un durumunda söz konusu olan şey, halen evli bir adamın, evliliğini sona erdirme hakkıdır. Eğer ulusal mevzuat boşanmaya izin verecek olursa, ki bu Sözleşme bakımından bir gereklilik değildir, Sözleşme'nin 12. maddesi, boşanmış bir kimsenin yeniden evlenme hakkını, gayri makul kısıtlamalara tabi tutmaksızın korur.

39. Geriye Hükümetin, boşanma kararı verilmeden önce veya masum bir eşin karşı boşanma davası açma hakkını kullanmasından önce gerekli olan bekleme süresinin, geçici yeniden evlenme yasağı ile aynı sonuçlara sahip olduğuna dair savunması kalmıştır. Mahkeme, bu durumların farklı olduğunu ve her halükarda boşanma kararından önce meydana geldiğini belirtmektedir.

40. Sonuç olarak, evlenme hakkının özünü etkileyen tartışma konusu bu tedbir, izlenen meşru amaçla orantısızdır. Bu nedenle, Sözleşme'nin 12. maddesi ihlal edilmiştir.

(…)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

(…) Sekize karşı dokuz oyla, Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlaline;

KARAR VERMİŞTİR.

ETKİLİ BİR HUKUK YOLUNA BAŞVURMA HAKKI

Madde 13 – Etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

Bu Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, ihlal fiili resmi sıfatla hareket eden kişilerden başka kimseler tarafından işlenmiş olsa da, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkına sahiptir.

AÇIKLAMA

Sözleşme'nin 13. maddesi, iç hukukta Sözleşme'nin tanıdığı hak ve özgürlüklerin ihlal edildiğinin ileri sürülebileceği bir başvuru yolunun varlığını gerektiren bir hakkı düzenlemektedir. Bu madde kişilerin, Sözleşme'ye dayanan 'savunulabilir iddia'larının esasını incelemekle ve gerektiğinde uygun bir giderim sunmakla yetkili bir başvuru yolundan yararlanmalarını gerekli kılar.

Sözleşme'nin 13. maddesi ile 35. maddesi, Sözleşme sistemi ile ulusal sistem arasındaki ilişkiyi düzenleyen temel maddelerdir. Sözleşme'nin 13. maddesi, insan haklarının korunması sisteminde temel bir ihtiyaca cevap vermektedir: Eğer bir kimse, Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiği iddiasıyla bir çözüm merciine başvuramıyor ve şikâyeti hakkında olumlu ya da olumsuz bir karar elde edemiyor ise, insan hakları koruma sisteminin etkili bir koruma sağladığı söylenemez. Bu nedenle 13. madde, kişilere talep edebilecekleri bir 'usul' hakkı tanırken, devletlere de insan hakları ihlali şikâyetleri için etkili bir yol kurma yükümlüğü getirir.

Ancak Sözleşme'nin 13. maddesi, 14. madde gibi, bağımsız bir madde değildir. Başka bir anlatımla bu madde sadece 'maddi hak' tanıyan Sözleşme'nin başka bir maddesiyle birlikte ileri sürülebilir. Bu nedenle madde "bu Sözleşme'de düzenlenen hak ve özgürlükler" diye başlar ve maddenin kendisi ile Sözleşme'deki hak ve özgürlükler arasındaki bağlantıya işaret eder. Ayrıca, söz konusu ihlal fiilinin resmi sıfatla hareket eden kişiler tarafından işlenmiş olup olmamasının bir önemi yoktur. Maddede bu ifadenin açıkça yer alması, kamu gücü kullanan kişi ve makamlara herhangi bir dokunulmazlık verilemeyeceğini ortaya koymaktadır.

Uygulanabilirlik

İlk bakışta, 13. maddede yer alan "ihlal edilen" ifadesinden, Sözleşme'de yer alan bir hakkın ihlal edildiğinin saptanmış olmasının, 13. maddenin uygulanabilirliği için bir ön koşul olduğu izlenimi edinilebilir. Oysa böyle bir yorum 13. maddedeki hakkı anlamsız hale getirir; eğer bir hak ihlalini ileri süreceğiniz bir merci yoksa, bu ihlal nasıl saptanabilir? Mahkeme, bu konudaki bakış açısını, *Klass ve Diğerleri – Almanya* kararında şöyle açıklamıştır:

"64. Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri "ihlal edilen" bir kimsenin, "ihlal fiili" resmi sıfatlarıyla hareket edenlerden başka kişiler tarafından

"işlenmiş" olsa bile, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Bu hüküm lafzıyla okunduğunda, bir kimsenin ancak bir "ihlal" meydana gelmişse, iç hukuk yollarına başvurma hakkına sahip olduğu düşünülebilir. Ancak bir kimse ulusal bir makama şikâyette bulunmadıkça, bu makam önünde "ihlal"in varlığını ortaya koyamaz. Sonuç olarak …, Sözleşme'nin gerçekten ihlal edilmiş olması, 13. maddenin uygulanması için bir ön koşul olamaz. Mahkeme'nin görüşüne göre 13. madde, Sözleşme'ye aykırılığı iddia edilen bir tasarruftan kendisinin zarar gördüğünü ileri süren bir kişinin, hem iddiaları hakkında karar verilmesini ve hem de mümkünse bir karşılık ödenmesini sağlamak için ulusal bir makam önünde bir hukuk yoluna başvurma hakkını gerektirmektedir. Böylece 13. madde, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini "iddia eden" herkesin, "ulusal bir makam önünde etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı"nı güvence altına alacak biçimde yorumlanmalıdır."

Etkili bir hukuk yolu, ihlalin meydana gelmesini veya sürmesini önleyen ve eğer ihlal gerçekleşmiş ise, kişiye uygun ya da yeterli bir giderim sunan bir yoldur. Etkili bir hukuk yolu, o yola başvurucunun mutlaka lehine karar elde ettiği yol anlamına gelmez.

İç hukuktaki yollar tek tek değerlendirildiğinde tek bir yol kendi başına 13. maddede aranan koşulları taşımayabilir. Ancak 13. madde bakımından o hukuk sistemindeki yolların bütünü dikkate alınarak bir inceleme yapmak gereklidir (*Kulda*, *§157-158*).

Sözleşme'nin 13. maddesinin uygulanabilmesi için, Sözleşme'nin 'maddi' bir hükmünün gerçekten ihlal edilmiş olması bir ön koşul değildir. Mahkeme, maddi bir hükmün ihlal edilmediğine karar verdiği ama Sözleşme'nin 13. maddesine göre inceleme yaptığı davalar vardır. Mahkeme'ye göre, bir ihlal iddiası hakkında ihlal kararı verilmemiş olması, o iddiasının "savunulabilir" bir iddia olmadığı anlamına gelmez (*Kaya*, *§107*).

Hakkın unsurları

Savunulabilir iddia bulunması

Sözleşme'deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde korunmuş olursa olsun, 13. madde, ulusal düzeyde bu hak ve özgürlüklerin özünün uygulanabilmesi ve böylece bunlara aykırılık bulunduğunun iddia edilebilmesi için, bir hukuk yolunun varlığını güvence altına almaktadır (*Lithgow ve Diğerleri*, *§205*). Ancak 13. madde, bir kimsenin haklı veya haksız her iddiası için iç hukukta bir hukuk yolunun bulunmasını gerektirecek şekilde yorumlanamaz; bu iddia, belirli bir ciddiyet derecesine ulaşmalıdır; başka bir anlatımla, Sözleşme bakımından "savunulabilir bir iddia" olmalıdır (*Leander*, *§77*; *Boyle ve Rice*, *§52*).

Mahkeme, *Airey – İrlanda* kararında, bir iddianın "açıkça temelsiz" görülerek reddedilmesinin "davalı devlet aleyhindeki şikâyetin haklılığına ilişkin bir belirtinin dahi bulunmadığı" anlamına geldiğini belirtmiştir (*Airey*, *§18*). Mahkeme'ye göre, kelimelerin olağan anlamına bakıldığında, "açıkça temelsiz" bir iddianın, nasıl olup da "savunulabilir" olduğunu veya tersini değerlendirmek güçtür. Ancak bu durum, Mahkeme'nin Sözleşme'nin maddi bir hükmü bakımından açıkça temelsiz bulunan her iddiayı, 13. maddenin kapsamı dışında bırakması gerektiği anlamına gelmemektedir. Elbette bir iddianın esası, eğer bu iddia "açıkça temelsiz" bulunarak reddedilmişse, Mahkeme tarafından incelenemez. Fakat böyle bir karara rağmen Mahkeme, istisnaen de olsa, reddedilen iddianın "savunulabilir bir iddia" olduğu sonucuna varabilir ve bu iddia bakımından 13. madde çerçevesinde bir inceleme yapabilir. Bu bağlamda, ana iddianın kabuledilebilirliği hakkında verilen kararın ve bu kararda gösterilen gerekçenin, 13. madde bakımından iddianın savunulabilirlik niteliği konusunda büyük önemi vardır.

Mahkeme, "savunulabilir iddia" kavramına soyut bir tanım vermek yerine, her davada kazuistik bir inceleme yapmayı tercih etmiştir. Mahkeme'ye göre, ileri sürülen hukuki sorunların özel şartları ve nitelikleri ışığında, Sözleşme'ye dayanılarak yapılan bir iddianın temelini oluşturan her ihlal iddiasının savunulabilir olup olmadığı ve savunulabilir ise, 13. maddedeki şartların karşılanmış olup olmadığı belirlenmelidir (*Boyle ve Rice*, *§55*).

Ulusal bir makam bulunması

Sözleşme'nin 13. maddesinin güvence altına aldığı etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının varlığını gerekli gördüğü makam, 'ulusal bir makam'dır. Ulusal makam, ulusal bir yargı yeri anlamına gelmemektedir (*Leander*, *§81*). O halde, bu hükmün bahsettiği 'makam'ın mutlaka adli bir kurum olması gerekmez. Bu makamın 13. maddenin aradığı özellikleri taşıyıp taşımadığını belirlemek için o makamın yetkilerine ve sunduğu güvencelere bakılır. Ayrıca bu makamın, sadece tek bir makam olması da gerekmez; bir ulusal sistemin sunduğu başvuru yollarının bütünü 13. madde anlamında "etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı"nın gereklerini yerine getirebilir (*Kudla, §157*; *Silver ve Diğerleri, §113*).

Bu "ulusal makam"ın nitelikleri elbette her maddenin güvence altına aldığı hakkın özellikleri dikkate alınarak değerlendirilmesi gereken bir konudur. Ancak her halükârda bu makam, şikâyete konu olan eylemi yapan kişi ya da kurumlardan bağımsız olmalıdır. *Ramirez Sanchez – Fransa* kararında Mahkeme, bir hükümlünün uzun süre yalıtılmış koşullarda tutulmasına karşı yaptığı bir başvurunun, bu tür tutmanın önemi ve sonuçları dikkate alındığında, etkili bir incelemeye konu olması için bu incelemenin bir yargı yeri tarafından yapılmasının gerekli olduğunu belirtmiştir (*§165*).

Bir kişinin üçüncü bir ülkeye gönderilmesi halinde Sözleşme'nin 2 veya 3. maddelerinde yasaklanan muamelelere maruz kalacağına ilişkin şikâyetinin, "ulusal makam" tarafından dikkatli şekilde incelenmesi gereklidir (*Chamaiev ve Diğerleri*, *§448*).

Kişiler, Mahkeme'ye başvurduklarında bazen ulusal düzeyde kabul edilen bir tedbirin Mahkeme İçtüzüğünün 39. maddesine dayanarak yürütülmesinin durdurulmasını talep ederler. Bu taleplerinin en önemli nedeni, eğer bu tedbir hayata geçirilecek olursa, telafisi güç veya mümkün olmayan bir zararın ortaya çıkacak olmasıdır. Bu "durdurma yetkisi" veya benzeri bir yetki, ulusal düzeyde bu başvuruyu inceleyen makamda da bulunmalıdır. Başka bir anlatımla, 13. maddeye göre etkili bir ulusal makam, Sözleşme'ye aykırılığı tartışmalı bir tedbirin uygulanmasının telafisi güç veya mümkün olmayan zararlar meydana getirmesi söz konusu olduğunda, bu tedbirin yürütülmesini durdurabilme yetkisine sahip olmalıdır.

Jabari – Türkiye kararına konu olan olay, İran vatandaşı bir kadının evli bir erkekle cinsel ilişkide bulunduğu için kendi ülkesinde kovuşturulması nedeniyle Türkiye'ye sığınmasına rağmen, Türkiye'nin kendisini geri göndermeye karar vermesi ile ilgilidir. Başvurucu 1997 yılında yasadışı yollardan Türkiye'ye girmiş ve sahte pasaportla yurda girmesi nedeniyle sınırdışı edilmek üzereyken sığınma talebinde bulunmuştur. Sığınma talebi beş günlük yasal süre içinde yapılmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucu 26 Mart 1998 tarihine kadar Emniyet Müdürlüğü Yabancılar Şubesinde tutulmuştur. Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliğinin (UNHCR) Ankara'daki bürosunun devreye girmesiyle İstanbul'da bir otele yerleştirilmiştir. UNHCR yetkileri başvurucuya, İran'a geri gönderilmesi halinde taşlanma suretiyle öldürülme veya kırbaçlanma cezası gibi insanlıkdışı bir cezayla karşılaşma riski bulunduğu gerekçesiyle 16 Şubatta sığınmacı statüsü vermiştir. Ancak başvurucunun sınırdışı edilme tedbirinin yürütülmesinin durdurulması ve iptali talepleri Ankara İdare Mahkemesi tarafından reddedilmiştir.

Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 13. maddesindeki etkili hukuk yolu kavramı, Sözleşme'nin 3. maddesine aykırı muameleler konusunda gerçek bir risk içeren bir şikâyet söz konusu olduğunda, bu şikâyetin "bağımsız ve dikkatli" bir biçimde incelenmesi ve gerekiyorsa bu "tedbirin yürütülmesinin durdurulması" unsurlarını içerir. Ankara İdare Mahkemesi bu güvenceyi sağlayamadığından, Mahkeme, etkili hukuk yoluna başvurma hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Geri gönderme davalarında Mahkeme bu ilkeyi birçok kez tekrarlamıştır. Buna göre, 13. madde anlamında etkili bir hukuk yolunun varlığı için, ilgili şikâyetin "bağımsız ve dikkatli bir inceleme" konusu yapılması ve "ilgili tedbirin, icra edilmesinin ertelenmesi imkânı" olması gereklidir (*Chamaiev ve Diğerleri*, *§460*; *Conka, §200*; *Gebremedhin, §66*).

Hukuk yolunun etkili olması

Etkili hukuk yolu kavramı her madde açısından o hakkın niteliği göz önüne alınarak değerlendirilmesi gereken bir konudur. 13. maddenin Sözleşmeci Devletlere yüklediği yükümlülük, başvurucunun şikâyetin niteliğine göre değişmektedir. Ancak her halükârda, 13. maddenin gerektirdiği başvuru yolu, hem teoride ve hem de pratikte "etkili" olmalıdır.

Kişiler Mahkeme'ye başvurmadan önce Sözleşme'nin 35. maddesi gereğince iç hukuk yollarını tüketmek zorundadırlar. Tüketilmesi gereken iç hukuk yolları ile Sözleşme'nin 35. maddesi arasında temel bir bağlantı vardır. Sözleşme sisteminin ikincil niteliğini ortaya koyan bu iki madde gereğince, Sözleşme'nin tanıdığı hak ve özgürlükleri güvence altına alma yükümlülüğü asıl olarak ulusal makamlara düşer. Şikâyet konusu olayları öncelikle kendi hukuk sistemlerinde inceleme ve düzeltme olanağının ilgili devletlere tanınması gereklidir.

Strazburg organları, insan haklarının korunması bağlamında, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının belirli bir esneklik ve aşırı şekilcilikten uzak bir şekilde uygulanması gerektiğini sıklıkla vurgulamışlardır. Fakat Sözleşme'nin 35. maddesinde öngörülen ve Mahkeme'ye bir başvuru yapılmadan önce tüketilmesi gereken iç hukuk yolları, söz konusu ihlale ilişkin olmalı, elverişli ve uygun olmalıdır. Söz konusu başvuru yolunun hukukî temeli iç hukukta açık ve net olarak bulunmalıdır. Başka bir anlatımla, bu iç hukuk yolu hem teori hem de uygulamada etkili, yeterli ve erişilebilir olmalıdır.

Bu çerçevede, hiçbir başarı şansı göstermeyen bir yolu tüketmek gerekli değildir. Buna karşılık bir yolun etkili olduğuna dair basit bir şüphenin varlığı kişiyi o yolu tüketmek yükümlülüğünden kurtarmaz. Ancak, söz konusu ihlal iddiasına ilişkin çare sunmadığı yönünde genel kabul gören bir yolu tüketmek zorunluluğu kişilere yüklenemez. Her ne kadar Mahkeme içtihadında bir yolun "uygun olması" ya da "etkili olması" kavramları iç içe geçse de, bu kavramların içeriği 'erişilebilirlik', 'yeterlilik' ve 'etkililik' ölçütleri ışığında ortaya konabilir.

Erişilebilirlik

Bir hukuk yolunun erişilebilir olması öncelikle, kişilere açık, pratik ve somut bir başvurma yolunun tanınması anlamına gelmektedir. İlgili herkes bu yola doğrudan başvurabilmelidir. Başka bir anlatımla bu yola başvurmak bir kamu makamının takdirine bırakılmış ise ya da gerçekleştirilmesi güç koşullara bağlanmış ise, bu yol kişiler için erişilebilir bir yol değildir.

Bir yolun erişilebilir olması ölçütünü, Sözleşme'nin 6. maddesinin güvence altına aldığı "mahkemeye erişme hakkı" ile birlikte ele almak yararlı olur. Mahkeme'nin

içtihadına göre, devletler mahkemeye erişme hakkının düzenlenmesi konusunda belirli bir takdir alanına sahiptirler. Başka bir anlatımla, adalet sisteminin sağlıklı işlemesini sağlamak amacıyla devletler bu hakkı süre veya biçim, hatta harç gibi bazı koşullara bağlayabilirler. Ancak bu hakkın kullanılmasına sınırlama getiren bu koşullar, meşru bir amaç gütmeli, ulaşılmak istenen amaçla orantılı olmalı ve hakkın özüne dokunmamalıdır.

Ayrıca mahkemeye erişme hakkını kolaylaştıran önlemleri devletler almalıdır. Örneğin bir adli yardım sisteminin olması veya usullerin basitleştirilmesi gibi. Mahkeme birçok kararında adli yardım sisteminin sağlıklı işlememesini mahkemeye erişme hakkının ihlali olarak nitelendirmiştir.

Mahkeme harçları konusunda da yukarıda sözü edilen ilkeler geçerlidir. Her ne kadar devletlerin mahkemeye erişme hakkının kullanılması için harç koyma yetkisi olsa da, bu harç ya da genel olarak yargı masraflarının tutarı, örneğin yargılamanın hangi aşamada olduğu ya da kişinin maddi imkânlar sahip olup olmadığı gibi, her olayın kendi koşulları ışığında incelenmelidir. Yargı masrafları kişiye aşırı yük getirmemelidir. Mahkeme, *Reuther – Almanya* kabuledilebilirlik kararında (no. 74789/01), Bavyera Anayasa Mahkemesine başvurmak için ödenmesi gereken harcı mahkemeye erişme hakkının ihlali olarak nitelendirmemiştir.

Türk hukukunda erişebilirlik ölçütü konusunda olumsuz örnek, ceza yargılamasında eski karar düzeltme yeni itiraz yoludur. Bu hukuk yolu, kişiler bakımından erişebilir değildir; çünkü bu yolun kullanılabilmesi, Cumhuriyet Savcısının bu yöndeki talebi kabul etmesine bağlıdır.

Mahkeme tarafından, Slovakya ve Hırvatistan hukuk sistemlerinde anayasa şikâyeti yolu, etkili bir iç hukuk yolu olarak kabul edilmemiştir; çünkü ilk olarak, kişilere bu yola doğrudan erişememektedir. Bu yolun kullanılıp kullanılamayacağına ilişkin bir ön incelemenin ardından, Anayasa Mahkemesi karar vermektedir. İkinci olarak, Anayasa Mahkemesi'nin ihlal kararının doğrudan bir sonucu yoktur. Tazminat verilmemekte ve doğrudan yeniden yargılama imkânı sağlamamaktadır.

Azerbaycan'da 24 Ağustos 2002 tarihinde anayasa şikâyeti yolu tanınmıştır. Ancak bu yola başvurabilmeleri için kişilerin önce Yüksek Mahkeme Başkanına yargılamanın yeniden yapılmasını ve Yüksek Mahkeme Büyük Dairesinin nihai kararının gözden geçirmesini talep ettiği bir itiraz yapmalıdır. Ancak bu başvurudan sonra Anayasa Mahkemesi bireysel başvuruları ön inceleme için kabul etmektedir. Mahkeme, Yüksek Mahkeme Başkanı nezdinde yapılması gereken bu itiraz başvuru koşulunu olağanüstü bir yol olarak nitelendirmiş ve tüketilmesi gereken bir yol olarak değerlendirmemiştir. Bu nedenle, Azerbaycan'daki anayasa şikâyeti yolu 'erişilebilir' bir yol olarak nitelendirilmemiştir.

Yeterlilik

Bir yolun belirli bir şikâyetin çözümü konusunda yeterli olup olmadığını belirleyen iki temel ölçü vardır. İlk olarak, o çözüm yolunu inceleyen makamın ihtilafın her alanını çözebilme yetkisinin olması gerekir. İkinci olarak, giderim sisteminin yeterli ölçüde tatmin edici olması gerekir.

Bir hukuk yolunun etkili olması için, ilgili makam, kendisine sunulan uyuşmazlıktaki maddi ve hukuki olayların bütününü inceleme ve yargılama yetkisine sahip olmalıdır. Mahkeme, *Stefanec – Çek Cumhuriyeti* kararında, idari yaptırıma karşı başvurulan anayasa yargısı yolunu, mahkemenin sadece anayasaya uygunluk denetimi yaptığı ve uyuşmazlığı her yönüyle inceleme yetkisine sahip olmadığı gerekçesiyle yetersiz görmüş ve kişinin mahkemeye erişme hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Scordino – İtalya kararında Mahkeme, dava süresinin uzunluğuna ilişkin davalarda ulusal makamların, kendi içtihadında benzer durumlar için verdiği tazminatın sadece yüzde 10'una tekabül eden bir tazminat verebildikleri bir hukuk yolunu yetersiz görmüş ve iç hukuk yolunun etkisiz olduğu sonucuna varmıştır.

Etkililik

Sözleşme'nin 13. maddesine göre etkili bir hukuk yolu, ihlalin meydana gelmesini veya sürmesini önleyen ve eğer ihlal gerçekleşmiş ise kişiye uygun veya yeterli bir giderim sunan bir yoldur.

Etkili hukuk yolu kavramı, her madde açısından ayrı değerlendirilmesi gereken bir konudur. Kötü muamele şikâyetleri bakımından, ceza hukuku bağlamında etkili hukuk yolu, Sözleşmeci Devletlerin 3. madde altındaki pozitif yükümlülükleri ile 13. madde altındaki etkili hukuk yolları sağlama yükümlülüğüne sıkı sıkıya bağlıdır. Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerinin ihlaline ilişkin şikâyetler bakımından yeterli bir giderimden bahsedebilmek için, sorumluların tespit edilmesini ve cezalandırılmasını sağlayan etkili bir soruşturma yapılması gerekmektedir.

Diğer yandan, bir iç hukuk yolunun etkili olması teorik bir sorun olmanın ötesinde uygulama ile ilgili bir sorundur. Örneğin *Batı ve Diğerleri – Türkiye* davasında başvurucular, kendilerine işkence yapmakla suçladıkları sanık polis memurlarının yargılanması henüz sonuçlanmadan Mahkeme'ye başvurmuşlardır. Mahkeme, söz konusu ceza yargılamasının sekiz yıl gibi uzun bir süre devam etmiş olmasını ve soruşturma ile kovuşturma bakımından bazı önemli adımların atılmamasını göz önünde tutarak, başvurucuların iç hukuk yollarını tüketme koşulunu yerine getirmiş sayılmalarına ve söz konusu ceza yargılamasının sonucunu beklemek zorunda olmadıklarına karar vermiştir.

Etkili başvuru hakkı ve diğer usul hakları

Sözleşme'nin 13. maddesinde güvence altına alınan "etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı", Sözleşme'nin diğer bazı maddelerinde ayrıca düzenlenmiştir. Bu düzenlemeye örnek, Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrasında güvence altına alınan "mahkemeye başvurma hakkı"dır. Ayrıca maddi hükümlerin içinde birçok usul hakkı, Mahkeme tarafından içtihat yoluyla türetilmiştir. Bu usul haklarına örnekler, Sözleşme'nin 6. maddesinden türetilen "mahkemeye erişme hakkı" ile Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerinden türetilen "etkili soruşturma" haklarıdır.

Kişi özgürlüğü

Sözleşme'nin 5. maddesinin 4. fıkrası, gözaltına alınma veya tutulma nedeniyle özgürlüğünden yoksun bırakılan bir kimseye, tutulmasının hukukiliği hakkında süratle karar verebilecek ve bu tutma işlemi hukuki değilse salıverilmesine hükmedebilecek bir mahkemeye başvurma hakkı tanımaktadır. Bu fıkra, kişinin salıverilmesini sağlayabilecek bir mahkemeye başvurabilmesini öngören bir iç hukuk yolunun varlığını güvence altına almaktadır.

Sözleşme'nin 5. madde kapsamında etkili başvuru hakkı, etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkını düzenleyen 13. maddeye göre özel hükümdür. Başka bir ifadeyle, 5(4) hükmü "lex specialis"tir ve özgürlükten yoksun bırakmaya karşı başvuru hakkına dayanarak başvurucu hangi maddeyi ileri sürerse sürsün, Sözleşme'nin 5(4) hükmü uygulanır. Bu nedenle Sözleşme'nin 5(4). fıkrasının uygulanabilir olduğu olaylarda 13. madde uygulanmaz.

Yaşama hakkı ve işkence yasağı

Mahkeme, yaşama hakkıyla ilgili ilk kararlarında devletin meydana gelen bir ölüm etkili bir şekilde soruşturmakla yükümlü olduğunu vurgulamıştır. Bu pozitif nitelikte bir usul yükümlüğüdür ve hukuki dayanağı, Sözleşme'nin 1. maddesiyle birlikte yorumlanan 'herkesin yaşama hakkı hukuk tarafından korunur', diyen Sözleşme'nin 2(1). fıkrasıdır (*McCann ve Diğerleri*, *§161*; *Kaya*, *§105*). Mahkeme, işkence yasağıyla ilgili davalarında da devletin işkence ve kötü muameleyi etkili bir şekilde soruşturmakla yükümlü olduğunu belirtmiştir.

Sözleşme'nin 2 veya 3. maddesi ile ilgili bir ihlal iddiası söz konusu olduğunda, ihlalin saptanması ve tazminat ödenmesi dışında, "sorumluların saptanarak cezalandırılmasını sağlayan resmi bir soruşturma"nın (*Assenov ve Diğerleri*, *§102*) da bulunması gerekir.

Mahkeme, *Akdıvar ve Diğerleri – Türkiye* kararında (*§65*) açıkça belirttiği üzere, 35. maddedeki iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralı, 13. maddedeki varsayıma dayanmaktadır. Buna göre, Sözleşme hükümlerinin ulusal hukuka nasıl aktarıldığına bakılmaksızın, Sözleşme'de güvence altına alınan hakların ihlal edildiğine ilişkin iddialar bakımından Sözleşmeci Devletlerin hukuk sistemlerinde etkili iç hukuk yolları oluşturmuş oldukları varsayılır. Böylece, işkence ve kötü muamele şikâyetleri konusunda, Sözleşmeci Devletlerin 3. maddeye göre mevcut soruşturma yükümlüğü ile 13. maddeye göre mevcut etkili hukuk yolu sağlama yükümlülüğü birbirine sıkı sıkıya bağlıdır. Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerinin ihlaline ilişkin şikâyetler konusunda yeterli hukuki giderimden söz edebilmek için, sorumluların tespit edilmelerini ve cezalandırılmalarını sağlayan etkili bir resmi soruşturma gerekmektedir.

Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından Mahkeme, 3. maddeye dayalı şikâyetlerle ilgili soruşturma yükümlülüğünü eski kararlarında 13. madde çerçevesinde incelemiştir. *Aksoy – Türkiye* kararında Sözleşme'nin 3 ve 13. maddeleri arasındaki ilişkiyi Mahkeme, şöyle ifade etmiştir:

"98. Sözleşme'nin 3. maddesinde güvence altına alınan hakkın özelliği, 13. madde üzerinde sonuçlar doğurmaktadır. İşkence yasağının büyük önemi … ve özellikle işkence mağdurlarının korunmasız durumu düşünüldüğünde, iç hukukta kullanılabilir diğer haklar saklı kalmak kaydıyla, Sözleşme'nin 13. maddesi devletlere işkence olayları hakkında tam ve etkili bir soruşturma yapma yükümlülüğü yükler.

Buna göre, bir kimsenin devlet görevlileri tarafından kendisine işkence yapıldığına dair savunulabilir bir iddiası varsa, Sözleşme'nin 13. madde bakımından "etkili hukuk yolu" kavramı, uygun bir tazminatın ödenmesinin yanı sıra, işkenceden sorumlu olanların belirlenmesini ve cezalandırılmalarını sağlayabilen ve şikâyetçinin etkili bir biçimde katılmasını içeren bir usulle, tam ve etkili bir soruşturma yapılmasını gerektirir. Bir işkence fiilinin işlendiğine inanmak için makul nedenler bulunduğu takdirde, 'derhal ve tarafsız' bir soruşturma yapma yükümlülüğü yükleyen İşkence ve Diğer Zalimane, İnsanlıkdışı veya Onur Kırıcı Muamele ve Cezaya Karşı Birleşmiş Milletler Sözleşmesi'nin 12. maddesindeki gibi bir hükmün, bu Sözleşme'de bulunmadığı açıktır. Ancak Mahkeme'nin görüşüne göre böyle bir gereklilik, Sözleşme'nin 13. maddesindeki "etkili hukuk yolu" kavramının içinde zımnen yer alır. …"

Mahkeme, *Aksoy – Türkiye* kararında geliştirdiği devletin etkili soruşturma yükümlüğünü 13. madde altında inceleme içtihadını uzun yıllar sürdürmüştür. Ancak belirli bir süre boyunca Mahkeme, etkili soruşturma ihlali şikâyetlerini, bazen 2. maddede olduğu gibi 3. maddenin usul yükümlüğü, bazen de Sözleşme'nin 13. maddesi kapsamında incelemiştir. Günümüzde Mahkeme içtihadındaki bu gelgit sona ermiş ve Mahkeme

tarafından 3. maddeyle bağlantılı etkili soruşturma şikâyetleri tamamen 3. maddenin usul yükümlülüğü kapsamında incelenmeye başlanmıştır.

Kısaca günümüzde Sözleşme'nin 2 ve 3. maddeleri gereğince "etkili bir soruşturma yapma" şeklindeki usul yükümlülüğü ile Sözleşme'nin 13. maddesindeki "etkili başvuru hakkı" arasında 'doğrudan' bir bağlantı yoktur. Buna karşılık, "etkili bir soruşturma yapma" usul yükümlülüğü ile "etkili başvuru hakkı" arasında her zaman dolaylı bir bağlantının var olduğu belirtilebilir. Bir olayda Sözleşme'nin 2 veya 3. maddelerine ilişkin bir şikâyetle ilgili olarak etkili bir soruşturmanın yapılmamış olması, bazen kişinin tazminat almasını da imkânsız hale getirebilir. Bu durumda Mahkeme, sadece "etkili soruşturma yapma" bakımından değil, ama aynı zamanda 13. madde yönünden de ihlal saptayabilir. Bu bağlamda devletin 13. madde bakımından yükümlülüğü, kişinin tazminat talebinin incelendiği bir yol kurmasıdır; bu yola başvuran kişinin tazminat talebinin kabul edilmesi ya da reddedilmesi başka bir sorundur.

Mahkeme'ye göre, devletlerin Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerden doğan usul yükümlülüğü, "sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına" yol açabilecek nitelikte etkili bir resmi soruşturma yapılmasını gerektirir. Yaşama hakkının veya maddi bütünlüğün ihlaline üçüncü kişilerin kasıtlı olmayan eylemleri sebebiyet vermiş ise, Mahkeme, 'etkili bir yargısal sistem' oluşturma şeklindeki pozitif yükümlülüğün, her olayda mutlaka ceza davası açılmasını gerektirmediği ve mağdurlara medeni hukuk veya idare hukuku yollarının açık olmasının yeterli olabileceği kanaatindedir (*Vo - Fransa [BD]*, *§90*; *Calvelli ve Ciglio*, *§51*; *Mastromatteo*, *§90, 94 ve 95*; *Fedina*, *§62*).

O halde, Sözleşme'nin 13. maddesindeki "etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı" kavramının 2 ve 3. maddelerle ilgili davalarda anlamı nedir?

Sözleşme'nin 2 ve 3. maddelerinin ihlal edildiğine dair bir şikâyet söz konusu olduğunda Mahkeme, 13. maddeyi artık ilke olarak sadece 'tazminat hakkı' kapsamında incelemektedir. Bu kapsamda Mahkeme, 2 veya 3. madde ihlali söz konusu olduğunda, mağdurun bu ihlalden doğan manevi zararının tazmininin gerekli olduğunu belirtmiştir (*Z ve Diğerleri, §109*; *Keenan, §130*; *Paul ve Audrey Edwards*, *§97-98*).

Mahkeme bir kimsenin 2 veya 3. maddedeki şikâyetleri konusunda esastan ve usulden ihlal bulmasa dahi, tazminat hakkı bakımından 13. madde ihlali bulabilir. *Bubbins – Birleşik Krallık* kararında Mahkeme, başvurucunun kardeşinin polis tarafından açılan ateş sonucu öldürülmesi ile ilgili başvuruda Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında ihlal olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, polisin bu eylemi 2. maddedeki koşullara uygundur ve ayrıca bu ölüm olayı 2. maddenin usul güvencelerini taşıyan etkili bir soruşturmaya konu olmuştur. Ancak Mahkeme bu davada 13. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucuya kardeşinin ölümü nedeniyle tazminat verilip verilmemesi konusunda herhangi bir mahkeme karar vermemiştir. Mahkeme'nin bu davada 13. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmasına neden olan temel unsur, başvurucunun tazminat almamış olması değildir; Birleşik Krallık hukuk sisteminin özellikleri nedeniyle başvurucunun bir ulusal mahkemeye başvurup tazminat elde etme imkânının bulunmasıdır.

Stanev – Bulgaristan davasında Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlalini tespit ettiği durumlarda, bu ihlal nedeniyle ortaya çıkan manevi zararın iç hukukta tazmin edilmesinin mümkün olması gerektiğini belirtmiştir (*Stanev*, *§218*). Bu davada Mahkeme, ulusal mahkemeler tarafından tazminatla ilgili yasanın, cezaevinde kötü tutulma koşulları nedeniyle gördükleri zararlarla sınırlı bir yol olarak yorumlanıp uygulandığını hatırlatmıştır. Oysa mevcut davada 3. madde ihlali, bir bakım evindeki kötü yaşam koşullarıyla ilgilidir; tazminat konusundaki maddenin sosyal bakımevlerindeki kötü yaşam

koşullarına ilişkin iddialara uygulanabilir olduğu yönünde bir yargı kararı bulunmamaktadır. Bu durumu dikkate alan Mahkeme, Bulgaristan hukuk sisteminde var olan başvuru yollarının, sosyal bakımevlerindeki kötü yaşam koşulları bakımından ihlal sonucuna vardığı şikâyetler bakımından 13. madde anlamında etkili olmadıkları sonucuna varmıştır.

Giuliani ve Gaggio – İtalya kararında Mahkeme, güvenlik güçleri tarafından öldürülen bir kişi ile ilgili davada 2. madde yönünden ihlal bulmamıştır. Bu davada başvurucular soruşturmanın yetersizliği nedeniyle Sözleşme'nin 6 ve 13. maddelerinin de ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, bu davada İtalyan hukukuna göre başvurucuların mevcut olayda ilgili polis aleyhindeki ceza yargılamasına müdahil olarak katılma imkânlarının bulunmadığını tespit etmiştir. Mahkeme başvurucuların şikâyetini, Sözleşme ihlalleri konusunda etkili bir hukuk yolu öngören Sözleşme'nin 13. maddesindeki Sözleşmeci Devletlerin daha genel yükümlülüğü açısından incelenmesini gerekli görmüştür. Dava konusu olayda Mahkeme, Carlo Giuliani'nin ölümünü çevreleyen koşullarla ilgili yürütülen ulusal düzeydeki soruşturmanın, Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından çabukluk ve tarafsızlık gereklerini karşıladığını saptadığını hatırlatır. Mahkeme'ye göre, bu soruşturma, sorumluların belirlenmelerine ve cezalandırılmalarına yol açabilecek nitelikte bir soruşturmadır. Başvurucuların soruşturmaya müdahil olarak katılamadıkları doğrudur. Bununla birlikte başvurucular, İtalyan hukukuna göre zarar gören tarafa tanınan yetkileri kullanabilmektedirler. Ayrıca başvurucuları ceza kovuşturmasına paralel olarak bir tazminat davası açmaktan alıkoyacak herhangi bir engel yoktur. Bu gerekçelerle Mahkeme, başvurucuların Sözleşme'nin 2. maddesi bakımından şikâyetleri için kullanmalarına elverişli etkili başvuru yollarına sahip olduklarına ve 13. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Mahkemeye erişme hakkı

Sözleşme'nin 6(1). fıkrası kişilere belirli koşullarda "mahkemeye erişme" hakkı tanır. Herkes kişisel hak ve yükümlülüklerinin karara bağlanması için bir mahkemeye erişme, başka bir deyişle dava açma hakkına sahiptir. Örneğin mülkiyet hakkı gibi medeni haklarla ilgili bir uyuşmazlık söz konusu olduğunda kişiler, bu şikâyetlerini 6. maddeye gereğince bir mahkemeye sunma hakkına sahiptirler.

Sözleşme'nin 6. maddesinin güvence altına aldığı mahkemeye erişme hakkı kişilere, 13. maddedeki etkili başvuru hakkına göre daha yüksek bir koruma sunmaktadır. Bu nedenle, eğer bir başvurucu Sözleşme'nin 6 ve 13. maddelerini ileri sürmüş ise, eğer o davada 6. madde uygulanabilir ise, Mahkeme bu şikâyeti mahkemeye erişme hakkı kapsamında inceleyecek ve ayrıca 13. madde bakımından "incelemenin gerekli olmadığına" karar verecektir.

Airey – İrlanda davasında başvurucu, dava masraflarının dava açmayı engelleyici miktarda olması ve maddi imkânsızlık nedeniyle avukat tarafından temsil edilememesi ve adli yardımdan yararlanamaması nedeniyle Yüksek Mahkeme önünde eşinden boşanma davası açamadığını, bu nedenle 6(1). fıkrasının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu davada önce, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının uygulanabilir olduğunu belirtmiş ve şikâyet hakkında bu düzenlemenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, İrlanda'da bir yargısal ayrılık kararının sadece Yüksek Mahkemeden alınabileceğini ve bu mahkeme önünde usulün karmaşık olduğunu belirtmiştir. Mahkeme, Airey'in konumundaki bir davacının davasını etkili bir şekilde ancak bir avukat yardımıyla savunabileceği değerlendirmesini yapmıştır. Bu nedenlerle Mahkeme, başvurucunun yargısal ayrılık kararı almak için Yüksek Mahkeme'ye dava açmak üzere etkili bir biçimde mahkemeye başvurma hakkını kullanamadığı ve olayda mahkemeye başvurma

hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Başvurucu ayrıca 13. maddenin ihlal edildiği ileri sürmüştür. Bu iddia hakkında ise Mahkeme şu hususu belirtmiştir (*§35*):

"Mahkeme'ye göre, bu olayda Sözleşme'nin 13. maddesi ile 6(1). fıkrasındaki haklar örtüşmektedir. Sözleşme'nin 13. maddesinin şartları 6(1). fıkrasının şartlarına göre daha hafiftir; bu olayda 13. maddedeki şartların tümü, 6(1). fıkranın şartları içinde yer almaktadır. … Bu nedenle Mahkeme olayda, etkili bir hukuki yola başvurma hakkı bakımından incelemenin gerekli olmadığı sonucuna varmıştır."

Makul sürede yargılanma hakkı

Sürmeli – Almanya kararında Mahkeme, Alman hukuku bakımından Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında dava süresinin uzunluğu şikâyetini ele alabilecek en etkili hukuk yolunun, önleyici yol olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, bir hukuk sistemi dava süresi konusunda sorunlarını çözemiyorsa, en uygun yol, davaları hızlandıran yoldur. Böyle bir yol, tazminat veren bir yola göre açıkça daha üstündür. Çünkü bu yol sayesinde, hem aynı dava için birden çok dava süresi sorununun ortaya çıkması engellenir, hem de denetim ihlalden sonraya kalmaz. Alman hukuk sisteminde Anayasa Mahkemesinin anayasa şikâyeti yolunda bu tarz önleyici tedbir alma yetkisinin olmadığı ya da çok sınırlı kaldığı gerekçesiyle Mahkeme, bu yolu etkili bir hukuk yolu olarak değerlendirmemiştir (*Sürmeli*, *§97*).

Mahkeme, *Hartman – Çek Cumhuriyeti* kararında, Çek Anayasa Mahkemesinin dava süresi uzunluğu şikâyetlerinde, ilgili mahkemelere davaları çabuk bitirme talimatı vermesini zayıf da olsa önleyici bir tedbir olarak görmüştür. Buna karşılık, böyle bir gecikme durumunda herhangi bir yaptırımın olmamasını dikkate alarak, bu yolun etkili olmadığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre (*§68-69*):

"… İsviçre Federal Mahkemesi veya İspanyol Anayasa Mahkemesinin aksine Çek Anayasa Mahkemesi, uyuşmazlık konusu sürecin hızlanması için somut bir tedbir alma yetkisine sahip değildir."

Ayrıca Çek Anayasa Mahkemesi dava süresinden şikâyet eden ilgilere tazminat verme yetkisine de sahip değildir. Bu iki nedenle anayasa şikâyeti yolu etkili bir yol olarak nitelendirilmemiştir.

Mahkeme, *Gonzalez Marin – İspanya* adlı kabuledilebilirlik kararında, İspanyol Anayasal sisteminde dava süresinin uzun olduğundan şikâyet eden bir kimsenin ilgili mahkemeye şikâyetini sunmasına karşın sonuç almamış ise, Anayasa Mahkemesine bireysel başvuru (amparo) yapma hakkı olduğunu belirtmiştir. Ayrıca kişilerin Adalet Bakanlığına başvurarak tazminat hakkı olduğu da saptamıştır.

Sonradan kurulan hukuk yolu

Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, etkili bir hukuk yolunun var olup olmadığı konusu, kural olarak, söz konusu başvurunun yapıldığı tarihteki hukuk yolları bakımından incelenir. Başka bir anlatımla bir başvurucu başvurusunu yaptığı sırada var olan iç hukuk yollarını tüketmekle sorumludur. Ancak Mahkeme, ikincil karakterine dayanarak, bir başvuru yapıldıktan sonra kurulan bir yolun da bazı durumlarda dikkate alınabileceğini kabul etmiştir. Özellikle, başvurunun Mahkeme'ye sunulduğu tarihten sonra, fakat başvurunun kabul edilebilir olup olmadığına ilişkin karar verilmeden önce ve başvurucunun kullanabileceği yeni bir iç hukuk yolunun oluşturulmuş olması durumunda, başvurucunun söz konusu yeni hukuk yolunu tüketmesi gerekebilir. Ancak, bu yol iç hukukta gerçek bir giderim sunmalı ve etkililik ölçütünü de karşılamalıdır. Bu çerçevede, bu yolun etkili olduğunu kanıtlamak ilgili devlete düşer.

Mahkeme bir başvuruyu iç hukuka geri gönderme uygulamasını genellikle yerleşik bir içtihadına dayanan ve çok sayıda sunulan başvuru tiplerinde yapmaktadır. Türkiye'ye karşı bu uygulamanın birçok örneği vardır. *İçyer – Türkiye* davasında Mahkeme, terörle mücadele alanında kurulan tazminat komisyonlarını, başvurular yapıldıktan sonra kurulmuş olmalarına karşın, etkili ve tüketilmesi gereken bir hukuk yolu olarak nitelendirmiş ve önündeki 1500'e yakın davayı tazminat komisyonlarına göndermiştir. Aynı şekilde *Aydemir ve Diğerleri – Türkiye* kararında Mahkeme, cezaevi disiplin uygulamalarında duruşma imkânı veren ve bu imkânı altı ay süreyle daha önce kabul edilmiş disiplin cezalarına da tanıyan yasanın çıkmasının ardından, önünde görülmekte olan davaları iç hukuka geri göndermiştir. Buna karşılık, *Samatya Surp Kevork Ermeni Kilisesi, Mektebi Ve Mezarlığı Vakfı Yönetim Kurulu – Türkiye* davasında Mahkeme aynı yolu izlememiş ve iç hukuk yolunun etkinliğinin henüz kanıtlanamadığını saptamıştır.

Mahkeme, *Müdür Turgut ve Diğerleri – Türkiye* kabuledilebilirlik kararında, 6384 sayılı Kanun ile davanın uzun sürmesi ve mahkeme kararların geç icrası ya da icra edilmemesi hakkındaki şikâyetleri belirli koşullarda incelemekle yetkilendirilen yeni yolu 'erişilebilir' ve eldeki bilgilere göre 'yeterli' ve 'elverişli' bir yol olarak değerlendirmiştir.

Müdür Turgut ve Diğerleri – Türkiye kabuledilebilirlik hakkında kararında Mahkeme, 20 Mart 2012 tarihli *Ümmühan Kaplan – Türkiye* pilot kararından sonra, yargılama süreleriyle ilgili olarak 23 Eylül 2012 öncesinde Mahkeme'ye yapılmış başvuruların tazminat ödenmesi suretiyle çözülmesine dair 6384 sayılı Kanunun Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından kabul edildiğini tespit etmiştir. Mahkeme başvurunun, bu kanunun yürürlüğe girmesinden önce, başvurucuların Türk hukukunda yargılama süresinden şikâyet edebilecekleri etkili bir hukuk yol bulunmadığı bir dönemde kendi önüne getirildiğini kaydetmiştir. Bununla birlikte Mahkeme'ye göre, 6384 sayılı Kanunla kurulan yol, Türkiye'ye karşı açılan yargılama süresiyle ilgili tekrar eden davalara çözüm bulma amacı taşıyan pilot karar usulünün doğrudan ve somut bir sonucudur. Mahkeme, ulusal makamların bir iç hukuk yolu kurarak, davalı devletin, Bakanlar Komitesi tavsiye kararlarına ve Interlaken, İzmir ve Brighton konferanslarının sonuç bildirgelerine uygun olarak, iç hukuktaki yapısal bir sorunu çözerek üzerine düşen sorumluluğu yerine getirdiği değerlendirmesinde bulunmuştur. Mahkeme'ye göre 6384 sayılı Kanun, temel olarak, Türkiye'nin makul sürede yargılama yükümlülüğüne aykırılıkları telafi etmesine ve Mahkeme önündeki başvuruları azaltmasına ve hatta tamamen sonuçlandırmasına imkân tanıma amacı taşımaktadır. Mahkeme, 6384 sayılı Kanunun niteliğini ve kabul edilişi sırasında içinde bulunulan bağlamı dikkate alarak, iç hukuk yollarının tüketilmesi şartının başvurunun yapıldığı anda değerlendirilmesi genel kuralına bir istisna yapılmasının haklı görülebileceğini belirtmiştir. Mahkeme, bu kararında henüz bu yolu "etkili" olarak nitelendirmemiştir; çünkü bu yol çok yenidir ve uygulamada etkili olduğunu ortaya koyacak veriler mevcut değildir. Bu yolun çok yeni olmasına karşın, Mahkeme önündeki bu şikâyeti içeren başvuruları yeni yola başvurulmasını sağlamak amacıyla kabuledilemez bulmuştur.

Mahkeme'nin bu içtihadı geliştirmesinin temelinde, ulusal hukukta ya da uygulamada yapısal ya da genel eksiklikleri saptadığı durumlarda izlenecek en uygun yolu belirleme çabası yatar. Mahkeme, birbirine benzer çok sayıda davanın Strazburg'a getirilmesini engellemek amacıyla, bir pilot kararla davalı devletten yasalarını gözden geçirmesi ve gerekli olduğu durumlarda, yeni iç hukuk yolları kurması gerektiğini ifade etmiştir. İlgili hükümet bir başvuru yolu kurarsa, Mahkeme bu iç hukuk yolunun "erişilebilir", "yeterli", "elverişli" ve "etkili" olup olmadığını inceleyecektir. Bu yolun yukarıdaki koşulları taşıması halinde, Mahkeme, süre açısından herhangi bir engel olmaması kaydıyla, benzer başvuruları yapanlardan bu yeni iç hukuk yolunu tüketmelerini isteyecektir. Tüketilmeme

halinde Mahkeme, bu başvuruları, yeni başvuru yolunun oluşturulmasından önce sunulmuş olsalar bile, Sözleşme'nin 35(1). fıkrası uyarınca kabuledilemez bulacaktır.

Hasan Uzun – Türkiye kabuledilebilirlik hakkında kararında Mahkeme, Anayasa Mahkemesi önünde bireysel başvuru hakkı sağlayan yeni kanun yolunun tüketilmesi gereken bir iç hukuk yolu olup olmadığı konusunu inceler. Mahkeme, yasa koyucunun Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklere yönelik ihlallerin doğrudan ve ivedi olarak telafi ve tazmini hususunda Anayasa Mahkemesi'ni gerekli ölçüde yetkili kıldığını belirtir. Anayasa Mahkemesi, bireysel başvurunun esastan incelenmesi, insan hakları ve temel hak ve özgürlüklerin ihlal edilip edilmediğinin belirlenmesi ve eğer ihlal söz konusu ise, ihlale son verecek nitelikte bir telafi doğrultusunda hüküm verilmesi imkânına sahiptir. İhlal, bir yargı kararından kaynaklanmakta ise, dava dosyası, ihlale son verilmesi ve ihlalin sonuçlarının ortadan kaldırılması amacıyla yargılamanın yenilenmesi için yetkili mahkemeye iade edilebilmektedir. Yargılamanın yenilenmesi konusunda ilgilinin menfaati olmadığı takdirde, başvuru sahibine uygun bir tazminat ödenmesine karar verilebilir veya kendisine yetkili mahkemelere başvurarak yeni bir dava açması yolunda çağrı yapılabilir. Mahkeme, Hasan Uzun'un başvurusuna ilişkin iç hukuk yolunun 25 Eylül 2012 tarihinde tüketilmiş olduğu ve Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolunun 23 Eylül 2012 tarihinden sonra kesinleşen kararlar için açık olduğu hususlarını dikkate alarak, başvurucunun Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunması gerektiğine karar vermiştir. Bu nedenle, iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle bu başvuru hakkında kabuledilmezlik kararı verilmiştir.

Mahkeme, *Hasan Uzun - Türkiye* kararında, *Müdür Turgut ve Diğerleri – Türkiye* kabuledilebilirlik hakkında kararında olduğu gibi, henüz bireysel başvuru yolunu "etkili" bir yol olarak nitelendirmez; çünkü bu yolun uygulamada etkili olduğunu ortaya koyacak veriler mevcut değildir. Mahkeme, bu yolun teoride olduğu kadar uygulamada da etkin olduğunu ispat yükümlülüğünün Taraf Devlete ait olduğunun altını çizer.

06.09.1978 5029/71 KLASS VE DİĞERLERİ - ALMANYA

♦ *haberleşmeye saygı hakkı konusunda etkili hukuk yolu* (telefon dinlenmesine ve postaların izlenmesine karşı dinleme ve izleme tedbirinin devamı boyunca başvuru hakkını kullanamama, tedbirin uygulanması bittikten sonra başvuru yollarının varlığı)) ■ etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

Bu beş başvurucu, Anayasanın (Grundgesetz) 10(2). fıkrasının ve bu fıkra gereği çıkarılan (ve bundan sonra "G 10" diye geçeçek olan) 13 Ağustos 1968 tarihli Mektup, Posta ve Telekomünikasyon Gizliliğinin Sınırlanması Hakkındaki Yasa'nın, Sözleşme'ye aykırı olduğunu iddia etmektedirler. Başvurucular, Devletin bir yasayla denetim tedbirleri almasına itiraz etmemektedirler. Ancak başvurucular bu yasanın, yetkilileri her denetimden sonra ilgili kişilere bilgi vermekle yükümlü tutmamış olmasına, bu tür önlemleri alma yetkisi verilmesine ve bu tür önlemleri alma ve uygulamaya karşı mahkeme önünde hak arama özgürlüğü tanımamış olmasına itiraz etmektedirler. Bu kişiler başvurularını, Federal Anayasa Mahkemesi tarafından uyarlanıp yorumlanan yasaya karşı yapmışlardır.

Not: Olayın ayrıntılarına yukarıda 8. madde işlenirken yer verilmiştir.

(...)

KARAR GEREKÇESİ

(...)

II. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiası

39. Başvurucular itiraz konusu yasanın, özellikle ilgili kişinin izleme önlemlerinden haberdar edilmemesi ve önlem sona erdiği zaman mahkemelere başvurma hakkı bulunmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini iddia etmişlerdir (...)

(...)

60. (...) Mahkeme, 8. maddeye aykırılık bulunmadığını tespit etmektedir.

III. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali iddiası

61. Başvurucular, Sözleşme'nin 13. maddesine aykırılık bulunduğunu iddia etmişlerdir (...).

62. Başvuruculların görüşüne göre Sözleşmeci Devletler, Sözleşme'ye herhangi bir aykırılık iddiası için 13. madde çerçevesinde etkili bir hukuki yol sağlamakla yükümlüdürler; bu hükmün başka türlü yorumlanması, onu anlamsız kılar. Öte yandan Hükümet ve Komisyon, Sözleşme'nin başka maddelerindeki haklardan biri ihlal edilmedikçe, 13. madde bakımından başvuru yapmak için hiç bir temel bulunmadığını düşünmektedirler.

63. 6 Şubat 1976 tarihli "*İsveç Makinistler Sendikası davası*" kararında ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yol bulunduğunu tespit eden Mahkeme, 13. maddenin ancak Sözleşme'nin başka bir maddesiyle güvence altına alınan bir hak ihlal edildiği zaman uygulanabilir olup olmadığı hakkında karar vermesinin istenmediğini düşünmüştür (*İsveç Makinistler Sendikası, §50; ayrıca De Wilde, Ooms ve Versyp, §95*). Eldeki bu davada ise Mahkeme, Almanya'daki yasa bakımından iç hukuk yolunun etkililiğini incelemek gerekse bile, bundan önce 13. maddenin uygulanabilirliği hakkında karar vermesi gerektiğini düşünmektedir.

64. Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlükleri "ihlal edilen" bir kimsenin, "ihlal fiili" resmi sıfatlarıyla hareket edenlerden başka kişiler tarafından "işlenmiş" olsa bile, ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkına sahip olduğunu belirtmektedir. Bu hüküm lafzıyla okunduğunda, bir kimsenin ancak bir "ihlal" meydana gelmişse iç hukuk yollarına başvurma hakkına sahip olduğu sanılır. Ancak bir kimse ulusal bir makama şikâyette bulunmadıkça, bu makam önünde "ihlal"in varlığını ortaya koyamaz. Sonuç olarak, Komisyon azınlığının da ifade ettiği gibi, Sözleşme'nin gerçekten ihlal edilmiş olması, 13. maddenin uygulanması için bir ön koşul olamaz. Mahkeme'nin görüşüne göre 13. madde, Sözleşme'ye aykırılığı iddia edilen bir tasarruftan kendisinin zarar gördüğünü düşünen bir kişinin, hem iddiaları hakkında karar verilmesini ve hem de mümkünse bir karşılık ödenmesini sağlamak için ulusal bir makam önünde hukuki bir yola başvurma hakkını gerektirmektedir. Böylece 13. madde, Sözleşme'deki hak ve özgürlüklerinin ihlal edildiğini "iddia eden" herkesin, "ulusal bir makam önünde etkili bir hukuki yola başvurma hakkı"nı güvence altına alacak biçimde yorumlanmalıdır.

65. Buna göre Mahkeme, 8. maddeyle başvurucuların güvence altına alınan haklarına bir aykırılık tespit etmediği halde, Alman mevzuatında başvuruculara 13. maddedeki "ulusal makamlar önünde etkili bir iç hukuk yolu" tanınmış olup olmadığını belirlemekle yetkilidir.

Başvurucular, izleme önleminin kendilerine gerçekten uygulanmasıyla Sözleşme'deki hakları ihlal edildiği için etkili bir hukuki yola başvurma hakkından yoksun olduklarını ileri sürmemektedirler. Başvurucuların şikâyetleri daha çok, itiraz konusu yasanın içeriğinde bir kusur olarak düşündükleri noktaya yönelmiştir. Başvurucular, belirli koşullarda başvuru imkanının bulunduğunu kabul etmekle birlikte, yasanın kendisi Sözleşme'deki haklarına somut bir izleme önlemi ile müdahale edilip edilmediği konusunda bilgilenmelerini önlediği için, ulusal hukukta etkili bir hukuki yola başvurmaktan kural olarak yoksun bırakıldıklarını iddia etmektedirler. Komisyon ve Hükümet bu iddiaya katılmamaktadır. Sonuç olarak başvurucular, yasanın hükümlerine itiraz ettikleri halde, Mahkeme, Alman yasasına göre hangi iç hukuk yollarının gerçekten kullanılabilir olduğunu ve bu hukuki yolların bu şartlarda etkili olup olmadıklarını incelemek zorundadır.

66. Mahkeme ilk önce başvurucuların, Federal Anayasa Mahkemesi önünde söz konusu yasanın haberleşme haklarına ve mahkemeye başvurma haklarına uygunluğu konusunda itirazda bulundukları zaman, Sözleşme'nin 13. maddesindeki "etkili bir iç hukuk yoluna başvurma hakkı"nı kullanmış olduklarını gözlemlemektedir. Daha önce belirtildiği gibi, Anayasa Mahkemesi başvurucuların şikâyetlerini Sözleşme'ye göre değil, sadece Anayasaya göre incelemiştir. Bununla beraber, başvurucular tarafından Anayasa Mahkemesi önünde korunması istenen haklar, Sözleşme organları önünde ihlal edildiği iddia edilen haklarla özü itibariyle aynıdır (...). Anayasa Mahkemesinin 15 Aralık 1970 tarihli kararı okunduğunda, Mahkeme'nin kendisine yapılan şikâyetleri, Anayasada belirtilen temel ilkeler ve demokratik değerler ışığında dikkatle incelediği görülmektedir.

67. G 10 yasasına göre somut izleme önlemlerinin uygulanması ile ilgili olarak "etkili bir hukuki yol" bulunup bulunmadığı konusunda başvurucular ilk önce, bir kuruluşun 13. madde bakımından "ulusal bir makam" olarak nitelendirilebilmesi için, bu kuruluşun en azından tarafsız ve yargısal bağımsızlığa sahip üyelerden kurulu olması gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık Hükümet, 6. maddenin tersine, 13. maddenin mahkemelere yapılacak hukuki bir yola başvurmayı gerektirmediğini belirtmiştir.

Mahkeme'ye göre 13. maddede sözü edilen makamın, her olayda kelimenin dar anlamıyla yargısal bir makam olması gerekmemektedir (*Golder, §33*). Bununla beraber, bir hukuki yolun etkili olup olamayacağı belirlenirken, o makamın sahip olduğu yetkiler ve usul güvenceleri önem taşır.

68. Başvuruculara göre "etkili bir hukuki yola başvurma" kavramı, sonradan bilgilendirme yoluyla, ilgili kişinin güvence altına alınmış haklarına kabuledilemez bir tecavüze karşı kendisini savunma durumunda bulunabilmesini gerektirir. Hükümet ve Komisyon, itiraz konusu yasanın bilgi vermekten yoksun haliyle bir kez 8. maddede belirtilen amaçlardan biri için "demokratik bir toplumda gerekli" olduğuna karar verilmiş ise, artık 13. maddeden gizli önlemlerin bildirimine ilişkin sınırsız bir hak çıkarsanamayacağı görüşündedirler.

Mahkeme daha önce izlemenin gizliliğinin, özellikle gizli izleme yürürlükte olduğu sırada ilgili kişinin kendine uygun bir hukuk yoluna başvurmasını, imkansız olmasa bile güç duruma soktuğuna işaret etmiştir (...). Mahkeme duyduğu sıkıntıya rağmen, gizli izleme ve uzantılarının, ulusal güvenlik ile düzensizliğin ve suçun önlenmesi amacıyla günümüzdeki koşullarda demokratik bir toplumda gerekli olduğuna karar verdiği bir gerçektir (...). Sözleşme bir bütün olarak okunmalıdır; bu nedenle, Komisyon'un raporunda da belirtildiği gibi, 13. maddenin her türlü yorumu, Sözleşme'nin mantığı ile ahenkli olmalıdır. Mahkeme 13. maddeyi, izleme önlemlerinin etkililiğini güvence altına almak için ilgili kişilere bildirim yapılmamasını 8. maddeye uygun bulurken yaptığı tespiti fiilen hükümsüz kılan bir sonuca götürecek biçimde yorumlayamaz ve uygulayamaz (...). Sonuç olarak Mahkeme, 8. maddeyle ilgili vardığı sonuçlara uygun olarak, bildirim yapılmamasının, bu koşullarda 13. maddeye aykırılık oluşturmadığı görüşündedir.

69. Bu dava bakımından 13. maddedeki "etkili hukuki bir yol", her gizli izleme sisteminin doğasında sadece sınırlı bir başvuru imkanının varolduğunu kabul ederek, mümkün olduğu kadar etkili olan bir hukuki yol anlamına gelir. Böylece geriye, söz konusu yasada başvuruculara tanınan çeşitli hukuki yolların bu sınırlı alan içinde "etkili" olup olmadıklarını görebilmek için, bu hukuki yolları incelemek kalıyor.

70. G 10 yasasına göre kısıtlayıcı önlemlerin emredilmesi ve uygulanması konusunda mahkemelere başvurma hakkı bulunmadığı halde, izlenmekte olduğuna inanan kişiye başka bazı hukuki yollar açıktır. Bu kişinin G 10 Komisyon'una ve Anayasa Mahkemesine başvurma imkanı vardır (...). Belirtildiği gibi bu hukuki yolların etkililiği sınırlıdır ve kural olarak sadece istisnai durumlarda uygulanır. Bununla beraber, bu dava çerçevesinde daha etkili hukuki yolların bulunabileceğini tasavvur etmek zordur.

71. Öte yandan, Federal Anayasa Mahkemesinin 15 Aralık 1970 tarihli kararının gereği olarak yetkili makamlar, izleme önlemleri kesildikten sonra ve sınırlamanın amacını tehlikeye düşürmeden, en kısa zamanda ilgili kişiyi haberdar etmekle yükümlüdür (...). Bu tür bir bildirim yapıldığı andan itibaren kişi, mahkemeler önünde çeşitli hukuki yollara başvurma imkanına kavuşmaktadır. Hükümetin verdiği bilgiye göre bir kimse, bir tespit davasıyla G 10 yasasının kendisine uygulanmasının hukukiliğini ve emredilen izleme önlemlerinin yasaya uygunluğunun denetlenmesini sağlayabilir; eğer zarar görmüşse, zararının tazmini için hukuk mahkemesinde dava açabilir; belgelerin imhası veya eğer mümkünse kendisine verilmesi için de dava açabilir; son olarak, eğer bütün bu hukuki yollardan sonuç elde edememiş ise, Anayasaya bir aykırılık bulunup bulunmadığı hakkında karar alabilmek için Anayasa Mahkemesine başvurabilir (...).

72. Buna göre Mahkeme, davanın bu özel koşulları çerçevesinde, Alman hukukunda tanınan hukuki yolların toplamının, 13. maddedeki şartları yerine getirdiğini kabul etmektedir."

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

(...)

Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 8, 13 ve 6(1). maddelerinin ihlal edilmediğine,

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

25.03.1983 5947/72 SİLVER VE DİĞERLERİ - BİRLEŞİK KRALLIK

♦ *haberleşmeye saygı hakkı konusunda etkili hukuk yolu* (cezaevinde haberleşmenin denetimine karşı iç hukuk yolu bulunmadığı şikayeti) ■ etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

Yedi başvurucunun hepsinin başlıca şikâyeti, mektuplarının cezaevi yetkilileri tarafından kontrol edilmesinin, Sözleşme'nin 8. maddesindeki haberleşme hakkını ve 10. maddesindeki ifade özgürlüğünü ihlal etmiş olmasıdır. Başvurucular ayrıca, Sözleşme'nin 13. maddesine aykırı olarak, söz konusu ihlallere karşı etkili hukuk yolu bulunmadığını iddia etmişlerdir. Başvurucu Silver bunlara ek olarak, hukuk davası açmak için avukatla görüşme izni isteyen iki dilekçesinin reddedilmiş olması nedeniyle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki mahkeme hakkından (right to a court) yoksun bırakıldığını iddia etmiştir.

Birinci başvurucu bay Reuben Silver, 1915 doğumlu bir İngiliz vatandaşı olup, Komisyon'a başvuruda bulunduğu 20 Kasım 1972 cezaevinde hükümlüdür. Şubat 1974'te salıverilmiş, Mart 1979'da ölmüştür. Ocak 1972'den Mart 1973'e kadar 7 mektubu, aşağıda 59, 62, 66, 68 ve 69. paragraflardaki nedenlerle, cezaevi yetkililerince adreslerine gönderilmemiştir. Bu başvurucu, mektuplarının gönderilmemesi nedeniyle cezaevinin iç usullerine (*bk. aşağıda, §51-53*) göre şikâyette bulunmamıştır; başvurucuya göre cezaevi müdürü, her bir olayı İçişleri Bakanlığına dilekçeyle bildirmesini engellemiştir, çünkü başvurucu bu zamanlarda, önemli dilekçeler yazmıştır.[10-11]

Başvurucu Silver, 20 Kasım 1972'de Bakanlığa gönderdiği dilekçede, cezaevindeki ihmalkar muamelelerle ilgili dava açmak üzere hukuki yardım almak için izin istemiş, başka şeylerle birlikte, gördüğü tıbbi ve diş tedavisinden de şikâyet etmiştir. İstenen izin 18 Nisan 1973'te reddedilmiştir. 30 Temmuz 1973'te önceki dilekçesine göndermede bulunarak, bir dilekçe daha göndermiş ve diş tedavisiyle ilgili olarak hukuki yardım talep etmiştir. İkinci dilekçesi 1 Ekim 1973'te kabul edilmiştir; ancak Silver, bundan kendisinin haberdar edilmediğini iddia etmiştir. Her iki dilekçenin gönderildiği dönemde de Bakanlığın izni olmaksızın, hukuk davası açmak üzere hukuki yardım alma imkanı tanınmamıştı (*bk. aşağıda, §32*).[12]

İkinci başvurucu bay Clifford Dixon Noe, 1930 doğumlu bir Amerika Birleşik Devletleri vatandaşı olup, Komisyon'a başvuruda bulunduğu 1 Şubat 1973'te, dolandırıcılıktan mahkum edildikten sonra İngiltere'de hapis cezasını çekmektedir. 31 Ocak 1977'de salıverilmiş ve sonra İngiltere'den sınırdışı edilmiştir. Mayıs 1972 ile Nisan 1975 arasında bu başvurucunun 4 mektubu, aşağıda 60, 61, 67 ve 71. paragraflardaki nedenlerle cezaevi yetkilileri tarafından gönderilmemiş, daha sonraki bir mektubunun postaya verilmesi üç hafta geciktirilmiştir. Başvurucu bu muameleye karşı cezaevi iç usulleri yoluyla şikâyette bulunmuş, ancak sonuç alamamıştır.[13-14]

Üçüncü başvurucu Judith Colne, 1927 doğumlu bir Avustralya vatandaşı olup, Londra'da ikamet eden bir öğretmendir. Mayıs 1974'te hükümlü bir arkadaşının ağabeyi olan Michael Williams ile mektuplaşmaya başlamıştır. Bay Williams daha sonra tutuklanmış ve Albany cezaevinin "A kategori" ayrılmıştır; burası, kaçmaları halinde, halk veya polis

veya Devlet güvenliği için yüksek derecede tehlikeli olan kişilerin tutulduğu bir bölümdür. Temmuz 1974'te Hull cezaevine nakledildikten sonra, aralarındaki mektuplaşmaların farkına varılmış ve aşağıda 59. paragraftaki nedenlerle durdurulmuştur. Wakefield cezaevine naklinden sonra mektuplaşma yeniden başlamış, fakat ertesi ay fark edilince, mektuplaşma durdurulmuştur; bundan sonra ve aynı nedenlerle aralarındaki bütün mektuplaşmalar önlenmiştir. Bu başvurucu durumu hem doğrudan ve hem de bir milletvekili aracılığıyla Bakanlığa iletmiş, ancak sonuç elde edememiştir.[15-16]

Dördüncü başvurucu James Henry Tuttle, 1914 doğumlu bir İngiliz vatandaşı olup, Komisyon'a başvuruda bulunduğu 20 Mart 1975'te, İngiltere'de bir cezaevinde hükümlüdür. 5 Ocak 1981 tarihinde salıverilmiştir. Mart 1975'te başvurucunun iki mektubu aşağıda 62, 64 ve 68. paragraflardaki nedenlerle cezaevi yetkilileri tarafından gönderilmemiştir. Başvurucu Bakanlığa dilekçeyle şikâyette bulunmuş, ancak sonuç alamamıştır. [17-18]

Beşinci başvurucu Gary Cooper, 1946 doğumlu bir İngiliz vatandaşıdır. Komisyon'a başvuruda bulunduğu 28 Ekim 1974'te İngiltere'de bir cezaevinde hapis yatmaktadır. 14 Aralık 1981'de salıverilmiş, fakat daha sonra yeniden cezaevine konmuştur. Nisan 1974 ile Mart 1976 arasında başvurucunu on dört mektubu, aşağıda 60, 65, 67 ve 71. paragraflardaki nedenlerle, cezaevi yetkilileri tarafından gönderilmemiştir. Bu başvurucu cezaevi iç usullerine göre altı mektubu bakımından şikâyetçi olmuş, ancak sonuç alamamıştır. [19-20]

Altıncı başvurucu Michael McMahon, 1944 doğumlu bir İngiliz vatandaşıdır. Komisyon'a başvuruda bulunduğu 8 Temmuz 1975'te, İngiltere'de bir cezaevinde cinayetten mahkum "A kategori" hükümlüsü olarak cezasını çekmektedir. 18 Temmuz 1980'de salıverilmiştir. Mart 1975 ile Şubat 1976 arasında başvurucunun göndermek istediği on bir mektup ve kendisine gelen bir mektup cezaevi yetkilileri tarafından iletilmemiştir. Bu başvurucu Bakanlığa üç şikâyette bulunmuş, ancak biri sonuç vermiştir. Gönderilmeyen mektuplardan birinin alıcısı bir milletvekili olduğundan, gönderilmiş olması gerektiği kabul edilmiş ve bu başvurucuda bu konudaki şikâyetinden vazgeçmiştir. Geri kalan on bir mektubun gönderilmeme veya kendisine iletilmeme sebepleri, aşağıda 59, 61, 66 ve 70. paragraflarda belirtilmiştir.[22]

Yedinci başvurucu Desmond Roy Carne, 1945 doğumlu bir İngiliz vatandaşıdır. Komisyon'a başvuruda bulunduğu 5 Nisan 1975'te, hırsızlık suçundan hükümlü olarak cezaevinde cezasını çekmektedir. 30 Ağustos 1977'de salıverilmiştir. Kasım 1974 ile Mayıs 1976 arasında, başvurucunun yirmi iki mektubu aşağıda 59, 60, 64, 67 ve 68. paragraflardaki nedenlerle gönderilmemiştir. Bu başvurucu cezaevi iç usullerine göre ilgili makamlara veya Parlamento İdari İşler Komisyonu'na durumu bildirmiş, ancak sonuç alamamıştır.[23-24]

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Bu davanın kapsamı

(...)

II. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlali iddiası

80. Başvurucu Silver, hukuki danışma almak için Bakanlığa gönderdiği 1972 ve 1973 yıllardaki dilekçelerin reddedilmesinin, Mahkeme'nin yukarıda geçen Golder kararında yorumladığı Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki mahkemeye başvurma hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir. (...)

Mahkeme 1972 tarihli dilekçeyi incelemekle yetinecektir. Komisyon 1973 tarihli dilekçenin reddedildiğini tespit edememiş ve bu sorun Mahkeme önünde izlenmemiştir.

81. Hükümetin bu konudaki başlıca savunması, Golder kararından sonra mevzuatta ve uygulamada yapılan değişiklikler ışığında (bk. yukarıda §32) bu konu hakkında Mahkeme'nin karar vermesinin gerekli olmadığını şeklindedir.

Mahkeme bu savunmayı kabul edememektedir. Söz konu değişiklikler, ilk önce Golder kararına etki kazandırmak ve ikinci olarak da bu davanın Komisyon önündeki aşamasının bir sonucu olarak yapılmıştır. Bununla birlikte, 1975'ten 1981'e kadar uzanan dönemde yapılan değişiklikler, Silver'ın Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki hakkının ihlal edildiği iddiasına karşılık yapılmış olamazdı. Bu nedenle, "sorunun" kısmen de olsa "çözümünden" söz etmek mümkün değildir (*X. – Birleşik Krallık, §64*). Ayrıca başvurucunun 22 Eylül 1982 tarihli dilekçesinde Sözleşme'nin 50. maddesindeki adil karşılık talebinde bulunulmuş ve Sözleşme'nin 6(1). fıkrasıyla ilgili bir karar verilmesi istenmiştir.

82. Hükümet alternatif olarak, Golder kararının ışığında, Komisyon'un mevcut davada Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiğine dair vardığı sonuca itiraz etmediğini belirtmiştir. Silver'ın olayı ile Golder'ın olayı arasında bir fark bulunmadığından, Mahkeme varılan bu sonucu teyit etmiştir.

III. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiası

83. Başvurucuların iddiasına göre, söz konusu 64 mektubun gönderilmemesi veya geciktirilmesi, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmiştir. (...)

D. Sözleşme'nin 8. maddesiyle ilgili sonuçlar

105. Özet olarak, Silver'ın 7, Noe'nin 10 ve Cooper'ın 28-31 numaralı mektuplarının iletilmemesi, hem "hukuka göre"dir ve hem de "demokratik bir toplumda gerekli"dir (bk. yukarıda §95, 101, 102 ve 103). Bu nedenle bu müdahaleler, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmemektedir. Aynı şey, Noe'nin 12. numaralı mektubu için de (bk. yukarıda §95 ve 104) geçerlidir.

Öte yandan, diğer 57 mektubun iletilmemesi "demokratik bir toplumda gerekli" değildir (bk. yukarıda §99); bu nedenle her bir olayda Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir.

IV. Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlali iddiası

(...)

V. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali iddiası

108. Başvurucular, Sözleşme'nin 6(1), 8 ve 10. maddeleri bakımından şikâyetleri bakımından Birleşik Krallık'ta etkili bir hukuk yolu bulunmadığını ve bu nedenle Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlalinden ötürü mağdur olduklarını ileri sürmüşlerdir. (...)

A. Sözleşme'nin 6(1) ve 10. maddeleriyle bağlantılı olarak ele alınan 13. madde

109. Komisyon'un, başvurucu tarafından Mahkeme önünde itiraz edilmeyen bu konudaki görüşleri şöyledir:

- Silver'ın 1972 tarihli dilekçesinin reddedilmesiyle ilgili olarak, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasına aykırılık bulunduğu şikâyeti bakımından Sözleşme'nin 13. maddesi bağlamında ayrı bir sorun bulunmadığı;

- başvurucunun 10. maddesi konusundaki şikâyetinin (bk. yukarıda §107), 13. madde bakımından incelemeyi gerektirmemesi.

110. Mahkeme, Komisyon'un görüşünü paylaşmaktadır. Sözleşme'nin 6(1). fıkrasını bakımından verdiği kararı (bk. yukarıda §80-82) göz önünde tutan Mahkeme, Silver'ın 13. madde bakımından şikâyetini incelemeyi gerekli görmemektedir; çünkü, Sözleşme'nin 13. maddesinin aradığı şartlar, 6(1). fıkrasının aradığı şartlardan daha az katı olup, 13. maddenin şartları, 6(1). fıkranın şartları arasında zaten yer almaktadır (*Sporrong ve Lönnroth, §88*). Yine, Sözleşme'nin 10. maddesi konusundaki şikâyetleri 13. maddeye göre incelemek gerekli değildir; çünkü, 8 ve 10. maddeler bu olayda örtüşmektedir (bk. yukarıda §107).

B. Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan 13. madde

111. Mahkeme, özellikle mahpusların haberleşmelerinin kontrol yetkilerinin kötüye kullanılmasına karşı koruyucular sorununu 13. madde bağlamında incelemeye karar verdiğinden (bk. yukarıda §90), aynı şey başvurucuların şikâyetlerinin 8. maddesi yönünden de geçerli değildir.

Muhtemel çeşitli şikâyet usullerini inceleyen Komisyon, etkili hukuk yolu bulunmadığı ve böylece Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği sonucunu varmıştır. Hükümet ise Mahkeme'den, bu maddenin ihlal edilmediği kararı vermesini veya alternatif olarak, Emirlerdeki değişikliğin yürürlüğe girmesinden sonra böyle bir ihlalin bulunmadığı sonucuna varmasını talep etmiştir.

112. Bu davanın konusu, Aralık 1981'den itibaren yürürlükte olan haberleşme kontrol sistemini kapsamadığından (bk. yukarıda §79), Mahkeme Hükümetin alternatif savunmasını inceleyemeyecektir.

113. Mahkeme'nin Sözleşme'nin 13. maddesinin yorumlanması konusunda içtihatlarından ortaya çıkan prensipler şöyledir:

(a) bir kimsenin, Sözleşme'de yer alan haklarının ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğuna dair savunulabilir bir iddiası bulunması halinde, bu kimsenin hem iddiası hakkında karar verilmesi ve hem de gerektiği takdirde bir giderim elde etmesi için, bir hukuk yoluna sahip olması gerekir (*Klass ve Diğerleri, §64*);

(b) Sözleşme'nin 13. maddesinde sözü edilen makamın, yargısal bir makam olması gerekmez, ancak yargısal makam değilse, sahip olduğu yetkiler ve sağladığı güvenceler, izlediği usulün etkili olup olmadığına karar verilirken önem taşır (*bk. aynı karar, §67*).

(c) tek bir hukuk yolu, kendi başına Sözleşme'nin 13. maddesindeki şartları bütünüyle yerine getiremese bile, bir araya gelen iç hukuk yolları bunu gerçekleştirebilir (*mutatis mutandis X. -- Birleşik Krallık, §60; Van Droogenbroeck, §56*);

(d) genel olarak Sözleşme'de ve özel olarak Sözleşme'nin 13. maddesinde, Sözleşme'nin herhangi bir hükmünün Sözleşmeci Devletlerin iç hukuklarında etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak için, Sözleşme'nin iç hukuka içselleştirilmesi gibi belirli bir tarz yer almamıştır (*İsveç Makinistler Sendikası, §50*).

Bu son prensipten çıkan sonuca göre, Sözleşme'nin 13. maddesinin belirli bir olayda uygulanması, ilgili Sözleşmeci Devletin Sözleşme'nin birinci bölümünde yer alan hak ve özgürlükleri kendi egemenlik alanında bulunan herkes için doğrudan tanıma yükümlülüğünü yerine getirmede seçtiği tarza bağlıdır (*İrlanda – Birleşik Krallık, §239*).

114. Bu davada, Komisyon tarafından incelenmiş olan dört şikâyet usulünden, yani Denetim Kuruluna başvuru, Parlamento'daki idare denetçisine başvuru, Bakanlığa dilekçe verme ve İngiliz mahkemelerine dava açmaktan başka, başvuruculara açık olan bir hukuk yolunun bulunduğu dile getirilmemiştir.

115. Mahkeme, Komisyon gibi, ilk iki yolun "etkili hukuk yolu" oluşturmadığı görüşündedir.

Denetim Kurulu ne vardığı sonuçların uygulanmasını sağlayabilir, ne de cezaevinde olmayan Colne gibi bireylerin başvurularını inceleyebilir.

Mahkeme'nin, Parlamento'daki Denetçinin giderim sağlayan bağlayıcı bir karar verme yetkisi bulunmadığını (bk. yukarıda §54) not etmesi yeterlidir.

116. Haberleşmenin kontrolüyle ilgili bir işlemin yapılmasına dayanak oluşturan bir Emir veya Talimatın geçerliliği hakkında bir şikâyetin Bakanlığa yapılması halinde, Bakanlık, Sözleşme'nin 13. maddesindeki şartlar bakımından yeterince bağımsız bir makam olarak görülemez (*mutatis mutandis, Klass ve Diğerleri, §56*); çünkü söz konusu direktifleri veren Bakanlık olduğundan, gerçekte kendisinin sebep olduğu bir şey hakkında hüküm vermek durumunda olacaktır. Ancak şikâyetçinin, bir kontrol işleminin bu direktiflerin yanlış uygulanmasından kaynaklandığını iddia etmesi halinde, o zaman durum başka olur. Mahkeme, bu tür durumlarda Bakanlığa bir dilekçeyle başvurulmasının, şikâyetin temeli bulunması halinde, direktife uygunluğu sağlamak için genel olarak etkili olacağına kanaat getirmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre, en azından 1 Aralık 1981'den önce bu tür durumlarda bile bu gibi dilekçelerle başvurmak için varolan şartlar, bazı koşullarda bu hukuk yolunun kullanılabilirliği üzerine kısıtlamalar getirmiştir (bk. yukarıda §53).

117. Öte yandan İngiliz mahkemelerine, Cezaevleri Yasası ve Tüzükle Bakanlığa ve cezaevi yetkililerine verilen yetkilerin kullanılması üzerinde belirli bir denetim yetkisi verilmiştir (bk. yukarıda §55). Ancak mahkemelerin yargı yetkisi, bu yetkilerin keyfi, kötü niyetle, uygunsuz bir saikle veya yetkisiz bir tarzda kullanılıp kullanılmadığına karar vermekle sınırlıdır.

Bu bağlamda başvurucular, iç hukuka içselleştirilmemiş olan Sözleşme'nin İngiliz mahkemeleri önünde doğrudan ileri sürülemeyeceğini vurgulamışlardır. Ancak başvurucular, ulusal mevzuatın Birleşik Krallığın andlaşmalardan doğan yükümlülüklerine uygun olduğu karinesi gereğince, iç hukuktaki muğlak hükümlerin yorumunda Sözleşme'nin önemli olduğunu kabul etmişledir.

118. Başvurucular, haberleşmelerine yapılan müdahalelerin İngiliz hukukuna aykırı olduğunu iddia etmemişlerdir (bk. yukarıda §86). Komisyon gibi Mahkeme de, bu davada şikâyet konusu olan işlemlerin çoğunun Sözleşme'ye uygun olmadığı sonucuna varmıştır (bk. yukarıda §105). Hükümet bir çok olayda Komisyon'un vardığı sonuçlara itiraz etmemiştir. Hükümet, İngiliz mahkemelerinin bu işlemlerin keyfi olarak, kötü niyetle, uygunsuz bir saikle veya yetkisiz bir tarzda yapılmış olduğuna karar verebileceklerini de ileri sürmüş değildir.

Mahkeme'nin görüşüne göre, ister Tüzükte isterse Emirlerde veya Talimatlarda yer alsın, olaya uygulanabilir normlar Sözleşme'ye aykırı oldukları ölçüde, Sözleşme'nin 13. maddesinin aradığı etkili hukuk yolu söz konusu olamazdı ve sonuç olarak 13. madde ihlal edilmiştir.

Ancak, söz konusu normların Sözleşme'nin 8. maddesine uygun olduğu ölçüde, bir araya gelen mevcut hukuk yolları Sözleşme'nin 13. maddesinin gereklerini yerine getirmiştir; bu en azından, Bakanlığa dilekçeyle başvurmanın mümkün olduğu (bk. yukarıda §116) haller için geçerlidir. Bakanlığa gönderilen bir dilekçe, Bakanlık tarafından çıkarılan direktiflere uygunluğu sağlayabilir; Tüzüğe uygunluğun sağlanması konusunda ise, İngiliz mahkemeleri yukarıda 117. paragrafta anlatılan denetim yetkisine sahiptir.

119. Özetle, söz konusu normların Sözleşme'ye uygun olmadığı ve Mahkeme'nin Sözleşme'nin 8. maddesine ihlal kararı verdiği hallerde, etkili hukuk yolu yoktur ve bu

nedenle 13. madde ihlal edilmiştir. Diğer olaylarda ise, başvurucuların şikâyetlerinin Bakanlık ve/veya İngiliz mahkemeleri tarafından gereği gibi incelenmeyeceğini varsaymak için bir sebep yoktur; bu nedenle bu hallerde Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmemiştir; ancak, Bakanlığa başvurma yolunun bulunmadığı Silver'ın 7. mektubu bakımından (bk. yukarıda §11 ve 53) bir istisna vardır."

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Silver'ın Bakanlığa yazdığı 20 Kasım 1972 tarihli dilekçesinin reddedilmesi nedeniyle Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiğine;

2. Silver'ın 7, Noe'nin 10 ve 12 ve Cooper'ın 28-31 numaralı mektupları dışında, başvurucuların yazdıkları veya kendilerine gönderilen bütün mektupların iletilmemesi veya geciktirilmesi nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine;

3. Olayı Sözleşme'nin 10. maddesi bakımından incelemenin gerekli olmadığına;

4. Başvurucuların Sözleşme'nin 6(1) ve 10. maddeleri yönünden yaptıkları şikâyetlerin, Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından incelenmesinin gerekli olmadığına;

5. Kararın 119. paragrafında belirtildiği ölçüde Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine;

KARAR VERMİŞTİR.

27.04.1988 9659/82 BOYLE VE RİCE - BİRLEŞİK KRALLIK

♦ *haberleşmeye saygı hakkı konusunda etkili hukuk yolu—savunulabilir bir iddia* (tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine ve ziyaretlerine ilişkin alınan tedbirler, mektupların posta ücretinin hükümlünün cezaevindeki kazançlarından karşılanması, bazı mektupların postaya verilmemesi veya geciktirilmesi, cezaevinden gönderilen ve gelen mektupların sansüre tabi tutulması, bazı mektupların diğer hükümlüler önünde yüksek sesle okunması, arkadaşa yazılan bir mektubun gönderilmemesi, hükümlülerin ziyaret haklarının ayda bir kez bir saatle kısıtlanması, eskortsuz özel izinle ev ziyaretinde bulunma imkanı verilmemesi, hükümlünün hasta babasını ziyaret için merhamet izni verilmemesi, uygulanan rejimler bakımından cezaevleri arasında farklılık bulunmasıyla ilgili şikâyetler) ■ etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

A. James ve Sarah Boyle

Başvuruculardan James Boyle 1944 doğumlu, Sarah Boyle ise 1950 doğumlu Britanya vatandaşıdırlar. Birinci başvurucu 1967'de, İskoçya'da cinayet suçundan ömür boyu hapis cezasına mahkum olmuştur. Bu başvurucu, 1968 ve 1973 yıllarında cezaevinde isyan, bir cezaevi görevlisini öldürmeye teşebbüs ve cezaevindeki malları tahrip suçlarından birkaç mahkumiyet daha almıştır. İkinci başvurucu, birinci başvurucunun eşi olup, mesleği hekimliktir.

Bay Boyle, Mart 1973'te, Peterhead Cezaevinden alınıp, Barlinnie Cezaevi Özel Birimine konulmuştur. Bu Birim, uzun süreli mahkumlar ile şiddet eğilimli mahkumlar arasından seçilmiş olanların ıslahı amacıyla, tecrübe edilmek üzere, kurulmuştur. Azami sekiz mahkumun bulunduğu bu Birimde, daha geniş bir özgürlük rejimi uygulanmaktadır. Bay Boyle, Özel Birimin başarılı olmasında öncü bir rol oynamıştır. Bu başvurucunun, özellikle diğer kişilerle birlikte çalışma ve heykeltıraşlık ile edebiyat ve diğer sanatsal alanlarda, özel yetenekleri olduğu keşfedilmiştir.

Özel Birimde tutulduğu sırada bay Boyle'a, başka şeylerin yanında, sansürsüz olarak mektup yazma ve alma, her gün ziyaretçileriyle görüşme ve telefon kullanma izni verilmiştir. Bu suretle başvurucu eşiyle, yüz yüze ve telefonla görüşebilmiş, normal kısıtlamalara tabi olmadan yazışabilmiştir. Bu başvurucuya ayrıca, eskortsuz olarak cezaevinden dışarı çıkma imkanı da tanınmıştır.

Şartla Tahliye Kurulu Eylül 1980'de, bay Boyle'un Kasım 1982'de izinli olarak salıverilebilmesi için tavsiyede bulunmuş ve salıverilme öncesi programa tabi tutulması için Edinburgh'daki Saughton Cezaevine nakledilmesini istenmiştir. Bu başvurucuya cezasını burada, diğer mahkumlarla aynı şartlarda çekeceği söylemiştir. Saughton Cezaevindeki rejim, geleneksel çizgide olmasına rağmen, Penninghame Açık Cezaevi gibi diğer alternatifler karşısında, bay Boyle'un salıverilmeden önceki dönemi için daha lehine olacağı düşünülmüştür. Bu tercihe etki eden unsurlar arasında, koğuş yerine tek kişilik bir hücrede kalma arzusu, burada günlük çalışmaları için zaman ile çalışmalarını ve sanatsal faaliyetlerini sürdürebileceği kolaylıkların mevcudiyeti, salıverilme öncesi eğitimi için uygun eğitsel ve mesleki imkanlara kavuşabilmesi gibi unsurlar yer almaktadır. Aslında bizzat Boyle'un kendisi Aralık 1979'da verdiği dilekçede, Barlinne Cezaevinde salıverilme öncesi program için kalmayacak ise, Penninghame Cezaevi yerine Edinburgh'daki Cezaevinde eğitim almayı tercih edeceğini bildirmiştir.

Bu başvurucu Kasım 1981'de, aynı cezaevindeki Özgürlük Eğitimi Yurduna nakledilmiştir. Başvurucu 1 Kasım 1982'de salıverilmiştir.

Başvurucuların, mevcut davaya konu olan Komisyona yaptıkları şikâyetlerin hepsi, bay Boyle'un Saughton Cezaevinde olağan cezaevi rejimine tabi tutulduğu Eylül 1980 ile Kasım 1981 dönemine aittir. Bu şikâyetleri oluşturan olaylar, aşağıdaki paragraflarda özetlenmiştir.

Söz konusu dönemde bay Boyle'a, mektup gönderme ve ödemeyle ilgili normal kurallar uygulanmıştır. Haftada sadece üç sayfalık bir mektubun posta ücreti bütçeden ödenmiştir. Başvurucu diğer mektuplarının posta ücretini, kendisinin genel para kaynaklarından değil, ama cezaevinde kazandığı haftalık 1.60 Sterlinden ödeyebilmiştir. Başvurucunun avukatının İskoçya Bakanlığına gönderdiği 31 Temmuz 1981 tarihli mektupta, cezaevinde sadece beyaz ekmek verilmesi nedeniyle, vejetaryen diyeti için yulaflı ekmek almak üzere haftada 80 peni harcaması gerektiği için, gönderebileceği mektup sayısının kısıtlanmış olduğundan şikâyet edilmiştir. Saughton Cezaevinde vejetaryen diyeti tam olarak sağlanmış olup, bay Boyle bunun yeterliliği konusunda Cezaevi Müdürlüğüne veya Bakanlığa bir şikâyette bulunmamıştır.

Bay Boyle'un gelen ve giden mektupları, cezaevinde izlenen normal uygulama gereğince, cezaevi yetkilileri tarafından kontrol edilmiştir. Başvurucular, Komisyon önünde ayrıca, bazı kereler cezaevi sansür görevlilerinin, bayan Boyle'dan gelen mektupları diğer mahpusların önünde yüksek sesle okuyarak, yazılanlar hakkında yorum yaptıklarını ve güldüklerini iddia etmişlerdir. Ancak bay Boyle, avukatının 31 Temmuz 1981 tarihli şikâyet mektubunda kendisine ait mektupların elemeden geçirildiğinden şikâyetçi olmasına rağmen, bu mektupların okunma tarzı ve özellikle yüksek sesle okunmaları hakkında, Cezaevi Müdürlüğüne ve Bakanlığa bir şikâyette bulunmamıştır.

Başvurucunun Temmuz 1981'de, arkadaşı Peter McDougall'a yollamak istediği mektup, McDougall'ın bir "basın mensubu" olduğu gerekçesiyle, Cezaevi Müdürlüğü tarafından gönderilmemiştir. Bay Boyle, bu konuda Bakanlığa şikâyet dilekçesi göndermiş, fakat bu dilekçe, bir mahpus tarafından, yayınlanması veya radyo veya televizyonda kullanılması için materyal gönderilmesi konusundaki genel yasağa dayanılarak reddedilmiştir. Hükümet daha sonra, aslında bu kuralın yanlış uygulandığını, çünkü söz konusu mektubun

medya ile bağlantılı bir kişiye gönderilmiş olmakla birlikte, aslında kişisel bir mektup olduğunu ve mektubun gönderilmesine izin verilmiş olması gerektiğini kabul etmiştir.

Bay Boyle, Soughton Cezaevinde uygulanan normal kurallara göre, ziyaretçilerle görüşme hakkına sahiptir. Buna göre başvurucunun, avukatının 31 Temmuz 1981 tarihli mektubunda işaret ettiği gibi, ayda sadece bir kez bir saat, kalabalık ziyaretçi salonunda, yakın gözetim altında görüşmesine izin verilmiştir. Başvurucu bu hakkını eşiyle görüşmek için kullanmış, bu nedenle ailesinin diğer üyelerini görememiştir.

Başvurucu, eskortlu özel izin planından yararlanabilmiş ve bu plan gereğince, bir görevlinin sürekli gözetimi altında, evini iki kez ziyaret etmiştir.

Kasım 1980'den itibaren, başvurucuya cezaevi dışında eskortsuz olarak, başlangıçta haftada iki gün ve daha sonra haftada beş gün, halk işinde çalışması için özel bir izin verilmiştir.

Boyle'ların avukatları, Bakanlığa genel bir itirazda da bulunarak, Boyle'un Saughton Cezaevinde gördüğü muamelenin, Barlinnie Özel Biriminde ve aynı zamanda başka herhangi bir yerdeki D Kategori mahpuslarla karşılaştırıldığında, açıkça daha az lehine olduğunu belirtmişlerdir.

Bakanlıktan verilen 28 Ağustos 1981 tarihli cevapta, bu itiraz ile avukatların 31 Temmuz 1981 tarihli mektuplarındaki şikâyetler reddedilmiştir.

Bay Boyle ayrıca, kendi seçim bölgesinden seçilmiş Parlamento Üyesi vasıtasıyla, Parlamento'daki İdare Denetçisine (Ombudsman), Saughton Cezaevinde gördüğü muamelenin çeşitli yönleri hakkında şikâyette bulunmuştur. Ombudsman, 17 Eylül 1981 tarihli yazısında, bay Boyle'un şikâyetlerini kabul edemeyeceğini belirtmiş ve başka şeylerin yanında, şöyle demiştir:

"Bay Boyle'un yazdıklarının ayrıntılarından, her ne kadar kendisi yürürlükteki kurallardan tatmin olmamış ise de, haberleşmesinin, eskortlu özel izninin ve ziyaretlerinin, yürürlükteki kurallara uygun bir şekilde yürütüldüğü anlaşılmaktadır. Bay Boyle'un şikâyetlerinin çoğunun, bu kurallardan ve infazın bu aşamasından kendisine uygulanmasından doğan bir memnuniyetsizliği yansıttığını söylemenin doğru olacağını düşüyorum. Tabi ki kuralları çıkarmak, Parlamentonun işidir; kötü idarede (maladministration) bulunulduğuna dair bir delil mevcut olmadığından, Parlamento Komisyonerliği Yasası gereğince, bu kuralları uygulayan Bakanlıkların takdir yetkilerini sorgulayamam."

B. Brian ve John Rice

Başvuruculardan Brian Rice 1947, John Rice ise 1920 doğumlu birer Britanya vatandaşıdırlar.

Brian Rice 1967 yılında, cinayet suçundan ömür boyu hapis cezasına mahkum olmuştur. Bu başvurucu Ağustos 1979'a kadar, Peterhead ve Pert Cezaevlerinde cezasını çekmiştir. Ağustos 1979'dan itibaren, Saughton Cezaevinde güvenliği en düşük olan D Kategorisinde tutulmuştur. Bu başvurucu 11 Eylül 1981'de, cezaevindeki Özgürlük Eğitimi Yurduna nakledilmiş ve 1 Haziran 1982'de izinli olarak salıverilmiştir. Bu başvurucu cezasının kalan kısmını, örneğin Penninghame Açık Cezaevi yerine, Edinburgh'daki cezaevinde geçirmeyi talep etmiştir; çünkü salıverilmeden önce, Penninghame'da bulunmayıp Edinburgh'da bulunan eğitim kurslarından yararlanmak istemiştir. John Rice, birinci başvurucunun babası olup, Edinburgh'dan yaklaşık 60 kilometre uzaklıktaki Dundee'de yaşamaktadır. Birkaç yıldır sağlığı kötü olan bu başvurucu, söz konusu dönemde ağır hastalanmış ve yürüyememiş ve seyahat edememiştir.

Brian Rice, Saughton Cezaevinde geçirdiği süre içinde, cezaevi ziyaretlerine uygulanan normal haklardan yararlanmıştır. Bu başvurucu, 8 Mayıs 1981'de İskoçya Bakanlığına bir dilekçe göndererek, babasını evde ziyaret etme talebinde bulunmuştur. Dilekçede, babasının tehlikeli olmayan, ancak "uzun süreden beri hastalığı" bulunduğunu, bu durumun kendisine merhamet izni verilmesini gerektirdiğini belirtmiştir. Başvurucunun talebi 27 Mayıs 1981'de reddedilmiştir. Bu konudaki kararda, kendisini eskortlu özel izin planına göre cezaevinden çıkarabilecek bir cezaevi görevlisi bulmak için çaba sarf etmesi tavsiye edilmiştir. Ancak anlaşıldığına göre, başvurucu, eskortlu özel izin için kendisine refakat edecek bir cezaevi görevlisi bulmakta güçlükle karşılaşmıştır. Başvurucu Brian Rice, söz konusu dönemde babasını ziyaret edememiş olmakla birlikte, eskortsuz olarak hafta iki gün eğitsel kursları izlemesi için bir okula gitmesine ve halk işi yaptığı bir merkeze gitmesine izin verilmiştir. Başvurucu daha önce Ağustos 1980'de ev izni almış ve Özgürlük Eğitim programı başlamadan önce de, Eylül 1981'de beş gün evde geçirmiştir.

Başvurucu Rice'ın, seçim bölgesinden Parlamento Üyesinin 18 Haziran 1981 tarihli mektubuna, İskoç İşleri Müsteşarlığının 23 Temmuz 1981 tarihli cevabında, başvurucunun merhamet izni talebinin reddedilmesinin gerekçeleri şöyle açıklanmıştır:

"… Her başvuru, kendi şartları içinde ve sağlık ve sosyal çalışma raporlarına göre değerlendirilmektedir. Bay Rice'ın özel ziyaret için yaptığı başvuru, her zamanki usule göre incelenmiş ve fakat gerekli koşulları taşımadığına karar verilmiştir. Bay Rice'a, babasının durumunun kötüleşmesi halinde yeni bir talepte bulunması tavsiye edilmiştir. Kuralların kötüye kullanılmasını önlemek, bütün mahpuslardan gelen merhamet ziyareti başvurularına karşı dar ve tamamıyla tutarlı bir yaklaşımı sürdürmek, bir mahpusun eğitsel veya başka bir amaçla çıkarılmış olmasının, yaptığı başvurunun esasının incelenmesini etkilememesini veya normal kriterlerin karşılanması şartını ortadan kaldırmamasını sağlamak gerekmektedir. … Bay Rice'ın Eylülde Özgürlük Eğitimi (ÖE) için nakledilmesi beklenmektedir; Bundan önce kendisine beş günlük ev izni verilecek ve kendisi ÖE'deyken, hafta sonlarını evde geçirebilecektir. Bu aşamadan önce, bay Rice'ın durumuna özel bir istisna tanımak ve konuyla ilgili kuralları, merhamet izni veya eskortlu özel izinle dolanmak, sanırım çok yanlış olur."

Brian Rice namına hareket eden avukatlar, 28 Temmuz 1981'de Bakanlığa yazarak, şunlardan şikâyet etmişlerdir:

- kendilerine, Parlamento Üyesine, eski avukatına ve ailesine yazdığı bazı mektupların gönderilmediği iddiası;

- ailesiyle temasıyla ilgili olarak, D Kategorisinde olup da açık koşullarda bulunan mahpuslarla karşılaştırıldığında, ayrımcılık yapıldığının söylenebileceği şekilde kısıtlı ziyaret hakkına sahip olması; ve

- merhamet izin talebinin reddedilmesi.

Bakanlık namına gönderilen 2 Eylül 1981 tarihli cevapta, ileri sürülen bütün bu şikâyetler reddedilmiştir. Ayrıca, başvurucunun yazdığı bütün mektupların gönderildiğine işaret edilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiası

50. Bay Boyle, Temmuz 1981'de, oyun yazarı olan arkadaşına yazmış olduğu bir mektubunun Cezaevi Müdürlüğü tarafından gönderilmemesinin, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini iddia etmiştiiir (...).

Boyle'un İskoçya Bakanlığına dilekçeyle başvurduğu ve fakat mektubunun yayınlanması veya radyo veya televizyonda kullanılması amacını taşıdığı gerekçesiyle dilekçesinin reddedildiği tarihlerde, bu amaçla mektup göndermek, ilgili kurallara (...) göre "hoş görülemeyecek bir konu"dur (...). Hükümet daha sonra, hem Komisyon ve hem de Mahkeme önünde, kuralların yanlış uygulandığını, çünkü mektubun tamamen kişisel nitelikte olduğunu ve gönderilmiş olması gerektiğini belirtmiştir. Hükümet son sözlerinde (...), mektubun gönderilmemesinin, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiğini kabul etmiştir.

Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine dair Komisyon'un vardığı sonuca katılmaktadır.

II. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği iddiası

51. Dört başvurucu da, James Boyle ve Brian Rice'ın, Saughton Cezaevinde ve Edinburgh'da gördükleri muamele nedeniyle, Sözleşme'ye göre yaptıkları çeşitli şikâyetlerle ilgili olarak İskoçya hukukunda etkili bir hukuk yolu bulunmadığını iddia etmişlerdir. Başvurucular Sözleşme'nin 13. maddesine dayanmışlardır. (...)

A. Giriş

52. Mahkeme, bay Boyle'un mektuplarından birinin gönderilmemesinin, Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği sonucuna varmıştır (bk. yukarıda §50). Başvurucuların, Sözleşme'nin 13. maddesine göre yaptıkları şikâyetlerin temelini oluşturan ihlal iddialarından geriye kalan tümü, Komisyon tarafından açıkça temelsiz oldukları gerekçesiyle, kabuledilebilirlik aşamasında reddedilmiştir (bk. yukarıda §44 ve 45).

Sözleşme'nin 13. maddesinin lafzıyla yorumlanan ifade tarzına rağmen, bu maddenin uygulanabilmesi için, Sözleşme'nin "maddi" (substantive) bir hükmünün gerçekten ihlal edilmiş olması bir önkoşul değildir (*Klass ve Diğerleri, §64*). Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'deki hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde hangi biçimde korunmuş olursa olsun, ulusal düzeyde bu hak ve özgürlüklerin özünün uygulanabilmesi ve böylece bunlara aykırılık bulunduğunun iddia edilebilmesi için, bir hukuk yolunun mevcudiyetini güvence altına almaktadır (*Lithgow ve Diğerleri, §205 ve burada atıf bulunulan kararlar*).

Ancak Sözleşme'nin 13. maddesi, bir kimsenin şikâyeti ne kadar değersiz (unmeritorious) olursa olsun, Sözleşme'ye göre şikâyet olduğu sanılan her şey için iç hukukta bir hukuk yolunun bulunmasını gerektirecek şekilde yorumlanamaz; çünkü şikâyet, Sözleşme bakımından savunulabilir bir şikâyet olmalıdır (*Leander, §77* (*a*)).

53. Hükümet, Komisyon'un "açıkça temelsiz" olduğunu açıklandığı Sözleşme'nin maddi hükümlerinden birinin ihlali iddiasının, Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından "savunulabilir" bir iddia olarak görülemeyeceğini ileri sürmüştür.

Komisyon bu itiraza katılmamıştır. Komisyon temsilcisine göre, Komisyon bir şikâyetin Sözleşme'nin (eski) 27(2). maddesine göre "açıkça temelsiz" olup olmadığına karar verirken, savunulabilirlik dışında bir dizi standart uygulamıştır. Komisyon temsilcisine göre, bir iddianın savunulabilir olması, "sadece daha fazla inceleme gerektiren Sözleşme'yle ilgili bir meselenin ortaya konulmasını gerektirir"; bir şikâyetin açıkça temelsiz olduğu sonucuna ise, önemli birkaç yazılı ve sözlü gerekçeyle ulaşılabilir.

54. Mahkeme, 9 Ekim 1979 tarihli Airey kararında, bir şikâyetin "açıkça temelsiz" görülerek reddedilmesinin, "yüzeysel olarak bile, davalı Devlet aleyhine bir olay bulunmadığı"na dair bir karar anlamına geldiğini belirtmiştir (*Airey, §18*). Kelimelerin olağan anlamına bakıldığında, "açıkça temelsiz" bir iddianın, nasıl olup da "savunulabilir" olduğunu ve tersini anlamak güçtür.

Ancak bu demek değildir ki, Mahkeme, Komisyon'un daha önce Sözleşme'nin maddi bir hükmü bakımından açıkça temelsiz bulduğu bir iddiayı, Sözleşme'nin 13. maddesinin işleyiş alanı dışında bırakmak zorundadır. Komisyon'un bir başvurunun kabuledilebilir olduğunu beyan eden bir kararı, Mahkeme'nin önüne getirilen davanın kapsamını belirler (*İrlanda - Birleşik Krallık, §157*). Açıkça temelsiz bulunarak reddedilmiş şikâyetlerin, Mahkeme tarafından ilgili maddelere göre esastan incelenmesi engellenmiştir; fakat Mahkeme, Komisyon'un kabuledilebilir bulduğu ve usulüne göre önüne getirilmiş olan şikâyetleri ele almaya yetkili kılınmıştır. Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme'nin maddi hükümlerinin ihlal edildiği iddialarının savunulabilir olduğu veya olmadığı sorunları dâhil, Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından önündeki şikâyetler bağlamında ortaya çıkarılan bütün maddi ve hukuki sorunları dinlemeye yetkilidir (aynı yer). Bu bağlamda Komisyon'un, temel iddiaların kabuledilebilirliği hakkındaki kararı ve bu kararda gösterdiği gerekçe belirleyici olmamakla birlikte, Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından iddiaların savunulabilirlik niteliği konusunda, önemli işaretler sağlar.

55. Mahkeme, savunulabilirlik kavramının soyut bir tanımını yapması gerektiğini düşünmemektedir. Bunun yerine, ileri sürülen hukuki mesele veya meselelerin özel şartları ve nitelikleri ışığında, Sözleşme'ye göre yapılan bir şikâyetin temelini oluşturan her bir ihlal iddiasının savunulabilir olup olmadığı ve savunulabilir ise, Sözleşme'nin 13. maddesindeki şartların karşılanmış olup olmadığı belirlenmelidir.

B. Bireysel iddialar

1. Boyle'ların mektupların postalanmasıyla ilgili şikâyetleri

56. Boyle'lar, mahpusların gönderdikleri mektupların posta ücretlerinin ödenmesiyle ilgili kurallar nedeniyle bay Boyle'a getirilen kısıtlamaların, Sözleşme'nin 8. maddesindeki haberleşmeye saygı hakkıyla bağdaşmadığından şikâyetçi olmuşlardır (bk. yukarıda §42). Bu kurallar vatsısıyla, cezaevi yetkilileri her hafta gönderilen bir mektubun posta ücretini ödemişler ve bundan fazla mektupların ücretleri, mahpusun cezaevindeki kazançlarından karşılanabilmiş ve fakat genel mali kaynaklarından karşılanamamıştır (bk. yukarıda §23). Bay Boyle, cezaevindeki kazancını vejetaryen diyetini desteklemek için kullanmasının bir sonucu olarak, ücretinin ilave mektuplarının posta ücretini karşılamaya yetmediği gerekçesiyle, genel mali kaynaklardan karşılanmamasına dair kısıtlamaya karşı çıkmıştır (bk. yukarıda §13).

57. Komisyon, 6 Mart 1985 tarihli nihai kabuledilebilirlik kararında, bu başlık altındaki Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali şikâyetini, bay Boyle'un haberleşmesinin mali nedenlerle ağır bir şekilde kısıtlanmış olduğunu kanıtlayamadıkları gerekçesiyle, açıkça temelsiz bularak reddetmiştir. Komisyon raporunun 89-90. paragraflarında, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiasının, 13. madde bakımından savunulabilir bir iddia olmadığı kabul edilmiştir.

58. Mahkeme aynı sonuca ulaşmaktadır. Mahkeme'nin görüşüne göre, özellikle posta ücretlerinin ödenmesiyle ilgili kurallar, kendiliğinden gayri makul değildir. Bay Boyle'a cezaevinde verilen vejetaryen diyetinin yetersiz olduğu ve bu nedenle kazancını haberleşme yerine ekstra yiyecek için harcamaya zorlandığı şeklinde herhangi bir görüş de bulunmamaktadır. Buna göre, bu başlık altında Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali tespit edilememiştir.

2. Brian Rice'ın bazı mektuplarının postalaya verilmemesi veya geciktirilmesiyle ilgili şikâyeti

59. Bay Brian Rice, bazı mektuplarının cezaevi yetkilileri tarafından Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olarak gönderilmediğinden veya gönderilmelerinin geciktirildiğinden şikâyetçi olmuştur (bk. yukarıda §43). Başvurucunun avukatı, bu meseleyi İskoçya

Bakanlığının önüne getirmiş, fakat cevap olarak, kendisinin mektuplarının postalandığı belirtilmiştir (bk. yukarıda §20).

Komisyon, başka bir bilgi bulunmadığı bu koşullarda, 5 Mayıs 1983 tarihinde verdiği kısmen kabuledilebilirlik kararında, Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından yapılan bu şikâyeti, kanıtlanamadığı gerekçesiyle açıkça temelsiz görerek reddetmiştir. Komisyon, aynı gerekçeyle, raporunun 88. paragrafında, Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından savunulabilir bir iddiada bulunulmadığını kabul etmiştir.

60. Mahkeme de aynı şekilde, sunulan deliller çerçevesinde, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlaliyle ilgili savunulabilir bir iddia bulunmadığı sonucuna varmaktadır. Buna göre, bu şikâyet bakımından Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmemiştir.

3. Boyle'un mektupların incelenmesiyle ilgili şikâyetleri

61. Boyle'lar, bay Boyle'un Barlinnie Özel Birimimde bulunduğu sırada, sansüre tabi olmadan mektup yazma ve alma hakkı bulunduğu halde, daha sonra Saughton Cezaevinde kaldığı sırada, ilgili kurallar gereğince gelen ve giden mektuplarının cezaevi sansürü tarafından okunmasından ve incelenmesinden şikâyetçi olmuşlardır (bk. yukarıda §10, 14, 22, 24, 31 ve 42).

Komisyon bu şikâyeti, 6 Mart 1985 tarihli nihai kabuledilebilirlik kararında temelsiz bularak reddederken, mahpusların mektuplarının sadece gözetlenmesinin (supervision), Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrası bakımından kural olarak meşru olduğuna dair önceki içtihadını teyit etmiştir. Komisyon, raporunun 91-92. paragraflarında, aynı prensibi yeniden uygulayarak, bu şikâyetin Sözleşme bakımından savunulabilir bir iddiaya yol açmadığını kabul etmiştir.

62. Mahkeme, vermiş olduğu önceki kararlarında, mahpusların haberleşmesi üzerinde bazı kontrol tedbirlerinin gerekli olduğunu ve bunun kendiliğinden Sözleşme'ye aykırı düşmediğini kabul etmiştir (*Silver ve Diğerleri, §98*). Bay Boyle'un Saughton Cezaevine nakledilmeden önceki yedi yıl, Barlinnie Özel Birimindeki daha serbest rejimden yararlandığı doğrudur. Ancak Özel Birim, özellikle küçük ve güç bir kategorideki mahpuslarla ilgili olmak üzere özel bir amaçla düşünülmüştür (bk. yukarıda §32). Bay Boyle, salıverme öncesi programa tabi tutulmak için Özel Birimden nakledilmiş olup, aslında Saughton Cezaevine seçilmesini gerektiren faktörler de makuldür (bk. yukarıda §11). Başvurucunun Saughton Cezaevinde bulunduğu sırada, burada bulunan diğer mahpuslarla aynı tarzda ve aynı koşullarda cezasını çekmiş olması gerektiği, eleştiri konusu yapılmamıştır.

O halde Mahkeme, Komisyon gibi, bu başlık altında da, Sözleşme'nin 8. maddesinin savunulabilir bir ihlal iddiasının yapılamamış olduğu sonucuna varmaktadır. Sonuç olarak Mahkeme, bu şikâyet bakımından Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilmediğini tespit etmektedir.

4. Boyle'ların mektuplarının yüksek sesle okunduğu şikâyeti

63. Ayrıca, cezaevi sansür görevlisinin bazı kereler, bay Boyle'un mektuplarını diğer hükümlüler önünde, kendisini ve eşini ciddi surette rahatsız edecek tarzda, yüksek sesle okuduğu iddia edilmiştir (bk. yukarıda §14 ve 42). Hükümet bu iddiayı reddetmiş ve o sırada bay Boyle'un, cezaevi sansür görevlisinin bu tutumu hakkında Cezaevi Müdürüne herhangi bir şikâyette bulunmamış olduğunu belirtmiştir (bk. yukarıda §14).

64. Komisyon, kabuledilebilirlik aşamasında, 6 Mayıs 1985 tarihli nihai kararında, kendisine sunulan deliller çerçevesinde, başvurucunun haberleşmesinin gözetiminin, Sözleşme'nin 8. maddesindeki haklarına saygısız bir tarzda yapıldığının gösterilemediği sonucuna varmıştır. Buna göre şikâyet, temelsiz bulunarak reddedilmiştir.

Komisyon, raporunun 93-95. paragraflarında, bu iddianın Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından savunulabilir olup olmadığını tartışmayı gerekli görmemiştir. Komisyon, bu şikâyetin ilgili normların uygulanmasına karşı yöneltildiğini kaydetmiş; İskoçya Bakanlığına yapılacak olan bir başvurunun, bu tür bir şikâyetin çözümü için etkili bir yol olacağı gerekçesiyle, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

65. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiasının, 13. madde bakımından savunulabilir bir iddia olduğu varsayılsa bile, ki Hükümet bunu reddetmiştir, Mahkeme Komisyon ile aynı sonuca varmaktadır. Başvurucular tarafından iddia edilen davranışın, Cezaevi Tüzüğünün 74(4). fıkrasında verilen mektupları "okuma" yetkisinin (bk. yukarıda §22) istismarını oluşturduğu kuşkusuzdur. Bunun aynı zamanda, "bir tutuklu veya hükümlünün bir mektubunun içeriğini, hiçbir koşulda, başka bir tutuklu veya hükümlü tarafından duyması sağlanamaz" diyen Ic.4(9) sayılı Sürekli Emire (bk. yukarıda §24) de tabi ki aykırıdır. Söz konusu dönemde Sürekli Emirler aleni değil ise de, Cezaevi Müdürüne ve gerektiği taktirde Bakanlığa yapılabilecek bir şikâyet, iç hukukta etkili bir hukuk yolu sağlamış olacaktı (*Silver ve Diğerleri, §116; Leander, §83-84*).

Buna göre, bu şikâyet bakımından Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmemiştir.

5. Boyle'un bir mektubunun gönderilmemesiyle ilgili şikâyeti

66. Bu şikâyete konu olan olayın, Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal ettiği sonucu varılmıştı (bk. yukarıda §50).

67. İlgili kuralların uygulanmasıyla ilgili şikâyete konu olay, Bakanlığa bir dilekçe verme suretiyle ileri sürülebilir ve olayda ileri sürülmüştür (bk. yukarıda §15). Şimdi artık Hükümetin de kabul ettiği gibi, Bakanlığın yanlışlıkla dilekçeyi reddetmiş olması, tek başına bu hukuk yolunun etkisiz olduğunu kanıtlamaz (*İsveç Makinistler Sendikası, §50*). Bu noktada Mahkeme, Komisyon raporundaki görüşe katılmaktadır.

Dahası, Hükümetin de belirttiği gibi bay Boyle, kendi mektubunun Tüzükteki genel yasak kapsamına girmediğine işaret ederek, dilekçesini yenileyebilirdi (bk. yukarıda §38). Buna ek veya alternatif olarak, açık bir hataya dayanan Bakanlık kararının gayri makul olduğu gerekçesiyle, yargısal denetim için mahkemelere başvurabilirdi (bk. yukarıda §40).

Buna göre Mahkeme, bay Boyle'un bu şikâyet bakımından sahip olduğu hukuk yollarının, Sözleşme'nin 13. maddesinin gereklerini karşılamaya yettiği sonucuna varmaktadır; o halde bu madde ihlal edilmemiştir.

6. Başvurucuların kısıtlı ziyaret haklarının bulunduğu şikâyeti

68. James ve Sarah Boyle ile Brian Rice, özellikle Cezaevi Tüzüğünün 74(2). fıkrası ve Ic.7 ve 8. Sürekli Emirler gibi, ilgili hükümlere göre sahip oldukları ve kabul ettikleri kısıtlı sayıdaki ziyaretler nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir (bk. yukarıda §16, 19, 22, 26, 42 ve 43).

Başvurucuların avukatının Mahkeme önündeki duruşmada açıkladığı gibi, başvurucuların şikâyetleri, kendileriyle ilgili olayda, belirli zamanda ekstra bir ziyareti haklı kılan "özel öneme ve acilliğe sahip" bir durum bulunduğu şeklinde değildir. Buna göre Hükümetin de kabul ettiği gibi, bu tür durumlarda Tüzüğün 199. maddesine göre, Denetim Komitesinin ilave veya daha uzun süreli ziyaretlere izin verme yetkisi (bk. yukarıda §37), incelenmekte olan şikâyetle alakalı değildir.

Başvurucular, sahip oldukları haklardan yaralanamadıklarını da iddia etmemişledir; bunun yerine başvurucular, ilgili normun yetersiz olduğunu, çünkü bir yılda sadece birer saatten on iki ziyaret hakkı verdiğini ileri sürmüşlerdir.

69. Komisyon, Rice ve Boyle'un başvurularıyla ilgili 5 Mayıs 1983 tarihli kısmi kabuledilebilirlik kararında, Sözleşme'nin 8. maddesinin, cezaevlerinde tutuklu ve hükümlülere sınırsız ziyaret imkanı sağlanmasını gerektirecek kadar ileri gitmediği şeklinde, daha önce açıklamış olduğu görüşünü tekrarlamıştır.

70. Komisyon, Rice'ın davası bakımından, Brian Rice'a okula ve halk işine gitmesi için eskortsuz bir şekilde cezaevinden çıkma izni verildiğini (bk. yukarıda §19) göz önünde tutarak, kendisinin dış dünya ile temasının sıkıntı yarattığının söylenemeyeceğini kabul etmiştir. Ziyaretler üzerindeki genel yasağın, hasta babası dışında, yakın aile üyeleriyle temasını etkili bir şekilde engellendiği de gösterilememiştir. Nihayet, ziyaret koşullarının daha iyi olduğu Penninghame Açık Cezaevi yerine, eğitim amacıyla Saughton Cezaevini tercih eden bizzat kendisidir (bk. yukarıda §18). Bu durumda Komisyon, şikâyeti açıkça temelsiz bulmuştur.

71. Komisyon, Boyle'un davası bakımından 5 Mayıs 1983 tarihli kısmi kabuledilebilirlik kararında, bay Boyle'un, salıverilme öncesi program nedeniyle Saughton Cezaevinde sağlanan avantajların tam olarak farkında olduğunu, bu noktada Pennighame gibi daha "açık" bir cezaevi yerine, Edinburgh'dakini tercih ettiğini kaydetmiştir (bk. yukarıda §11). Ayrıca, başvurucu bu kısıtlamalara sadece, Saughton Cezaevinde kaldığı yaklaşık on üç ay boyunca tabi tutulmuş ve bu süre içinde eskortlu özel izin planına göre ev ziyaretlerinden yararlanabilmiştir (bk. yukarıda §12 ve 16). Bununla birlikte Komisyon, "bay Boyle'un eşiyle daha fazla görüşmesine izin verme konusunda yetkililerin Cezaevi Tüzüğüne göre sahip oldukları takdir yetkilerini kullanmaktaki isteksizliklerinin …, kaçınılmaz olarak bay Boyle'un büyük bir memnuniyetsizlik duymasına yol açtığını", kabul etmiştir. Ancak Komisyon, bütün faktörleri dikkate alarak, bay Boyle'un menfaatleri ve Boyle'ların aile yaşamı ile idari ve güvenlik şartları arasında yetkililer tarafından kurulan dengenin, Sözleşme'nin 8. maddesindeki haklara bir müdahale oluşturacak kadar gayri makul olmadığı sonucuna varmıştır. Böylece Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından yapılan şikâyet, açıkça temelsiz bulunmuştur.

72. Komisyon, raporunun 100. paragrafında bu konudaki şikâyeti, "esas itibarıyla ilgili normlarda yer alan ziyaret imkanlarının kısıtlılığına karşı yöneltilmiş ve fakat bu normların uygulanmasına karşı yöneltilmemiş" bir şikâyet olarak analiz etmiştir. Komisyona göre, ileri sürülen iddia, hem savunulabilir bir iddiadır ve hem de bir yönüyle etkili bir hukuk yolunun mevcut olmadığı bir iddiadır. Bu nedenle Komisyon, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

73. Aslında söz konusu dönemde Bakanlık tarafından çıkarılmış olan kurallar, cezaevi yönetimlerine, Sürekli Emirlerde belirtilmiş olan, iki ayda yarımşar saatten üç ziyaret şeklindeki asgari ziyaret saatinin altına inmemek şartıyla, cezaevi ziyaretlerinin sıklığını ve süresini değiştirebilme konusunda takdir yetkisi vermektedir (Cezaevi Tüzüğü md. 74(2) ve Ic.7 ve 8) (bk. yukarıda §22 ve 26). İşte Saughton Cezaevindeki her ay bir saatlik bir ziyaret, böyle bir "ayarlama"nın sonucudur (bk. yukarıda §26).

74. Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından, cezaevi ziyaretleri konusunda Sözleşmeci Devletlere yüklenen yükümlülükler değerlendirilirken, hapisliğin olağan ve makul şartları ile, bunun sonucu olarak ulusal makamlara mahpusların aileleriyle temaslarını düzenlerken tanınması gereken takdir yetkisinin derecesi göz önünde tutulmalıdır (*Silver ve Diğerleri, §98*). Bu noktadan bakıldığında başvurucular, genel olarak hükümlülere ve hatta kendileri gibi en düşük düzeydeki güvenlik kategorisinde bulunan hükümlülere, yılda birer saatlik on iki ziyaretin Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı olduğu şeklinde şikâyette bulunduklarından, savunulabilir bir iddia ileri sürmemişlerdir. Bu bağlamda sonuç olarak, Sözleşme'nin 13. maddesi ihlali tespit edilmemiştir.

75. Öte yandan, uygulanabilir normların ifade tarzlarına rağmen, bir hükümlünün özel şarları, ziyaretlerle ilgili olarak Sözleşme'nin 8. maddesine göre savunulabilir bir mesele ortaya çıkarabilir.

Başvurucuların davalarında, Denetim Komitesinin müdahalesini haklı kılan önemli veya acil bir durum bulunmadığı veya cezaevi yetkililerinin Cezaevi Tüzüğünü veya Sürekli Emirleri yanlış uygulamadıkları kabul edilmiştir. Bununla birlikte Komisyon verdiği kabuledilebilirlik kararlarında, takdir yetkisinin, şikâyetlerin en azından bazılarında, başvurucuların ziyaret haklarını aileleriyle yeterli temas kurabilecek düzeye getirmek için kendilerinin lehine kullanılmamış olduğu şeklinde yorumlamıştır (bk. yukarıda §70 ve 71). Mahkeme'ye göre, Sözleşme'nin 8. maddesinin bir ihlali iddiasının savunulabilir olup olmadığı, özellikle Komisyon'un kabuledilebilirlik kararlarında gösterdiği gerekçeler nedeniyle ve ayrıca mahpuslara, kural olarak keyfilik veya ayrımcılık görünümü vermekten kaçınan tek tip rejim uygulanmasının haklılığı kabul edilmesi gerektiği için, yoğun bir tartışmaya açıktır.

Her halükarda, ziyaret imkanlarının yetersizliği iddiası, Saughton Cezaevi Müdürünün bir kararına dayandığından, buna karşı Bakanlığa dilekçeyle başvurma şeklinde bir hukuk yolu mevcut olup, gerekirse ardından yargısal denetim için başvuru yapmak da mümkündür (bk. yukarıda §38 ve 40). Gerçekten de başvurucuların avukatları, meseleyi Bakanlığın önüne getirmişlerdir (bk. yukarıda §16, 17 ve 20). Bu başvuruların olumlu sonuç vermemiş olması, Bakanlığa başvurmanın kendiliğinden, bu tür şikâyetlerin çözümünde etkisiz bir hukuk yolu olduğunu göstermez (bk. yukarıda §67).

76. Buna göre, başvurucuların şikâyetleri nasıl yorumlanırsa yorumlansın, bu başlık altında Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmemiştir.

7. Boyle'ların eskortlu özel izinle ilgili şikâyetleri

77. Boyle'lar ayrıca, bay Boyle'un sürekli olarak bir cezaevi görevlisinin gözetimini gerektiren eskortlu özel izin planı dışında, başka bir şekilde eve ziyarette bulunması talebinin reddedilmesi nedeniyle şikâyet etmişlerdir (bk. yukarıda §16, 28 ve 42).

Komisyon, kabuledilebilirlik aşamasında 5 Mayıs 1983 tarihli kısmi kararında, bu tür gözetimli ziyaretlerin, başvurucuların Sözleşme'nin 8. maddesindeki özel ve aile yaşamına saygı haklarına bir müdahale oluşturmadığı gerekçesiyle, bu şikâyeti açıkça temelsiz bularak reddetmiştir. Komisyon, raporunun 103. paragrafında, "Sözleşme, bir mahpusun bu tür ev izni için salıverilmesi hakkını güvence altına almadığı için", bu iddianın savunulabilir görülüp görülemeyeceği konusunda tereddüt etmiştir. Her halükarda Komisyon'un vardığı sonuca göre, bu plan ve içerdiği kısıtlayıcı koşulların Saughton Cezaevi Müdürü tarafından yayınlanan bir uyarı yazısında yer almış olması ve Bakanlığa bir dilekçe verilebilmesi, etkili bir hukuk yolu oluşturmuştur.

Aynı şekilde Mahkeme de, iddianın savunulabilir olduğu kabul edilse bile, hem planın şartlarını ve hem de Müdür tarafından bu konuda verilen münferit kararları inceleme yetkisine sahip Bakanlığa bir dilekçe verme biçiminde (bk. yukarıda §17) bir hukuk yolunun mevcut olduğu sonucuna varmaktadır.

Bu nedenle, bu şikâyetle ilgili olarak Sözleşme'nin 13. maddesi ihlal edilmemiştir.

8. Brian ve John Rice'ın merhamet izniyle ilgili şikâyetleri

79. Brian ve John Rice, Bakanlığın Mayıs 1981'de, Brian Rice'a kronik bir şekilde hasta olan ve kendisini cezaevinde ziyaret etmek için seyahat edemeyen babası John Rice'ı evde ziyaret edebilmesi için merhamet izni vermemesi (bk. yukarıda §18, 19 ve 43) nedeniyle, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Brian Rice'ın Bakanlığa

gönderdiği dilekçe reddedilmiştir (bk. yukarıda §38); çünkü sunulan materyal çerçevesinde, söz konusu akrabanın ağır hasta olması şartını arayan Jc.3 sayılı Sürekli Emirdeki (bk. yukarıda §27) gerekli şartlardan biri yoktur. Mahkeme önündeki duruşmada başvurucuların avukatının ifadesiyle bu şikâyet, Bakanlığın söz konusu Sürekli Emri yanlış uyguladığı için değil, fakat bizzat normun içeriğinin kısıtlayıcı içeriğine karşı yapılmıştır.

80. Komisyon, 5 Mayıs 1983 tarihli kısmi kabuledilebilirlik kararında, Brian Rice'a Ağustos 1980'de ev ziyareti için izin verildiğini ve Eylül 1981'de Özgürlük Programı başlamadan önce, beş günlük iznini evde geçirdiğini (bk. yukarıda §19/son) kaydetmiştir. Komisyon, bu tür ziyaretlerin düzenlenmesinde idari külfetleri göz önünde tutarak, yakın akrabanın ağır hasta olması şartının, gayri makul veya Sözleşme'nin 8. maddesine içkin prensiplere aykırı olmadığını kabul etmiştir. Olayın şartları içinde, başvurucunun aile yaşamına saygı hakkına bir müdahale tespit edilememiştir. Buna göre şikâyet, Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından açıkça temelsiz bulunmuştur.

Ancak Komisyon, raporunun 105-108. paragraflarında, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlali iddiasının savunulabilir olduğunu belirtmiş; daha sonra, Bakanlığın kararı ve Sürekli Emrin ifade tarzı nedeniyle, bu iddia bakımından etkili iç hukuk yolu bulunmadığını belirtmiştir. Bu nedenle Komisyon, bu şikâyet bakımından Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

81. Bir mahpusun, cezaevindeki ziyaret bağlamında ailesiyle temasını düzenlenirken, ulusal makamların kullandığı takdir yetkisinin derecesi dikkate alınmak zorundadır (bk. yukarıda §74). Mahkeme'ye göre bu noktada, merhamet izni için Sürekli Emirlerde belirtilen şartın, kendiliğinden Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal iddiasına temel oluşturduğu söylenemez.

82. Bu iki başvurucunun içinde bulundukları kişisel koşulların ışığında, "özel bir istisna"da bulunulması talebinin reddedilmesinin (bk. yukarıda §19), Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından savunulabilir bir mesele ortaya çıkarabilecek nitelikte olduğu söylenemez. Ayrıca, Brian Rice'ın talebinin gereği gibi ele alınmadığı hiçbir zaman dile getirilmemiştir. Diğer faktörler arasında şunlar yer almaktadır: başvurucunun Özgürlük Eğitim planına nakli ile bu planda olduğu gibi daha önce eskortlu özel izin planına göre mevcut ev izni imkanlarının birbirine yaklaşması ve babasının şartlarının kötüleşmesi halinde yeniden bir talepte bulunabileceğine dair cezaevi yetkilileri tarafında kendisine verilen tavsiye (bk. yukarıda §19, 20, 28 ve 33).

83. Bu koşullarda Mahkeme, bu şikâyet bakımından Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilmediğini tespit etmiştir.

9. Başvurucuların cezaevi rejimleri arasında farklılık bulunduğu şikâyeti

84. Dört başvurucudan her biri, Saughton Cezaevindeki ziyaret ve haberleşmeyle ilgili koşulların, Barlinnie Özel Biriminde veya açık cezaevindeki koşullardan daha lehte olduğu için şikâyette bulunmuşlardır (bk. yukarıda olayların özetlendiği parag. 9 ve 33 ile özellikle 31 ve 32). Başvurucular bu farklı muamelenin, Sözleşme'nin 8 ve ifade özgürlüğünü koruyan 10. maddeleriyle birlikte ele alındığında, 14. maddesine aykırı olarak, ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmişlerdir (bk. yukarıda §42 ve 43). (…)

85. Komisyon, 5 Mayıs 1983 tarihli kısmi kabuledilebilirlik kararında, Sözleşme'nin 14. maddesine göre yapılan ayrımcılık şikâyetini, "her bir cezaevi tipinin karşılaştığı değişik nitelikteki güvenlik kaygıları, farklı muamelenin objektif ve makul haklılık sebeplerini oluştur" gerekçesiyle, açıkça temelsiz bulmuştur.

Komisyon, raporunun 109-112. paragraflarında, söz konusu şikâyetin, Sözleşme'nin 14. maddesine göre yüzeysel olarak (prima facie) bile bir mesele ortaya çıkarmadığını ve bu

nedenle Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından savunulabilir bir iddia olarak görülemeyeceğini düşünmüştür.

86. Mahkeme, Komisyon gibi, kural olarak şikâyet konusu muamele farklılığının, Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından savunulabilir bir ayrımcılık meselesi ortaya çıkarmadığının açık olduğu sonucu varmaktadır.

Bununla birlikte bu konu, başvurucuların şahsi durumlarından ayrı olarak incelenemez. Özellikle, Barlinnie Özel Birimindeki çok daha serbest bir rejim altında birkaç yıl geçirdikten sonra, geleneksel cezaevi rejiminin kısıtlamaları altına dönmek (bk. yukarıda §10), Boyle'lar için hoşnutsuzluk yaratmış olmalıdır. Ancak, mevcut tek "açık" cezaevi olan Penninghame'da yer sayısı kısıtlıdır (bk. yukarıda §31). Dahası, hem James Boyle ve hem de Brian Rice, salıverilme öncesi eğitimlerini almak için Saughton Cezaevini tercih ettiklerini bildirmişlerdir (bk. yukarıda §11 ve 18). Bu iki başvurucu gibi, en düşük güvenlik kategorisinde (D Kategorisi) yer alanlar dahil, Saughton Cezaevinde bulunan bütün hükümlüler, aynı muameleye tabi tutulmuşlardır (aynı yer). Mahkeme, bu iki başvurucunun geri kalan cezaları bakımından Saughton Cezaevinin tercih edilmesini gerektiren faktörlerin veya başvurucuların yine Saughton Cezaevinde gördükleri muamelenin, Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından ayrımcılık iddiasına sebep olmadıkları sonucuna varmaktadır.

Buna göre, Sözleşme'nin 14. maddesinin savunulabilir bir ihlal iddiası bulunulmamıştır. Bu nedenle Mahkeme, bu şikâyetle ilgili olarak Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.

C. Sonuç

87. Mahkeme önünde iddia ve savunmaların yapılaması sırasında, bir şikâyetin, normların uygulanması yerine, uygulanabilir nitelikteki birincil mevzuat, ikincil mevzuat ve iç idari direktifler gibi ulusal normların içeriğine karşı yapılmış olması durumunda, Sözleşme'nin 13. maddesinin gereklerinin ne olacağı konusunda yoğun tartışmalar yapılmıştır. Özellikle Sözleşme'nin 13. maddesinin, bir Sözleşmeci Devlete, bir bireye ikincil mevzuat hükümlerine karşı çıkma imkanı veren bir hukuk yolu getirme ödevi yükleyip yüklemediği sorunu ortaya atılmış (*bk. yukarıda geçen, "yasalar"dan söz eden ve şikâyet konusunun birincil mevzuat olduğu Lithgow ve Diğerleri, §206*); uygulanabilir ulusal normların kendileri, Sözleşme'nin maddi hükümlerine tamamen uygun olduğunda, Sözleşme'nin 13. maddesinin gerektirdiği hukuk yolunun niteliğinin ne olacağı konusunda tartışılmıştır (*mutatis mutandis, Silver ve Diğerleri, §118; James ve Diğerleri, §86*).

Başvurucular tarafından yapılan bireysel şikâyetlerle ilgili olarak vardığı sonuçları göz önünde tutan Mahkeme, mevcut davada bu yorum meselelerine girmeyi gerekli görmemektedir.

88. Sonuç olarak, davadaki olaylar, başvurucuların şikâyetleri bakımından Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğini ortaya koymamaktadır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bay Boyle'un olayında, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine;

2. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edilmediğine;

(...)

KARAR VERİR.

08.06.2006 75529/01 SÜRMELİ - ALMANYA

♦ *makul sürede yargılanma hakkı konusunda etkili başvuru yolu* (14 yıldan fazla süren yargılama konusunda iç hukukta etkili bir hukuk yolu bulunmadığı şikayeti, Anayasa şikayeti yolunun yetersizliği, önleyici ve hızlandırıcı tedbirlerin önemi) ■ etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu 1982 yılında başvurucu bir bisiklet kazası geçirmiş ve bir kolu kırılmıştır. Sigorta şirketi ile yaptığı görüşmelerin olumsuz sonuçlanması üzerine, başvurucu 1989 yılında hem tazminat hem de belirli bir aylık gelir almak için yetkili mahkemelere başvurmuştur. Bu yargılama süreci iki aşamadan oluşmaktadır. İlk olarak, başvurucunun tazminat talebinin yerinde olduğu belirlenmiştir. İkinci aşamada ise, başvurucunun zarar miktarı tayin edilmeye çalışılmıştır. Mahkeme'nin karar verdiği tarihte bu dava iç hukukta derdesttir (2006).

Başvurucu dava süresinin uzunluğundan şikayet ederek 2001 yılında Anayasa Mahkemesi'ne anayasa şikayeti yoluyla başvurmuştur. Anayasa Mahkemesi, bu talebi bir gerekçe göstermeden reddetmiştir. Başvurucunun ikinci anayasa şikayeti de reddedilmiştir. Ayrıca başvurucunun dava süresi konusunda başka yargısal girişimlerde bulunmak amacıyla yaptığı adli yardım talebi de reddedilmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Hükümetin ilk itirazı

(...)

II. Sözleşme'nin 13. maddesi

79. Başvurucu Alman hukuk sisteminde Hanofer Bölge Mahkemesi önündeki yargılamanın uzunluğundan şikâyet edebilmesine imkân tanıyan bir yolun bulunmadığını ileri sürmüştür. Başvurucu bu olayda Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmiştir. (...)

A. Tarafların iddia ve savunmaları

(...)

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Genel ilkeler

97. "Sözleşmeci Devletler, bu Sözleşme'nin Birinci Bölümünde tanımlanan hak ve özgürlükleri, kendi egemenlik alanları içinde bulunan herkes için güvence altına alırlar", diyen Sözleşme'nin 1. maddesine gereğince, Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlükleri uygulamak ve icra etmek, öncelikle ulusal makamlara düşer. Dolayısıyla Mahkeme'ye başvuru mekanizması, insan haklarının ulusal bağlamda korunmasına göre ikincil bir niteliğe sahiptir. Bu ikincillik niteliği, Sözleşme'nin 13 ve 35(1). maddelerinde dile getirilmiştir (*Scordino* (*no 1*) *[BD], §140; Cocchiarella [BD], §38*).

98. Sözleşme'nin 13. maddesi, iç hukukta hak ve özgürlüklerin Sözleşme'de yer aldıkları şekliyle ileri sürülebilmelerini sağlayan bir başvuru yolunun mevcut olmasını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla bu hüküm, Sözleşme'ye dayanan "savunulabilir bir iddianın" içeriğini incelemeye ve uygun bir giderim sunma konusunda yetkili kılınan bir iç hukuk yolunun bulunmasını gerektirir. Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında bir başvuru

yolunun etkili olması, bu yolun kesin olarak başvurucunun lehine karar verilmesini sağlamasına bağlı değildir. Aynı şekilde iç hukuk tarafından sunulan başvuru yollarından her biri tek başına 13. maddedeki şartları karşılamasa bile, bu yolların tamamı birlikte bu maddenin şartlarını yerine getirebilir. Dolayısıyla Mahkeme'nin her olayda, başvurucuların sahip olduğu başvuru yollarının, iddia edilen ihlalin meydana gelmesini veya bu ihlalin devam etmesini engelleyip engellemediğini ve ilgili şahsa meydana gelen ihlal için yeterli bir giderim sunup sunmadığını incelemesi gerekir (*Kudla, §157-158*).

99. Bir başvurucunun ulusal alanda yargılamanın uzunluğundan şikâyet etmek için kullanabileceği başvuru yollarının, iddia edilen ihlalin meydana gelmesini veya bu ihlalin devam etmesini engellemesi veya meydana gelen ihlal için başvurucuya yeterli bir giderim sunması durumunda, Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında "etkili" olduğu kabul edilir. Dolayısıyla bir başvuru, başvurulan yargı organın yargılamanın uzunluğuna müdahale etmesine ve daha önceki gecikmeler için başvurucuya yeterli bir giderim sağlamaya imkan vermesi durumunda etkilidir (*Mifsud – Fransa [k.k.] [BD], no 57220/00, §17*).

100. Ancak Mahkeme yakın tarihte en iyi giderimin, birçok alanda olduğu gibi, önleme olduğunu belirtmiştir. Yargılamanın uzunluğu söz konusu olduğunda, bir sistem Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının gereklerini yerine getirme konusunda yetersiz olduğu zaman, yargılamanın aşırı uzunluğunu önlemek için yargılamayı hızlandırmaya imkan veren bir başvuru yolu, etkili bir yoldur. Böyle bir başvuru yolu, tabii sadece tazminat alma imkanı tanıyan bir yola göre daha avantajlıdır; çünkü ileride aynı yargılamanın uzunluğu için tekrar ihlal başvurusunda bulunmayı önler; ayrıca bir tazminat yolu gibi sonradan harekete geçmeyle sınırlı değildir. Bazı devletler, yargılamanın hızlandırılması amacına sahip bir başvuru yolu ile tazminat ödenmesi talebini içeren bir başvuru yolunu birlikte kabul ederek, bu durumu çok iyi bir şekilde anlamışlardır (*Scordino, §183 ve 186; Cocchiarella, §74 ve 77*).

101. Bir hukuk sisteminin devlet aleyhine dava açma imkanı getirmesi halinde, Mahkeme bu davanın, uzun süren yargılama konusunda erişilebilir, yeterli ve etkili bir hukuk yolu olması gerektiğini; bu davanın da uzun süremesinin ve tazminat düzeyinin, hukuk yolunun yeterliliğini etkileyebileceğini söylemiştir (*Paulino Tomas – Portekiz [k.k] no. 58698/00; Doran – İrlanda, no. 50389/99, §57*).

2. İlkelerin mevcut davaya uygulanması

102. Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki makul süre şartına uyulup uyulmadığının incelenmesine geçmeden önce, başvurucunun Bölge Mahkemesi önündeki yargılamanın uzunluğu ile ilgili şikâyetinin ilk bakışta "savunulabilir" olduğunu, çünkü söz konusu yargılamanın yaklaşık on altı sene sürdüğünü belirtir (*mutatis mutandis, Öneryıldız [BD], no 48939/99, §151*). Ayrıca bu şikâyet, Daire tarafından kabuledilebilir bulunmuştur.

a) Anayasa şikayeti

103. Mahkeme, Fedaral Anayasa Mahkemesinin süratli yargılanma şeklinde bir anayasal hakkın varlığını kabul eden kararlarını (*Komisyon kararları X. – Almanya, no 8499/79; Reisz – Almanya, no 32013/96; König §61 ve 64*) göz önünde tutan Sözleşme organlarının, Anayasa Mahkemesine anayasa şikayeti yolunun, yargılamanın uzunluğu ile ilgili şikâyetlerin telafisine imkan veren bir başvuru yolu olduğunu kabul ettiklerini gözlemlemektedir (*Komisyon kararları X. – Almanya, no. 8499/79; W. – Almanya, no 10785/84; Reisz, no. 32013/96; Mahkeme [k.k.] Teuschler kararı; Thieme [k.k.] kararı*).

104. Mahkeme, açıkça veya zımni olarak, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki makul sürede yargılanma hakkının ihlal edildiğinin ileri sürüldüğü çok sayıda dava nedeniyle, yukarıda belirtilen Kudla davasında değişik bir yaklaşım benimsemiştir. Bu davada Mahkeme,

adalet arayanların bu konuda iç hukukta herhangi bir yargı yoluna başvuramamaları durumunda, adaletin gecikmesinin, ulusal hukuk sisteminde hukukun üstünlüğüne karşı oluşturduğu tehlikeye dikkat çekmiştir. Mahkeme bundan böyle Sözleşme'nin 13. maddesine dayanan tüm şikâyetlerin, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasındaki makul sürede yargılamanın ihlal tespitinden bağımsız olarak incelenmesi gerektiğini vurgulamıştır (*Kudla, 148-149*).

Mahkeme daha sonra, yargılamanın uzunluğundan şikâyet edilen birçok davada, Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında başvurunun etkililiğini daha yakından inceleme imkanı bulmuştur (*Belinger – Slovenya [k.k], no 42320/98; Andrasik ve Diğerleri – Slovakya [k.k.], no. 57984/00; Slavicek – Hırvatistan [k.k.], no 20862/02; Fernandez-Molina Gonzalez ve Diğerleri – İspanya [k.k.], no. 64359/01; Doran, yukarıda geçen karar; Hartman – Çek Cumhuriyeti; Paulino Tomas, yukarıda adı geçen [k.k.], Kormatcheva – Rusya, no 53084/99; Bako – Slovakya [k.k.], no 60227/00; Charzynski – Polonya [k.k.], no 15212/03; Lukenda – Slovenya, no 23032/02*).

105. Mahkeme, makul sürede yargılanma hakkının Alman Anayasasında güvence altına alındığını ve bu hakkın ihlal edilmesinin Federal Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürülebileceğini gözlemlemektedir. Federal Anayasa Mahkemesi yargılama süresinin aşırı uzun olduğu sonucuna varması durumunda, ilgili yargı organını davayı hızlandırmaya veya bitirmeye davet etmektedir. Çek Anayasa Mahkemesi gibi (*Hartman, §67-68*) ve Avrupa'daki diğer Anayasa Mahkemeleri veya Yüksek Mahkemelerin tersine (*Andrasik ve Diğerleri, Slavicek, Fernández-Molina González ve Diğerleri [k.k.]; Kunz, [k.k.], no. 623/02*) Federal Anayasa Mahkemesi, alt derece mahkemesine süre verme veya davayı hızlandırmayı sağlamak için başka tedbirler alınması ve ayrıca tazminat ödenmesi için bir emir verme yetkisi bulunmamaktadır. Hükümete göre, Federal Anayasa Mahkemesinin kararlarının herkes için geçerlilik (erga omnes) niteliğine sahip olması ve bu kararların yayımlanıyor olması nedeniyle, bir ihlal tespitinin yargılamayı etkili bir şekilde hızlandırması, özellikle Anayasa Mahkemesinin davanın nasıl hızlandırıbileceğine işaret ettiği davalar bakımından yeterlidir; 20 Temmuz 2000 tarihli karar da bunu ispatlamaktadır.

Mahkeme, Alman Anayasa Mahkemesinin davayı hızlandırması için Üst Mahkemeye ayrıntıları işaret ettiği kararın bir istisna olduğunu ve dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin genel uygulamasını temsil edecek nitelikte olmadığını kaydetmektedir. Ayrıca, Anayasa Mahkemesi kararlarının somut olaya etkisi konusunda Anayasa Mahkemesi, söz konusu kararında davayı hızlandırmaları için mahkemelere talimat verme yetkisinin olmadığını ve bunun ilgili mahkemenin takdir yetkisinde olduğunu belirten içtihadını hatırlatmıştır. Başka davalarda Anayasa Mahkemesi, yerel mahkemelere daha muğlak işaretler göstermiştir. Anayasa Mahkemesi örneğin alt derece mahkemesi tarafından belirlenen tarihte duruşmanın yapıldığını varsaydığını veya taraflar için önemli olması nedeniyle bazı davaların öncelikle incelenmesi gerektiği ilkesinden hareket ettiğini belirtmiştir. İlk derece mahkemelerin önlerindeki davalarda hareketsiz kaldıkları gerekçesiyle Üst Mahkemeye yaptıkları başvuruların reddedilmesi üzerine, Anayasa Mahkemesi bu ret kararlarını kaldırmış ve dosyaları Üst Mahkemeye göndermiştir.

106. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesinin devam eden davayı hızlandırmak için sahip olduğu tek araç, bir yargılamanın uzunluğunun Anayasayı ihlal ettiğini tespit etmek ve ilgili yargı organını davayı hızlandırmak veya bitirmek için gerekeni yapmaya davet etmektir. Bu bağlamda, şikayet konusu sürenin Anayasaya uygunluğunu tespit etme konusunda, Anayasa Mahkemesinin kendi müdahale yetkisinin sınırlı olduğunu kabul ettiği kaydedilmelidir. Mahkeme, ilgili yargı organının Anayasa Mahkemesinin kararına hemen uyması halinde, bu durumun yargılama sürecine bir hızlandırma etkisi yapma ihtimali bulunabileceğini kabul etmiş, ancak Hükümetin Anayasa Mahkemesinin kararlarının uzun süren yargılamalar üzerinde gerçek bir etkisi olup olmadığı konusunda sessiz kaldığını

gözlemlemiştir. Mahkeme henüz kendi önünde derdest olan ve Alman Anayasa Mahkemesinin böyle bir karar verdiği Almanya ile ilgili bir davanın, ilgili yerel mahkeme önünde on altı ay ve daha sonra Üst Mahkeme önünde iki yıl dokuz ay sonra sona erdiğini gözlemlemektedir (*Grässer [k.k.]*). Anayasa Mahkemesinin Anayasanın ihlal edilmediğine karar vermesine rağmen davanın hızlandırılmasına karar verdiği Mahkeme tarafından incelen bir başka başvuruda, ilgili yargı organının davayı bitirmek için ayrıca on aylık bir süreye ihtiyacı olmuş ve Anayasa Mahkemesinin kararından sonra tüm yargılama süresi iki buçuk yıl sürmüştür (*Herbolzheimer, §31 ve 38*). Kaldı ki, dokuz yıl sekiz ay süren bu davada, Anayasa Mahkemesi yargılamanın uzunluğunun haklı görülecek sınırı hala aşmadığını (o dönemlerde yaklaşık olarak dokuz sene) belirterek anayasa şikayetini kabul etmemesi üzerine Mahkeme, Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ihlal edildiğine karar vermiştir.

107. Son olarak, Hükümet tarafından öne sürülen kamuoyu baskısı konusunda Mahkeme, bunu somut bir davayı hızlandırabilecek bir unsur olarak görme konusunda ikna olmamıştır.

108. Yukarıda belirtilen nedenlerle Mahkeme, anayasa şikayeti yolunun, devam eden bir hukuk davasında sürenin aşırı uzunluğunu telafi eden bir yol olduğunun Hükümet tarafından gösterilemediği sonucuna varmıştır. Dolayısıyla, bir avukat tarafından temsil edilmeyen başvurucunun Anayasa Mahkemesine yaptığı anayasa şikayetinin kabuledilebilirlik şartlarına uymadığı varsayılsa bile, başvurucunun yargılamanın uzunluğu ile ilgili şikâyetini Anayasa Mahkemesi önünde ileri sürme zorunluğu bulunmamaktadır.

b) Daha yüksek bir makama başvuru

109. Mahkeme'ye göre Hükümet, Almanya Hakimler Kanununun 26(2). fıkrasında öngörülen üst makama başvuru yolunun, Bölge Mahkemesi önündeki yargılamayı hızlandıracağı sonucuna varılmasını gerektirecek gerekçeler ileri sürmediğini kaydeder. Ayrıca Mahkeme, daha önce üst makama yapılan başvurunun defalarca 13. madde anlamında etkili bir yol olmadığını, çünkü bu başvurunun bu başvuruyu yapan şahsa devletten denetim yetkisini kullanmasını sağlamak için kişisel bir hak vermediğini hatırlatır (*Kuchar ve Stis – Çek Cumhuriyeti [k.k.], no 37527/97; Horvat – Hırvatistan, no 51585/99, §47; Lukenda, §61-63*).

c) Hareketsizliğin iddia edildiği özel şikayet yolu

110. Mahkeme, hareketsizliğin iddia edildiği şikayet şeklindeki özel bir başvuru yolunun, ulusal hukukta yasal temeli bulunmadığını kaydeder. Her ne kadar bazı Üst Mahkemeler bu yolu prensip olarak kabul etse de, bu şikayetin kabul edilebilirlik şartları değişmekte olup, bu şartlar da olayın içinde bulunduğu koşullara bağlıdır. Bugüne kadar Federal Adalet Mahkemesi bu başvuru yolunun kabuledilebilirliği hakkında bir karar vermemiştir. Kabuledilebilir bulunan bir şikayetin sonuçları konusunda ise Mahkeme, Hükümetin sadece kendi görüşünü desteklemek için dört kararı zikrederek, üst mahkemenin alt derece mahkemesi önünde davaya devam edilmesi kararı verebileceğini ifade etmekle yetindiğini kaydeder. Hükümet, bu kararların içeriği veya yargılama üzerindeki etkileri konusunda açıklamada bulunmamıştır. Bazı Üst Mahkemelerin kararlarında yargılamayı uzatma konusunda detaylı açıklamalar vermeleri ve hatta ilgili mahkemenin yerine geçerek karar vermeleri nedeniyle Mahkeme, belirli bir hukuk yolunun etkililiğini değerlendirmek için kural olarak esas alınacak tarihin kendisine başvuru tarihi olduğunu ve bu olayda başvurunun yapıldığı Kasım 1999 tarihinde, Üst Mahkemelerin bu yönde sadece dört kararları bulunduğunu gözlemlemektedir (*Baumann, §47; Nogolica – Hırvatistan [k.k.], no 77784/01; Marien – Belçika [k.k.], no 46046/99*). Ayrıca, her ne kadar kararlar sadece yargı önünde dinlenilme hakkı ile ilgili olsa da, Anayasa Mahkemesi Genel Kurulu, yazılı

olmayan bir hukuk yolunun kabuledilebilirlik şartlarının değişmesinin, anayasa hukuku açısından sorunlu olduğunu söylemeye eğilimli olduğu anlaşılmaktadır.

111. Taraflar, bu davada başvurucu, yerel mahkemenin hareketsizliği nedeniyle yargılamanın uzunluğu şikayetini yetkili Celle Üst Mahkemesi önüne getirmiş olsaydı, muhtemel bu Üst Mahkemenin bu başvuruyla ilgili henüz bir kabuledilebilirlik karar vermemiş olacağı konusunda hemfikirdirler. Hareketsizlik nedeniyle özel başvuru yoluyla ilgili kabuledilebilirlik kriterlerinin belirsizliğini ve böyle bir şikayetin söz konusu yargılama üzerindeki etkisinin belirsizliğini dikkate alan Mahkeme, Celle Üst Mahkemesinin bu başvuru yolunu kural olarak hükümsüz kılmamış olmasına özel bir değer atfedilmemesi gerektiği kanaatindedir. Mahkeme ayrıca, Anayasa Mahkemesinin başvurucunun başvurusunu Anayasa Mahkemesi ile ilgili yasanın 90(2). maddesinin ilk cümlesindeki hukuk yollarını tüketmediği için reddetmediğini kaydeder.

112. Dolayısıyla, hareketsizlik nedeniyle olağanüstü başvuru yolu, bu davada etkili bir hukuk yolu olarak görülemez.

d) Tazminat davası

113. Son olarak tazminat davası konusunda Mahkeme Hükümetin, Münih I. Bölge Mahkemesi ile ilgili bir tek yeni karar sunduğunu ve bu kararda Bölge Mahkemesinin idari yargı organları önündeki davanın hareketsizliğinin, hâkimlik görevinin gereklerini yerine getirmeme olarak kabul ettiğini kaydeder. Ancak, bu tek yargı kararı Mahkeme'yi hem teoride hem de pratikte etkili ve uygun bir yargı yolu olduğu konusunda ikna etmemiştir. Kaldı ki, bu karar ilk derece mahkemesi tarafından verilmiştir (*Rezette, §27; Marien [k.k.]; Gama da Costa – Portekiz, no 12659/87 Komisyon [k.k.]*). Ayrıca hukuk mahkemeleri önünde tazminat davası açmak için başvurucu tarafından yapılan adli yardım talebi, özellikle haklı görülemeyecek bir uzun yargılama bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Her halükarda, bu yargı organları yargılamanın aşırı uzunluğu konusunda hâkimin ödevlerini yerine getirmediği sonucuna varsalardı bile, yetkili mahkemeler herhangi bir tazminat ödenmesine karar veremeyeceklerdi. Mahkeme'nin yukarıda belirttiği gibi, hukuk davalarındaki yargılamanın uzunluğu davalarında başvurucular herşeyden önce manevi bir zarara uğramaktadırlar (*Hartman, §68; Lukenda, §59; Scordino, §204; Cocchiarella, §95*). Münih I Bölge Mahkemesinin yukarıda belirtilen kararı, bu boşluktan bahseden bir örnek sunmaktadır; çünkü gerçekten de başvurucu bu davada sadece hareketsizlik nedeniyle başvuru yapması için gerekli olan avukatlık masraflarının ancak bir kısmını elde edebilecekti.

114. Dolayısıyla tazminat davası yolu başvurucuya yargılamanın uzunluğu için yeteri kadar bir telafi sunabilecek nitelikte değildir.

e) Sonuç

115. Sonuç olarak Hükümet tarafından öne sürülen başvuru yollarından hiçbiri Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında etkili olarak kabul edilemez. Bu başvuruların hep birlikte etkili olarak kabuledilmesi ile ilgili olarak Mahkeme, Hükümetin bu başvuru yollarının ikisinin veya birçoğunun birlikte 13. maddenin gereklerine cevap verdiğini öne sürmediğini gözlemlemektedir. Dolayısıyla bu konuda herhangi bir karar alınmasına gerek yoktur.

116. Bu nedenle başvurucu, Bölge Mahkemesi önündeki yargılamayı hızlandırmak veya daha önceki gecikmeler için yeterli bir tazminat elde etmek için Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında etkili bir başvuru yoluna sahip değildir. Dolayısıyla bu hüküm ihlal edilmiştir ve Hükümet tarafından öne sürülen iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının da reddedilmesi gerekir.

117. Alman hukuk sisteminde hareketsizlik nedeniyle yeni bir dava açılması ihtimali ile ilgili olarak Mahkeme, Sözleşme'nin 46. maddesi ile ilgili vardığı sonuçlara gönderme yapmaktadır (bk. aşağıda, §138).

Sözleşme'nin 6 §1. Maddesinin ihlal edildiği iddiası

118. Başvurucu Hanofer Bölge Mahkemesi önündeki yargılamanın uzunluğundan şikayet etmektedir.

(...)

134. Bu nedenlerle Mahkeme, başvurucunun davranışlarına ve Hükümet tarafından öne sürülen diğer durumlara rağmen, yargılama süresinin Sözleşme'nin 6(1). fıkrası anlamında makul süreyi aştığı sonucuna varmaktadır. Bu nedenle bu madde ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğine
2. Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

26.04.2007 25389/05 GEBREMEDHİN [GABERAMADHİEN] - FRANSA

♦ *insanlıkdışı muamele yasağı konusunda etkili hukuk yoyu* (Eritre'ye geri gönderilmesi halinde aşağılayıcı, insanlık dışı muamele veya işkence görme riskiyle karşı karşıya kalacağını iddia eden başvurucunun iç hukukta ülkeye giriş talebinin reddi ve geri gönderilme kararlarını durdurucu nitelikte bir başvuru yolu bulunmadığı şikayeti) ■ etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

1979 doğumlu bir Eritre vatandaşı olan başvurucu, Paris'te bir sivil toplum örgütü tarafından barındırılmaktadır. Başvurucu ve ailesi 1998 yılında, diğer birçok kişi gibi, Etiyopya'dan ülkeleri Eritre'ye geri gönderilmiştir. Başvurucu burada bağımsız bir gazete için fotoğrafçılık ve muhabirlik yapmaya başlamıştır. Başvurucu 2001 Eylül ayında ülkeyi terk etmiştir. Başvurucu, gazetedeki yazı işleri müdürü Milkias Mihretab'ın, Eritre'de özgür basının savunucusu olarak tanındığını belirtmekte ve 2002'deki Uluslararası Af Örgütü raporunda onun bu ülkedeki gazetecilikle ilgili faaliyetleri yüzünden gözaltına alınma ve tutuklanması durumlarının ele alındığını eklemektedir.

Başvurucu ve Milkias Mihretab, 2000 yılında, muhtemelen gazeteyle ilgili faaliyetlerine ilişkin olarak yakalanmış ve başvurucu altı ay Zara cezaevine tutulmuştur. Başvurucu, Eylül 2001'de Sudan'a kaçan Bay Milkias Mihretab'ın tersine, dul olan annesi ve dört erkek kardeşi ve kız kardeşleriyle ilgilenmek için Eritre'nin Asmara şehrinde kalmıştır. Polis başvurucuyu Mihretab hakkında sorglamıştır. Polis ayrıca başvurucunun evinde arama yapmış ve zararlı olabileceğini düşündüğü fotoğraflar ele geçirmiştir. Başvurucu gözaltına alınmış ve hala izlerini taşıdığı kötü muamelelere maruz kalmıştır: Başvurucunun vücudunda sigara yanıkları ve yirmi gün boyunca yüzüstü yatırılıp elleri ve kolları sırtın üstünden bağlanmış şekilde durmaya bağlı olarak sırtta çıkan yaralar görülmüştür. Daha sonra, başvurucu hapse atılmış, hastalanmış, hastaneye kaldırılmış ve orada çalışan yakınlarının yardımıyla nöbetçilere para vererek bu hastaneden kaçmıştır. Sonra, büyükannesinin Areza'da bulunan evinde saklanmış ve bir doktor kendisine ilaç sağlamıştır.

Bir Eritreli'nin silahla vurulmasından ve Sudan'daki Eritreliler topluluğunun bu olayı muhalifleri takip eden Eritreli Hükümet ajanlarının işi olarak görmesinin ardından, başvurucu bu ülkeyi terktme kararı almıştır.

Başvurucu, kaçak olarak Paris Charles de Gaulle havaalanına gelmiştir. Başvurucu, havaalanın uluslararası kısmında 1 Temmuz 2005'e kadar tutulduğunu ve bu nedenle oturma izni talebinde bulunamadığını iddia etmektedir. Başvurucu Paris'e vardıktan sekiz saat sonra, polise teslim edilmiştir. Başvurucu polise Eritreli olduğunu ve iltica talep ettiğini söylediğini ve polisin ona 'geldiği yeri itiraf etmesini, Eritreli değil Pakistanlı olduğunu ve uluslararası alandan çıkamayacağını' söylediğini iddia etmiştir. Başvurucu iki gün boyunca (29 Hazirandan 1 Temmuza kadar), aşağı yukarı sekiz kere, her nöbet değişiminde, polis şubesine talebini kabul edebilecek bir polis bulma ümidiyle gitmiştir. Başvurucu, 'nihayet 1 Temmuz'da, daha önceden görmediği, yeni bir polis memurunun talebini kaydettiğini' belirtmiştir.

Başvurucu 1 Temmuz 2005 tarihinde Fransa'ya sığınmacı olarak kabul edilme talebinde bulunmuştur. Başvurucu, ilk olarak 3 Temmuz 2005 tarihinde Fransa Mültecileri ve Vatansızları Koruma Ofisi (OFPRA) tarafından dinlenmiş ve bu ofis başvurucunun sığınmacı olarak Fransa'ya kabul edilmesi yönünde olumlu görüş vermiştir.

İçişleri Bakanlığı 6 Temmuz 2005 tarihinde başvurucunun göçmen olarak Fransız topraklarına giriş talebini 'açıkça temelden yoksun' bularak reddetmiş ve başvurucuyu 'Eritre'ye geri gönderme veya yasal olarak kabul edilebileceği başka bir ülkeye gönderme' kararı almıştır (Başvurucu, havaalanında yaptığı taleplerin yüzde 93'ünün reddedildiğini belirtmektedir).

Başvurucu 7 Temmuz 2005 tarihinde idare mahkemesine başvurarak, İçişleri Bakanlığı'na kendisinin sığınma talebinde bulunabilmesi amacıyla Fransız topraklarına kabul edilmesi yönünde talimat vermesi istemiştir. İdare mahkemesi 8 Temmuz 2005 tarihinde, müzakere ve duruşma olmaksızın, seri yargılama usulünü uygulayarak, başvurucunun talebini reddetmiştir.

Başvurucunun söylediğine göre 7 Temmuz 2005 tarihinde polis tarafından Eritre Başkonsolosluğu'na götürülmüştür.

20 Temmuz 2005 tarihli bir kararla, 'İç tüzüğün 39. maddesi uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından verilen, 30 Ağustos 2005 tarihine kadar, başvurucunun geri gönderilmesinin durdurulması talebi göz önünde tutularak', İçişleri bakanı tarafından başvurucunun Fransa topraklarına girmesine izin vermiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 3. maddesiyle bağlantılı olarak 13. maddenin ihlal edildiği iddiası

39. Eritre'ye geri gönderilmesi halinde işkence, insanlıkdışı veya aşağılayıcı muamele görme riskiyle karşı karşıya kalacağını iddia eden başvurucu, sığınmacı olsa da olmasa da ve karşılaştıkları risk sözde veya gerçek de olsa, yabancıların ülkeye girmelerine izin verilmemesine ve sınırdışı edilmelerine ilişkin kararların yürütülmesini durdurucu etkiye sahip bir iç hukuk yolu bulunmadığından şikayet etmiştir (...).

A. Tarafların iddia ve savunmaları

(…)

B. Müdahil ANAFE'nin gözlemleri

(…)

C. Mahkeme'nin değerlendirmesi

53. Mahkeme, ilk olarak, içtihadından doğan genel prensipleri hatırlatmaktadır.

Sözleşme'nin 13. maddesi, Sözleşme'den doğan hak ve özgürlükler iç hukuk düzeninde nasıl korunmuş olursa olsun, bu hak ve özgürlüklerin özü itibarıyla uygulanmaları için ileri sürülebilecekleri bir iç hukuk yolunun varlığını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla bu madde, 'savunulabilir bir şikyaet'in esasının Sözleşme'ye göre incelenebilmesi ve uygun bir giderim verilmesi için bir iç hukuk yolunun sağlanmasını gerektirir. Sözleşmeci Devletlerin Sözleşme'nin 13. maddesi bakımından yükümlülüklerinin kapsamı, başvurucunun şikayetinin niteliğine bağlı olarak değişir; ancak Sözleşme'nin 13. maddesinin gerektirdiği hukuk yolu, hukuken olduğu gibi pratikte de "etkili" olmalıdır. Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında bir 'başvuru yolunun' 'etkililiği', başvurucu lehine bir sonucun belirginliğine bağlı değildir. Bu madde geçen 'makam'ın bir 'yargısal bir makam' olması da gerekmez; fakat yargısal bir makam değilse, bu makamın yetkileri ve sunduğu güvenceler, sözkonusu başvuru yolunun etkililiğinin belirlenmesi sırasında hesaba katılır. Ayrıca, tek başına 13. maddenin gereklerini bütünüyle karşılamayan bir hukuk yolu, diğerleriyle bir araya gelerek birlikte bunu karşılayabilir (*Conka, §75*).

54. Daha sonra Mahkeme, başvurucunun durumunda olduğu gibi, iç hukukta bir ülkeye giriş talebinin reddi kararının, sığınma talebi yapılmasına engel oluşturduğunu kaydeder. Dahası bu tür bir karar, ilgilinin hemen kaçtığı ülkeye geri gönderilebilmesi sonucunu doğuracak şekilde, icra edilebilir bir karardır. Ancak mevcut olayda, Mahkeme İçtüzüğün 39. maddesinin uygulanması nedeniyle, başvurucu sonuç olarak Fransa'ya kabul edilmiştir. Sonuç olarak başvurucu, kendisine 7 Kasım 2005 tarihinde mülteci statüsü tanıyan OFPRA'ya sığınma talebinde bulunabilmiştir. 28 Temmuz 1951 tarihli Mültecilerin Statüsüne İlişkin Cenevre Sözleşmesi'nin 33. maddesi gereğince başvurucu artık kendi ülkesine gönderilemeyeceğinden, Mahkeme 10 Ekim 2006 tarihli kabul edilebilirlik kararında (§36), başvurucunun başvurusunda ileri sürmüş olduğu 3. madde bakımından mağdurluk statüsünü kaybettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. maddesiyle ilgili şikayet konusunda vardığı bu tespite dayanarak, mevcut olayda bu maddeyle bağlantılı olarak 13. maddenin uygulanabilirliğine dair bir sorun doğduğu sonucuna varmış ve bu sorunu esasla birleştirmiştir (*bk. [k.k.], §49*).

55. Bu son noktaya ilişkin olarak Hükümet, başvurucunun mülteci statüsünü elden ettiği 7 Kasım 2005'ten bu yana, başvurucunun sınır dışı edilme riskiyle karşı karşıya olmadığını, dolayısıyla 3. maddeden doğan şikâyetin 'savunulabilir' olmadığını ve 13. maddenin artık bu hükümle bağlantılı olarak ileri sürülemeyeceğini iddia etmiştir.

Mahkeme, bu bakış açısını paylaşmamaktadır. Mahkeme kabul edilebilirlik kararında (§49), başvurucunun Eritre'de kötü muameleye ilişkin olarak geliştridiği tezin, 3. madde kapsamında ciddi bir sorun olduğunun düşünülebilmesi için yeterince güvenilir olduğuna karar verdiğini hatırlatır. Buradan hareketle, 3. madde şikâyetinin 'savunulabilir' olduğunu ve başvurucunun kural olarak bu maddeyle bağlantılı olarak 13. maddenin ileri sürebileceği sonucu çıkarılabilir (*Rotaru [B.D.], §67; Conka, §75-76; Shamayev ve Diğerleri, §444-445*).

Dahası, bu şikayetin savunulabilirliği bir yana, daha sonra OFPRA'nın başvurucuya mülteci statüsü vermesi, kendisinin Eritre'ye gönderilmesinin Cenevre Sözleşmesi anlamında zulüm görme riskiyle karşı karşıya bırakacağını teyit etmektedir. OFPRA'nın Uluslararası İlişkiler ve Hukuk Bölümü Başkan Yardımcısının yazısında da şöyle denilmektedir: "Bu durumda Kuruluşumuz, diğer değerlendirmeler arasında, başvurucunun geldiği köken ülkesinde tabi tutulduğu gayri insani hapislik koşullarının, kendisinin Eritre'ye geri

gönderilmesinin kendisini Cenevre Sözleşmesi anlamında zulüm riski altına sokacağını kabul etmiştir" (bk. yukarıda §20).

56. Mahkeme, Hükümet'in 13. maddenin Sözleşme'nin diğer maddelerinden ayrılamaz olduğuna ve başvurucunun iddia ettiği 3. maddenin mağduru değil ise, 3. madde ile 13. maddenin birlikte ihlalinin de mağduru olduğu söyleyemeyeceğine dair iddiasını ikna edici bulmamıştır.

İlk olarak, hudut kapısında 3. maddede yasaklanan muamelelere dair bir risk bulunduğunu iddia eden ve sığınma talebinde bulunmak üzere ülkeye kabul edilmek isteyen bireylerin kullanabilecekleri usuldeki eksikliklerle ilgili olarak ileri sürülen ihlal, Eritre'ye gönderilme riski kalktığında (*bu faktörün önemiyle ilgili olarak bk. mutatis mutandis, Association SOS Attentats ve de Boery – Fransa [k.k.] [BD], no. 76642/01, §34*) meydana gelmiş durumdaydı. Sonuçta başvurucuya 7 Kasım 2005'te, yani başvurucunun Mahkeme önünde etkili olmadığından şikayet ettiği ulusal mahkemeler tarafından üst başvuru üzerine verilmiş son karardan bir süre sonra mülteci statüsü verilmiştir (Yüksek İdare Mahkemesi 11 Ağustos 2005 tarihinde, acil başvurular yargıcı tarafından verilen 8 Temmuz 2005 tarihli karara karşı yapılan temyiz hakkında karar vermenin gerekli olmadığı karar vermişti).

İkinci olarak, Mahkeme'nin kabul edilebilirlik kararında hatırlattığı gibi (§36), başvurucunun lehinde bir karar veya tedbirin mağdurluk statüsünü ortadan kaldırabilmesi için, ulusal makamların Sözleşme'nin ihlal edilmiş olduğunu açıkça veya özü itibarıyla kabul etmiş ve sonra telafi etmiş olmaları gerektirir. Mevcut olayda bu koşulların, başvurucunun 3. maddeyle birlikte ele alınan 13. maddesine dayanan şikâyeti açısından gerçekleşmediği açıktır. Aslında, başvurucunun Eritre'ye geri gönderilmemesi ve bir sığınma talebinde bulunabilmek için Fransa'ya girmiş olmasının nedeni, Eritre Büyükelçiliğinin geçiş izni vermemiş olması ve Mahkeme'nin İçtüzüğün 39. maddesini uygulamış olmasıdır. Dahası Mahkeme, ülkeye giriş için verilen idari iznin, 20 Temmuz 2005 tarihli geçiş belgelerinin ve ayrıca 11 Ağustos 2005 tarihli Yüksek İdare Mahkemesi kararının, İçtüzüğün 39. maddesine ve bu maddenin uygulanması için Mahkeme'nin verdiği geçici tedbir kararına açıkça atıfta bulunduklarını gözlemlemektedir (bk. yukarıda §17 ve 19).

57. Sonuç olarak, şikâyetin esasını incelemek gerekmektedir.

58. Mahkeme'nin içtihadına göre, bir başvurucunun üçüncü bir ülkeye gönderiliyor olmasının kendisini Sözleşme'nin 3. maddesinde yasaklanan muamelelere maruz bırakacağına ilişkin şikâyeti, "bir 'ulusal makam' tarafından kesinlikle çok titiz bir incelemeye tabi tutulmalıdır" (*Shamayev ve Diğerleri, §448; Jabari, §39*). Mahkeme bu ilkeye dayanarak, 3. maddeyle bağlantılı olarak ele alınan 13. maddedeki "etkili hukuku yolu" kavramının, "bir bireyin 3. maddeye aykırı gerçek bir riskten korkması için önemli sebepleri" ve ayrıca "bu tedbirin yürütmesinin durdurulması ihtimali" bulunması halinde yapacağı bir talebin, "bağımsız ve katı bir inceleme" tabi tutulmasını gerektirdiğine karar vermiştir.

Daha özel olarak, *Conka* (§79) kararında Mahkeme, Dördüncü Protokolün 4. maddesi (yabancıların topluca sınırdışı etme yasağı) ile bağlantılı olarak Sözleşme'nin 13. maddesi konusunda bir hukuk yolunun yürütmeyi durdurma imkanı bulunması halinde, 13. maddedeki şartları taşımayacağını tespit etmiştir. Mahkeme ayrıca şöyle demiştir (§79):

"Mahkeme, Sözleşme'nin 13. maddesinin gerektirdiği başvuru yolunun etkili olmasının, bu yolların, Sözleşme'ye aykırı ve geri döndürülemez sonuçları olan tedbirlerin alınmasını engelleyecek nitelikte olmasına bağlamaktadır (*mutatis mutandis, Jabari §50*). Sonuç olarak 13. madde, bu gibi tedbirlerin, ulusal makamlar tarafından Sözleşme'ye uygun olup olmadıkları belli olmadan icra edilmelerine izin vermemektedir. Buna karşın,

Sözleşmeci Devletlerin 13. maddeden doğan yükümlülüklerine hangi yoldan uyum sağlayabilecekleri konusunda belirli bir takdir yetkileri bulunmaktadır (*Chahal, §145*)."

Mahkeme'nin Sözleşme'nin 3. maddesine ve işkence veya kötü muamele riskinin gerçekleşmesi halinde ortaya çıkabilecek zararın geri döndürülemez nitelikte olmasına verdiği önem göze alındığında, bu tespitin, bir Sözleşmeci Devletin bir yabancıyı bu tür bir riskle karşılaşabileceğini inanmak için önemli sebeplerin bulunduğu bir ülkeye gönderme kararı aldığı bir olayda da geçerli olduğu açıktır. Mahkeme ayrıca, böyle bir riskle karşılaşan kişiler için, gönderme tedbirini durdurucu etkiye sahip bir başvuru yolu bulunmasının, hem Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi hem de Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi ve İnsan Hakları Komiserliği tarafından ortaya konduğunu tespit etmektedir (bk. yukarıda §36-38). Bu yaklaşım aynı zamanda, İşkenceye Karşı Birleşmiş Milletler Komitesi'nin (bk. yukarıda §52) ve davaya müdahil olan sivil toplum kuruluşlarının ve diğer birçok sivil toplum kuruluşunun da yaklaşımıdır. Müdahil sivil toplum kuruluşu, ulusal düzeyde İnsan Hakları Danışma Ulusal Komisyonu'nun aldığı bir Tavsiye kararında 'sığınma talebinde bulunan kişinin gönderilmesiyle sonuçlanacak ülkeye giriş taleplerinin reddine karşı, makul sürede, idare mahkemesi önünde ve durdurucu nitelikli bir başvuru yolu bulunmalıdır' (bk. yukarıda §52).

59. Özellikle, bu tip bir riskle karşılaşabileceklerini iddia eden sığınma talebi sahipleriyle ilgili olarak, Fransız hukuku, İç tüzüğün 39. maddesinin uygulanması neticesinde, ülkeye girişine izin verildikten sonra başvurucunun da faydalanmış olduğu bu nitelikleri taşıyan ve sığınma talebinin, öncelikle, OFPRA (kamu kuruluşu) tarafından çekişmeli bir inceleme yoluyla incelenmesini daha sonra da İtiraz Komisyonu (yargı organı) önünde istinaf yoluyla incelenmesini sağlayan bir usul ortaya koymaktadır.

Mevcut dava, bu bağlamda, başvurucunun durumunda olduğu gibi, ilgilinin, varış noktasında, örneğin bir havaalanında, 'sınırda' kendini tanıtmasına dair özel bir zorluğa ışık tutmaktadır.

60. OFPRA önünde bir sığınma talebinde bulunabilmek için, yabancı, ülkeye girmiş olmalıdır. Neticede, eğer sınırda kendini tanıtıyorsa, böyle bir talepte bulunabilmesi için, ülkeye girişine önceden izn verilmiş olmalıdır. Bu bağlamda gerekli belgeleri elinde bulundurmuyorsa, sığınma talebi için ülkeye giriş talebinde bulunması gerekir; bu durumda talebinin, idare tarafından 'açıkça dayanaktan yoksun' olup olmadığının belirlenebilmesine gereken zaman boyunca 'bekleme alanında' tutulur; idare, bu talebi 'açıkça dayanaktan yoksun' bulursa, ülkeye giriş talebini reddeder ve ilgili, OFPRA'ya sığınma talebini iletme imkânı olmadan, re'sen 'geri gönderilebilir'.

61. Oysa ki, başvurucu ve müdahil tarafın da altını çizdikleri gibi, 'açıkça dayanaktan yoksun olma'ya ilişkin değerlendirme, talep sahibinin durumunun çok hızlı ve kısaca incelenmesinden sonra yapılmaktadır (bu da mevcut durumu yansıtmaktadır); idare, talebin 'açıkça dayanaktan yoksun' olduğuna ilişkin özelliğini değerlendirmek için en fazla yirmi gün içinde karar vermeli aksi halde ilgiliye talebini destekleyici nitelikteki unsurları toplaması için çok az zaman bırakan, geri gönderme yoluna gitmelidir. (Müdahil taraf, özellikle 2005'te, taleplerin yüzde 89'unun, son Bakanlık kararı da dahil olmak üzere, dört günden az zamanda soruşturulduğunun altını çizmektedir). Diğer taraftan, idare, bu kavramın, açıkça, sığınma hakkıyla ilgili olmayan talepleri devre dışı bırakmaya yönelik yüzeysel bir değerlendirmenin ötesine geçen 'geniş' bir uygulamasını yapmaktadır.

Bu ikinci noktayla ilgili olarak, Hükümet, idarenin, 'açıkça dayanaksız' olmaya ilişkin uyguladığı kriterlerin, Londra'da 30 Kasım ve 1 Aralık 1992'de Avrupa Topluluğu'na Üye Devletlerin göçten sorumlu bakanlarınca kabul edilen kararlardaki kriterlerden esinlendiğini (buna karşın, Danıştay 18 Aralık 1996 tarihli bir kurul kararında bunların

normatif değerinin olmadığının altını çizmiştir) belirtmektedir. Söz konusu kriterler şöyledir: 'öne sürülen gerekçeler sığınma sorunsalının dışındadır (ekonomik gerekçeler, salt şahsi uyum gerekçeleri(...)); talebin kasıtlı bir hileye dayanması durumu (ilgilinin, kendisini olmayan bir vatandaşlıktan olduğunu ileri sürmesi, yalan beyanlarda bulunması); beyanlarının içeriksiz olması, kişiselleştirilmemiş ve detaysız olmaları; ilgilinin, kişisel unsurlar belirtmeden, genel bir güvensizlik veya karmaşa durumuna atıfta bulunması; beyanlarının tüm inandırıcılığını yok edici nitelikte, sakatlayıcı tutarsızlıklarla, gerçekdışlılıklarla veya büyük çelişkilerle dolu olması.'

Başvurucunun durumu, idarenin, 'bekleme alanında' oluşturulan dosya bazında, ilgililerin, zulüm görme korkularına dair iddialarının iç değerlerini değerlendirmeye yönelik olduğunu göstermektedir.

62. Müdahil, milli içtihada karşı gelen idari bir uygulamadan şikâyet etmektedir, buna göre idarenin değerlendirmesi, sığınma talebi prosedürünün yerini almakta ve sonuç olarak talep sahiplerini bu prosedürün özellikle de ülkelerine geri gönderilme riskinin değerlendirilmesine dair güvencelerden mahrum etmektedir. Müdahil, durdurucu nitelikli başvuru yolu yokluğunda, birçok yabancının, zulüm görmekten korktuğu ülkelere geri gönderildiklerinin altını çizmektedir.

63. 'Sınırda sığınma prosedürü' isimli bu prosedürün biçimleri, kendini sığınma talebi sahibi olarak tanıtan kişi, kendi ülkesinde, 2. veya 3. madde bağlamında bir riskle karşı karşıya olduğunu iddia etmediğinde, Sözleşme'ye göre sorunsal olmamaktadırlar.

Aynı şekilde, bu durum, böyle bir riskin varlığını savunulabilir şekilde iddia eden kişilerin, yukarıda hatırlatılan koşullara uygun olan taleplerinin, 'açıkça dayanaksız' olmaya ilişkin değerlendirme yapan idari kararın denetimini isteme imkânları olduğunda da geçerlidir.

64. Bu bağlamda, Mahkeme, ilgililerin, Bakanlıkça verilen bir kabul edilmeme kararına karşı, idari hâkime gidebilme imkânları olduğunu tespit etmektedir. Hiç kuşkusuz, esasa ilişkin 'bağımsız ve katı' bir inceleme yapılmasına imkan veren bu başvuru yolu, durdurucu nitelikten yoksundur ve hiçbir süreyle sınırlı değildir.

65. 2000-597 sayılı ve 30 Haziran 2000 tarihli kanunun yürürlüğe girmesinden itibaren, ilgililerin aynı zamanda, idari hakimden, yürütmenin durdurulması (idari yargılama kanunun L.521-1. maddesi) veya yargısal emir verilmesini (aynı kanunun L. 521-2. maddesi) talep etme hakları da vardır. Başvurucunun, boşuna kullanmış olduğu bu ikinci prosedür, hakime, idarenin, 'açıkça yasadışı ve ağır şekilde ihlal' ettiği 'bir temel özgürlüğün korunmasına ilişkin gerekli tüm tedbirlere' acil olarak hükmetme imkanı vermektedir. Şimdiki gibi bir sorunun varlığı halinde, Danıştay'ın, sığınma hakkının temel bir özgürlük olduğu ve mülteci statüsü talep etme hakkının bunun sonucu olduğunu ve bunun, mülteci sıfatı olduğunun kabul edilmesini talep eden yabancıya, kural olarak, talebi hakkında karar verilinceye kadar, ülkede kalma hakkı veriyor olduğunu kabul etmiştir: kendisine, sığınma talebi 'açıkça dayanaktan yoksun' olduğu için reddedilmiş olan bir talep sahibince başvurulan seri yargılama hakiminin, bu gerekçeyi değerelendirme yetkisi vardır ve hakim, idareye, başvuru sahibini, ülkeye kabul etmesini emredebilir (bu anlamda, bk. 25 Mart 2003 tarihli Danıştay kararı). Hakim, kural olarak, kırk sekiz saat içinde ve tarafların çağrılmış oldukları ve ilgiliye, durumunu doğrudan hakime anlatabilme imkanı veren, kamuya açık bir duruşma sonunda karar vermelidir. İstinaf yolu, kırk sekiz saat içinde karar vermek durumunda olan Danıştay önünde yapılabilir.

Sınırda sığınma talebi reddedilen başvuru sahibi, a priori çok ciddi güvenceler sunan bir prosedürden faydalanmaktadır.

Ne var ki, Mahkeme, hakime başvurulmasının, otomatik olarak, durdurucu etkisi olmadığını ve hakim karar vermeden, ilgilinin, yasal olarak, geri gönderilebileceğini ve bunun da İşkence Karşıtı Birleşmiş Milletler Komitesi tarafından eleştirildiğini (bkz yukarıda §52) tespit etmektedir.

66. Bu noktada, daha önce de belirtildiği gibi, özellikle (adı geçen) Soering ve Vilvarajah ve diğerleri kararlarına atıfta bulunarak, Hükümet, başvuru yolunun, durdurucu nitelikte olması gerekmediğini; sadece 'uygulamada' durdurucu etkisi olmasının yeterli olacağını öne sürmektedir. Oysaki resmi makamlar, hâkim karar vermeden uzaklaştırma yoluna gitmeyecekleri için, bu idari seri yargılama hâkimine başvurulması durumunda söz konusu olacaktır.

Başvurucu, özellikle, ANAFE'nin de onayladığı gibi, bu yönde 'sabit' bir uygulama olmamasıyla karşılık vermektedir. Başvurucu, (adı geçen) Čonka davasına atıfta bulunarak, her halürkarda, böyle bir uygulamanın, taraflardan birinin isteğine bağlı olması ve her an geri çekilebilir olmasının 'durdurucu nitelikli bir usuli güvencenin yerini tutamayacağını' eklemektedir.

Mahkeme, başvuranla, şu anda da sorun olarak karşısına çıkan Fransız idari hakimi önündeki seri yargılama usulüyle benzerlik gösteren, Belçika Danıştay'ının 'çok acil seri muhakeme' usulsünün, Sözleşme'nin 13. maddesiyle 4 numaralı Ek Protokol'ün 4. maddesine uygunluğunun beraber incelenmiş olduğu Čonka davasından çıkarılacak sonuçlar konusunda hemfikir olduğunu belirtmektedir. Kararında, 'çok acil seri muhakeme' usulünün durdurucu etkisinin olmadığını tespit ettikten sonra, Mahkeme, Belçika Hükümeti'nin, bu başvuru yolunun en azından sözü geçen maddelerin gerekliliklerini, ona durdurucu etki sağlayan bir uygulama olduğu ölçüde, karşıladığına ilişkin tezi reddetmektedir. Mahkeme, bu bağlamda, 'Sözleşme'nin diğer gereklilikleri gibi, 13. maddenin gereklerinin da istek veya pratik uzlaşma değil güvence anlamında varolduğunun altını çizmiştir; Sözleşme'nin tüm maddelerinin özünde olan sosyal toplumun temel güvencelerinden biri ve hukukun üstünlüğü işte tam da buradadır' (§83). Mahkeme, daha sonra, şu gerekçelere dayanarak ihlal kararı vermiştir '(...) başvuru sahibinin, Danıştay ve idarenin, belirtilen uygulamaya uyacaklarına dair veya Danıştay'ın a fortiori, kendisini sınır dışı etmeden, oturum yapacağını veya idarenin makul bir süreye riayet edeceğine dair hçbir güvencesi bulunmamaktaydı' (aynı bölümde)'.

Mahkeme'nin 3. maddeye ve işkence veya kötü muamele riskinin gerçekleşmesi sonucunda ortaya çıkabilecek zararın geri döndürülemez sonuçlarına verdiği önem göz önüne alındığında, bunun, bir taraf Devlet'in bir yabancıyı bu tip bir riskle karşılaşabileceği yönünde ciddi gerekçeler olan bir yere göndermesi için de geçerli olduğu söylenmelidir; 13. madde, ilgilinin otomatik olarak durdurucu etkisi olan bir başvuru yoluna erişiminin olmasını gerektirmektedir.

67. Mahkeme, mevcut olayda, 'bekleme alanında' otomatik olarak durdurucu bir etkiye sahip olan bir başvuru yoluna erişimi olmayan başvurucunun, 3. madde şikâyetini öne sürebileceği 'etkili bir yolunun' olmadığı sonucuna varmaktadır. Demek ki, bu hüküm ile 13. madde beraber ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERE DAYANARAK, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,

Sözleşme'nin 13. maddesinin 3. maddeyle beraber ihlal edildiğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

AYRIMCILIK YASAĞI

Madde 14 – Ayrımcılık yasağı

Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya başka bir inanç, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa mensup olma, servet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın güvence altına alınır.

AÇIKLAMA

Sözleşme'nin 14. maddesi, ayrımcılık yasağını düzenlemektedir. Bu maddeye göre, "Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma" ayrımcılık yapılmaksızın sağlanmalıdır. 14. madde, kişinin içinde bulunduğu hangi durum veya statü nedeniyle ayrımcılığa tabi tutulmasının yasakladığını belirler. Bunlar cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum gibi durum veya statülerdir. Ancak aynı cümlenin devamında "gibi herhangi bir nedenle" ifadesinin kullanılmış olması yasaklanan ayrımcılık sebeplerinin sayılanlarla sınırlı olmadığını ortaya koymaktadır.

Uygulanabilirlik

Ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. madde, Sözleşme'deki diğer haklardan bağımsız bir hak tanımaz. Bu maddeye göre, sadece "bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma" bakımından ayrımcılık yasaklanmıştır. Mahkeme önüne getirilen şikâyetin dayandığı olaylar Sözleşme'deki haklardan en azından birinin kapsamına girmiyorsa, 14. madde uygulanamamaktadır (*Abdulaziz, Cabales ve Balkandali*, *§71*; *Petrovic, §22*).

Ancak 1 Nisan 2005 tarihinde yürürlüğe giren 12. Protokol, ayırımcılık yasağının kapsamını genişletmiş ve genel bir ayrımcılık yasağı getirmiştir. Sözleşme'nin 14. maddesi sadece "Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma" bakımından ayrımcılık yasağı getirmiş olduğu halde, bu Protokolün birinci maddesi "hukuk tarafından tanınmış bir haktan yararlanma" bakımından ayrımcılık yasağı öngörmüştür. Bu Protokol ile bağlı devletler, artık kendi ülkelerinde bulunan herkese tüm işlemlerde hiçbir ayrım yapmadan eşitliği sağlama yükümlülüğü altına girmişlerdir.

Türkiye, 12. Protokolü 18 Nisan 2001 tarihinde imzalamış, ancak henüz onaylamamıştır. Bu nedenle, bu düzenleme Türkiye bakımından henüz yürürlüğe girmemiştir. O halde, Türkiye bakımından ayrımcılık yasağı halen sadece 14. madde kapsamında değerlendirilmesi gereken bir haktır.

Ayrımcılık yasağının bağımsız bir varlığının olmaması, bu düzenlemenin "özerk yorumuna" engel değildir. Sözleşme'deki bir hakkın ihlal edildiği iddiası tek başına ele alındığında, o hakkın ihlal edilmediği sonucuna varılabilir. Ancak aynı hakkın 14. maddeyle bağlantılı olarak incelenmesi sonucu, o hakka müdahalenin ayrımcılık oluşturduğu ve

14. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılması mümkündür. 14. maddenin ihlal edilmiş sayılması için, Sözleşme'deki hakkın tek başına ihlal edilmiş olması şartı yoktur.

Ele alınan hakkın niteliği ne olursa olsun, 14. madde, hak ve özgürlükleri düzenleyen her bir maddenin bütünleyici bir parçasını oluşturur. "*Belçika'da Eğitim Dili davası"*nda Mahkeme, sadece "Birinci Protokolün 2. maddesinin birinci cümlesiyle bağlantılı olarak yorumlanan Sözleşme'nin 14. maddesine aykırılık" saptamıştır; buna karşılık tek başına Birinci Protokolün 2. maddesinin birinci cümlesi ile ilgili olarak herhangi bir ihlal bulmamıştır.

Öte yandan, Sözleşmenin normatif maddelerinden biriyle bağlantılı olarak 14. maddenin de ihlal edilmiş olduğunun ileri sürüldüğü davalarda asıl maddenin ihlal edildiği sonucuna varılmışsa ve ayrımcılık yasağı ihlal iddiası davanın "önemli bir yönünü" oluşturmuyorsa, Mahkeme çoğu zaman olayı 14. madde açısından incelemeyi gerekli görmemektedir (*Castells – İspanya*; *Airey –İrlanda*; *Kremzow – Avusturya*).

Ayrımcılık türleri

Sözleşme'nin 14. maddesi, hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanmamaktadır. Bu madde, tüzel kişiler dâhil olmak üzere, "benzer durumdaki" kişileri, Sözleşme'de ve Protokoller 'de belirtilen hak ve özgürlüklerin kullanılmasında ayrımcılığa karşı korumaktadır. Sözleşme'nin 14. maddesinin Fransızca metninde "*sans distinction aucune*" ("hiçbir ayırım olmaksızın") ifadesi yer alır; oysa İngilizce metinde "*without discrimination*" ("ayrımcılık olmaksızın") ifadesi yer alır. Mahkeme bu iki ifade arasında sadece bir üslup farkı olduğunu belirmiştir. Ayrımcılık, objektif ve makul bir neden olmaksızın, aynı durumdaki kişilere farklı muamelede bulunmaktır (*Willis*, *§48*; *Okpisz*, *§33*). O halde, belirli bir farklı muamele, ancak hiçbir objektif ve makul nedene dayanmıyorsa eşit muamele ilkesini ihlal eder ("*Belçika'da Eğitim Dili davası"*, *§4*).

Farklı bir muamelenin makul bir nedeninin var olup olmadığı, üç kritere bağlı olarak değerlendirilir: İlk olarak olaydaki işlemin, eylemin ya da eylemsizliğin amacı ile sonucu arasındaki ilişkiye bakılır. İkinci olarak, kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen sonuç arasındaki orantılılık incelenir. Nihayet bu muamele toplumun yaşamını düzenleyen hukuki ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilmelidir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, ulusal makamların görevini üstlenemez; aksi takdirde Mahkeme, Sözleşmeyle kurulan ikincil bir uluslararası mekanizma olma özelliğini yitirir ("*Belçika'da Eğitim Dili davası"*, *§10*).

Öte yandan 14. madde devletlere, "var olan eşitsizlikleri" gidermek için farklı durumdakilere farklı davranmayı yasaklamamaktadır. Bu nedenle, bazı koşullarda eşitsizliği gidermek için farklı muamele yapılması gerektiği halde, objektif ve makul bir neden olmadan farklı muamele yapılmaması, söz konusu hükmün ihlaline neden olabilmektedir ("*Belçika'da Eğitim Dili davası"*, *§10*; *Thlimmenos*, *§44*; *Stec ve Diğerleri*, *§51*). Mahkeme ayrıca, belirli bir grubu hedef almasa da, bir insan grubu üzerinde zararlı etkileri olan genel bir tedbir veya bir politika mevcut ise, bunun ayrımcılık olarak kabul edilebileceğini (*Hugh Jordan*, *§154*) belirtmiştir. Mahkeme, potansiyel olarak Sözleşme'ye aykırı olan bir ayrımcılığın sadece yasal bir önlemden değil, aynı zamanda fiili bir durumdan da doğabileceğini kabul etmektedir (*Zarb Adami*, *§76*).

O halde ayrımcılık yasağı, genel olarak benzer durumda olan bireylerin eşit muamele görmeleri gerektiğini ortaya koyan "doğrudan ayrımcılık" ve farklı durumda olan kişilere aynı şekilde muamele edilmesi nedeniyle ortaya çıkabilen "dolaylı ayrımcılık" başlıkları altında incelebilir.

Ancak bir ayrımcılık çeşidi de devletin farklı kişilere farklı muamele etmemesinden ortaya çıkabilir. Mahkeme, *Thlimmenos – Yunanistan* kararında "Sözleşme kapsamında güvence altına alınan hakların kullanılmasında ayrımcılığa uğramama hakkı …, devletler durumları önemli farklılık gösteren kişilere farklı muamele etmediklerinde de ihlal edilir", (*§44*) demiştir. Mahkeme'nin bu konuda kararları çok daha azdır. Bu konu ile ilgili ender örneklerden birisi *Wintersberger – Avusturya* davasıdır. Bu davada, engelli olan başvurucunun işine devlet tarafından son verilmiştir. Ulusal hukuka göre, işten çıkarma için önce özel bir komiteden onay alınması gerekli olduğundan, engelli kişiler işten çıkarmaya karşı özel olarak korunmuşlardır. İşverenin engellilik durumundan haberdar olmaması halinde, bu onay geriye doğru olarak verilebilmektedir. Engelsiz kişiler için bu tür bir onay gerekli değildir. Mahkeme önünde başvurucu, engelli kişiler için onay geriye doğru olarak verilebilirken engelsiz kişiler için bunun mümkün olmamasının ayrımcılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, bu düzenlemenin aslında engelli kişilerin yararına olduğuna ve dolayısıyla tersine ayrımcılığın bir örneği olarak haklı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu gerekçeyle şikâyeti reddetmiştir.

Doğrudan ayrımcılık

Sözleşme'nin 14. maddesi benzer durumlarda olan bireylerin eşit muamele görmeleri gerektiğini, sahip oldukları belirli bir özellik nedeniyle onlara daha az elverişli bir biçimde muamele edilmemesi gerektiğini öngörür. "Daha az elverişli bir biçimde muamele", 'doğrudan' ayrımcılık olarak adlandırılır. O halde, doğrudan ayrımcılık, bir bireye, herhangi bir unsur merkezinde, diğer bireylerden "daha az lehe olan bir biçimde" davranma anlamına gelmektedir.

Sözleşme sisteminde "ırk ayrımcılığı" gibi belirli bir vahamet taşıyan ayrımcılık şekli dışında, doğrudan ayrımcılığa yol açtığı iddia edilen farklı muamelenin nesnel bir haklı nedene dayandığı savunulabilir. Başka bir anlatımla devletler, "daha az lehe olan bir biçimde" davranmanın haklı bir nedene dayandığını ileri sürebilirler.

Mahkeme'nin kullandığı ifadeye göre, doğrudan ayrımcılıktan söz edilebilmesi için, "benzer durumlardaki kişilerin gördükleri muamelede, belirlenebilir bir özelliğe dayalı bir farklılık olmalıdır" (*Carson ve diğerleri*, §61). Doğrudan ayrımcılığın odağında bir bireyin farklı muameleye tabi olması vardır. Bu nedenle, doğrudan ayrımcılığın önemli bir özelliği istenmeyen bir muamelenin varlığıdır.

Moustaquim – Belçika davasında, bir Fas vatandaşının birkaç suçtan mahkûm edilmiş olması nedeniyle Belçika'dan sınır dışı edilmesine karar verilmiştir. Bu kişi Mahkeme'ye başvurmuş ve kendisi hakkındaki sınırdışı etme kararının ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmiştir. Başvurucu, Belçika vatandaşlarının mahkûm edildikten sonra sınırdışı edilmediklerini söyleyerek, milliyet esasına dayanan ayrımcılığa uğradığını ileri sürmüştür. Mahkeme başvurucunun Belçika vatandaşlarıyla benzer bir durumda olmadığına karar vermiştir; çünkü bir devlet Sözleşme kapsamında kendi vatandaşlarını sınırdışı edemez. Bu durumda, bu kişinin sınırdışı edilmesi ayrımcılık oluşturmamıştır.

Burden – Birleşik Krallık davasında, iki kız kardeş 31 yıl boyunca beraber yaşamıştır. Ortaklaşa bir mülk sahibi olmuşlar ve her biri vasiyetinde kendi payını diğerine bırakmıştır. Bu başvurucular sahip oldukları taşınmazın değeri belli bir tutarı aştığı için birinin ölümü halinde intikal vergisi ödemek zorunda kalacaklardır. Başvurucular kendilerinin intikal vergisi ödemekle yükümlü tutulmalarının, mülkiyet hakkı bakımdan ayrımcılık oluşturduğunu, çünkü evli çiftler ve medeni hukuk ortaklığı yapmış olan çiftlerin intikal vergisinden muaf olduklarını ileri sürmüşlerdir. Ancak Mahkeme, kardeş olan başvurucuların, sadece bir arada yaşadıkları için, kendilerini evli veya medeni hukuk ortağı durumundaki çiftler ile kıyaslayamayacaklarını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, evlilik ve

medeni hukuk ortaklıkları, sözleşmeye dayalı haklar ve sorumluluklar oluşturmak için özgürce ve bilinçli olarak girilen özel ilişkilerdir. Buna karşılık, başvurucular arasındaki ilişki kan bağına dayanmaktadır ve temel olarak diğerlerinden farklıdır. Bu nedenle Mahkeme, ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Carson ve Diğerleri – Birleşik Krallık davasında başvurucular, Birleşik Krallık Hükümetinin, yurt dışında yaşayan emeklilere yurt içinde yaşayan emeklilere verilen maaş zammını vermediğinden şikâyet etmişlerdir. Birleşik Krallık hukukuna göre emekli maaşı zamları, Birleşik Krallık'ta ikamet eden emeklilere ve Birleşik Krallık ile karşılıklı bir sosyal güvenlik düzenlemesi bulunan ülkelerde ikamet eden Birleşik Krallık vatandaşlarına uygulanmaktadır. Böyle bir anlaşma yapmamış bir ülkede ikamet eden başvurucular, ikamet yeri esasına dayanan ayrımcılığa maruz kaldıklarını iddia etmişlerdir. Mahkeme başvurucuların, Birleşik Krallık içinde yaşayan emeklilere veya Birleşik Krallık ile karşılıklı bir anlaşma yapmış ülkelerde ikamet eden emekli Birleşik Krallık vatandaşlarına benzer bir konumda oldukları iddiasını yersiz bulmuştur. Ayrıca, Hükümetin maaş zamları uygulaması, Birleşik Krallık'taki geçim standardı maliyetindeki artışa dayanmaktadır. Bu nedenle, Mahkeme'ye göre, başvurucular diğer gruplara benzer bir durumda değildir ve dolayısıyla ayrımcılık yapılmamıştır.

Aziz – Kıbrıs Cumhuriyeti davasında başvurucu, Kıbrıs Türkü olması nedeniyle oy verme hakkından mahrum bırakıldığını ileri sürmüştü. Kıbrıs mevzuatına göre, Kıbrıs Türkleri ve Kıbrıs Rumları parlamento seçimlerinde sadece kendi etnik toplumlarından adaylar için oy verebilirlerdi. Ancak, 1974'ten sonra Türk toplumunun büyük çoğunluğu Güney Kıbrıs'ı terk ettiği için Kıbrıs Türklerinin parlamentoya katılımları askıya alınmıştı. Bu nedenle, artık başvurucunun oy verebileceği bir aday listesi mevcut değildi. Hükümet, başvurucunun oy verememesinin oy verebileceği aday olmamasından kaynaklandığını iddia etmişti. Mahkeme bu savunmayı kabul etmemiştir. Mahkeme, Kıbrıs Türk toplumuna aidiyet ile seçim kuralları arasında yakın bağlantı olmasına rağmen, Hükümetin yeni durum ışığında bu kurallarda değişiklik yapmamasının etnik köken esasına dayanan doğrudan ayrımcılık oluşturduğu sonucuna varır. Bu nedenle Mahkeme, Birinci Protokolün 3. maddesiyle birlikte değerlendirilen 14. maddenin ihlal edildiğini belirtir.

E. B. – Fransa davasının konusu, kadın arkadaşıyla yaşayan bir eşcinsel kadının evlat edinme talebinin Fransız makamları tarafından reddedilmesiyle ilgilidir. Başvurucu 8. maddeyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği iddiasında bulunmuştur. Mahkeme bu davada başvurucuya evlat edinme hakkına sahip olan diğer bekâr insanlara kıyasla ayrımcılık yapıldığı sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, 8. madde bir aile kurma veya evlat edinme hakkı tanımaz. Ancak Fransa'da bekâr kişilere evlat edinme hakkı tanındığı için, dava konusu olaya 8. madde uygulanmaktadır. Mahkeme, bu davada başvurucunun evlat edinme isteğinin resmi makamlar tarafından reddedilmesinde başvurucunun cinsel yönelişinin belirleyici rol oynadığı sonucuna varmıştır. Eğer başvurucu tek başına yaşayan bir bekâr kişi olsaydı evlat edinme hakkından yararlanabilecekti.

Sidabras ve Dziautas – Litvanya davasında, eski rejimde gizli servisin hizmetinde çalışmış olan başvuruculara bazı kamu ve özel sektör alanlarında çalışma yasağı getirilmiştir. Başvurucular, kamu hizmetinde ve bazı özel istihdam alanlarında çalışmaya erişim haklarının devletçe kısıtlanması nedeniyle özel yaşama saygı haklarına müdahale edilmiş olduğundan şikâyet etmişlerdir. Bu davada Mahkeme, çalışma hakkının Sözleşme kapsamında güvence altına alınan bir hak olmadığını hatırlatmıştır. Bununla birlikte, Mahkeme bu olayın 8. madde kapsamına girdiğini belirlemiştir; çünkü devletin koyduğu kısıtlama 'bu kişilerin dış dünya ile ilişkiler kurma imkânını çok ciddi ölçüde etkilemiş, geçimlerini temin etme bakımından onlar için ciddi zorluklar yaratmış ve bu durum onların özel yaşamları üzerinde çok açık sonuçlar doğurmuştur'. Mahkeme, bu dava ayrımcılık

yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, başvuruculara özel sektörün bazı kollarında iş arama yasağı öngören kısıtlamanın makul bir nedeni mevcut değildir ve benzer durumdaki kişilere göre ayrımcılık oluşturmuştur.

Dolaylı ayrımcılık

Eğer ayrımcılık, farklı durumlarda olan kişilere aynı şekilde muamele edilmesinden ortaya çıkıyorsa, buna 'dolaylı ayrımcılık' denmektedir. Dolaylı ayrımcılıkta muamele farklı değildir ama sonuçları farklıdır. Bir kural veya uygulama tek başına incelendiğinde ayrımcılık oluşturmamaktadır, ancak bu kural veya uygulama, belirli bir kişiyi veya grubun üyelerini orantısız ve olumsuz yönde etkiliyorsa dolaylı ayrımcılıktan söz edilebilir.

O halde dolaylı ayrımcılık, görünüşte ayrımcı olmayan eylem, işlem ve uygulamalar nedeniyle bir kişinin veya topluluğun, hak ve özgürlüklerden yararlanma bakımından aleyhte bir duruma düşürülmesidir. Dolaylı ayrımcılık olabilmesi için, bu aleyhte durumu nesnel olarak haklı gösteren bir nedenin de bulunmaması gerekir. Bir eylem, işlem veya uygulamanın nesnel olarak haklı olduğunun kabul edilmesi için, meşru bir amaca sahip olması ve ölçülü olması gerekir. Ayrıca dolaylı ayrımcılığın tespitinde, ayrımcılık saikinin varlığı zorunlu bir unsur değildir.

Avrupa Birliği hukukunda 2000/43/CE sayılı yönergenin 2(2)(1)(b) alt bendi, dolaylı ayrımcılığı şu şekilde açıklamaktadır: "Görünüşte tarafsız bir hüküm, bir kriter veya uygulama, bir ırka veya etnik kökene mensup kişileri orantısız olarak daha yüksek derecede etkiliyorsa ve söz konusu hüküm, kriter veya uygulama meşru bir amaçla objektif olarak haklı gösterilmiyorsa ve kullanılan araçlar gerekli ve yerinde değilse, dolaylı ayrımcılık oluşur".

D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti [BD] kararı, Roman etnik kökenli başvurucu çocukların maruz kaldığını iddia ettikleri dolaylı ayrımcılık uygulamaları hakkındadır. Başvurucular, herhangi objektif ve makul bir neden olmadan kendilerinin, aynı durumda oldukları Roman olmayan çocuklara göre daha az lehte bir muameleye tabi tutulduklarını ve bu durumun "dolaylı ayrımcılık" olduğunu ileri sürmüşlerdi. Çek Cumhuriyeti'nde çocukların genel eğitimden özellikli eğitim veren okullara aktarılmalarının gerekli olup olmadığını belirlemek için bir dizi zekâ ve uygunluk testi yapılıyordu. Bu özellikli okullar, zihinsel engelli olan veya farklı öğrenme zorlukları çeken öğrenciler için tasarlanmıştı. Özellikli okullara yerleştirilmesi düşünülen bütün çocuklara aynı test uygulanıyordu. Ancak bu test, genel Çek nüfusunun düzeyine göre tasarlanmış olduğu için, uygulamada Roman öğrenciler testte düşük performans gösteriyorlar ve bu çocukların yüzde 50 ila yüzde 90'ı genel eğitim sisteminin dışında eğitim görmek zorunda kalıyordu. Bu konudaki kanıtları dikkate alan Mahkeme, bu davada "dolaylı ayrımcılığın" olduğuna ilişkin bir karinenin oluştuğuna karar verdikten sonra, ilgili devletin sunduğu açıklamaları incelemiştir. Mahkeme, Roman çocuklar ile Roman olmayan çocuklar arasında var olan ayrımcı muamelenin mantıklı ve objektif haklı bir nedene dayandığı ve kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantılı bir ilişki bulunduğu konusunda ikna olmadığını belirtmiş ve bu davada dolaylı bir ayrımcılık olduğu sonucuna varmıştır.

O halde, bir başvurucu bir tedbirin veya belirli bir uygulamanın açık bir şekilde bir insan kategorisine, diğerlerine göre daha az lehe olacak şekilde muamele yapıldığı sonucu verdiğini ortaya koyarsa, ayrımcılık karinesi var demektir. İspat külfeti bu durumda devlete geçer; devlet delil başlangıcının yerinde olmadığını göstermeli veya haklı bir durumun bulunduğunu ortaya koymalıdır.

Ayrımcılığın kanıtlanması

Bir kişi veya grup ayrımcılığa maruz kaldığını iddia ediyorsa, bu iddiasını nasıl kanıtlayabilir?

Ayrımcılığı kanıtlamak güçtür. Ayrımcılık, kendini genellikle kolayca tespit edilebilen bir şekilde göstermez. Farklı muamele 'açıkça' mağdurun bir özelliğine dayalı olsa da, doğrudan ayrımcılığı ispat etmek çoğu zaman zordur. Farklı muamelenin altında yatan saik, genellikle yalnızca failin düşüncesindedir. Böylece ayrımcılık iddiaları, çoğu kez söz konusu olan kural veya uygulama ile bağlantılı nesnel çıkarsamalara dayanır. Başka bir ifadeyle, farklı muamelenin tek mantıklı açıklamasının, mağdurun cinsiyeti veya ırkı gibi korunan bir özelliği olduğuna Mahkeme'nin ikna edilmesi gerekir. Aynı ilke doğrudan veya dolaylı ayrımcılık iddialarında eşit ölçüde geçerlidir. Ancak bir iddiayı ispatlamak için gerekli bilgiler fail olduğu iddia edilen kişinin ya da makamın elinde bulunduğu takdirde, ispat yükü bu kişi ya da makama geçer. Nitekim Mahkeme, Sözleşme tarafından belirlenen usulün her zaman sıkı bir şekilde *affirmanti incumbit probatio* ("iddia eden iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür") ilkesini uygulamayı gerektirmediğini kabul etmiştir (*Aktaş*, *§272*). Gerçekten de bazı şartlarda söz konusu olayların tamamı veya bir bölümü sadece yetkili makamlar tarafından biliniyorsa, Mahkeme'ye göre ispat külfeti, yeterli ve ikna edici açıklamalar sunması gereken makamlara aittir (*Salman*, *§100*; *Anguelova*, *§111*).

Mahkeme, bir başvurucunun farklı muameleye tabi tutulduğunu ("ayrımcılık karinesini") ortaya koyması durumunda, bu farklı muamelenin haklı olup olmadığını ispatlama görevinin Hükümete ait olduğunu belirtmiştir (*Chassagnou ve Diğerleri, §91-92*; *Timichev, §57*). Ayrımcılığa uğradığını ileri süren kişi veya kişi grubu, bu iddiasını en azından "kanıt başlangıcı" olarak adlandırılabilecek bazı kanıtlarla ortaya koymalıdır. Bir kanıt başlangıcını oluşturmak için yeterli olan kanıtların niteliği ve ispat külfetinin savunmacı devlete bırakılması ile ilgili olarak Mahkeme (*Nachova ve Diğerleri, §147*), serbest kanıt ilkesini benimsemiştir. Kanıt standardı konusunda Mahkeme, karar verebilmek için uygun gördüğü durumlarda hükümetler ya da bu hükümetlerin kurumları ve yetkilileri tarafından sunulmuş olan belgeler ve ifade tutanakları dâhil olmak üzere, her türlü kanıtı göz önüne alabileceğini belirtmiştir. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, "kanıt" yeterli derecede sağlam, kesin ve birbirleriyle uyumlu ipuçları demetinden ya da inkâr edilmeyen veya çürütülememiş karinelerden doğabilir. Diğer yandan, özel bir sonuca varmak için belirli bir kanaat derecesi gereklidir. Bu çerçevede, ispat külfetinin dağılımı, olayların özelliklerine, şikâyetin ve söz konusu olan hakkın niteliğine sıkı sıkıya bağlıdır. Mahkeme bu konuda değerlendirme yaparken, Taraf Devletin yaptığı ihlalin ağırlığını da göz önünde bulundurur.

Mahkeme, ayrımcılığın bulunduğu iddia edilen bazı olaylarda, davalı devletten ayrımcılığa dair savunulabilir iddiayı çürütmesini isteme ve çürütemediği takdirde 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna varma ihtimalini dışlamadığını belirtmiştir (*Nachova ve Diğerleri*, *§157*). Ancak bu yaklaşım, kamu görevlilerinin ırkçı önyargılarla bir şiddet fiilini işlediklerinin iddia edildiği bir davada, davalı devletten söz konusu devlet görevlisinin ırkçı önyargılarla hareket etmediğini kanıtlamasını beklemek anlamına gelir, ki bu gerçekten güçtür. Bu nedenle Mahkeme, bu yöntemi ilke olarak benimsemez (*§157*). Başka bir anlatımla Mahkeme, ırkçı gerekçeye dayalı olduğu ileri sürülen bir şiddet olayı söz konusu olduğunda, ilgili devlet eğer bu eylemin ırkçı nedenlerle yapılmadığını kanıtlayamıyorsa, ırkçı şiddet söz konusudur sonucuna varmayı yerinde bulmaz. Ancak Mahkeme, böyle bir iddiayla karşı karşıya kalan yetkili makamların bu iddia hakkında "etkili bir soruşturma" yapma yükümlülüğü olduğunun altını çizer. *Nachova ve Diğerleri* davasında devlet, cinayetin ırkçı gerekçelerle işlendiği yönündeki iddia hakkında

etkili bir soruşturma yapmadığı için, 14. maddenin usul yükümlülüğü yönünden sorumlu bulunmuştur.

Mahkeme, *Hugh Jordan – Birleşik Krallık* kararında istatistiklerin başlı başına ayrımcı kabul edilen bir uygulamanın ispatlanması için yeterli olmadığını belirtmişti (*Hugh Jordan*, *§154*). Ancak, başvurucuların ayrımcılığın fiili (*de facto*) bir olaydan veya genel bir tedbirden kaynaklandığını iddia ettiği ayrımcılık ile ilgili yeni davalarda Mahkeme, aynı durumda olan iki grup arasında (*Zarb Adami – Malta* davasında kadınlar ile erkekler söz konusu idi) var olan farklı muameleyi ortaya koymak için, çok geniş bir ölçüde tarafların sunduğu istatistiklere dayanmıştır (*Zarb Adami, §77-78*).

Mahkeme *Hoogendijk – Hollanda* kabuledilebilirlik hakkında kararında (no. 58641/00), tarafların gerçekliğini tartışmadığı istatistiklere dayanarak, başvurucunun bir tedbirin gerçekte açık bir şekilde erkeklerden çok kadınları etkilediğini gösteren bir kanıt başlangıcı ortaya koyduğu zaman, bu durumun cinsiyete dayanan ayrımcılığa bağlı olmayan objektif faktörlerin sonucu olduğunu kanıtlama yükümlülüğünün davalı devlete ait olduğunu ifade etmiştir. Mahkeme'ye göre, eğer bir tedbirin belirli bir toplumsal grupta farklı etki göstermesinin ayrımcı olmadığını ispatlama külfeti devlete geçmezse, başvurucu için bu ayrımcılığı ispatlamak aşırı şekilde zorlaşır.

D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti davasında Mahkeme, ayrımcı muamelenin ispatlanması söz konusu olduğu zaman başvurucuların içinde bulundukları zorluğu kabul etmiş ve başvurucuların haklarının etkili bir şekilde kullanımını güvence altına almak için, dolaylı ayrımcılık konusunda kanıtlarla ile ilgili kuralların daha az sert bir şekilde uygulanması gerektiği sonucuna varmıştır (*§186*). Mahkeme, uluslararası hukukta ve birçok ülke hukukunda, ayrımcı muamele mağduru olan kişilere iddialarını istatistiki veriler dâhil, her türlü delille ispatlama imkânının tanındığını belirtir. Böylece Mahkeme, tedbirlerin veya uygulamaların bir birey veya grup üzerindeki etkisini değerlendirme söz konusu olduğunda, güvenilir ve anlamlı görünen istatistiklere başvurucuların kanıt başlangıcı olarak dayanabileceklerini kabul etmiştir (*§188*).

Bir tedbir veya uygulama ile ilgili bir ayrımcılık karinesi, ayrımcılık iddiasında olan başvurucu tarafından ortaya konulmuşsa, bu karineyi çürütme ve söz konusu farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmadığını gösterme veya kanıtlama ilgili devlete düşer. *D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti* davasında devlet, söz konusu farklı muamelenin objektif ve makul bir nedene dayandığını kanıtlayamadığı için Mahkeme ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Orsus ve Diğerleri – Hırvatistan davasına konu olan olayda, bazı okullar, normal sınıflara kıyasla azaltılmış müfredat işleyen sınıflar açmışlardır. Bu sınıflarda orantısız derecede yüksek sayıda Roman öğrenci bulunduğu ve bunun etnik aidiyet temelinde dolaylı ayrımcılık oluşturduğu iddia edilmiştir. Hükümet, bu sınıfların Hırvatça yeterlilik esasına göre kurulduklarını ve bir öğrenci gereken dil yeterliliğine ulaştığında, öğrencinin genel sınıflara aktarıldığını savunmuştur. Mahkeme, bu davada *D.H. ve Diğerleri* davasından farklı olarak, tek başına istatistiklerin bir ayrımcılık karinesine yol açmadığını söylemiştir. Bir okulda, çocukların yüzde 44'ü Romandı ve bunların yüzde 73'ü, sadece Romanlara özgü bir sınıfta öğrenciydi. Bir başka okulda, çocukların yüzde 10'u Romandı ve yüzde 36'sı sadece Romanlara özgü bir sınıfta öğrenciydi. Bu sayılar, Romanları otomatik olarak ayrı sınıflara yerleştirme yönünde genel bir politika olmadığını doğruluyordu. Ancak, Mahkeme, istatistikî verilere dayanmaksızın dolaylı ayrımcılık iddiasını ispat etmenin mümkün olduğunu da belirtmiştir. Burada, çocukları yetersiz Hırvatça bilgisi esasına göre ayrı sınıflara yerleştirme düzenlemesi sadece Roman öğrencilere uygulanıyordu ve böylece farklı muamele karinesi doğmaktaydı.

Opuz – Türkiye davası bir aile içi şiddet davasıdır. Erkek, karısına ve karısının annesine defalarca zulüm ve şiddet uygulamış ve nihayet anneyi öldürmüştür. Mağdur olan kadınlar birçok kez kamu makamlarından koruma istemişlerdir. Ancak bu çabaları yeterince önemsenmemiştir. Mahkeme, devletin başvurucuyu ve annesini aile içi şiddete karşı koruyamadığı sonucuna varmıştır. Ayrıca Mahkeme başvurucunun, itiraz edilmemiş istatistiksel bilgilerle desteklenerek, aile içi şiddetin esasen kadınları etkilediğine ve Türkiye'deki genel ve ayrımcı yargı pasifliğinin aile içi şiddeti besleyen bir ortam yarattığına dair ilk bakışta haklı görünen bir göstergenin varlığını ortaya koyabilmesini dikkate alır. Mahkeme, Türkiye'deki genel ve ayrımcı yargı pasifliğinin, kasıtlı biçimde olmasa da, esasen kadınları etkilediğini ve başvurucu ve annesi tarafından maruz kalınan şiddetin, kadına yönelik ayrımcılığın bir biçimini oluşturan toplumsal cinsiyete dayalı şiddet olarak görülebileceği kanaatinde olduğunu belirtir. Bu nedenle, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleri ile birlikte ele alındığında 14. maddesi ihlal edilmiştir.

Timişev – Rusya davasında, başvurucu Çeçen etnik kökeninden dolayı belirli bir bölgedeki bir kontrol noktasından geçmesine izin verilmemiş olduğunu iddia etmiştir. Mahkeme, bu iddianın resmi belgeler ile doğrulandığını tespit etmiştir. Söz konusu belgeler, etnik Çeçenlerin hareketini kısıtlamaya yönelik bir politikanın varlığına işaret ediyordu. Devletin açıklaması, mağdurun bekleme sırasında ona öncelik verilmemesi üzerine kontrol noktasından kendi isteğiyle ayrılmış olduğu şeklindeki resmi savunmada bulunan tutarsızlıklar nedeniyle ikna edici görülmemiştir. Böylece, Mahkeme başvurucuya etnik mensubiyeti temelinde ayrımcılık yapılmış olduğunu kabul etmiştir.

Ayrımcılığın dayandığı nedenler

Sözleşme'nin 14. maddesi hangi özelliklere dayalı ayrımcılığın yasaklandığını belirlemiştir: Cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet ve doğum. Bu madde "başka durumlar" ifadesini kullanarak bu özelliklerin sınırlı olmadığını, cinsel yöneliş, yaş, engelli olma gibi halleri de kapsayabileceğini ortaya koymuştur.

Irk ayrımcılığı

Bir kimsenin etnik kökenine dayanan ayrımcılık, ırk ayrımcılığını oluşturmaktadır. Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin birinci maddesine göre:

"... 'ırk ayrımcılığı' terimi, siyasî, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını ve uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacına ya da sonucuna yönelik olarak ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayrım, dışlama, kısıtlama ya da tercih etme anlamına gelir."

Irk ayrımcılığı, tehlikeli sonuçları dikkate alındığında, özel önem verilmesi ve sert tepki gösterilmesi gerekli bir ayrımcılık türüdür. Bu nedenle ulusal yetkililerin ırkçılıkla savaşmak için ellerindeki tüm imkânlara başvurmaları Sözleşme'nin 14. maddesi açısından bir yükümlülük olarak ortaya çıkar. Böylece demokrasilerde toplum anlayışı, farklılığı bir tehlike olarak değil, zenginlik olarak kabul ederek güçlenir (*Nachova ve Diğerleri*, *§145*; *Timichev*, *§56*). Nitekim Sözleşme'nin birçok maddesinde ifade edilen demokratik bir toplum, çoğulculuk ve değişik kültürlere saygı ilkelerine dayanır. Bu nedenle, demokratik bir toplumda, tamamen veya belirleyici bir şekilde bir kişinin etnik kökenine dayanan farklı muamelenin objektif bir şekilde haklı gösterilmesi mümkün değildir (*Timichev*, *§58*).

Nachova ve Diğerleri – Bulgaristan kararında Mahkeme, bir şiddet olayı söz konusu olduğunda ve bu şiddet olayının "ırkçı saikle" işlendiği yönünde bir iddianın olması halinde, devletin bu iddiayı soruşturma şeklinde bir usul yükümlülüğü bulunduğunu belirtmiştir (*§160*). Mahkeme'ye göre, bir şiddet fiilin işlenmesinde ırkçı saikin bulunup bulunmadığının soruşturulması, ırkçılığa ve etnik nefrete karşı mücadelenin bir parçası olup, ırkçı şiddetin yöneldiği azınlığın güvenini korumak için büyük bir önem taşır.

Nachova ve Diğerleri davasında, askeri birlikten firar etmiş olan iki Roman kökenli asker, gittikleri köy evinde kıstırılınca kaçmak isterken kendilerini yakalamakla görevlendirilmiş ağır silahlı askerler tarafından vurularak öldürülmüşlerdi. Olay esnasında, mağdurları öldüren inzibat subayı 'Lanet olası çingeneler' diye bağırmıştı. Mahkeme, devletin sadece maddi yönden değil, ölümleri yeterince soruşturmamış olması nedeniyle usul yönünden de Sözleşme'nin 2. maddesini ihlal etmiş olduğuna karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, etkili soruşturma yükümlülüğü yönünden 2. maddeyle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre devlet, muhtemel ayrımcılık saiklerini özel olarak soruşturmakla yükümlüdür ve bu olayda bu görevini yerine getirmemiştir.

Turan Çakır – Belçika davasında başvurucu, polis tarafından yakalanması esnasında, ciddi ve kalıcı sakatlıklara yol açan zalimce davranışlarla birlikte, tehditler ve ırkçı hakaretlere maruz kaldığından şikâyet etmiştir. Mahkeme, uygulanan şiddetin Sözleşme'nin 3. maddesini ihlal ettiğine karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, başvurucunun kötü muamele şikâyetlerinin devlet tarafından düzgün bir şekilde soruşturulmamış olmasının, devletin aynı madde kapsamındaki usul yükümlülüklerine aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, devlet tarafından etkili soruşturma yapılmamasının, 3. maddeyle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturduğunu, çünkü devletin sadece kötü muamele iddialarını değil, bu kötü muamelenin kendisinin ayrımcılık oluşturduğu ve ırkçılığa dayandığı şeklindeki iddiaları da soruşturmakla yükümlü olduğunu hatırlatmıştır.

Yehova Şahitleri Gldani Cemaati ve Diğerleri – Gürcistan davasına konu olan olayda, bir grup Yehova Şahidine aşırı Ortodoks bir grup saldırmıştır. Polis, ihbar almasına rağmen saldırıyı önlemek için müdahale etmemiştir. Daha sonra başlatılan soruşturma, polis tarafından faillerin kim olduğunu belirlemenin mümkün olmadığı söylenince yarım bırakılmıştır. Mahkeme, mağdurları ırkçı şiddetten korumak için polisin müdahale etmemesi ve daha sonra yeterli bir soruşturma yapılmaması nedeniyle, Sözleşme'nin 3. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddenin, ayrıca 9. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Moldovan ve Diğerleri – Romanya (*no.2*) davasında, Roman olan başvurucular köyde çıkan olayların ardından evlerinden atılmışlar ve daha sonra evleri yakılmış ve yıkılmıştır. Ancak başvurucuların evlerinin yeniden inşası son derece yavaş yürütülmüştü; ara dönemde temin edilen konutlar son derece düşük kalitedeydi. Mahkeme bu davada Sözleşme'nin 3 ve 8. maddelerinin ihlal edildiğini belirtmekle yetinmemiştir. Mahkeme ayrıca tek başına "ırk ayrımcılığı"nın, Sözleşme'nin 3. Maddesi anlamında aşağılayıcı muamele olarak nitelenebileceğini belirtmiştir (*§111*). Mahkeme, bu davada 14. maddenin de ihlal edildiği ve başvurucuların etnik kökenleri nedeniyle ayrımcılığa tabi tutuldukları sonucuna varmıştır.

Dokic – Bosna-Hersek davasında, başvurucu mülkiyet hakkına bir müdahale olduğunu iddia etmişti. Başvurucu Yugoslavya'nın parçalanmasından önce Saraybosna'da bir daire satın almış, fakat Bosna-Hersek'te savaş başlamış, buradaki askeri okul günümüzdeki Sırbistan'a taşınmış, başvurucu da Sırbistan'a giderek Sırbistan silahlı kuvvetlerine katılmıştır. Çatışmanın bitmesinden sonra resmi makamlar, başvurucunun yabancı silahlı

kuvvetlerde hizmet etmiş olduğu gerekçesiyle mülkünü iade etmemişlerdir. Ulusal hukukta bunun haklı bir gerekçe olduğu kabul edilmiştir. Bu karar, başvurucunun Bosna-Hersek'te askeri operasyonlara katılmış olan yabancı silahlı kuvvetlerde hizmet etmesinden dolayı 'sadakatsiz' bir vatandaş olduğu düşüncesine dayandırılmıştır. Mahkeme, bu davayı açıkça 14. madde kapsamında görmemekle beraber, bu kararın sadece başvurucunun etnik kökeni temelinde alındığını belirtir. O dönemde, belirli bir silahlı kuvvetlerde hizmet etmek kişinin etnik kökeninin göstergesi sayılmaktaydı. Ayrıca başvurucunun bu silahlı kuvvetlerin bir üyesi olmaktan başka herhangi bir 'sadakatsizlik' eylemi gerçekleştirmiş olduğu da ortaya konmamıştır. Mahkeme'ye göre, mülkün iade edilmemesi durumunda tazminat ödenmemesi veya alternatif konut verilmemesi, başvurucunun mülkiyet hakkına orantısız bir müdahale oluşturmaktadır.

Cinsiyet ayrımcılığı

Cinsiyet ayrımcılığı, bireyin kadın veya erkek olmasına dayanan ayrımcılık olması bakımından ilk bakışta pek açıklama gerektirmeyen bir ayrımcılık çeşididir. Ancak 'cinsiyet' kavramı, farklı muamelenin başvurucunun cinsiyetiyle soyut bir anlamda bağlantılı olduğu durumları da içerecek şekilde yorumlanmış ve böylece "toplumsal cinsiyet" kimliğinin de korunmasına imkân verilmiştir. Toplumsal cinsiyet kavramı, biyolojik cinsiyetten farklı olarak, bir kişinin, "sosyal" veya "psikolojik" cinsiyetini ifade eder. Söz konusu kavram İngilizceden, özellikle toplumsal cinsiyet (*gender*) ile biyolojik cinsiyet (*sex*) arasındaki ayrımı ortaya koymak için alınmıştır. Türkçede "cinsiyet" her iki anlamda kullanılabilmektedir; toplum ve sosyal bilimlerde bu kavram (*gender*), özellikle teknik bir terim olarak işlev görmektedir. Toplumsal cinsiyet kimliği, sadece cinsiyet değiştirme ameliyatı geçirenleri ('transseksüeller') değil, toplumsal cinsiyetlerini ifade etmek üzere diğer cinsin kıyafetlerini giymek veya normal olarak karşı cinsin üyeleriyle ilişkili sayılan bir konuşma tarzını veya kozmetikleri benimsemek (travestilik) gibi başka tercihleri bulunanları kişileri de kapsar.

Ünal Tekeli – Türkiye davasında başvurucu, ulusal hukuka göre bir kadının evlendikten sonra kocasının soyadını taşımak zorunda olmasından şikâyet etmiştir. Kanuna göre, bir kadın kocasının soyadına ek olarak kızlık soyadını muhafaza edebilir; ancak sadece kendi soyadını taşıyamaz. Mahkeme bu durumun cinsiyet temelinde bir ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir. Mahkeme'nin bu sonuca varmasının en önemli gerekçesi, ulusal hukuka göre bir erkeğin evlendikten sonra soyadını değiştirmek zorunda olmamasıdır. Ayrıca Mahkeme, bu konuda Avrupa ülkelerindeki uygulamayı da temel almıştır.

Zarb Adami – Malta davası önemli bir karara konu olmuştur. Malta'da jüri üyeliği bir yurttaşlık ödevi olarak tanımlanmıştır. Hem kadınlar hem de erkekler bu ödevi yerine getirmekle yükümlüdürler. Bu davada erkek olan başvurucu, bir mahkemede jüri üyesi olması için bir çağrı almıştır. Ancak çağrılı olduğu jüriye katılmadığı için para cezasına çarptırılmıştır. Bu para cezasını ödemeyen başvurucu ceza mahkemesi önünde yargılanmıştır. Bu yargılama sırasında başvurucu Malta'da uygulamada hemen hemen her zaman erkeklerin jüri hizmetine çağrıldıklarını (son beş yılın istatistiklerine göre, sadece yüzde 3,05 oranında kadın, jürilere çağırılmıştır) ve bunun ayrımcılık oluşturduğunu ileri sürmüştür. Ulusal mahkemeler önünde iddiasını kabul ettiremeyen başvurucu, Sözleşme'nin 4(3)(d) maddesi ile 14. maddesine dayanarak Mahkeme'ye başvurmuştur. Mahkeme, bu şikâyet hakkında Sözleşme'nin 4(3)(d) maddesiyle birlikte değerlendirilen 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, ilk olarak jüriye çağrılmak konusunda erkekler ile kadınlar arasında uygulamada gerçek bir eşitsizlik olduğunu saptamıştır. Mahkeme, bu durumu açıklamak için Hükümetin ileri sürdüğü gerekçeleri incelemiş, ancak bu gerekçeleri makul neden olarak kabul etmemiştir. Mahkeme'ye göre,

"sadece çok kuvvetli gerekçe ya da açıklamalar" cinsiyet ayrımına dayalı bir farklılığı Sözleşme'ye uygun hale getirebilir.

Stec ve Diğerleri – Birleşik Krallık davasında başvurucular, emekliye ayrılma yaşına göre belirlenmiş olan maaşlarının farklı olması nedeniyle mağduriyete uğradıklarını ileri sürmüşlerdir. Birleşik Krallıkta, emeklilik yaşı erkek ve kadın olmaya bağlı olarak farklı olabilmektedir. Mahkeme bu davada, ilke olarak, cinsiyet yönünden farklı muamelenin, sadece 'çok önemli sebepler'in mevcut olması durumunda haklı bir nedene dayandırılabileceği ilkesini hatırlatmıştır. Ancak, ekonomik veya sosyal politikayla ilgili genel tedbirler söz konusu olduğunda Sözleşme kapsamında devlete genellikle geniş bir takdir alanı tanındığına ve açık bir biçimde makul temelden yoksun olmadıkça, yasama organının politika seçimine genelde saygı göstermek gerektiğine dikkat çekmiştir. Mahkeme, farklı emeklilik yaşlarının esas itibariyle bir çeşit 'özel tedbir' olduğunu, kadınların ev içindeki geleneksel rolleri nedeniyle bağımsız parasal gelirden yoksun kalarak uğrayabilecekleri mali zorlukları gidermek için tasarlanmış olduğunu belirlemiştir. Hükümetin erkek ve kadınların emekliye ayrılma yaşlarında kademeli olarak ayarlama yapmaya başladığını ve bunu yıllara yayarak gerçekleştirmek veya değişiklikleri hemen uygulamamak suretiyle kendi takdir alanının dışına çıkmamış olduğu sonucuna varmıştır.

Christine Goodwin – Birleşik Krallık ve *I – Birleşik Krallık* davaları çok benzer olaylarla ilgilidir. Her ikisi de cinsiyet değiştirme ameliyatıyla erkekten kadınlığa geçmiş olan başvurucular, Hükümetin cinsiyetlerini kayda geçiren doğum belgelerinde değişiklik yapmayı reddetmelerinden şikâyet etmişlerdir. Başka belgeler ve bu belgelerde başvurucuların adları değiştirildiği halde, doğum belgeleri, cinsiyetin hukuken gerekli olduğu istihdam veya emeklilik gibi bazı alanlarda hâlâ kullanılıyordu. Başvurucular, her defasında hukuken erkek cinsiyetinde olmalarını açıklamak zorunda kaldıklarında utanç ve aşağılanma ile yüz yüze geliyorlardı. Mahkeme, bu davada, bir içtihat değişikliğine gitmiş ve bu durumun özel yaşama saygı ve evlenme haklarını ihlal edildiğine karar vermiştir. Ancak Mahkeme, bu davalarda Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmiş olup olmadığı konusunda bir inceleme yapmamıştır.

Van Kück – Almanya davasında, cinsiyet değiştirme ameliyatı ve hormon tedavisi geçirmiş başvurucuya özel sağlık sigortası şirketi tarafından bu sağlık masrafları için geri ödeme yapılması reddedilmiştir. Başvurucunun sigorta şirketi aleyhine davasına bakan Alman Temyiz Mahkemesi bu ameliyat ve tedavinin sigorta sözleşmesi kapsamında 'gerekli' olmadığına ve dolayısıyla başvurucunun geri ödeme alma hakkına sahip olmadığına karar vermiştir. Mahkeme, toplumsal cinsiyet kimliğinin mahiyetini ve geri dönülemez tıbbi işlemlerden geçme kararının ciddiyetini dikkate alarak, ulusal mahkemenin yaklaşımının başvurucunun adil bir yargılama görmesini sağlamamış olduğunu ve böylece Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal ettiğini, ayrıca 8. maddesiyle güvence altına alınan özel yaşama saygı hakkının da ihlal edilmiş olduğunu belirlemiştir. Ancak Mahkeme, 14. maddeye uygunluk bakımından inceleme yapmamıştır.

Ulusal köken ayrımcılığı

Kişinin ait olduğu ulusal köken ya da yurttaşlık bağı nedeniyle ayrımcılığa uğraması Sözleşme tarafından yasaklanmıştır.

Gaygusuz – Avusturya davası, Avusturya'da çalışan bir Türk vatandaşına, Avusturya vatandaşı olmadığı için işsizlik maaşı ödenmemesi hakkındadır. Mahkeme, başvurucunun, daimi ikametgâhının Avusturya olması ve vergi ödeyerek sosyal güvenlik sistemine katkıda bulunmuş olmasını dikkate alarak, Avusturya vatandaşları ile benzer bir durumda olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, Avusturya ve Türkiye arasında karşılıklı sosyal güvenlik anlaşması olmamasının farklı muameleyi haklı göstermeyeceğini, çünkü

başvurucunun durumunun esas itibarıyla Avusturya vatandaşlarının durumuna çok yakın olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu davada ulusal köken bakımından ayrımcılık yapıldığına karar vermiştir.

Koua Poirrez – Fransa davasında, bir Fildişi Sahili vatandaşı, engelli kişilere ödenen yardımdan yararlanmak için başvurmuştur. Bu yardım sadece Fransız vatandaşlarına veya Fransa ile karşılıklı sosyal güvenlik anlaşması yapmış olan devletlerin vatandaşlarına verildiği gerekçesiyle talebi reddedilmiştir. Mahkeme, başvurucunun aslında Fransa vatandaşlarıyla benzer bir durumda olduğunu, çünkü yardımı almak için bütün diğer kanuni ölçütleri karşılamış olduğunu ve milliyete bağlı olmayan diğer sosyal güvenlik yardımlarından yararlanmış olduğunu gözlemlemiştir. Mahkeme, başvurucu ile vatandaşlar arasında muamele farkını haklı bir nedene dayandırmak için 'oldukça ciddi nedenler' olması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme, bu davada başvurucunun sosyal güvenlik sistemine katkıda bulunmamasına karşın, ayrımcı muameleye maruz kaldığı sonucuna varmıştır.

Andreyeva – Letonya davasında, başvurucu eski Sovyetler Birliğinin vatandaşıydı ve Letonya'da daimi ikamet hakkına sahipti. Letonya'nın bağımsızlığı öncesi ve sonrasında bu ülkede aynı mevkide bulunmuş olmasına karşın, ulusal mevzuat, başvurucuyu bağımsızlık öncesi dönemde Letonya dışında çalışmış bir kişi olarak sınıflandırmıştır. Böylece başvurucunun emekli maaşı, sadece bağımsızlıktan sonra bu mevkide geçirilen süre dikkate alınarak hesaplanmıştır. Buna karşılık, aynı mevkide çalışan Letonya vatandaşları, bağımsızlıktan önceki çalışma süreleri dâhil bütün hizmet süreleri dikkate alınarak emekli maaşına hak kazanmışlardır. Mahkeme, başvurucunun Letonya vatandaşlarıyla benzer bir durumda olduğunu, çünkü ulusal hukuk kapsamında 'vatandaş olmayan daimi ikametgâh sahibi' statüsünde bulunduğunu ve aynı esasta vergiler ödemiş olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme bu davada vatandaşlık temeline dayanan ayrımcılık olduğuna karar vermiştir.

Zeibek – Yunanistan davasında, başvurucuya 'büyük aileler' için öngörülen emeklilik hakkının verilmesi kabul edilmemiştir. Zeibek'in yasanın öngördüğü sayıda çocuğu olmasına rağmen, emekli olma yaşına ulaştığı tarihte çocuklarından birisi Yunan milliyetine sahip olmadığı gerekçesiyle bu hakkı tanınmamıştır. Bu durumun nedeni ise, Hükümetin Yunanistan'da yaşayan Müslüman azınlığa karşı uyguladığı politika gereğince daha önce başvurucunun bütün ailesini vatandaşlıktan çıkarması ve daha sonra da çocuklarından sadece üçüne yeniden vatandaşlık vermesidir. Bu arada vatandaşlık hakkını elde edemeyen dördüncü çocuk evlenmiştir. Mahkeme, bu davada Yunan Devletinin özellikle Yunan Müslümanlarına karşı vatandaşlık iptali politikası uygulanmış olduğunu ve emekli maaşı bağlamayı reddetmenin Yunan milletini koruma temelinde haklı kılınamayacağını, çünkü bu düşüncenin ulusal köken temelinde ayrımcılık oluşturduğunu belirlemiştir.

Anakomba Yula – Belçika davasında, bir Kongo vatandaşı olan başvurucu Belçika'da yasadışı olarak bulunmaktadır ve Belçika vatandaşı bir kişi ile evlenmiştir. Bu kişiden bir çocuğu olmuştur. Bu arada başvurucu ikamet izni almak için başvuruda bulunmuş ve eşinden de ayrılmıştır. Bu ayrılıktan sonra çocuk ile babası arasında nesep bağının kurulması için dava açmak istemiştir. Bu dava, Belçika hukukuna göre, çocuğun doğumdan itibaren bir yıl içinde açılmalıdır. Başvurucu, yeterli mali imkânlara sahip olmadığı için adli yardım talep etmiştir. Ancak bu talebi, adli yardım sadece yasal olarak oturma izni bulunan Avrupa Birliği, Avrupa Konseyi üyesi ya da Belçika ile antlaşma yapmış devletlerin vatandaşlarına verilebilmekte olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Başvurucuya, ikamet izninin yenilenmesini tamamlama ve daha sonra tekrar başvurma tavsiyesi yapılmıştır. Mahkeme, bu davada başvurucunun mahkemeye erişme imkânından yoksun bırakıldığını belirtir. Mahkeme'ye göre kamu makamları, aile yaşamıyla ilgili soybağını kurmak gibi ciddi bir konunun söz konusu olduğu ve dava açmak için kısa bir zamanaşımı süresinin

var olduğu ve bireyin ikamet iznini yenileme sürecinde bulunduğu bir durumda, ikamet iznine sahip olanlar ve olmayanlar arasında ayrım yapmakta haklı değildir.

Din ya da inanç temelinde ayrımcılık

Sözleşme'nin 14. maddesinin öngördüğü din temelinde ayrımcılık yasağı, sadece dinsel aidiyeti değil, ama inanç ve vicdan gibi, 9. maddenin kapsadığı inançla ilgili diğer unsurları içermektedir.

Velayet hakkı ile ilgili olan *Hoffman – Avusturya* davasında Mahkeme, sadece din farkına dayalı bir ayrımcılığın kabul edilemeyeceğini belirtir.

Alujer Fernandez ve Caballero Garcia – İspanya davasında başvurucular, Katoliklerin aksine, gelir vergilerinin bir bölümünü doğrudan doğruya kendi kiliselerine verememelerinden şikâyet etmişlerdir. Mahkeme bu şikâyeti reddetmiştir. Mahkeme'ye göre, başvurucuların kilisesi Katolik kilisesiyle benzer durumda değildir ve Hükümet ile Vatikan arasında karşılıklı bir anlaşma mevcuttur.

Köse ve Diğerleri – Türkiye davası, İmam-Hatip okullarında Kuran dersi dışında kızların İslami başörtüsü takmalarını yasaklayan bir kıyafet yönetmeliği hakkındadır. Başvurucular bu yasağın din temelinde ayrımcılık oluşturduğunu, çünkü başörtüsü takmanın İslam dinine ait bir uygulama olduğu ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, kıyafetle ilgili kuralların belli bir dine mensubiyetle bağlantılı olmadığını, okullarda tarafsızlığı ve laikliği koruma amacına yönelik olduğunu, bunun da karışıklığı önleyeceği ve başkalarının kendi dini inançlarına müdahale edilmemesi hakkını koruyacağını kabul etmiştir. Bu gerekçelerle Mahkeme ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bir öğretim üyesinin konu edildiği *Sevgi Kurtulmuş – Türkiye* kabuledilebilirlik hakkında kararında da Mahkeme benzer bir yaklaşım benimsemiştir.

Dil temelinde ayrımcılık

Dil temelinde ayrımcılık hakkında Mahkeme'nin fazla kararı yoktur. Bu konu Mahkeme önüne eğitim hakkı kapsamında gelmiştir.

Mahkeme'ye göre, bir Sözleşmeci Devletin egemenlik yetkisi içinde bulunan kişiler Birinci Protokolün ikinci maddesine dayanarak kamu makamlarından belirli bir türde eğitim sistemi kurmasını isteyemezler. Ancak belirli bir eğitim sistemi kuran bir devlet, bir eğitim kurumuna girişi şarta bağlarken 14. madde anlamında ayrımcılık yapamaz. Bu çerçevede, Mahkeme içtihadına göre, Sözleşme'nin 14. maddesi, Birinci Protokolün 2. maddesiyle birlikte değerlendirildiğinde, ebeveynin kendi tercih ettikleri bir dilde çocuklarına eğitim verilmesini isteme hakkını güvence altına almamaktadır. Bu maddelerin birlikte değerlendirilmesinde, dil sebebine dayanarak bir ayrımcılık yapmadan eğitim hakkını güvence altına alma yükümlülüğü çıkmaktadır.

"*Belçika'da Eğitim Dili davası'*"nda bir grup veli, eğitim sağlanmasına dair ulusal mevzuatın dil temelinde ayrımcı olduğundan şikâyet etmiştir. Belçika'daki Fransızca konuşan ve Flamanca konuşan toplumları dikkate alarak, ulusal mevzuat, belli bir bölgenin Fransız mı, yoksa Flaman mı kabul edildiğine bağlı olarak o bölgede devlet tarafından veya devletin mali desteğiyle Fransız veya Flaman dilinde eğitim verilmesini öngörmüştür. Flamanca konuşulan bölgede yaşayan Fransızca konuşan çocukların velileri, bu yüzden çocuklarının Fransızca eğitim almasının engellendiğini veya çok zorlaştığını ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, söz konusu hükmün belli bir öğretim dilinde öğretim yapan okullar açma yükümlülüğü getirmediğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, eğitim hakkı bakımından temel olan husus, belirli bir zamanda mevcut olan eğitim kurumlarına erişim hakkının güvence altına alınmasıdır. Bu anlamda, bu madde taraf devletlere ülkenin

(resmi) dilinin dışında bir dilde eğitim sağlama yükümlülüğü yüklememekte ve bu konu azınlık hakları kapsamında değerlendirilmektedir.

Mahkeme, "*Belçika'da Eğitim Dili davası'*"nda dil temelli farklı muamele olmakla beraber, bunun makul ve haklı bir nedene dayandığına karar vermiştir. Belçika'da bölgeler esas itibariyle tek dillidir ve her iki dilde eğitim sunulması mali bakımdan imkân dâhilinde değildir. Ayrıca Mahkeme, ailelerin Flamanca konuşulan bölgelerde Fransız dilinde özel eğitime başvurmalarının mümkün olduğunun altını çizmiştir.

Toplumsal köken, doğum ve servet ayrımcılığı

Toplumsal köken, doğum ve servet temelinde ayrımcılık kavramlarını birbiriyle bağlantılı olarak görmek mümkündür. Bunlar kişinin ait olduğu sosyal sınıf ve bu çerçevede gelir düzeyi ya da doğumundan gelen özelliklerle ilgilidir. Bu konularda Mahkeme önüne çok az sayıda dava gelmiştir.

Mazurek – Fransa davasında, evlilik dışı doğmuş olan bir birey, ulusal hukuka göre, annesinin mirasından en çok dörtte bir pay alabilmesinden şikâyet etmiştir. Mahkeme, sadece evlilik dışı doğmuş olmaya dayanan bu farklı muamelenin ancak 'son derece ciddi nedenlere' dayanması halinde haklı kılınabileceğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, geleneksel aileyi korumak meşru bir amaç olmakla beraber, doğumunun şartlarını belirleme gücüne sahip olmayan çocuğu mağdur ederek bu amaca ulaşılamaz. Bu nedenle, bu muamele ayrımcı bir müdahale olarak nitelendirilmiştir.

Chassagnou ve Diğerleri – Fransa davasında, başvurucular arazilerini kendi isteklerine göre kullanmalarına izin verilmediğinden şikâyet etmişlerdir. Belirli bölgelerdeki kanunlar, küçük arazi sahiplerini, arazileri üzerinde kamuya açık avlanma hakları verilmesiyle yükümlü tutmuştur; oysa büyük arazi sahipleri böyle bir yükümlülük altında olmayıp, arazilerini istedikleri gibi kullanabiliyordu. Başvurucular, kendi arazilerini yaban hayatın korunması amacıyla kullanmak istemişlerdir. Mahkeme, küçük arazi sahipleri üzerindeki bu yükümlülüğün servet temelinde ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir.

Siyasal veya diğer kanaat ayrımcılığı

Sözleşme'nin 14. maddesinde "siyasal veya diğer kanaatler" temelli ayrımcılık açıkça yasaklanmıştır. Bu maddenin uygulamasında kişinin dini kanaati olarak nitelendirilmeyen kanaatlerinin söz konusu olması gerektiği belirtilebilir; çünkü din temelinde ayrımcılık ayrıca yasaklanmıştır. Diğer yandan siyasi kanaat ve ifade özgürlüğü genel olarak Sözleşme'nin 9 ve 10. maddelerinde korunduğu ve bu konuda güçlü bir içtihat olduğu için, Mahkeme önüne gelen şikâyetleri ayrıca 14. madde açısından incelemekte tereddütlüdür.

"Diğer bir statü gibi nedenler"

14. madde ayrımcılığın dayanabileceği nedenleri tek tek saymakla yetinmez; bu maddeye göre, "bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, … diğer bir statü gibi nedenlerle ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır." Mahkeme, engellilik, yaş ve kişinin cinsel yönelimine ek olarak, şu özelliklerini de "başka bir durum" kavramı altında korunan hukuki menfaatler olduklarını kabul etmiştir: Babalık (*Weller – Macaristan*), medeni durum (*Petrov – Bulgaristan*), bir kuruluşa üyelik (*Danilenkov ve Diğerleri – Rusya*; *Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani – İtalya* (*no. 2*)), askeri rütbe (*Engel ve Diğerleri – Hollanda*); evlilik dışı doğmuş bir çocuğun annesi veya babası olmak (*Sommerfeld – Almanya*; *Şahin – Almanya*), ikamet yeri (*Carson ve Diğerleri – Birleşik Krallık*).

Cinsel yönelime dayalı ayrımcılık

14. madde 'cinsel yönelimi' korunan hukuki menfaat olarak açıkça saymasa da, Mahkeme çeşitli davalarda bunun bu maddeyle korunan 'diğer' hukuki menfaatler arasında yer aldığını ifade etmiştir (*Frette, §32*; *Salgueiro da Silva Mouta*, *§28*). Bu çerçevede, cinsel yönelim, 14. maddenin koruması alanına girmektedir (*Kozak*, *§83*; *Alekseyev*, *§108*). Mahkeme'ye göre farklı muamele, kişinin özel yaşamının korunmaya ihtiyaç gösteren bu mahrem alanını ilgilendiriyor ise, bu uygulamanın haklılığını göstermek için ciddi anlamda kuvvetli gerekçeler ortaya koymak gereklidir. Farklı muamele cinsiyet veya cinsel yönelim ile ilgili ise, devlete bırakılan takdir alanı dardır. Bu nedenle, bu tarz durumlarda orantılılık ilkesi gereğince, hem seçilen tedbir izlenen amaca genel olarak uygun olmalıdır, hem de bu tedbirin koşullara bağlı olmadan gerekli olduğunun ispatlanması gerekmektedir. Eğer farklı muamele gerekçesi olarak ileri sürülen savlar, sadece başvurucunun cinsel yönelimleri üzerine bina edilmişse, Sözleşme açısından ayrımcılık söz konusudur (*Alekseyev*, *§102*; *X. – Türkiye*, *§57*).

S.L. – Avusturya davasında başvurucu, yürürlükteki ulusal mevzuata göre erkekler arasında rızaya dayalı cinsel ilişkinin taraflardan biri on sekiz yaşın altında olduğu takdirde suç oluştuğu gerekçesiyle şikâyette bulunmuştur. Buna karşılık, kadınlar on dört yaşından itibaren (hem lezbiyen, hem de heteroseksüel nitelikte) cinsel ilişkiye girebilmektedir. Mahkeme bu durumun cinsel yönelim temelinde ayrımcılık oluşturduğuna karar vermiştir.

E.B. – Fransa davasında, başvurucu bir çocuğu evlat edinmek için başvurmuş, fakat 'hane halkında erkek rol modeli olmadığı' gerekçesiyle başvurusu reddedilmiştir. Ulusal hukuk, çocuklu dul anne ve babaların evlat edinmelerine izin veriyordu ve Mahkeme resmi makamların kararının, kadın başvurucunun başka bir kadınla ilişkide olması ve beraber yaşamasına dayalı olduğunu belirlemiştir. Bu nedenle Mahkeme, cinsel yönelim temelinde ayrımcılık yapılmış olduğuna karar vermiştir.

Karner – Avusturya davası, esas kiracının ölmesi halinde bir akrabanın veya 'hayat ortağının' kiracılık anlaşmasına kendiliğinden halef olma hakkını öngören ulusal mevzuatın yorumlanması ile ilgilidir. Eşcinsel olan başvurucunun beraber yaşadığı partneri ölmüştür. Ulusal mahkemeler, bu mevzuatın, evli olmayan heteroseksüel çiftleri kapsamasına rağmen, homoseksüel çiftleri kapsamadığı şeklinde bir yorum yapmışlardır. Hükümet, bu yorumun cinsel yönelim temelinde farklı muamele olduğunu kabul etmiş, ama bunun geleneksel ailelerde yaşayanları konutlarını yitirmekten korumak için haklı bir uygulama oluşturduğunu savunmuştur. Mahkeme'ye göre, geleneksel aileyi korumak meşru bir amaç oluşturabilir, ancak 'cinsiyete veya cinsel yönelime dayalı bir farklı muamele olduğunda, devletin takdir alanının dardır'. Mahkeme'ye göre, orantılılık ilkesi gereğince uygulanan tedbirin hedeflenen amacı gerçekleştirmek için sadece uygun olduğunun gösterilmesi yetmez. Bu amacı gerçekleştirmek için, belirli kategorilerde insanları – bu örnekte homoseksüel bir ilişki içinde yaşayan insanları – ilgili yasal düzenlemenin dışında bırakmanın gerekli olduğu da ayrıca gösterilmelidir. Mahkeme bu davada ayrımcı bir uygulama olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre devlet, geleneksel aileyi korumak için homoseksüel çiftleri mağdur etmeyecek tedbirler alabilirdi.

X. – Türkiye kararının konusu, eşcinsel bir tutuklunun ayrımcı davranışa maruz kaldığı iddiası hakkındadır. Başvurucu, belirli bir süre boyunca cezaevinde sıradan bir koğuşta kalmıştır. Ancak diğer tutukluların başvurucuyu cinsel yönelimi nedeniyle rahatsız etmeleri üzerine, başvurucu daha uygun bir koğuşa gönderilmeyi talep etmiştir. Cezaevi idaresi ise, başvurucuyu tecrit hücresine yerleştirmiş ve başvurucunun diğer mahkûmlarla ilişkisini çok ciddi bir şekilde kısıtlamıştır. Mahkeme, bu davada önce başvurucunun

tecrit hücresi koşulları nedeniyle Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ayrıca Mahkeme başvurucunun maruz kaldığı bu muamelenin ayrımcı bir nitelikte olup olmadığı konusunu da tartışmıştır. Mahkeme, başvurucunun standart koğuşta kaldığı takdirde vücut bütünlüğünün saldırıya maruz kalacağı yönündeki endişelerinin tamamen temelsiz olmadığını kabul etmiştir. Bununla birlikte, Mahkeme'ye göre bu kaygılar başvurucuyu korumak için bazı güvenlik tedbirlerinin alınmasını gerekli kılsa dahi, hapishane yaşamından tamamen tecrit etme tedbirini haklı çıkarmaya yetmemektedir. Mahkeme, başvurucunun söz konusu tedbirlere itiraz etmesini de dikkate almıştır. İnfaz hâkimi, başvurucunun itirazını cezaevi yetkililerinin takdir yetkisine dayanarak reddetmiş ve başvurucunun bu tedbirin kendisinin cinsel yönelimi gerekçesine alındığı iddiasına cevap dahi vermemiştir. Mahkeme'ye göre yetkililer, Sözleşme'nin 3. maddesiyle birlikte 14. maddesi gereğince, farklı muamelenin ilgilinin hapishane yaşamından tamamen tecrit edilmesinde bir rol oynayıp oynamadığını araştırmak için her türlü tedbiri almakla yükümlüdürler. Ayrıca Mahkeme'ye göre, cezaevi idaresi "bir travestinin linç edilmesi" (ki başvurucu bir travesti değildir) gibi aşırı abartılı bir risk değerlendirmesi yapmıştır. Mahkeme bu davada, başvurucunun cezaevi yaşamından tamamen dışlanmasındaki belirleyici unsurun onun cinsel yönelimi olduğu sonucuna varmıştır. Bu nedenle, 14. madde ihlal edilmiştir.

Engelli olma nedeniyle ayrımcılık

"Engelli olma" hali, 14. maddede korunan hukuki menfaatler listesinde açıkça yer almasa da, Mahkeme tarafından 'diğer nedenler' deyiminin yorumlanması suretiyle 14. maddeye dâhil edilmiştir.

Glor – İsviçre davasında Mahkeme, diyabetik olan başvurucunun (ulusal hukuka göre bunun 'küçük' bir engellilik olarak tasnif edilmesine bakılmaksızın) engelli bir kişi olarak görülebileceğini belirtmiştir. Başvurucu askerlik hizmetini tamamlamadığı için bunu telafi etmek üzere vergi ödemek zorundadır. Askerlik hizmetine uygun olan herkesin bu vergiyi ödemesi gereklidir. Bu vergiden muaf tutulmak için ya - bir organ kaybına denk sayılan - yüzde 40 seviyesinde bir engelliliğe sahip olmak ya da vicdani retçi olmak gereklidir. Diğer yandan vicdani retçiler bir alternatif 'kamu hizmeti' yapmak zorundadırlar. Başvurucunun engelliliği, orduda hizmet için uygun görülmemesine neden olan bir seviyededir, fakat onun vergiden muaf tutulması için ulusal hukukta gereken ağırlık sınırına ulaşmamaktadır. Başvurucu bir kamu hizmetinde çalışmayı önermiş, ancak bu önerisi kabul edilmemiştir. Mahkeme, devletin başvurucuya, geçerli mazeret olmaksızın askerlik hizmetlerini tamamlamamış olan kişilerle aynı şekilde muamele etmiş olduğunu belirlemiştir. Bu muamele ayrımcı niteliktedir, çünkü başvurucu farklı bir konumda bulunmaktadır ve bu nedenle devlet mevcut kurallara bir istisna getirmelidir. Bu sonuca varırken Mahkeme, söz konusu verginin önemli bir tutar olmasını ve başvurucunun durumunda olan hafif engelli kişilere uygun bir alternatifin İsviçre hukukunda öngörülmemiş olmasını dikkate almıştır.

Price – Birleşik Krallık davasında, başvurucu yedi günlük hapis cezasına mahkûm edilmiştir. Başvurucunun gebelik döneminde annesinin bir ilaç (talidomit) alması nedeniyle, bazı organları ya hiç yoktur ya da oldukça kısadır ve böbrekleri iyi çalışmamaktadır. Başvurucunun hareket edebilmek için tekerlekli sandalye kullanması, tuvalete gitmek ve temizlik için yardım alması gereklidir ve özel yatağa muhtaçtır. Başvurucu gözaltındaki ilk gecesinde, fiziksel engelli kişiler için uygun olmayan bir hücreye yerleştirilmiştir; bu nedenle yeterince uyuyamamış, ıstırap çekmiş ve hipotermiye maruz kalmıştır. Hapishaneye nakil üzerine, kısmen engeline uygun bir hastane bölümüne yerleştirilmiştir, fakat yine benzer problemleri yaşamıştır. Ayrıca, şarjı biten tekerlekli sandalyesini şarj

etmesine izin verilmemiştir. Mahkeme, başvurucunun 3. maddeye aykırı olarak aşağılayıcı muameleye uğramış olduğunu belirlemiştir. Bu davada 14. madde kapsamında Sözleşme'deki maddi haklardan biri temelinde ayrımcılık öne sürülmediği için, Mahkeme bu konuda bir değerlendirme yapmamıştır.

Yaş nedeniyle ayrımcılık

Kişinin yaşı, 14. maddede korunan hukuki menfaatler listesinde açıkça yer almasa da, Mahkeme tarafından 'diğer nedenler' deyiminin yorumlanması suretiyle 14. maddeye dâhil edilmiştir (*Schwizgebel – İsviçre*).

Schwizgebel – İsviçre davasında, 47 yaşında çocuklu dul bir anne, evlat edinme başvurusunun reddinden şikâyet ederek Mahkeme'ye başvurmuştu. Ulusal makamlar, başvurucu ile çocuk arasındaki yaş farkını ve başvurucunun zaten bir çocuğu sahibi olduğunu ve başka bir çocuğu evlat edinmesinin kendisine önemli bir mali külfet getireceğini göz önünde tutarak, başvurucunun talebini reddetmiştir. Mahkeme, başvurucuya, evlat edinmek isteyen daha genç kadınlardan farklı olarak yaş temelinde bir uygulama yapıldığını kabul eder. Ancak Mahkeme, evlat edinme için kabul edilen yaş sınırı konusunda taraf devletler arasında standart bir uygulama ve bir uzlaşma olmaması nedeniyle devletlerin bu konuda geniş bir takdir alanına sahip olduğunu belirtir. Mahkeme'ye göre ayrıca, ulusal makamların yaş farkını dikkate almaları keyfi bir tutum değildir. Bu farklı uygulama, çocuğun yüksek çıkarlarına ve ikinci bir çocuğun başvurucuya getirebileceği mali külfete ve bunun da çocuğun refahını etkileyebileceği gerçeğine dayanmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, farklı muamelenin haklı bir nedene dayandığı ve böylece ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

D.G. – İrlanda ve *Bouamar – Belçika* davalarında, küçük olan başvurucular gözaltına alınmıştır. Mahkeme, bu davalarda Sözleşme'nin 5. maddesinin çeşitli nedenlerle ihlal edilmiş olduğunu belirlemiştir. Her iki davada da, başvurucular gördükleri muamelenin yetişkinlere kıyasla ayrımcı olduğunu, çünkü ulusal mevzuata göre gözaltına alınan yetişkinlerin tabi olduğu rejimin farklı olduğunu iddia etmişlerdir. Mahkeme, yetişkinler ve çocuklar arasında uygulama farkı olduğunu tespit eder. Ancak bu farklar haklı bir nedene, küçükleri korumak amacına dayalı olduğu için ayrımcılık yasağını ihlal etmemektedir.

28.05.1985 9214/80 ABDULAZIZ, CABALES VE BALKANDALI - BİRLEŞİK KRALLIK

♦ *ikamet izni verilmediğinden ailenin bütünleşememesi—devletin pozitif yükümlülüğü* (Birleşik Krallık'ta hukuka uygun ve sürekli olarak yerleşme hakları bulunan vatandaş olmayan kadınların farklı ülkelerde bulunan vatandaş olmayan eşlerini kendi yanlarına getirtip birlikte yaşamalarına izin verilmemesi), *aile yaşamına saygı hakkı konusunda ayrımcılık—cinsiyetler arasında farklı muamele* (cinsiyet, ırk ve doğum esasına dayanan ve iç hukuka göre vatandaş olmayan evli erkeklerin eşlerini yanlarına getirtme hakları bulunduğu halde kadın eşlerin erkek eşlerini yanlarına getirtme imkânı bulunmaması) ■ aile yaşamına saygı hakkı—etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

DAVANIN ESASI

Kadın başvurucular [Nargis Abdülaziz başvuru tarihinde ya vatansız ya da Malawi vatandaşı, Acely Cabales Filipinler vatandaşı, Sohair Balkandali Birleşik Krallık ve Koloniler vatandaşı] hukuka uygun ve sürekli olarak Birleşik Krallık'ta yerleşmiş durumdadırlar. O tarihte yürürlükte olan göçmenlik kurallarına (immigration rules) göre başvurucuların kocalarına, Birleşik Krallık'ta kendileriyle birlikte kalmalarına veya kendileriyle birlikte yerleşmelerine, sırf koca oldukları için izin verilmemiştir. Başvurucular bu olay nedeniyle cinsiyet ve ırk, başvurucu Balkandali ayrıca doğum esasına dayanan ayrımcılık yasağına karşı uygulamanın mağduru olduklarını, Sözleşme'nin 3, 8. maddelerinin tek başına veya 14. maddeyle bağlantılı olarak ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular ayrıca, Sözleşme'nin 13. maddesine aykırı olarak, bu iddiaları bakımından etkili bir hukuk yolu bulunmadığını iddia etmişlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal iddiası

58. Başvurucular, Sözleşme'nin 8. maddesiyle güvence altına alınan aile yaşamına saygı haklarını ihlal eden bir uygulama nedeniyle mağdur olduklarını iddia etmişlerdir. (...)

A. Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilirliği

59. Hükümetin birincil savunmasına göre, Sözleşme'nin 8. maddesi veya diğer hangi bir maddi hükmü, göçmen kontrolüne uygulanamaz; çünkü buna uygulanacak tek uygun hüküm, Dördüncü Protokoldedir. Hükümete göre Dördüncü Protokolün, başlangıcında da belirtildiği gibi, Sözleşme'nin I. Bölümünde korunan haklara ilave haklar getirmeyi hedeflemiş olması, göçmenlik alanındaki hakların Sözleşme'de, hele 8. maddesinde henüz hiç düzenlenmemiş olduğunu açık bir şekilde göstermektedir. Kaldı ki başvurucular, Birleşik Krallık tarafından onaylanmamış bir belge olan Dördüncü Protokol ile bile yabancılara sağlanmamış bir hak iddiasında bulunmaktadırlar.

Komisyon bu savunmayı kabuledilebilirlik aşamasında reddetmiştir. Komisyon bu sonuca varırken, şimdi başvurucuların dayandıkları, kendisinin yerleşik içtihadını teyid etmiştir. Bu içtihada göre, bir yabancının bir ülkeye girme ve kalma hakkı, Sözleşme'de güvence altına alınan bir hak değildir; fakat göçmenlik kontrolü Sözleşme yükümlülüklerine uygun bir şekilde kullanılmalıdır ve bir kimsenin aile üyelerinin yaşadığı bir Devletten çıkarılması, Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından bir sorun doğurabilir.

60. Mahkeme, Hükümetin savunmasını kabul edememektedir.

Başvurucular koca değil, onların eşleridir; Birleşik Krallık'a girme ve kalma izinlerinin reddedildiğinden değil, fakat bu ülkede hukuka uygun olarak yerleşmiş kişiler olarak, burada eşleriyle birlikte yaşamaktan yoksun bırakılmış (Cabales) veya yoksun bırakılma tehdidi altında kalmış (Abdulaziz ve Balkandali) olmaktan şikayetçi olmuşlardır.

Mahkeme her şeyden öte, Sözleşme ve Protokollerinin bir bütün olarak okunması gerektiğini hatırlatır; sonuç olarak, esas itibarıyla hükümlerinden biriyle ele alınan bir mesele, bazı yönlerden başka hükümlerine de girebilir ("Belçika'da Eğitim Dili Davası", §7). O halde, bir ülkeye girme hakkının bazı yönleri, kendisiyle bağlı Devletler bakımından Dördüncü Protokol tarafından düzenlenmiş ise de, göçmenlik alanında yapılan işlemlerin, Sözleşme'nin 8. maddesindeki aile yaşamına saygı hakkını etkileyebileceği ihtimali hariç tutulamaz. Bu nedenle Mahkeme, bu noktada Komisyon'a katılmaktadır.

61. Hükümet, Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olmadığı konusundaki iddialarını destekleyen iki alternatif iddia daha ileri sürmüştür.

İlk olarak, Sözleşme'nin 8. maddesinin sadece mevcut aile yaşamını güvence altına aldığı söylendiği halde, söz konusu çiftler, erkekler için Birleşik Krallık'a girme veya kalma izni için talepte bulundukları tarihte, bu ülkede aile yaşamından yararlanmanın meşru beklentisi içinde olan bir aile yaşamları bulunduğu kanıtlayamamışlardır.

İkinci olarak, bu çiftlerin [erkeklerin vatandaşı oldukları] Portekiz, Filipinler veya Türkiye'de birlikte yaşamalarına bir engel olmadığı için, aslında Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınmamış bir şeyi, yani ikamet etmek istedikleri ülkeyi seçme hakkını talep etmektedirler.

Başvurucular bu iddialara karşı çıkmışlardır. Komisyon ise başvuruları tek başına 8. maddeye göre incelememiş olmakla birlikte, bu maddenin kapsamı dışında kalmadıklarını kabul etmiştir.

62. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin aile yaşamına saygı hakkını güvence altına alırken, "bir ailenin mevcudiyetini varsaydığını" hatırlatır (*Marckx, §31*). Ancak bu demek değildir ki, kurulmak istenen bütün aileler bu maddenin kapsamı dışında kalır. "Aile" kelimesi başka hangi anlama gelirse gelsin, Hükümetin dediği türden bir aile yaşamı, henüz tamamıyla kurulmış olmasa bile, bay ile bayan Abdulaziz ve bay ile bayan Balkandali tarafından akdedilmiş kanuni ve samimi bir evlilikten doğan bir ilişkiyi içermelidir. Bu evlilikler, Sözleşme'nin 8. maddesinin gerektirebileceği saygıyı görmeye yeterli sayılmalıdır.

Kaldı ki, evli bir çift söz konusu olduğunda, "aile yaşamı" ifadesi, normal şartlarda bir arada yaşamayı kapsar. İkinci kelime [yaşam], Sözleşme'nin 12. maddesiyle güçlendirilmiştir; çünkü bir aile kurma hakkının, birlikte yaşama hakkını kapsamayacağını düşünmek pek mümkün değildir. Mahkeme bunun yanında, bay ile bayan Abdulaziz'in sadece evlilik akdetmekle kalmadıklarını, ama ayrıca bay Abdulaziz'in Birleşik Krallık'ta kalması için izin talebinin reddedilmesinden önce, belirli bir süre birlikte yaşadıklarını kaydeder (bk. yukarıda §40-41). Bay ile bayan Balkandali de, bay Balkandali'nin bir öğrenci olarak kalma süresi sona erip uzatma talebi reddedilinceye kadar evlenmemiş olmalarına rağmen birlikte yaşamışlar ve bir erkek çocukları olmuştur; bay Balkandali'nin bir koca olarak kalma izni başvurusu reddedildiği sırada, birlikte yaşamaları devam ediyordu.

63. Bayan Cabales'in evliliğinin geçerliliği konusunda soru işareti bulunduğu (bk. yukarıda §48) dikkate alındığında, onun durumu ayrı olarak ele alınma lıdır. Hükümet olayın şartları içinde, onun başvurusunun konu bakımından kabuledilemez olduğunu ve bu nedenle Mahkeme tarafından incelenemeyeceğini savunmuştur.

Bu savunma kabuledilebilirlik terimleriyle çerçevelenmiş ise de, Mahkeme bu savunmanın başvurunun esasına yöneldiği ve bu nedenle onu bu temelde ele almanın doğru olacağı görüşündedir (*Airey, §18*).

Mahkeme, Filipinler hukukunun etkisiyle ilgili ortaya çıkan görüşler arasındaki ayrılığı çözmek zorunda olduğunu düşünmemektedir. Bay ile Bayan Cabales bir törenle evlenmişlerdir (bk. yukarıda §45). Mahkeme'nin önündeki deliller, evlenmiş olduklarına inandıklarını ve birlikte yaşamak ve normal bir aile yaşamı sürdürmek istediklerini göstermektedir. Gerçekten daha sonra birlikte yaşamışlardır. Olayın şartları içinde, bu suretle kurulan ilişkiler, Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanması için yeterlidir.

64. Geriye Hükümetin, ikametgâh ülkesi seçimiyle ilgili iddiası kalmıştır. Mahkeme bu iddianın daha çok, var olduğu kabul edilmesi gereken aile yaşamına saygının derecesine girdiğini düşünmekte olup, bunu o bağlamda inceleyecektir.

65. Özetlenecek olursa, her bir başvurucu, Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında yeterli ölçüde bir "aile yaşamı"na sahip olduğundan, bu madde mevcut davada uygulanır.

Meselenin önemine binaen Mahkeme, Komisyon'dan farklı olarak Sözleşme'nin 8. maddesinin tek başına ihlal edilip edilmediğine de karar vermesi gerektiğini düşünmektedir.

B. Sözleşme'nin 8. maddesine uygunluk

66. Başvurucular kendileriyle ilgili olaylarda, Birleşik Krallığın kendi egemenlik alanında koruması gereken aile yaşamına saygının, bir kimsenin vatandaşı olduğu veya hukuka uygun olarak ikamet ettiği Devlette evini kurma hakkını da içerdiğini iddia etmişlerdir; başvuruculara göre sadece 8(2). fıkra hükümlerine tabi olarak, yurtdışına çıkmak veya eşinden ayrılmak ikilemi karşısında bırakılmak bu prensiple bağdaşmaz. Dahası fiili engel, hukuki engel kadar önemlidir; çünkü çiftlerin Portekiz'de, Filipinler'de veya Türkiye'de yaşamalarına hukuken bir engel yoksa da, kendileri için ağır zorluklar yaratacak veya yaratmış olacaktır.

67. Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin amacının esas itibarıyla bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak ise de, buna ek olarak, aile yaşamına etkili bir şekilde "saygı"ya içkin olan pozitif yükümlülükler de bulunabileceğini hatırlatır (*Marckx, §31*). Ancak özellikle pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda, "saygı" kavramının çok kesin bir tanımı yoktur; Sözleşmeci Devletlerde karşılaşılan durumlar ve izlenen uygulamalardaki farklılıklar dikkate alındığında, bu kavramın gerekleri olaydan olaya önemli ölçüde değişir. O halde bu alan, Sözleşmeci Devletlerin, toplumun ve bireylerin ihtiyaçlarını ve kaynaklarını gereği gibi göz önünde tutarak Sözleşme'ye uygunluğu sağlamak için atılacak adımları belirlerken geniş takdir alanı kullandıkları bir alandır (*mutatis mutandis, "Belçika'da Eğitim Dili Davası", §5; Belçika Ulusal Polis Sendikası, §39; Marckx, §31; Rasmussen, §40*). Özellikle incelenmekte olan bu alanda bir Devletin ülkesine yerleşmiş göçmenlerin akrabalarını kabul yükümlülüğü, söz konusu kişilerin içinde bulundukları özel şartlara göre değişir. Dahası Mahkeme, mevcut olayın sadece aile yaşamıyla değil, ama aynı zamanda yerleşik uluslararası hukukun bir gerçeği olarak ve andlaşma yükümlülüklerine tabi olarak, bir Devletin vatandaşı olmayanların (non-nationals) kendi ülkesine girişlerini kontrol hakkına sahip olduğu göçmenlikle ilgili bir olay olduğunu ihmal edemez.

68. Mahkeme mevcut davanın, diğer bir ülkede sahip oldukları ailelerini Birleşik Krallık'ta yerleşme statüsü alıncaya arkalarında bırakan göçmenlerle ilgili olmadığını gözlemlemektedir. Başvurucular tek başlarına Birleşik Krallık'a yerleştikten sonra evlilik akdetmiş kişilerdir. Sözleşme'nin 8. maddesinin Sözleşmeci Devlete yüklediği görevin, evli çiftlerin evlenme suretiyle ikamet edecekleri ülkeyi seçmelerini ve aynı ülke

vatandaşı olmayan eşlerin bu ülkede yerleşmelerini kabul etme gibi, genel bir yükümlülüğü kapsadığı düşünülemez.

Mevcut davada başvurucular, kendi ülkelerinde veya kocalarının ülkelerinde aile kurmaları için engeller bulunduğunu veya niçin bunu istemediklerine ilişkin özel sebeplerin varlığını göstermemişlerdir.

Buna ek olarak, evlilikleri sırasında:

(i) Bayan Abdulaziz, kocasının Birleşik Krallık'a sadece bir ziyaretçi olarak sınırlı bir dönem için kabul edildiğini ve sürekli kalmak için bir başvuruda bulunmasının gerekeceğini biliyordu ve yayınlanmış olan tasarının hükümlerine göre de, bu başvurusunun muhtemelen reddedileceğini bilebilirdi;

(ii) Bayan Balkandali, kocasının bir öğrenci olarak kalma izin süresinin sona ermiş olduğunu ve bu nedenle onun Birleşik Krallık'ta ikamet etmesinin hukuka aykırı bulunduğunu ve o tarihlerde yürürlükte olan 1980 tarihli Kurallara göre yerleşme talebinin kabul edilmeyeceğini fark etmiş olmalıdır.

Bay Cabales ile Birleşik Krallık'ta birlikte yaşamamış olan Bayan Cabales ise, eşlerinin ülkeye girişi için izin gerekeceğini ve o tarihte yürürlükte olan kurallara göre bunun reddedileceğini biliyor olmalıdır.

69. Buna göre aile yaşamına "saygısızlık" bulunmamakta ve böylece tek başına ele alınan Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmemiş olmaktadır.

II. Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddesinin ihlali iddiası

A. Giriş

70. Başvurucular, aile yaşamlarına saygı hakkının korunmasında, cinsiyet, ırk ve ayrıca Balkandali olayında doğum esasına dayanan haksız farklı muamelelerin bir sonucu olarak, Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddesinin ihlal mağduru olduklarını iddia etmişlerdir. (...)

Hükümet, mevcut davada Mahkeme'nin Sözleşme'nin 8. maddesini uygulanabilir bulması halinde, ırk esasına dayanan herhangi bir farklı muamele bulunmadığı, cinsiyet ile doğum esasına dayanan farklı muamelelerin de objektif ve makul haklılıkları bulunduğu ve izlenen amaçlarla orantılı oldukları gerekçesiyle, Sözleşme'nin 14. maddesine uygun olduklarını savunmuştur.

71. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre Sözleşme'nin 14. maddesi, Sözleşme'nin ve Protokollerin diğer maddi hükümlerini tamamlamaktadır. Sözleşme'nin 14. maddesinin bağımsız bir varlığı yoktur; çünkü sadece, bu maddi hükümlerle korunan "hakların ve özgürlüklerin" kullanılmasıyla bağlantılı olarak bir sonuç doğurur. Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanması, bu maddi hükümlerin ihlal edilmiş olmasını zorunlu kılmasa ve bu çerçevede özerk bir anlama sahip olsa bile, tartışma konusu olaylar bir veya birden fazla maddi hükmün kapsamına girmedikçe, 14. maddeyi uygulama imkanı yoktur (*Rasmussen, §29*).

Mahkeme Sözleşme'nin 8. maddesinin uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır. Birleşik Krallık, bay Abdulaziz'in, bay Cabales'in ve bay Bakandali'nın yerleşme taleplerini kabul etmek zorunda olmadığı için, Mahkeme de Sözleşme'nin 8. maddesinin tek başına ihlal edilmediği sonucuna varmasına rağmen, söz konusu olaylar 8. maddenin kapsamına girmektedir. Bu konuda, ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, Belçika Ulusal Polis Sendikası davasıyla bir paralellik kurulabilir (*Belçika Ulusal Polis Sendikası, §45*).

O halde, Sözleşme'nin 14. maddesi davada uygulanabilir.

72. Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından bir muamelede farklılık, "objektif ve makul bir haklılığa sahip değilse", yani "meşru bir amaç" izlemiyorsa veya "kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi" bulunmuyorsa, ayrımcılık oluşturur (*"Belçika'da Eğitim Dili Davası", §10; Marckx, §33; Rasmussen, §38*).

Sözleşmeci Devletler, benzer durumlardaki farklılıkların, hukuken de farklı bir muameleyi haklı kılıp kılmadığını ve kılıyorsa hangi ölçüde kıldığını takdir ederken, belirli bir "takdir alanı"ndan yararlanırlar (Rasmussen, §49); fakat bu konuda nihai kararı vermek, Mahkeme'ye düşen bir görevdir.

73. Mevcut davanın özel şartları içinde Mahkeme, bir ayrımcılık niteliğinde olduğu iddia edilen muamelenin dayandırıldığı üç esası sırasıyla incelemesi gerektiğini düşünmektedir.

B. Cinsiyet esasına dayanan ayrımcılık iddiası

74. Cinsiyete dayanan ayrımcılık iddiası konusunda, 1980 yılı Kurallarına göre, Birleşik Krallık'ta yerleşmiş bir erkeğin, yine buraya yerleşmiş bir kadından, vatandaşı olmayan eşinin yerleşmek üzere girmesi ve kalması için izin elde etmesinin daha kolay olduğu tartışmalı değildir. Tartışma, bu farklılığın objektif ve makul bir haklılığa sahip olup olmadığı sorusu üzerinde odaklaşmıştır.

75. Hükümete göre, şikâyet konusu farklı muamele "ilksel göçmenliği" (primary immigration) kısıtlama amacına sahip olup, yüksek işsizlik oranının bulunduğu bir dönemde iç emek piyasasını koruma ihtiyacı bunu haklı kılmaktadır. Hükümet, bu alanda Sözleşmeci Devletlerin yararlandıkları takdir alanına kuvvetli vurgu yapmış ve istatistiksel olarak anlattıkları olguya özel bir önem vermiştir. Buna göre, erkekler kadınlardan daha fazla iş aramaktadırlar; bunun sonucu olarak erkek göçmenler, emek piyasası üzerinde bayan göçmenlere göre daha fazla etkiye sahiptirler. Ayrıca Hükümet, 1980 yılı Kurallara bağlı olarak, Birleşik Krallık'ta yerleşmeleri kabul edilen kocaların yıllık sayısındaki 5,700'lük düşüşün de önemli olduğu iddia edilmiştir. Bu düşüşe yıllar içindeki toplam etkisiyle ve yerleşme kabullerinin toplam sayısıyla ilişkisi açısından bakıldığında, daha da önem kazandığı söylemiştir.

Başvurucular bu görüşe karşı çıkmışlardır. Başvuruculara göre Hükümetin savunması, kadının modern rolünü, erkeklerin serbest çalışabileceklerini ve ayrıca bay Balkandali'nin durumunun da örneklediği gibi, iş aramaktan çok iş yaratabileceğini ihmal etmektedir. Dahası, Hükümetin verdiği 5,700 sayısı önemsiz olup, çeşitli sebeplerle güvenilir de değildir.

76. Hükümet daha sonra söz konusu tedbirleri, yerli nüfusa olduğu kadar yerleşik göçmenlere de yarar sağlayan etkili bir göçmenlik kontrolünü sürdürme ihtiyacının haklı kıldığını iddia etmiştir. Göçmenlik toplumda gerginliklere sebep olmuştur; Hükümetin amacı kamusal sükûneti geliştirmektir; ılımlı ve adil bir kontrol, Birleşik Krallık'ta yaşayan farklı topluluklar arasında iyi ilişkiler kurulmasını sağlamıştır.

Başvurucular bunu, Birleşik Krallık nüfusundaki ırksal önyargıların, bu tedbirlere bir haklılık sebebi olarak ileri sürülemeyeceği şeklinde yanıtlamışlardır.

77. Komisyon ise raporunda, başka grupların göçü, yıllık göç ile işsizlik ve ekonomik faaliyet oranları açısından bakıldığında, Hükümetin hesabına göre, Birleşik Krallık'a yerleşmeleri kabul edilen kocaların sayısında yılda 2,000'lik bir düşüşün iç emek piyasası üzerindeki etkisinin, cinsiyet esasına dayalı farklı muameleyi haklı kılacak kadar büyük ve önemli olmadığını ve bu kadınların aile yaşamları üzerinde zararlı sonuçlar

doğurduğunu kabul etmiştir. Dahası, Hükümetin kocaları hariç tutup bayan eşleri kabul ederken bir gerekçe olarak dayandığı erkek göçmenlerin aileleriyle yeniden bütünleşmelerine dair çoktan beri varolan bir taahhüt, cinsiyetlere eşit muamele konusundaki modern ihtiyaçlara artık cevap vermemektedir. Söz konusu Kuralların ırk ilişkilerini veya göçmen kontrollerini geliştirdiği de kanıtlanamamıştır. Bu Kurallar göçmen nüfusunda bir gücenme yaratabilirdi; üstelik, eşlerinin vatandaşı olmayan kocaların istismarlarını sınırlamanın, diğer göçmen grupların istismarlarını sınırlamaktan daha zor olduğu da kanıtlanamamıştır. Komisyon, başvurucuların aile yaşamına saygı haklarını korurken, ilgili Kuralların uygulanmasının izlenen amaçlarla orantısız olduğundan, Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olarak cinsiyet esasına dayalı bir ayrımcılık bulunduğu sonucuna oybirliğiyle varmıştır.

Komisyon temsilcisi Mahkeme önündeki duruşmada, Komisyon'un vardığı bu sonucun, yerleşmeleri için kabul edilen kocaların sayısında aslında yıllık 5,700'lük bir düşüş bulunduğu şeklinde Hükümetin yaptığı sayı değişikliğinden etkilenmediğini söylemiştir.

78. Mahkeme, 1980 yılı Kurallarının iç emek piyasasını koruma amacına sahip olduğunu kabul etmektedir. Başvurucuların dediği gibi, "Birleşik Krallık ecdatlığı"nın ve "çalışma tatili" kurallarının kaldırılmış olmasıyla bu amacın daha da ileriye götürülmüş olması, Mahkeme'nin bu tespitini hiçbir şekilde değiştirmemektedir. Mahkeme, başvurucuların da dayandığı Parlamento tartışmalarında, bununla çelişen belirleyici bir delil görememiştir. Birleşik Krallık'ta 1980 yılındaki işsizliğin, sonraki yıllara göre daha düşük olduğu doğrudur; fakat yine de, belirli bir düzeye varmış olup, önceki yıllarla karşılaştırıldığında önemli bir artış görülmüştür.

Yukarıda sözü edilen amaç, hiç kuşkusuz meşru bir amaç olmakla birlikte bu amaç, Birleşik Krallık'ta yerleşmiş bir yandan erkek göçmenlerin vatandaşı olmayan bayan eşleri veya nişanlılarına ve diğer yandan bayan göçmenlerin vatandaşı olmayan kocaları veya nişanlılarına ülkeye girmeleri ve kalmaları için izin elde etme konusunda 1980 yılı Kurallarında farklılık yaratılmasını kendiliğinden haklı kılmaz.

Sözleşmeci Devletler, benzer durumlardaki farklılıkların, farklı muameleyi haklı kılıp kılmadığını, kılıyorsa, hangi ölçüde kıldığını takdir etseler bile, bu takdir alanının kapsamı koşullara, konuya ve ardalana göre değişir (*Rasmussen, §40*).

Mevcut meseleyle ilgili olarak, cinsiyetlerin eşitliğini ilerletmenin bugün Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin başlıca hedeflerinden bir olduğu söylenebilir. Bu demektir ki, cinsiyet esasına dayanan bir farklı muamelenin Sözleşme'ye uygun görülebilmesi için, çok güçlü sebepler bulunmalıdır.

79. Mahkeme'ye göre, yukarıda 75. paragrafta özetlenen Hükümetin argümanları ikna edici değildir.

"Ekonomik olarak aktif olan" çalışabilir erkek oranının, çalışabilir kadın oranına göre daha yüksek olduğu (Büyük Britanya'da erkeklerde yüzde 90, kadınlarda yüzde 63) ve karşılaştırılabilir rakamların göçmenler için de değerini koruduğu (istatistiklere göre, Hint yarımadasından gelen göçmenlerin erkeklerde de yüzde 86 ve kadınlarda yüzde 41, Batı Hint Adaları ve Guyana'dan göçmenlerin erkeklerin yüzde 90 ve kadınlarda 70) doğru olabilir.

Ne var ki bu durum, göçmen bayan eşler ile göçmen kocaların, Birleşik Krallık'taki emek piyasası üzerindeki etkilerinin fiiliyatta da aynı farklılıkları bulunduğunu veya 1980 yılı Kurallarının etkisi nedeniyle bulunmuş olacağını göstermemektedir. Bu bağlamda diğer faktörler de dikkate alınmalıdır. "Ekonomik olarak aktif olmak", bir kimsenin her zaman iş aradığı anlamına gelmez. Dahası, bayanlara göre daha fazla sayıdaki erkek iş aramaya

eğilimli olmasına rağmen, 1980 yılı Kurallarının çıkmasından önce, birçoğu "ekonomik olarak aktif" de olan göçmen bayan eşlerin sayısı, göçmen erkeklerin sayısından daha da fazlaydı (bk. yukarıda §38/e). Bu karıların "ekonomik olarak aktif" olanlarının önemli bir kısmı tam zamanlı olmayan işlerde çalışmakla birlikte, kadın göçmenlerin iç emek piyasası üzerindeki etkisi erkeklerle karşılaştırıldığında hafife alınamayacak kadar büyüktür.

Her halükarda Mahkeme, erkekler ile kadınlar arasında iç emek piyasası üzerinde yine de var olabilecek farklılığın, Birleşik Krallık'ta yerleşmiş olan bir kimseye karı veya kocasının katılması imkânı konusunda, farklı muamelede bulunmayı haklı kılacak kadar önemli olduğuna ikna olmamıştır.

80. Hükümet bu bağlamda, kendi hesaplamalarına göre, yerleşmeleri kabul edilen kocaların sayısında yıllık 5,700'lük (Komisyon raporunda ise 2,000'lik) düşüşe yol açan 1980 yılı Kuralların içerdiği kısıtlamaların, kocaların göçü üzerindeki etkisinin önemini vurgulamıştır.

Mahkeme, 5,700 rakamının doğruluğu üzerinde bir sonuca varmaksızın, o tarihte iddia edilen düşüşün Birleşik Krallık'ta önemli bir işsizlik artışıyla rastlaştığını ve bu düşüşün bir kısmına 1980 yılı Kurallarının kendisinden çok ekonomik koşulların neden olduğunu Hükümetin de kabul ettiğini kaydeder.

Her halükarda yukarıdaki 79. paragrafta belirtilen sebeplerle gerçekleştirilen düşüş, erkekler ile kadınlar arasında farklı muamelede bulunmayı haklı kılmaz.

81. Mahkeme, Hükümetin de söylediği gibi, 1980 yılı Kurallarının kamusal sükûneti ilerletme amacına da sahip olduğunu kabul eder. Ancak Mahkeme, bu amacın söz konusu kurallarda kocalar ile bayan eşler arasında bir ayrım yapmak suretiyle gerçekleştirilebileceğine ikna olmamıştır.

82. Geriye, Hükümet tarafından ileri sürülen daha genel bir gerekçeyi incelemek kalmıştır; bu gerekçeye göre Birleşik Krallık, bazı konularda, yani ülkeye yerleşmiş olan erkeklerin vatandaşı olmayan eşlerinin ve nişanlılarının kabulü konusunda, Sözleşme'nin gerektirdiğinden daha cömert davranmış olmakla, 14. maddeyi ihlal etmiş olmaz.

Mahkeme bu savunmayı kabul edememektedir. Mahkeme, Sözleşme'nin 14. maddesinin, Sözleşme'nin gerekleri Sözleşme'deki haklara değişik yollardan uygun davranmakla yerine getirebildiği ölçüde, Sözleşme'deki hakların kullanılmasında ayrımcılıktan kaçınmakla ilgili olduğuna işaret eder. Genel olarak Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından ayrımcılık kavramı, bir kimse veya bir grubun Sözleşme tarafından daha lehte bir muamele görmesi istenmiş olmasa bile, makul bir haklılık bulunmadan, diğerine göre daha az lehte muamele görmesi anlamına gelir.

83. Böylece Mahkeme başvurucuların, Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olarak, cinsiyet esasına dayanan bir ayrımcılığın mağduru oldukları sonucuna varmaktadır.

C. Irk esasına dayanan ayrımcılık iddiası

84. Başvurucular ırk esasına dayanan ayrımcılık iddiaları bakımından Komisyon azınlığının görüşüne dayanmışlardır. Başvurucular, başka şeylerle birlikte, Birleşik Krallık'ın bütün bir göçmen mevzuatının tarihçesine, ardalanına ve göçmen kuralları hakkındaki Parlamento müzakerelerine göndermede bulunmuşlardır.

Hükümet bu iddiaya karşı çıkarken, 1980 yılı Kurallarının ırkçı motifli olmadıklarını, bu Kuralların amacının, sadece "ilksel göçmenliği" kısıtlamak olduğunu ileri sürmüştür.

Komisyon çoğunluğu bu başlık altında Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Komisyon çoğunluğuna göre göçmenlik politikalarının çoğu serbest

girişi kısıtlarken, insanları milliyetleri ve dolaylı olarak da onların ırkları, etnik kökenleri ve muhtemelen renkleri esasına göre farklılaştırmaktadır. Bir Sözleşmeci Devlet "saf ırkçı nitelikte bir politika" uygulayamazken, vatandaşlarına veya çok yakın bağlantılara sahip olduğu ülkelerdeki kişilere öncelikli muamelede bulunması, "ırkçı ayrımcılık" oluşturmaz. Gerçekten ırk esasına dayanan bir farklı muamele bulunduğuna dair bir delil olmadığından, Birleşik Krallık kurallarının uygulamadaki sonuçlarının ırkçı ayrımcılık esasına göre tiksindirici bir şey oldukları anlamına gelmez.

Komisyon azınlığı ise bu kuralların başlıca sonucunun, Yeni Commonwealth ile Pakistan'dan göçü önlemek olduğunu not etmiştir. Bu bir rastlantı değildir; yasama tarihi, niyetin "renkli göçmenlerin sayısını düşürmek" olduğunu göstermektedir. Kurallar sonuçları ve amaçları bakımından dolaylı olarak ırkçıdır ve bu nedenle bayan Abdulaziz ve bayan Cabales olaylarında, Sözleşme'nin 14. maddesi ihlal edilmiştir.

85. Mahkeme bu konuda Komisyon çoğunluğunun görüşüne katılmaktadır.

Birleşik Krallık'a girmek ve yerleşmek isteyen bütün "non-patrials"lara genel olarak uygulanan 1980 yılı Kuralları, kişileri veya grupları ırk veya etnik esasına göre farklılaştıran düzenlemeler içermemektedir. Kuralların 2a bendi göçmenlik memurlarına, ülkeye girmek isteyen kişinin ırkına, rengine veya dinine göre ayrım yapmadan görevlerini yerine getirmelerine dair özel bir talimat içermektedir; bu kurallar dünyanın her yerinden göçmen olmak isteyen kişilerin ırk veya kökenlerine bakılmaksızın, bütün sınırlarda uygulanır.

Mahkeme'nin daha önce kabul ettiği gibi, 1980 yılı Kurallarının temel ve asıl amacı, yüksek işsizlik bulunan bir dönemde emek piyasasını korumak için "ilksel göçü" önlemektir. Bu demektir ki, göç konusundaki kısıtlamaları güçlendirmelerinin temelinde, ülkeye girmek isteyen vatandaş olmayanların kökenleriyle ilgili itirazlar değil, fakat o tarihte göçmen akışını önleme ihtiyacı yer almaktadır.

Kuralların karşısına aldığı kitlesel göçün, esas itibarıyla Yeni Commenwealth ve Pakistan'dan sözde göçmenler tarafından oluşturulması ve sonuç olarak o tarihte başkalarına göre çok daha az beyaz insanın etkilenmiş olması, bu kuralların ırkçı nitelikte olduğunu kabul etmek için yeterli değildir. Bu durum 1980 yılı Kurallarının içeriğinden kaynaklanan bir sonuç değil, fakat göç etmek isteyenler arasında bazı grupların diğerlerine sayıca daha fazla olmasından kaynaklanan bir sonuçtur.

Mahkeme yukarıda anlatılanlardan, 1980 yılı Kurallarının ırk esasına dayanan bir ayrım yapmadığı ve o halde ayrımcılık niteliğine sahip olmadığı sonucuna varmaktadır. Başvurucuların aşağıdaki iki iddiası, varılan bu sonucu değiştirmemektedir.

(a) Ülkeye girmek isteyenlerin karılarının veya nişanlılarının, Birleşik Krallık'ta doğmuş olmaları veya Birleşik Krallık'ta doğmuş bir anne babaya sahip olmaları şartı ve ayrıca "Birleşik Krallık ecdat kuralı", belirli bir etnik kökenden olanların lehine olduğu söylenmiştir. Ne var ki Mahkeme bu hükümleri, Birleşik Krallıkla yakın bağlantısı bulunan kimseleri yararlandırmayı hedefleyen ve kuralların genel niteliğini etkilemeyen istisnalar olarak görmektedir.

(b) Evlenen veya evlenme niyetinde olan tarafların birbirlerini görmüş olmaları şartının, görücü usulü evliliklerin (arranged marriage) geleneksel olduğu Hint Yarımadasından olan bireylerin aleyhine işlediği söylenmiştir. Ne var ki, Mahkeme'nin görüşüne göre böyle bir şart, ırkçı ayrımcılığın bir belirtisi olarak ele alınamaz; bu şartın temel amacı sahte evlilik veya nişanlılıklar yoluyla kuralların dolanılmasını önlemektir. Kaldı ki, bu şartın mevcut davayla hiçbir ilgisi yoktur.

86. Buna göre Mahkeme, başvurucuların ırk esasına dayanan bir ayrımcılığın mağduru olmadıkları görüşündedir.

D. Doğum esasına dayanan ayrımcılık iddiası

87. Bayan Balkandali ayrıca, 1980 yılı Kurallarına göre sadece kendileri veya anne babasından biri Birleşik Krallık'ta doğmuş kadınların, kocalarının burada yerleşmesini kabul ettirebildikleri için, Birleşik Krallık'ta yerleşmiş olanlar ile Birleşik Krallık ve Koloniler vatandaşı kadınlar arasında doğum esasına dayanan bir ayrımcılığın da mağduru olduğunu iddia etmiştir.

1980 yılı Kurallarının doğum esasına dayanan bir farklılık getirdiği tartışma konusu yapılmamış, iddialar bunun objektif ve makul bir haklılığa sahip olup olmadığı sorununda odaklanmıştır.

Bayan Balkandali, Komisyon raporuna dayanmanın yanında, bu ayrımın daha sonraki göçmen kurallarından çıkarılmış olmasının, daha önce haklı olmadığını gösterdiğini ileri sürmüştür.

Hükümet, Birleşik Krallık ile yakın bağları olan kadınların evlilikten sonra kocalarıyla birlikte yurtdışında yaşamaya zorlanmaları halinde karşılaşabilecekleri güçlüklerden kendilerini kurtarma kaygısının, söz konusu farklılığı haklı kıldığını ileri sürmüştür.

Komisyon, bu farklılığın daha sonra giderilmiş olmasına rağmen, genel yararın ve belki de göçmen kurallarının geçicilik niteliğinin, kendisinin bu konuda bir görüş ifade etmesini gerektirdiğini düşünmüştür. Komisyon, bireyin kişisel koşullarını veya olayın esasını dikkate almadan sırf bir doğum olayına dayanan farklı muamelenin, Sözleşme'nin 14. maddesini ihlal eden bir ayrımcılık oluşturduğu görüşüne varmıştır.

88. Mahkeme, Komisyon ile aynı görüşü paylaşamamaktadır. Hükümet tarafından zikredilen amaç, Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından hiç kuşkusuz meşru bir amaçtır. Bayan Balkandali gibi bir ülkede yıllarca yerleşik olan bir kimsenin, bu ülkede doğmamış olsa bile, bu ülke ile yakın bağlar oluşturabileceği doğrudur. Bununla birlikte, bir ülke ile bağlantısı o ülkede doğmaktan kaynaklanan kişilere özel muamele yapılması için, genellikle ikna edici sosyal sebepler vardır. O halde bu farklı muamelenin sonuçlarının orantılılık ilkesine tecavüz ettiği gösterilmediğinden, objektif ve makul haklılığa sahip olduğu kabul edilmelidir. Bu noktadaki göçmenlik kurallarının daha sonra kaldırılmış olması, varılan bu sonucu değiştirmemektedir.

89. Bu nedenler Mahkeme, bayan Balkandali'nin doğum esasına dayanan bir ayrımcılığın mağduru olmadığı görüşündedir.

(...)

IV. Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlali iddiası

92. Başvurucular, Sözleşme'nin 3, 8 ve 14. maddelerine göre şikayetleri için etkili iç hukuk yollarına sahip olmadıklarını ve buna göre Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. (...)

Hükümet, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 3, 8 ve 14. maddelerini olayda uygulanabilir bulması halinde, göçmenlik kuralları yetki devriyle çıkarılmış bir mevzuat olmamakla birlikte, Komisyon tarafından Young, James ve Webster raporunda ifade edilmiş olan prensibe, yani Sözleşme'nin 13. maddesinin bir yasanın Sözleşme'ye uygunluğunun kontrolünü sağlayan bir hukuk yolunu gerektirmediği prensibine girdiğini iddia etmiştir. Hükümet alternatif olarak, başvurucular için mevcut olan hukuk yollarının "etkili" olduklarını ileri sürmüştür.

Komisyon, göçmenlik kurallarının yukarıda sözü edilen prensibe girmediğini kabul etmiştir. Komisyon, şikâyet için mevcut olan hukuk yollarını inceledikten sonra, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

93. Mahkeme, bayan Abdulaziz, bayan Cabales ve bayan Balkandali'nin cinsiyet esasına dayanan bir ayrımcılık mağduru olmalarının, Sözleşme'ye bu bakımdan uygun olmayan normların bir sonucu olduğunu tespit etmiştir. Birleşik Krallık Sözleşme'yi iç hukukuna içselleştirmemiş olduğundan, Sözleşme'nin aradığı "etkili bir hukuk yolu" bulunamazdı (*Silver ve Diğerleri, §111-119; Campbell ve Fell, §127*). Göçmenlik itiraz sistemi, İçişleri Bakanlığında temsil edilme, yargısal denetim için başvuru gibi mevcut kanallar (bk. yukarıda §19 ve 34-37), şikâyetçinin ancak ayrımcılığın 1980 yılı Kurallarının yanlış uygulanmasından kaynaklandığını iddia etmiş olması halinde etkili olabilirdi. Oysa burada böyle bir iddiada bulunulmamış, diğer bir yoldan bir ayrımcılığın iç hukukla çeliştiği ifade edilmemiştir.

Buna göre Mahkeme, Sözleşme'nin 13. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'nin 8. maddesinin mevcut olayda uygulanabilir olduğuna, fakat tek başına alındığında ihlal edilmediğine;
2. Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanabilir olduğuna;
3. Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddesinin her bir başvurucu bakımından cinsiyet esasına dayanan ayrımcılık nedeniyle ihlal edildiğine;
4. Sözleşme'nin 8. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddesi açısından başka bir ihlal bulunmadığına;

(...)

6. Sözleşme'nin 13. maddesinin, cinsiyet esasına dayanan ayrımcılık şikâyetiyle ilgili olarak ihlal edildiğine;

KARAR VERMİŞTİR.

06.07.2005 43577/98 NACHOVA ve DİĞERLERİ - BULGARİSTAN[1]

♦ *yaşama hakkı konusunda ayrımcılık—etnik köken bakımından farklı muamele* (kamu makamlarının ırkçı bir saikle öldürme olduğu yönünde ciddi bir iddiayı soruşturmamaları) ■ ayrımcılık yasağı

Not: Bu davaya konu olan olayların geniş bir özeti ve Mahkeme'nin 2. maddeyle ilgili değerlendirmesi için Kitabın ilk cildine bakınız.

DAVANIN ESASI

Başvurucuların yakınları olan Roman kökenli Kuncho Angelov ve Kiril Petkov, zorunlu askerlik hizmetlerini yaptıkları sırada firar etmeleri üzerine, 19 Temmuz 1996'da askeri polisler (jandarmalar) tarafından yakalanırken öldürülmüşlerdir.

Bu iki asker, zorunlu askerlik hizmetlerini ordunun inşaat kısmında ve sivil hizmetlerde çalışarak yerine getirmektedirler. Bu iki kişi, 1996 yılının ilk aylarında, birkaç kez kısa süreli firar suçları işlemişlerdir. 22 Mayıs 1996'da Angelov hırsızlık suçundan

1 Nachova ve Diğerleri - Bulgaristan kararı, bazı kaynaklarda 'Nachova ve Diğerleri', bazı kaynaklarda ise 'Natchova ve Diğerleri' olarak anılır. Bu iki karar aynı karardır; farklılık Kril alfabesinden Frnasızca ve İngilizce'ye yapılan çeviri sırasında ortaya çıkan fonetik uyarlamadan doğmaktadır.

dokuz ay ve Petkov da beş ay hapis cezası almıştır. Her ikisinin de daha önce hırsızlıktan mahkûmiyetleri vardır. Bu iki asker, 15 Temmuz 1996'da çalıştıkları inşaat alanından kaçmışlar ve Angelov'un büyükannesinin küçük bir köydeki evine gitmişlerdir. İkisi de silahsızdır.

Kimliği bilinmeyen bir kişinin ihbarı üzerine, 19 Temmuz 1996'da askeri birliğin komutanı Albay D., bu iki askeri yakalamak üzere Binbaşı G.'nin komutasında dört kişilik jandarma ekibi göndermiştir. Bu ekipten en az iki kişi kaçan askerleri tanımaktadır. Albay D. görevlendirilen askerlere, 'kurallara göre' tabanca ve otomatik tüfeklerini yanlarına almaları ve kurşun geçirmez yelek giymeleri gerektiğini söylemiştir. Albay D., Angelov ve Petkov'un suç işlediğinden şüphelenilen veya daha önce mahkûmiyetleri bulunan kişiler için kullanılan 'aktif kriminal' kişiler olduklarını söylemiştir. Jandarmalara bu kişileri yakalamak için gerekli her türlü vasıtayı kullanma talimatı verilmiştir.

Askeri jipin Angelov'un büyükannesinin evinin önüne geldiğini gören iki firari, evden kaçmak istemişlerdir. Binbaşı G., teslim olmamaları halinde kendilerini vuracağı konusunda bağırdıktan ve havaya uyarı atışı yaptıktan sonra, otomatik tüfeğini kullanarak kaçmakta olan iki kişiyi de vurmuştur. İkisi de hastaneye kaldırılırken yolda ölmüştür. Görgü tanığı M.M., olayın meydana geldiği yerde bulunan küçük torununu alıp tehlikeden uzaklaştırmak için Binbaşı G.'den izin istediğini, ancak Binbaşı G.'nin silahını kendisine doğrultarak: 'Lanet olası Çingeneler!' (You damn Gypsies) dediğini iddia etmiştir.

Aynı gün ölümlerle ilgili olarak cezai bir soruşturma açılmıştır. Olay yeri askeri bir soruşturmacı tarafından incelenmiş ve cesetler üzerinde otopsi yapılmıştır. Otopsi raporuna göre, her ikisi de otomatik tüfekle uzaktan yapılan atış sonucu aldıkları kurşun yaralarıyla ölmüşlerdir. Petkov göğsünden, Angelov ise sırtından vurulmuştur. Binbaşı G.'nin, diğer askerlerin, büyükannenin ve komşuların soruşturmacı tarafından ifadeleri alınmıştır. Yapılan kan testiyle, olay yerinde bulunan kan lekelerinin vurulan askerlere ait olduğu belirlenmiştir. Başvuruculara soruşturma dosyasını inceleme imkânı tanınmış, fakat tanıkların yeniden dinlenmeleri talebi reddedilmiştir. Soruşturmacının soruşturma sonunda hazırladığı raporda Binbaşı G.'nin ifadesine ağırlık verilerek, Binbaşı G.'nin ölen iki kişiyi birkaç kez sözlü olarak uyardığı ve bir defa havaya ateş ettiği; Binbaşı G.'nin ölen bu kişileri teslim olmadıkları ve kaçma tehlikesi bulunduğu için vurduğu ve vururken öldürücü bir yara vermekten kaçındığı, başka bir kimsenin yara almadığı, Binbaşı G.'nin kaçanları sağ olarak yakalamak için bacaklarından vurmaya çalıştığı ve bu nedenle Jandarma Yönetmeliği'nin 45. maddesine uygun davrandığı belirtilmiştir. Soruşturmacının tavsiyesine uyan askeri savcı, jandarmalar hakkında kovuşturmaya yer olmadığına karar vermiştir.

Başvurucuların Silahlı Kuvvetler Savcılığına ve Silahlı Kuvvetler Soruşturma Birimine yaptıkları itirazlar reddedilmiştir. Başvurucular, yakınlarının, mutlaka gerekli olmadan öldürücü güç kullanmaya izin veren kusurlu iç hukuk ve uygulamanın bir sonucu olarak öldürüldükleri için Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular, Sözleşme'nin 2. ve 13. maddelerine aykırı olarak etkili bir soruşturma yapılmadığından şikâyetçi olmuşlardır. Başvurucular ayrıca, öldürmenin ve etkili soruşturma yapmamanın ardında, Roman kökenli kişilere önyargılı ve düşmanca yaklaşımın belirleyici bir rol oynadığını iddia etmişlerdir. Başvurucular bu bağlamda, Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali iddiaları

Not: Mahkeme bu davada 2. maddenin esas ve usul (soruşturma yükümlüğü) yönünden ihlal edildiği sonucuna varmıştır. 2. madde ile ilgili Mahkeme'nin değerlendirmesi için Kitabın ilk cildine bakınız.

IV. Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği iddiası

A ve B. Daire kararı ve Tarafların görüşleri

[126-143]: Daire kararında Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin usul ve esas yönünden ayrı ayrı ihlal edildiği sonucuna varılmıştır. Daire, Sözleşme'nin 2 ve 14. maddelerinin birlikte, devlet yetkililerine mağdurun ırk ve etnik kökenine bakmaksızın etkili bir soruşturma yapma ödevi yüklediğini belirtmiş; yetkililerin, kanun adamları tarafından güç kullanıldığı olaylarda ırkçı saik bulunup bulunmadığını ortaya çıkarmak için gerekli bütün makul adımları atmaları gerektiğini söylemiştir. Daire'ye göre, ırkçı sözler söylendiğine dair M.M.'nin ifadesi olduğu halde, yetkililer bu konuda bir soruşturma yapmamışlardır. Bu nedenle yetkililer, bu yönden 14. maddeyi ihlal etmişlerdir. Ayrıca Daire'ye göre, yetkililer, devlet görevlilerinin şiddet eylemlerinin soruşturulmasında gerekli araştırma çizgisini izlemedikleri ve ayrımcılık ihtimaliyle ilgili delilleri görmezden geldikleri takdirde, devletin aleyhine olumsuz bir çıkarsamada bulunmak gerekir ve kanıtlama yükümlülüğü de davalı Hükümet'e geçmelidir. Daire, Hükümet'in aklın alabileceği bir açıklama getirmediği ve Mahkeme'nin daha önce Bulgaristan'da Roman etnik kökenlilere ölümle sonuçlanan şiddet uyguladıklarını tespit ettiğini kaydederek, Sözleşme'nin 2. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddesinin maddi yönden de ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Büyük Daire önündeki yargılama sırasında başvurucular ve Hükümet'in görüşlerinin yanında, davaya katılan 'The European Roma Rights Centre', 'Interights' ve 'Open Society Justice Initiative' adlı kuruluşların görüşleri alınmıştır.

C. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Davalı devletin mağdurun ırkı ve etnik kökeni bakımından ölümünden sorumlu olup olmadığı

[144-159]: Büyük Daire ilk önce, davalı devletin, mağdurların ırk veya etnik köken nedeniyle öldürülmelerinden sorumlu olup olmadığını (maddi yönden) ele almıştır. Mahkeme'ye göre, ayrımcılık, benzer durumda olan kişilere, objektif ve makul bir haklı sebep olmaksızın, farklı muamelede bulunmaktır (Willis, *§*48). Irkçı şiddet insan onurunu kırmanın ayrı bir biçimi olup, tehlikeli sonuçları göz önünde tutulduğunda, yetkililerin özel bir uyanıklık ve kuvvetli bir tepki göstermelerini gerektirir. Bu nedenle yetkililer, ırkçılıkla ve ırkçı şiddetle mücadele için bütün araçları kullanmalı ve böylece farklılıkların bir tehdit olarak değil ama bir zenginlik kaynağı olarak anlaşıldığı demokratik toplum vizyonunu güçlendirmelidirler. Başvurucunun 14. maddenin ihlal edildiği şikâyetiyle karşılaşan Mahkeme'nin görevi, ırkçılığın Angelov ve Petkov'un ölümlerine yol açan ateşin bir nedeni (causal factor) olup olmadığını ortaya çıkarmaktır. Mahkeme bu bağlamda delilleri değerlendirirken, yerleşik içtihatları gereğince 'makul kuşku kalmayacak' şekilde bir kanıtlama standardı kabul ettiğini ve kanıtlamanın yeterince güçlü, açık ve bir birleriyle uyumlu çıkarsamalardan veya aynı şekilde çürütülememiş maddi karinelerden ulaşabileceğini kaydetmiştir. Başvurucular, öldürmelerin ırkçı saikle işlendiğine dair çeşitli argümanlar ileri sürmüşlerdir. Ancak Mahkeme, bunları ikna edici bulmamıştır. Mahkeme, bu olaydaki gibi olaylarda silah kullanılmasının konuyla ilgili hukuki düzenlemelerde yasaklanmamış olduğunu üzüntüyle kaydetmiştir. Jandarmalar otomatik tüfeklerini 'kurallar gereğince' taşımışlar ve yakalama işlemi için her türlü aracı kullanmaları talimatı verilmiştir. Binbaşı G.'nin sırf düzenlemelere sıkı sıkıya bağlı kalacak olması ve bu gibi olaylarda kaçakların etnik kökenlerine bakmaksızın aynı şekilde davranacak olması ihtimali göz ardı edilemez. Konuyla ilgili düzenlemeler, Sözleşme'deki yaşama hakkını koruma şartları açısından esastan kusurlu ve eksik iken, Binbaşı G.'nin silahını Roman çevresi dışında kullanmayacağını söylemek için bir sebep yoktur. Daire'nin yaklaşımından ayrılan Büyük Daire, yetkililerin öldürmede ırkçı saik bulunduğu iddiası hakkında etkili bir soruşturma yapılmamış olmasının, Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddesinin maddi yönden ihlal edildiği iddiası bakımından kanıtlama

yükümlülüğünü davalı Hükümet'e geçirdiğini kabul etmemiştir. Bu nedenle Mahkeme, Angelov ve Petkov'un ölümünde ırkçı tutumların rol oynadığının kanıtlanamadığını düşünmüştür.

2. Usul yönünden: davalı devletin muhtemel ırkçı saikleri soruşturma yükümlülüğüne uyup uymadığı

[160-168]: Soruşturma yapan yetkililerin önünde, mağdurun komşusunun bir ifadesi bulunmaktadır; bu ifadeye göre Binbaşı G. ateş ettikten hemen sonra silahını mağdurun komşusuna yönelterek 'Lanet olası Çingeneler!' demiştir. Bulgaristan'da Romanlara karşı önyargı ve düşmanca bir tutumun varlığı konusunda çok sayıda yazı bulunduğu düşünülecek olursa, bu ifadenin doğruluğu araştırılmalıdır (verification). Büyük Daire'ye göre, bir etnik kökenden veya diğer bir azınlıktan kişilere karşı güç kullanılan bir operasyon sırasında kanun adamlarının ırkçı sözler kullandıklarına dair bir delil, konuyla çok yakından ilgilidir. Soruşturma sırasında böyle bir delilin bulunması halinde doğruluğu araştırılmalı ve doğruluğunun teyit edilmesi halinde, muhtemel ırkçı saikın ortaya çıkarılması için bütün maddi olaylar tam olarak incelenmelidir. Öte yandan Binbaşı G. tarafından silahsız ve şiddetsiz iki adama karşı aşırı güç kullanılması da dikkatli bir soruşturmayı gerektirir. Özetle, olaydaki soruşturmacının ve savcıların önlerinde, hemen araştırma yapma gereği konusunda kendilerini uyaracak ve sonuca göre iki adamın ölümüne yol açan olaylarda ırkçı bir ton ihtimalini soruşturmaya götürecek yeterli bilgi vardır. Ancak bu olayları göz ardı etmişler ve soruşturmayı sonlandırmışlar ve böylece Binbaşı G.'yi yargılanmaya karşı korumuşlardır. Bu nedenle Mahkeme, yetkililerin 2. maddeyle birlikte 14. maddeden doğan olaylarda ayrımcılığın bir rol oynayıp oynamadığını soruşturma ödevlerini yerine getirmemişlerdir. Sözleşme'nin 14. maddesi usul yönünden ihlal edilmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

...

4. Altıya karşı on bir oyla, Angelov ve Petkov'un ölümene yol açan olayların ırkçı şiddet eylemi oluşturduğu iddiaları konusunda Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edilmediğine;

5. Oybirliğiyle, yetkililerin Angelov ve Petkov'un ölümüne yol açan olayların ardındaki muhtemel ırkçı saikleri soruşturmamaları nedeniyle Sözleşme'nin 2. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğine;

6. ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

13.11.2007 57325/00 D.H. VE DİĞERLERİ - ÇEK CUMHURİYETİ [BD]

♦ *eğitim hakkı konusunda ayrımcılık--dolaylı ayrımcılık—etnik köken bakımından farklı muamele* (Çek Cumhuriyeti'nde Roman kökenli çocukların eğitim kuruluşlarına erişim konusunda ayrımcılığa uğradıkları şikayeti, dolaylı ayrımcılığın kanıtlanması sorunu, ayrımcılığın kanıtlanmasında istatistiklerin önemi) ■ ayrımcılık yasağı

DAVANIN ESASI

Başvurucular 18 Roman kökenli Çek Cumhuriyeti yurttaşıdır. Dava, başvurucuların iddialarına göre Roman kökenli oldukları gerekçesiyle özellikli eğitim kurumlara yönlendirilmeleri ve bu okullarda öğretim almaları ile ilgilidir. Küçük olan başvurucular 1996 ile 1999 yılları arasında, zekâ geriliği ve olağan müfredatı izleme konusunda sorunlu olan çocukların gönderildiği özellikli okullara yerleştirilmişlerdi. İlgili mevzuata göre

bu yerleştirme, çocuğun yeteneklerini ölçen, velinin rızası ile bir psikopedagojik merkez tarafından gerçekleştirilen bir testin sonuçlarına dayanarak okulun müdürü tarafından kararlaştırılmıştır. Nitekim küçüklerin ebevynleri, çocuklarının bu okullara yerleştirilmelerine rıza göstermişler, hatta bu yönde açık bir talepte bulunmuşlardır. Daha sonra özellikli okullar tarafından, söz konusu test sonuçlarına bağlı olarak çocukların bu okullara yerleştirilmeleri kararlaştırılmıştır. Bu karar velilere tebliğ edilmiş ve velilerin bu karara itiraz hakkı olduğu belirtilmiştir. Ancak başvurucu veliler bu kararlara itiraz etmemişlerdir.

Başvurucuların 14'ü, ebeveynlerin yerleştirme sürecinin sonuçları hakkında yeterince bilgilendirilmedikleri ve test sonuçlarının güvenilir olmadığı iddiasıyla, idari nitelikteki bu yerleştirme kararının yeniden incelenmesi talebinde bulunmuşlardır. Bu talep, yukarıda sözü edilen itiraz usulünün dışında bir yol olarak kullanılmıştır. İlgili idare ise söz konusu idari kararın yerinde olduğu gerekçesiyle talebi reddetmiştir.

Bu süreçlere paralel olarak, 12 başvurucu Anayasa Mahkemesine başvururmuşlardır. Başvurucular Sözleşme'nin 3 ve 14. maddelerinin ve Birinci Protokolün 2. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürermüşlerdir. Anayasa Mahkeme bu başvuruyu reddetmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Büyük Daire'nin yetksinin kapsamı

(...)

II. Hükümetin ilk itirazı

(...)

III. Birinci Protokolün 2. maddesiyle bağlantıl olarak 14. maddenin ihlal edildiği iddiası

124. Başvurucular, herhangi bir objektif ve makul bir haklı neden olmadığı halde, aynı durumda olan çocuklara oranla daha az lehe olan bir muameleye maruz kalmalarından dolayı ırk veya kökene dayanan bir ayrımcılığa maruz kaldıklarını iddia etmişlerdir. Bu nedenle başvurucular Birinci Protokol'ün 2. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesine dayanmışlardır. (...)

A. Daire kararı

(...)

B. Tarafların iddia ve savunmaları

(...)

C. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Temel ilkelerin özetlenmesi

175. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre ayrımcılık, objektif ve makul bir haklı neden olmaksızın, benzer durumdaki şahıslara farklı muamelede bulunmaktır (*Willis, §48; Okpisz §33*). Ancak Sözleşme'nin 14. maddesi devletlere "varolan eşitsizlikleri" gidermek için gruplara farklı davranmayı yasaklamamaktadır; aslında bazı hallerde, objektif ve makul bir haklı neden olmadan eşitsizliği gidermek için farklı muamele yapılmaması, bu maddenin ihlaline neden olabilmektedir (*Belçika'da Eğitim Dili Davası, §10; Thlimmenos [BD], §44; Stec ve Diğerleri [BD], §51*). Mahkeme ayrıca, belirli bir grubu hedef almasa da, bir grubun üzerinde zararlı etkileri olan genel bir tedbir veya bir uygulamanın ayrımcılık olarak görülebileceğini (*Hugh Jordan, §154 ; Hoogendijk [k.k.], no. 58641/00*)

ve potansiyel olarak Sözleşme'ye aykırı olan bir ayrımcılığın fiili bir durumdan kaynaklanabileceğini kabul etmektedir (*Zarb Adami, §76*).

176. Bir kimsenin etnik kökenine dayanan ayrımcılık, ırk ayrımcılığının bir biçimidir. Irk ayrımcılığı, ayrımcılığın çok kötü bir türü olup, çok tehlikeli sonuçları göz önünde tutulduğunda, yetkili makamların özel bir önem vermeleri ve sert bir tepki göstermelerini gerektirir. Bu nedenle yetkili makamlar, ırkçılıkla mücadele için ellerindeki tüm imkânları kullanmalıdırlar. Böylece demokrasinin farklılıların bir tehdit olarak değil ama bir zenginlik kaynağı olarak kavrandığı toplum anlayışını güçlendirebilirler (*Nachova ve Diğerleri, §145; Timichev, §56*). Mahkeme ayrıca, çoğulculuk ve değişik kültürlere saygı ilkeleri üzerine kurulu bulunan çağdaş bir demokratik toplumda, tamamen veya belirleyici ölçüde kişinin etnik kökenine dayanan farklı bir muamelenin objektif bir haklı nedeni olamayacağını belirtmiştir (*Timichev, §58*).

177. Bu alandaki ispat külfetiyle ilgili olarak Mahkeme, başvurucunun farklı bir muamele yapıldığını göstermesi halinde, bu farklı muamelenin haklı olduğunu ispat yükümlülüğünün Hükümete geçeceğini belirtmiştir (*Chassagnou ve Diğerleri [BD], §91-92; Timichev, §57*).

178. Mahkeme, neyin ispat külfetini davalı devletin üzerine geçirmeyi sağlayan delil başlangıcı oluşturduğu konusunda, *Nachova ve Diğerleri* (§147) kararında, önündeki bir davada delillerin kabuledilebilirliğine ilişkin usul engelleri veya delillerin değerlendirilmesi için önceden belirlenmiş bir formülün bulunmadığını söylemiştir. Gerçekten de Mahkeme, tarafların beyanlarından ve maddi olaylardan çıkarsanabilecek olanlar dahil, bütün delillerin serbestçe değerlendirilmesiyle desteklenen sonuçları benimsemektedir. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre bu kanıtlamaya, yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarsamaların ya da aksi ispatlanmamış maddi karinelerin birlikte var olmasıyla ulaşılabilir. Ayrıca belli bir sonuca ulaşmak için gereken ikna düzeyi ve bu bağlamda ispat külfetinin dağıtılması, doğal olarak maddi olayların özelliğiyle, ileri sürelen iddianın ve tehlikede olan Sözleşme hakkının niteliğiyle bağlantılıdır.

179. Mahkeme ayrıca Sözleşme yargılamasının, "iddia eden iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür" (*affirmanti incumbit probatio*) şeklindeki ilkenin her olayda katı bir şekilde uygulanmasına elverişli olmadığını kabul etmiştir (*Aktaş, §272*). Eğer tartışma konusu olaylar, yetkililerin kontrolü altındaki nezarette bulunan kişilerin durumunda olduğu gibi, münhasıran veya büyük ölçüde yetkililerin bilgisi dahilinde ise, yaraların böyle bir tutma sırasında meydana geldiğine dair güçlü maddi karineler ortaya çıkar. Aslında bu gibi durumlarda kanıtlama yükümlülüğünün, tatminkar ve ikna edici bir açılamada bulunmaları gereken yetkililerin üzerinde olduğu söylenebilir (*Salman [BD], §100; Anguelova, §111*). Yukarıda geçen *Nachova ve Diğerleri* (§157) kararında Mahkeme, belirli olaylarda ayrımcılığa ilişkin savunulabilir bir iddianın Hükümet tarafından çürütülmesini isteyen yaklaşımını, şiddet eyleminin ırkçı önyargıdan kaynaklandığı iddiasını içeren o davada çok güç olmasına rağmen, değiştirmemiştir. Bu bağlamda Mahkeme, birçok ülkenin hukuk sisteminde, iş veya hizmet sektöründe bir karar veya uygulamanın ayrımcı etkisinin kanıtlanması için, ayrımcılık iddiası bakımından kastın kanıtlanmasının aranmadığını kaydeder.

180. İstatistiki verilerin delil olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda Mahkeme, geçmişte bir uygulamanın ayrımcı olduğunun ispatlanması için istatistiklerin yeterli olmadığını söylemiştir (*Hugh Jordan, §154*). Ancak Mahkeme, başvurucuların ayrımcılığın fiili bir durumdan veya genel bir tedbirden kaynaklandığını iddia ettikleri yakın tarihli kararlarında (*Hoogendijk [k.k.]; Zarb Adami, §77-78*), iki grup (kadınlar ile erkekler) arasında farklı bir muamele bulunduğunu ortaya koymak taraflarca sunulan istatistiklere geniş ölçüde dayanmıştır.

Böylece Mahkeme *Hoogendijk* kararında şöyle demiştir: "Bir başvurucunun itiraz edilmeyen istatistiklere dayanarak, genel bir tarzda formüle edilmiş olan özel bir kuralın, aslında kadınları erkeklerden daha yüksek oranda etkilediğine ilişkin bir delil başlangıcının varlığını gösterebilmesi halinde, bunun cinsiyete dayanan ayrımcılıkla ilgisi bulunmayan objektif faktörlerin bir sonucu olduğunu göstermek davalı Hükümete düşer. Bir tedbirin kadınlar ve erkekler üzerinde farklı etki gösterdiğinin ayrımcı olmadığını ispatlama külfeti Hükümete gerilmezse, pratikte başvurucuların dolaylı ayrımcılığı ispatlamaları aşırı ölçüde zor olacaktır."

181. Son olarak, daha önceki davalarda da kaydedildiği gibi, Romanların/Çingenelerin korunmasız durumda olmaları, hem ilgili düzenlemelerde ve hem de belirli olaylarda karar verilirken, onların ihtiyaçlarına ve yaşam tarzlarına özel bir dikkat gösterilmesini gerektirir (*Chapman [BD], §96; Connors, §84*).

Mahkeme *Chapman* kararında (§93-94) ayrıca, Avrupa Konseyi'ne üye Sözleşmeci Devletler arasında, azınlıkların sadece menfaatlerinin korunması için değil, ama aynı zamanda bütün bir toplumun kültürel çeşitliliğinin de muhafaza edilmesi için, azınlıkların özel ihtiyaçlarının tanınması ve onların güvenliğini, kimliklerini ve yaşam tarzlarınının korunması konusunda uluslararası bir konsensüsün belirmiş olduğunun söylenebileceğini gözlemlemiştir.

2. Yukarıdaki ilkelerin bu davada uygulanması

182. Mahkeme, Romanların sarsıntılı bir geçmişe sahip olmaları ve belirli bir yere kök salmamalarının bir sonucu olarak özel bir tür dezavantajlı ve korunmasız bir azınlık haline geldiklerini kaydeder (*Parlamenterler Meclisi'nin Avrupa'da Çingenelerle ilgili 1203* (*1993*) *sayılı Tavsiye Kararı, yukarıda §56 ve Romanların Avrupa'daki hukuki durumları ile ilgili 1557* (*2002*) *sayılı Tavsiye Kararının 4. maddesi, yukarıda §58*). Birçok Avrupa ve uluslarası örgütün faaliyetinin ve Avrupa Konseyi organlarının Tasviye Kararlarının da gösterdiği gibi, bu koruma eğitim alanını da kapsar. Dolayısıyla bu dava, özellikle başvurucuların başvurunun yapıldığı sırada eğitimin kendileri için çok büyük bir önem taşıdığı çocuk olmaları nedeniyle özel bir dikkat gerektirir.

183. Bu davada başvurucuların iddiaları, kendilerinin Roman olmayan çocuklar ile farklı bir durumda olduklarını ve dolayısıyla kendilerine farklı muamele yapılması gerektiği veya davalı devletin bu çocuklarla aralarındaki maddi eşitsizlikleri veya farklılıkları düzeltmek için pozitif ayrımcılık yapmamış olduğu şeklinde değildir (*Thlimmenos, §44; Stec ve Diğerleri, §51*). Başvurucular, objektif ve makul bir haklı neden olmaksızın, kendilerinin aynı durumda oldukları Roman olmayan çocuklara göre daha az avantajlı bir muameleye tabi tutulduklarını ortaya konulması gerektiğini ve bu durumun da bu davada dolaylı ayrımcılık oluşturduğunu savunmaktadırlar.

184. Mahkeme daha önceki davalarda bir farklı muamelenin, nötr terimlerle ifade edilmekle birlikte aslında bir gruba ayrımcılık yapan genel bir uygulama veya tedbirin orantısız olumsuz sonuçları biçiminde olabileceğini kabul etmiştir (*Hugh Jordan, §154; Hoogendijk, [k.k.]*). Örneğin, Konsey'in 97/80/CE ve 2000/43/CE direktiflerine (yukarıda §82-84) ve ECRI'nin tanımına (yukarıda §60) göre böyle bir durum, ayrımcılık kastı bulunmasını gerektirmeyen bir "dolaylı ayrımcılık" oluşturabilir.

a) Bu davada dolaylı ayrımcılık karinesinin ortaya çıkıp çıkmadığı

185. Taraflar, söz konusu farklı muamelenin, olayların geçtiği dönemde yürürlükte bulunan özel okullara yerleştirme ile ilgili mevzuat hükümlerinin bir sonucu olmadığı konusunda hemfikirdirler. Dolayısıyla bu davada ortaya çıkan sorun, bu mevzuatın pratikte uygulanma tarzının, başvurucular dâhil tüm Roman çocuklarının haklı bir sebep olmaksızın

orantısız bir şekilde özel okullara yerleştirilmeleri sonucunu doğurup doğurmadığı ve bu çocukların böylece önemli ölçüde dezavantajlı bir duruma sokulup sokulmadıkları sorunudur.

186. Yukarıda belirtildiği gibi Mahkeme daha önce başvurucuların ayrımcı bir muamelenin kanıtlanması konusunda güçlükle karşılaşabileceklerini kaydetmiştir (*Nachova ve Diğerleri, §147 ve 157*). İlgili kişilerin haklarının etkili bir şekilde korunmasını güvence altına almak için, dolaylı ayrımcılık konusunda delil kurallarının daha hafif bir şekilde uygulanması gerekmektedir.

187. Bu noktada Mahkeme, Konsey'in 97/80/CE ve 2000/43/CE direktiflerinin, eşit muamele görme ilkesinin uygulanmaması nedeniyle kendilerini mağdur gören kişilerin, yargı organları önünde basit bir ayrımcılık şüphesini istatistiki veriler dâhil her türlü vasıta ile ortaya koyabileceklerini öngördüğünü hatırlatır (bk. yukarıda §82-83). Avrupa Birliği Adalet Divanının yeni içtihatları (bk. yukarıda §88-89), davacıların istatistiklere dayanmalarına ve ulusal mahkemelerin geçerli ve önemli istatistikleri dikkate almalarına imkan verdiğini göstermektedir.

Büyük Daire ayrıca, delil başlangıcı sunmaya mecbur olan mağdurun işini kolaylaştırmak için birçok ülkedeki mahkemelerin ve Birleşmiş Milletler denetim organlarının dolaylı ayrımcılık konusunda istatistikleri genellikle delil olarak kabul ettiklerini söyleyen müdahil taraflarca sunulan bilgileri kaydeder.

Bununla birlikte Mahkeme, yukarıda geçen *Hoogendijk* ve *Zarb Adami* davalarında, istatistiklerin önemini tanımış ve değişik türdeki delilleri almaya ve değerlendirmeye hazır olduğunu göstermiştir (*Nachova ve Diğerleri, §147*).

188. Bu şartlarda Mahkeme, bir tedbirin veya uygulamanın bir birey veya grup üzerindeki etkisini değerlendirme söz konusu olduğunda, eleştirel bir incelemenin ardından güvenilir ve önemli görünen istatistiklerin, başvurucu tarafından sunulması istenen delil başlangıcı oluşturabilecekleri kanaatindedir.

189. Dolaylı ayrımcılık yapıldığını iddia eden bir başvurucu tarafından bir tedbir veya uygulamanın ayrımcı bir sonuç yarattığına dair çürütülebilir bir karine ortaya koyulduğundan, bu karineyi çürütmek ve söz konusu farklı muamelenin ayrımcılık olmadığını göstermek devlete düşer (*mutatis mutandis, Nachova ve Diğerleri, §157*). Bu tür bir davada maddi olayların özelliği ve şikâyetlerin niteliği dikkate alındığında (ibid*,* §147), ispat külfetini tersine çevirmeden başvurucuların uygulamada dolaylı ayrımcılığı ispatlamaları aşırı zordur.

190. Bu davada, başvurucular tarafından sunulan istatistiki veriler, 1999 yılında Ostrava şehrindeki özel okulların ve ilköğretim okullarının müdürlerine sorulan sorulardan hareketle elde edilmiştir. Bu istatistikler o dönemlerde, Ostrava'da özel okullara yerleştirilen öğrencilerin yüzde 56'sının Roman kökenli olduğunu göstermektedir. Buna karşın Ostrava'daki ilköğrenim okullarına giden Roman öğrencilerin toplam öğrencilere oranı 2,26'dır. Ayrıca, özel okullara kayıtlı Roman olmayan öğrencilerin oranı yüzde 1,8 olmasına karşın, Ostrava'daki Romanların bu okullara kayıt oranı yüzde 50,3'e çıkmaktadır. Hükümete göre bu rakamlar yeteri kadar sonuç verici değildir, çünkü bunlar okul müdürlerinin subjektif görüşlerini yansıtmaktadır. Hükümet ayrıca, öğrencilerin etnik kökeni ile ilgili hiçbir bilginin olmadığını ve Ostrava bölgesinin Romanların yoğunlukta yaşadığı bölgelerden biri olduğunu belirtmektedir.

191. Büyük Daire, bu verilere Hükümet tarafından itiraz edilmediğini belirtmektedir. Kaldı ki Hükümet başka istatistikler sunmamıştır. Öğrencilerin etnik kökeni ile ilgili hiçbir resmi bilginin olmadığı yönündeki Hükümetin argümanı ile ilgili olarak Mahkeme,

başvurucular tarafından sunulan verilerin tamamının güvenilir olamayacağını kabul etmektedir. Ancak Mahkeme'ye bu rakamlar, hem davalı devlet tarafından ve hem de konuyla ilgilenmiş bağımsız denetim organları tarafından teyid edilen baskın eğilimi ortaya koymaktadır.

192. Gerçekten de, Ulusal Azınlıkların Korunması Çerçeve Sözleşmesi'nin 25(1). maddesi gereğince Çek makamları tarafından sunulan raporlarda, 1999 yılında bazı özel okullarda yüzde 80 ile yüzde 90 arasında Roman çocuğu bulunduğunu ve 2004 yılında "çok sayıda" Roman çocuğun özel okullara yönlendirilmeye devam edildiğini kabul edilmiştir. Çerçeve Sözleşmesi'nin Danışma Kurulu 26 Ekim 2005 tarihli raporunda, resmi olmayan tahminlere göre Romanların özel okullara kaydedilen öğrencilerin yüzde 70'ini oluşturduğu gözlemlenmiştir. ECRI'nin 2000 yılında yayınlanan raporunda Roman çocukların özel okullarda "yüksek oranda bulunduğu" belirtilmiştir. Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi 30 Mart 1998 tarihli sonuca ilişkin gözlemlerinde, Roman çocuklarının orantısız büyüklükte bir sayıda özel okullara yerleştirildiği belirtilmiştir. Son olarak, Avrupa Irkçılık ve Yabancı Düşmanlığı Gözlem Merkezine göre, Çek Cumhuriyeti'ndeki Roman çocuklarının yarısından fazlası özel okullara gitmektedir.

193. Mahkeme'ye göre, sadece Ostrava bölgesi ile ilgili olmayan ve dolayısıyla genel bir izlenim veren bu son verilerden, her ne kadar olayların olduğu dönemde özel okullara giden çocukların tam yüzdesinin ispatlanması zor olsa da, bu çocukların sayısının orantısız bir şekilde yüksek olduğu sonucu çıkmaktadır. Dahası, özel okulların çoğunluğunu, Roman çocukları oluşturmuştur. Konuyla ilgili yasa hükümlerinde nötr ifadeler yer almasına rağmen, pratikte bu yasa hükümleri Roman olmayan çocuklara oranla Roman çocukları üzerinde çok daha fazla etkide bulunmuş ve orantısız sayıda Roman çocuğunun özel okullarda okumalarına neden olmuştur.

194. Büyük Daire, iş ve hizmet alanlarında (*mutatis mutandis, Nachova ve Diğerleri, §157*) olduğu gibi, eğitim alanında da bir mevzuatın böyle ayrımcı sonuçlar ortaya çıkardığı ortaya konulmuşsa, artık yetkili makamların ayrımcılık kastına sahip olduklarını kanıtlamak gerekmemektedir (bk. yukarıda §184).

195. Bu şartlarda başvurucular tarafından sunulan deliller, dolaylı ayrımcılık karinesini doğması için yeterince güvenilir ve açıklayıcıdır. Dolayısıyla ispat külfetini tersine çevirmek ve Hükümete yüklemek gerekmektedir. Hükümet, mevzuatın ortaya çıkardığı bu farklı etkinin, etnik kökenle ilgisi olmayan objektif faktörlerin sonucu olduğunu göstermesi gerekmektedir.

b) Objektif ve makul haklı bir neden

196. Mahkeme, "objektif ve makul haklı bir nedeni bulunmayan" farklı muamelenin, yani "meşru bir amaç" izlemeyen veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında "makul bir orantılılık ilişkisi" bulunmayan farklı bir muamelenin ayrımcılık oluşturduğunu (*Larkos [BD], §29; Stec ve Diğerleri, §51*) hatırlatır. Farklı muamelenin ırka, renge veya etnik kökene dayanması durumunda, objektif ve makul haklı neden kavramı, mümkün olduğu kadar dar yorumlanmalıdır.

197. Bu davada Hükümet, Roman çocuklar ile Roman olmayan çocuklar arasındaki farklı muameleyi, eğitim sistemini özel ihtiyaçları olan çocukların kapasitelerine uyarlama gereğiyle açıklamaya çalışmaktadır. Hükümete göre başvurucular, esas itibarıyla eğitim psikolojisi merkezlerinde yapılan psikolojk testler yardımıyla ölçülmüş düşük zekâ kapasitelerinin bir sonucu olarak kendi özel eğitim ihtiyaçları için özel okullara yerleştirilmişlerdir. Bu merkezlerin başvurucuların yönlendirileceği okul türleriyle ilgili tavsiyelerde bulunmalarının ardından, son karar başvurucuların anne babalarına verilmiştir. Bu

davada anne babalar özel bir okula kayıt yaptırma için onay vermişlerdir. Dolayısıyla, başvurucuların bu okullarda eğitimlerinin etnik kökenlerine dayandığı savunulamaz.

Başvurucular ise, Roman çocuklarının orantısız ölçüde yüksek sayıda özel okullara yerleştirilmelerinin, zekâ kapasiteleri ile ilgili test sonuçlarıyla açıklanmasına veya anne babaların onayıyla haklı gösterilebilmeye çalışılmasına kesin bir şekilde itiraz etmişlerdir.

198. Mahkeme, Hükümetin özel okul sistemini sürdürme kararının ardından özel eğitime ihtiyacı olan Roman çocukları için bir çözüm bulma arzusu olduğunu kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, Avrupa Konseyi'nin diğer organlarının bu okullarda çok temel bir müfredat izlendiği ve özellikle bu sistemin ayrışma yarattığı konusunda dile getirdikleri kaygıları paylaşmaktadır.

199. Büyük Daire ayrıca, çocukların öğrenme kapasitelerini veya öğrenme güçlüklerini değerlendirmek için kullanılan testlerin tartışmaya yol açtığını ve bu konuda bilimsel araştırmaların ve görüş farklılıklarının devam ettiğini gözlemlemektedir. Mahkeme, testlerin geçerliliği konusunda bir yargıda bulunmanın kendisinin görevi olmadığını kabul etmekle birlikte, bu olayda çeşitli etmenlerin Büyük Daireyi, o tarihlerde yapılan testlerin Sözleşme'nin 14. maddesi anlamında objektif ve makul bir haklı sebep oluşturmadığı sonucuna götürmektedir.

200. İlk olarak taraflar, incelemeye alınan çocukların etnik kökenlerinden bağımsız olarak, aynı testlere tabi tutulduklarına itiraz etmemektedirler. Bizzat Çek yetkilileri 1999 yılında, "zihinsel kapasitesi ortalama veya ortalamanın üstünde bulunan Roman çocukların" yapılan psikolojik test sonuçlarına dayanılarak genellikle bu tür okullara yerleştirildiklerini, testlerin Romanların özelliklerini dikkate almadığını ve nüfusun büyük çoğunluğu tarafından anlaşıldığını açıklamıştır. Sonuç olarak yetkililer, bu testlerin "Roman çocuklarının aleyhine kötü niyetli bir şekilde kullanılmamasını" sağlamak için, uygulanan testleri ve metotlarını gözden geçirmişlerdir.

Ayrıca birçok bağımsız kurum, bu testlerin yeterliliği ile ilgili şüphelerini dile getirmişlerdir. Ulusal azınlıkların korunması çerçeve Sözleşmesi Danışma Kurulu, "romanlar ile halkın çoğunluğu arasında gerçek veya algılanan dil ve kültürel farklılıklar nedeniyle", zihinsel özürlü olmayan Roman çocuklarının çoğunlukla bu okullara yerleştirildiğini gözlemlemiştir. Danışma Kurulu ayrıca, testlerin "anlaşılabilir, objektif ve tutarlı" olmaları gerektiğini vurgulamıştır. ECRI, Roman çocuklarının zihinsel geriliği bulunan çocukların gittikleri özel okullara yönlendirilmelerinin genellikle "neredeyse otomatik" bir işlem olduğunu ve bu nedenle kullanılan testlerin "adil" olup olmadığının ve çocuklarının kapasitesini "doğru bir şekilde değerlendirip" değerlendirmediğinin incelenmesi gerektiğini kaydetmiştir. Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri, "herhangi bir yeterli ve pedagojik test yapılmadan ve aslında etnik köken kriterine göre", Roman çocuklarının genellikle özel ihtiyaçları olan çocuklara ayrılan özel sınıflara yerleştirildiklerini kaydetmiştir.

Son olarak, davaya katılanlardan bazılarına göre, çocukların psikolojik test sonuçlarından sonra okullara yerleştirilmeleri, söz konusu toplumun ırkçı önyargılarını yansıtmıştır.

201. Mahkeme, bu testlerin en azından taraflı olması ve test sonuçlarının bu testlere giren Roman çocuklarının özelliklerinin ve niteliklerinin dikkate alınmadan değerlendirilmesi tehlikesi bulunduğu kanaatindedir. Bu şartlarda bu testler, tartışma konusu farklı muameleyi haklı kılmamaktadır.

202. Anne babaların onayı konusunda Mahkeme, bu onayın belirleyici bir unsur olduğuna ve bu onay olmadan başvurucuların özel okullara yerleştirilemeyeceğine dair Hükümetin savunmasını kaydetmektedir. Bu olayda farklı muamelenin varlığı ortaya konulduğundan, bu onayın ayrımcı olsa bile bu farklı muameleyi kabul anlamına gelip gelmediğini,

yani ayrımcılığa tabi tutulmama hakkından feragat etme olarak kabul edilip edilmediğini incelemek gerekmektedir. Ancak Mahkeme'nin içtihatlarına göre, Sözleşme ile güvence altına alınan bir haktan feragatin varlığı, eğer feragate izin verilmiş ise, maddi olaylarla ilgili olarak tam bir bilgilendirmeye, yani bilgilendirilmiş onama dayanan (*Pfeifer ve Plankl, §37-38*) ve kısıtlanmadan (*Deweer, §51*), tartışmaya yer bırakmayacak kadar açık bir şekilde ortaya konulması gerekmektedir.

203. Bu olayın koşulları içinde Mahkeme, dezavantajlı bir topluluğun üyeleri olan ve genellikle eğitim düzeyi düşük Roman çocuklarının anne babalarının, durumu tüm yönleriyle kavrayabilecek ve verdikleri onayın sonuçlarını değerlendirebilecek kapasitede olduklarına ikna olmamıştır. Bizzat Hükümet, onayın daha önce hazırlanan bir forma imza atılması suretiyle verildiğini ve bu formun muhtemel seçenekler ile özel okulların ve diğer okulların müfredatı arasındaki farklar konusunda herhangi bir bilgi içermediğini kabul etmiştir. Ulusal makamların, anne babaların bilgilenmiş olarak karar verebilmek için ihtiyaç duydukları bütün bilgileri almalarını ve verecekleri onayın çocukların gelecekleri üzerinde doğuracağı sonuçların farkında olmalarını sağlamak amacıyla ek tedbirler almadıkları anlaşılmaktadır. Ayrıca Roman anne babaların bu konuda bir ikilemde oldukları tartışmasızdır: çocuklarının sosyal ve kültürel farklılıklarından doğan ihtiyaçlarını karşılayabilecek donanımda olmayan ve çocukların izole edilme ve dışlanma riskiyle karşılaşacakları olağan okulları tercih etmek ile büyük çoğunluğunu Roman öğrencilerin oluşturduğu özel okulları tercih etmek.

204. Irksal ayrımcılık yasağanın temel önemini (*Nachova ve Diğerleri, §145; Timichev, §56*) göz önünde tutan Büyük Daire, yukarıda 202. paragrafta belirtilen şartların bulunduğu varsayılsa bile, ırksal ayrımcılığa tabi tutulmama hakkından feragat etmenin kabul edilemeyeceğini, çünkü bunun bunun önemli bir kamu yararıyla çelişeceğini düşünmektedir (*mutatis mutandis, Hermi [DB], §73*).

c) Sonuç

205. ECRI tarafından sunulan belgelerden ve Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri'nin raporundan, Roman çocukların eğitim verilmesinde güçlüklerle karşılaşan tek ülkenin Çek Cumhuriyeti olmadığı, ama diğer Avrupa Devletlerinin de benzer güçlüklerle karşılaştıkları anlaşılmaktadır. Mahkeme, diğer bazı devletlerden farklı olarak Çek Cumhuriyeti'nin bu problemi çözmeye çalışmasını memnuniyetle karşılamaktadır. Mahkeme, davalı devletin dezavantajlı gruplardan Romanların sosyal ve eğitsel entegrasyonunu gerçekleştirme çabalarında, özellikle bu azınlığın kültürel özelliklerinden ve Roman olmayan çocukların anne babalarının düşmanca yaklaşımlarından kaynaklanan birçok engelle karşılaştığını kabul etmektedir. Daire'nin bu davanın kabuledilebilirliği kararında da belirttiği gibi, herkes için tek bir okul, çokça özelleştirilmiş yapılar ve özel sınıfları olan tekleştirilmiş yapılar arasında tercihte bulunmak zor bir iştir. Müfredatın hazırlanması ve planlanması konusu ise esas itibarıyla yararlılık sorunlarıyla ilgili olup, bu konu hakkında karar vermek Mahkeme'ye düşmez (*Valsamis, §28*).

206. Bununla birlikte, ulusal makamlara Sözleşme'deki bir hakkın kullanılmasına müdahale konusunda takdir yetkisi tanındığında, davalı devletin hukuki düzenlemeler yaparken takdir alanı içinde kalıp kalmadığı belirlenirken, bireyin sahip olduğu usul koruyucuları büyük bir önem taşır (*Buckley, §76; Connors, §83*).

207. Bu davadaki olaylar, Roman çocukların okula yerleştirilmeleriyle ilgili düzenlemelerin, devletin eğitim alanında takdir yetkisini kullanırken dezavantajlı sınıf üyelerinin özel ihtiyaçlarını dikkate almasını sağlayacak koruyucuları beraberinde getirmediğini göstermektedir (*mutatis mutandis, Buckley, §76; Connors, §84*). Dahası, bu düzenlemelerin bir sonucu olarak başvurucular, genel okullarda izlenen müfredata göre çok daha

başlangıç düzeyinde müfredatın izleyen ve daha geniş nüfustan öğrencilerden ayrı tutulmuş olan zihinsel engelli çocukların yerleştirildikleri okullara yerleştirilmişler. Sonuç olarak başvurucular, kendilerinin gerçek problemleriyle mücadale eden veya genel okullarla bütünleşmelerine yardımcı olan ve nüfusun geneli içindeki yaşamlarını kolaylaştıracak becerilerini geliştiren bir eğitim yerine, karşılaştıkları güçlükleri yoğunlaştıran ve kişisel gelişimlerini tehlikeye sokan bir eğitim almışlardır. Aslında Hükümet, özel okullar öğrencilerinin iş bulma imkanlarının çok sınırlı olduğunu zımnen kabul etmiştir.

208. Bu şartlarda Mahkeme, Çek yetkililerinin Roman çocuklarının eğitimleri için çaba gösterdiklerini kabul etmekle birlikte, Roman çocuklar ile Roman olmayan çocuklar arasında var olan farklı muamelenin makul ve objektif bir haklı nedene dayandığı ve kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında orantılı bir ilişki bulunduğu konusunda ikna olmamıştır. Bu bağlamda Mahkeme, yeni yasanın özel okulları ortadan kaldırdığını ve sosyal olarak dezavantajlı bulunan çocuklar dâhil, özel ihtiyaçları olan çocukların normal okullarda eğitilmelerini öngördüğünü kaydeder.

209. Mahkeme son olarak, olayların geçtiği dönemde uygulanan ilgili mevzuatın Roman topluluğu üzerinde orantısız bir şekilde olumsuz etkileri olduğunu ortaya konulduğu için, bu topluluğun üyleri olan başvurucuların da aynı ayrımcı muameleden sıkıntı çektiklerini kabul eder. Bu durumda Mahkeme'nin başvurucuların durumlarını ayrı ayrı incelemesine gerek yoktur.

210. Sonuç olarak bu davada, her başvurucu için Birinci Protokol'ün 2. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

(...)

2. Dörde karşı On üç oyla, Birinci Protokol'ün 2. maddesiyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

22.12.2009 27996/06 SEJDIC VE FINCI - BOSNA HERSEK [BD]

♦ *serbest seçim hakkı konusunda ayrımcılık* (Anayasaya göre Romanların ve Yahudilerin kurucu halklardan olmamaları nedeniyle, bu gruplara mensup kişilerin ülkenin en yüksek görevlerine de aday olamamaları) ■ ayrımcılık yasağı

DAVANIN ESASI

Başvurucular Roman ve Yahudi kökenli Bosna-Hersek yurttaşı olup, önemli kamu görevleri üstlenmişlerdir. Kararın verildiği tarihte başvurucu M. Sejdić Bosna-Hersek'teki OSCE denetleyicisi olarak çalışmaktadır; başvurucu Finci ise Bosna-Hersek'in İsviçre büyükelçisidir. 1995 tarihli Dayton Anlaşmasının bir eki olan, Bosna-Hersek Anayasasına göre, sadece "kurucu halk" olarak nitelendirilen Boşnak, Hırvat ve Sırp kökenli kişiler devlet başkanlığı ve meclislere aday olabilirler.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Başvurucuların başlıca şikayetleri

Başvurucular Roman ve Yahudi kökenli olmaları nedeniyle Meclis ve Başkanlık seçimlerinde aday olamamalalarının ırksal ayrımcılık oluşturduğunu görüşündedirler. Başvurucular Sözleşme'nin 14. maddesine, Birinci Protokolün 3. maddesine ve 12. Protokolün 1. maddesine dayanmışlardır. (...)

A. Kabuledilebilirlik

(...)

B. Esas

(...)

4. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a) Bosna Hersek Millet Meclisi konusunda

38. Başvurucular, Birinci Protokolün 3. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesinin, Birinci Protoklün 3. maddesinin tek başına ve bağlantılı olarak On ikinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu şikâyetin öncelikle Sözleşme'nin Birinci Protokol'ün 3. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından incelenmesi gerektiği kanaatindedir.

(i) Birinci Protokol'ün 3. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanabilirliği

39. Mahkeme, Sözleşme'nin 14. maddesinin, Sözleşme'deki ve Protokollerdeki diğer maddi hükümleri tamamladığını hatırlatır. Sözleşme'nin 14. maddesinin bağımsız bir varlığı yoktur; çünkü madde, sadece maddi hükümlerde "tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma" ile bağlantılı olarak bir etkiye sahiptir. Sözleşme'nin 14. maddesinin bağımsız bir varlığı yoktur; çünkü bu madde, sadece bu maddi hükümlerle korunan "hakların ve özgürlüklerin" kullanılmasıyla bağlantılı olarak bir sonuç doğurur. Sözleşme'nin 14. maddesinin uygulanması, bu maddi hükümlerin ihlal edilmiş olmasını zorunlu kılmasa ve bu çerçevede özerk bir anlama sahip olsa bile, tartışma konusu olaylar bir veya birden fazla maddi hükmün kapsamına girmedikçe, 14. maddeyi uygulama imkanı yoktur (*Abdülaziz, Cabales ve Balkandali, §71; Petrovic, §22; Şahin [BD], §85*). Bu nedenle, Sözleşme'nin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağı, Sözleşme ve Protokollerin her devletin güvence altına almasını gerektirdiği hak ve özgürlüklerden yararlanmayı aşmaktadır. Ayrıca ayrımcılık yasağı, devletin kendi iradesiyle sağlamaya karar verdiği Sözleşme'nin bir maddesinin genel olarak kapsamına giren ek haklara da uygulanmaktadır. Bu ilke, Mahkeme içtihatlarında kökleşmiştir (*Belçika'da Eğitim Dili Davası* (*esas hk.*)*, §9; Stec ve Diğerleri [k.k.] [BD], §40; E.B. – Fransa [BD], no 43546/02, §48*).

40. Bu nedenle Mahkeme, Bosna Hersek Millet Meclisi için yapılan seçimlerin Birinci Protokol'ün 3. maddesinin "kapsamına" girip girmediğine karar vermelidir. Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu hükmün sadece "yasama organının" seçilmesine veya yasama organı birden fazla meclisten oluşuyorsa onlardan birine uygulandığını hatırlatır. Ancak "yasama organı" deyimi, söz konusu olan devletin anayasal yapısı (*Matthews [BD], §40*) ve özellikle bu ülkenin anayasal gelenekleri ile meclis veya meclislerinin yasama yetkilerinin genişliği ışığında yorumlanmadır. Ayrıca hazırlık çalışmalarından (c. VIII, ss. 46, 50 ve 52), Taraf Devletlerin seçilmeyen meclislerinin de bulunduğu bazı parlamentoların özel durumunu dikkate aldıklarını göstermektedir. Bu nedenle Birinci Protokol'ün 3. maddesi, iki meclisli parlamentolarda her iki meclis için de seçim yapma yükümlülüğünü

yükleyecek şekilde yorumlanmasını engellemek için çok dikkatli bir şekilde kaleme alınmıştır (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt, §53*). Ama aynı zamanda, Birinci Protokol'ün 3. maddesinin, bir parlamentonun doğrudan doğruya seçilen bir meclisine uygulandığı açıktır.

41. Bosna Hersek Millet Meclisi konusunda Mahkeme, bu meclisin dolaylı seçimler sonucu oluştuğunu ve üyelerinin bölge meclisleri tarafından belirlendiğini kaydeder. Mahkeme ayrıca, Bosna Hersek Millet Meclisi tarafından kullanılan yasama yetkilerinin genişliğinin, bu davada belirleyici bir faktör olduğunu gözlemlemektedir. Gerçekten de Millet Meclisi, yasaların kabul edilmesini kontrol etmesine imkân veren geniş yetkilere sahiptir: Anayasa'nın IV §3 c) maddesi açıkça, her iki meclisin onayı olmaksızın bir yasanın kabul edilemeyeceğini öngörmektedir. Ayrıca, Temsilciler Meclisi ile birlikte Millet Meclisi, devlet kurumlarının işlemesini sağlamak için gelir kaynaklarına ve miktarı ile devletin uluslararasrası yükümlülüklerine karar vermekte ve devlet kurumlarının bütçelerini onaylamaktadır (Anayasa'nın IV §4 b)-c) maddesi). Son olarak, bir antlaşmanın onaylanması için Meclis'in onayı gereklidir (Anayasa'nın IV §4 d) et V §3 d) maddesi). Bu nedenle Millet Meclisi seçimleri, Birinci Protokolün 3. maddesinin kapsamına girmektedir.

Buna göre mevcut olayda Birinci Protokol'ün 3. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesi uygulanabilir.

(ii) Birinci Protokol'ün 3. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesine uygunluk

42. Mahkeme ayrımcılığın, objektif ve makul bir haklı neden olmaksızın, benzer durumdaki kişilere farklı muamelede bulunmak anlamına geldiğini hatırlatır. Eğer farklı muamele "meşru bir amaç" izlemiyorsa veya kullanılan araçlar ile ulaşılmak istenen amaç arasında "makul bir orantılılık ilişkisi" bulunmuyorsa, bu farklı muamele "objektif ve makul haklı bir nedene dayanmıyor" demektir (*Andrejeva [BD], §81*). Sözleşmeci Devletlerin takdir alanının genişliği, olayın içinde bulunduğu koşullara, olayın konusuna ve ardalanına göre değişir (*ibid, §82*).

43. Irk ve etnisite kavramları birbirlerine yakın kavramlardır. Irk kavramı, deri rengi veya yüz hatları gibi morfolojik özelliklere dayanarak insanları biyolojik olarak alt türler içinde sınıflandırma düşüncesinden kaynaklandığı halde, etnisite kavramı, özellikle uyrukluk, dinsel inanç, ortak dil veya kültürel ve geleneksel kökenler ve ortak geçmişle belirginleşen toplumsal grupların varlığı düşüncesinden kaynaklanmıştır. Bir kimsenin etnik kökenine dayanan ayrımcılık, ırk ayrımcılığının bir biçimidir (*tanım için bk., Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, md. 1 ve Irçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu* (*ECRI*) *tarafından 7 Aralık 2002 tarihli 7 No.lu Tavsiye Kararı*). Irk ayrımcılığı, ayrımcılığın çok kötü bir biçimi olup, yaratabileceği tehlikeli sonuçlar dikkate alındığında yetkili makamlar tarafından özel bir önemle ele alınmalı ve sert bir biçimde tepki gösterilmelidir. Bu nedenle yetkili makamların, ırkçılıkla mücadele için ellerindeki tüm imkânları kullanmalıdırlar. Böylece demokrasinin farklılıların bir tehdit olarak değil ama bir zenginlik kaynağı olarak kavrandığı toplum anlayışını güçlendirebilirler (*Nachova ve Diğerleri [BD], §145; Timichev, §56*).

44. Bu bağlamda, farklı muamelenin ırka veya etnik kökene dayanması durumunda, objektif ve makul bir haklı neden kavramı mümkün olduğu kadar dar yorumlanmalıdır (*D.H. ve Diğerleri, §196*). Mahkeme ayrıca, çoğulculuk ve değişik kültürlere saygı ilkeleri üzerine kurulu bulunan çağdaş bir demokratik toplumda, tamamen veya belirleyici ölçüde kişinin etnik kökenine dayanan farklı bir muamelenin objektif bir haklı nedeni olamayacağını belirtmiştir (*ibid, §176*). Bununla birlikte Sözleşme'nin 14. maddesi, devletlerin gruplar arasındaki "olgusal eşitsizlikleri" gidermek için gruplara farklı muamelede bulunmayı yasaklamamaktadır. Gerçekten de bazı hallerde, objektif ve makul bir

haklı neden olmadan, eşitsizliği gidermek için farklı muamele yapılmaması, bu maddenin ihlaline neden olabilir (*Belçika'da Eğitim Dili Davası, §10 ; Thlimmenos [BD], §44; D.H. ve Diğerleri, §175*).

45. Mevcut olaya dönülecek olursa, Mahkeme, Bosna Hersek Meclisi'ne aday olabilmek için, "kurucu halklardan" birine bağlı olduğunu beyan etmenin gerekli olduğunu gözlemlemektedir. Kendilerini Yahudi ve Roman kökenli olarak tanımlayan ve dolayısıyla herhangi bir "kurucu halka" bağlı olmayan başvurucular, sonuç olarak aday olamamışlardır (bk. yukarıda §11). Mahkeme bu dışlama kuralının, Sözleşme'nin Başlangıcında ifade edilen genel hedeflerle geniş anlamda uyumlu bir amacı, yani en azından barışın restorasyonu amacını izlediğini kaydeder. Tartışma konusu anayasa hükümleri yürürlüğe girdiği zaman, çok kırılgan bir ateşkes mevcuttu. Bu hükümler soykırım ve "etnik temizlik" olaylarının damgaladığı acımasız bir çatışmayı durdurma amacındaydı. Çatışma öyle bir durumdaydı ki, barışın sağlaması için "kurucu halklar"ın (Boşnaklar, Hırvatlar ve Sırplar) onayı gerekiyordu. Bu durum, haklı kılmasa da, diğer toplulukların temsilcilerinin (özellikle Roman ve yerel Yahudi toplulukları) barış görüşmelerinde bulunmamalarını ve arabulucuların çatışmalardan sonra "kurucu halkların" etkili bir eşitliğini sağlama kaygılarıyla açıklanabilir.

46. Bu durum Mahkeme'nin Bosna Hersek tarafından Sözleşme'yi ve Birinci Protokol'ü onayladıktan sonraki dönem için zaman bakımından (*ratione temporis*) yetkili olmadığı anlamına gelmemektedir. Mahkeme bu konuda, ilgili anayasal hükümlerin meşru amaca yönelik olup olmadığını incelemenin gerekli olmadığını, çünkü her halükarda aşağıda belirtilen nedenlerle, sistemin bu şekilde sürdürülmesinin, orantılılık şartını yerine getirmediğini belirtir.

47. Mahkeme öncelikle Bosna Hersek'te Dayton Barış Antlaşmasından itibaren önemli pozitif gelişmelerin olduğunu gözlemlemektedir. Gerçekleşen ilerlemelerin her zaman uyumlu olmadığı ve yapılacak daha çok şeyin olduğu doğrudur (bk. örnek olarak, potansiyel aday ülke olarak Bosna Hersek'in Avrupa Birliği'ne üyeliği ile ilgili Avrupa Komisyonu tarafından hazırlanan ve 14 Ekim 2009 tarihinde yayınlanan son izleme raporu SEC/2009/1338). Yakın tarihte çatışma halinde olan taraflar, 2005 yılında kendi silahlı kuvvetleri üzerindeki kontrollerini kaybetmişler ve bu kuvvetleri profesyonel küçük bir güce dönüştürmüşlerdir. Bosna Hersek 2006 yılında NATO barışına katılmış ve 2008 yılında Avrupa Birliği ile istikrar ve işbirliği antlaşması imzalamış, Mart 2009 tarihinde Anayasada yapılan ilk değişiklikleri başarıyla gerçekleştirmiş ve 1 Ocak 2010 tarihinde başlamak üzere iki yıllık süre ile yakın tarihte Birleşmiş Milletler üyesi seçilmiştir. Bununla birlikte, her ne kadar Birleşmiş Milletler Şartının VII Bölümüne dayanılarak uluslararası idarenin varlığının korunması bölgede durumun hala "uluslararası barış ve güvenlik için tehdit" olduğu anlamına geliyorsa da, bu idarenin varlığına son verilmeye çalışıldığı anlaşılmaktadır (Avrupa Birliği Yüksek Temsilcisi Javier Solana tarafından hazırlanan Topluluk İçin Güvenlik ve Yabancı Politikası Raporu, Genişlemeden Sorumlu Avrupa Komiseri Olli Rehn tarafından hazırlanan AB'nin Bosna Hersek Politikası: 10 Kasım 2008 Tarihinden Sonra Alınan Yol adlı Raporu ve Uluslararası Kriz Grubu tarafından hazırlanan Bosna'nın Tamamlanmış Geniş Dönemi: Dayton ile 9 Mart 2009 Avrupa Arasında adlı raporu).

48. Ayrıca Mahkeme Sözleşme'de, Bosna Hersek'e ait yetki paylaşım mekanizmalarından tamamen vazgeçilmesini gerektiren bir şart bulunmadığı ve çoğunluk kuralını yansıtan bir politik sistemi uygulamak için zamanın hala belki de olgunlaşmadığını öne süren Hükümete katılmakla birlikte, Venedik Komisyonu'nun Görüşlerinin (bk. yukarıda §22), halihazırda diğer toplulukların temsilcilerini otomatik olarak tamamen dışlanmaları sonucuna götürmeyen yetki paylaşım mekanizmalarının mevcut olduğunu açıkça

göstermektedir. Bu bağlamda Mahkeme, aynı amaca ulaşmak için başka yollar bulma ihtimali, bu alanda önemli bir faktör olduğunu hatırlatır (*Glor, §94*).

49. Son olarak 2002 yılında Avrupa Konseyi'ne üye olan ve Sözleşme'yi ve Protokolleri çekince koymadan kabul eden davalı devlet, kendi iradesiyle Avrupa standartlarına saygı göstermeyi kabul etmiştir. Özellikle "Hukuk ile Demokrasi için Avrupa Konseyi Komisyonu (Venedik Komisyonu) ile birlikte ve Avrupa Konseyi'nin ilkeleri ışığında bir yıllık süre içinde seçim yasasını gözden geçirme ve gerektiğinde değiştirme" konusunda taahhütte bulunmuştur (bk. yukarıda §21). Aynı şekilde 2008 yılında Avrupa Birliği ile İşbirliği ve İstikrar Antlaşmasını imzalayan davalı devlet, "Bosna Hersek Başkanlığı'nın üyeleri ve Millet Meclisi'nin milletvekilleri ile ilgili olarak İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ne ve Avrupa Konseyi'ne adaylık için yapılan taahhütlere uygun hale getirilmesi için seçim yasasında iki yıl içinde değişiklikler" yapacağı taahhüdünde bulunmuştur (bk. yukarıda §25).

50. Bu nedenle Mahkeme, başvurucuların Bosna Hersek Millet Meclisi'ne aday olamama durumunun sürdürülmesinin, objektif ve makul haklı bir nedene dayanmadığı ve dolayısıyla Birinci Protokol'ün 3. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

(iii) Tek başına Birinci Protokol'ün 3. maddesiyle ve 12 Nolu Protokol'ün 1. maddesiyle ilgili şikayetler

51. Bir önceki paragrafta vardığı sonucu dikkate alan Mahkeme, ayrıca Millet Meclisi ile ilgili Birinci Protokol'ün 3. maddesiyle bağlantılı olarak 12 Nolu Protokol'ün 1. maddesi ile ilgili şikâyetleri incelemenin gerekli olmadığı kanaatindedir.

b) Bosna Hersek Devlet Başkanlığı konusunda

52. Başvurucular burada sadece 12 Nolu Protokol'ün 1. maddesini ileri sürmüşlerdir.

(i) 12 No.lu Protokol'ün 1. maddesinin uygulanbilirliği

53. Mahkeme, her ne kadar Sözleşme'nin 14. maddesinin "Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden" yararlanmada ayrımcılığı yasaklasa da, 12 Nolu Protokol'ün 1. maddesinin "hukukun öngördüğü tüm hakları" kapsadığını kaydetmektedir. Dolayısıyla bu Protokol genel ayrımcılık yasağını düzenlemektedir.

54. Başvurucular Bosna Hersek Başkanlık seçimlerine aday olamamaları ile ilgili anayasa hükümlerine itiraz etmektedirler. Dolayısıyla, bu seçimlerin Birinci Protokol'ün 3. maddesi kapsamına girip girmemesi çok önemli değildir (*Boskoski - Makedonya [k.k.], no 11676/04*); bu şikayet "hukukun öngördüğü (...) hak" ile ilgilidir (2001 tarihli seçim yasasının 1.4 ve 4.19 maddeleri, yukarıdaki 18. paragrafta belirtilmiştir) ve bu durum 12 Nolu Protokol'ün 1. maddesinin uygulanması sonucunu ortaya çıkarmaktadır. Kaldı ki bu duruma Mahkeme önünde itiraz edilmemiştir.

(ii) 12 No.lu Protokol'ün 1. maddesine uygunluk

55. Ayrımcılık kavramı, Mahkeme'nin Sözleşme'nin 14. maddesi ile ilgili içtihatlarında tutarlı bir şekilde yorumlanmıştır. Bu içtihatlara göre "ayrımcılık", objektif ve makul bir haklı neden olmadan aynı durumdaki şahıslara farklı muamele yapılması olduğu açıktır (bk. yukarıda §41-43 ve oradaki atıflar). 12 No.lu Protokolü hazırlayanlar, aynı ayrımcılık kavramını bu belgenin 1. maddesine yerleştirmişlerdir. Bu iki hüküm arasındaki içerik farklılığına rağmen, 12 No.lu Protokolün 1. maddesindeki kelimenin anlamı, 14. maddedeki kelimenin anlamı ile aynıdır (*bk. 12 Nolu Protokol'ün açıklayıcı notu, §18*). Dolayısıyla Mahkeme, 12 No.lu Protokol'ün 1. maddesi kapsamında yukarıda belirtilen "ayrımcılık" kavramının yorumundan ayrılmak için bir neden görmemektedir (12

Nolu Protokol'ün 1. maddesi ile tam olarak aynı olmasa da karşılaştırılabilecek olan Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 26. maddesi ile ilgili içtihatları konusunda bk. Nowak, CCPR Commentary, yayınevleri N.P. Engel, 2005, s. 597-634).

56. Bu davada başvurucuların "kurucu halklara" bağlı olduklarına ilişkin beyan vermemeleri, kendilerinin hukuki olarak başkanlık seçimlerinde de aday olamamaları anlamına gelmektedir. Daha önce Millet Meclisi bakımından aynı anayasal önşartın, Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı ayrımcı bir farklı muamle oluşturduğu tespit edilmiştir (bk. yukarıda §50). Dahası, 14. madde ile 12 No.lu Protokolün 1. maddesinde yasaklanan ayrımcılık, aynı tarzda yorumlanmalıdır (bk. önceki paragraf). Dolayısıyla başvurucuların Bosna Hersek Başkanlık seçimlerine aday olamamaları ile ilgili anayasa hükümlerin de aynı şekilde ayrımcı ve 12 No.lu Protokol'ün 1. maddesine aykırı kabul edilmesi gerekir. Mahkeme bu konuda Bosna Hersek Millet Meclisi ile Başkanlığı arasında bir ayrım yapılmaması gerektiği kanaatindedir.

Bu nedenlerle, Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından yukarıdaki 46-48 paragraflarında belirtilen detaylı gerekçelerle Mahkeme, başkanlık seçimlerinde konulan önşartın 12 N.olu Protokol'ün 1. maddesini ihlal ettiğini tespit etmektedir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

(...)

5. Üçe karşı Ondört oyla, başvurucuların Bosna Hersek Millet Meclisi seçimlerinde aday olamamalarıyla ilgili olarak, Birinci Protokol'ün 3. maddesiyla bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

09.06.2009 33401/02 OPUZ - TÜRKİYE

♦ *üçüncü kişinin şiddeti sonucu ölüm—öldürülme riskine karşı korumama—aile içi şiddet* (kocasından olma üç çocuk sahibi başvurucu kadının ve annesinin kocadan defalarca şiddet görmeleri ve öldürme tehditleri kamu makamlarına bildirilmesine rağmen hareketsiz kalınması ve kocanın başvurucunun annesi öldürmesi), *yaşama hakkı konusuda ayrımcılık—cinsiyet bakımından farklı muamele* (kadınlara karşı şiddetin cinsiyet yönünden ayrımcılık oluşturması) ■ yaşama hakkı—devletin yaşamı koruma yükümlülüğü—devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü—ayrımcılık yasağı

Not: Bu davaya konu olan olayların geniş bir özeti ve Mahkeme'nin 2. ve 3. maddelerle ilgili değerlendirmesi için bu Kitabın ilk cildine bakınız.

DAVANIN ESASI

Bu davaya konu olan olaylar, başvurucu Nahide Opuz ve annesinin, başvurucunun eşi H.O. tarafından aile içi şiddete maruz bırakılmaları, söz konusu aile için şiddetin başvurucunun kötü muameleye maruz kalması, annesinin ise ölmesi ile sonuçlanması ve devletin başvurucu ve annesini aile içi şiddete karşı koruyamamış olmasına ilişkindir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Kabuledilebilirlik

(...)

II. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali iddiası

(...)

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

Mahkeme, başvurucu ile eşi arasında ilişkinin başlangıcından beri yaşanan şiddet olayları dikkate alındığında H.O.'nun eylemlerinin önleyici tedbirler gerektirecek ciddilikte olduğunu, başvurucu ile annesinin sağlık ve can güvenliklerine karşı sürekli bir tehdit oluşturduğunu ve H.O.'nun aile içi şiddet eylemleriyle daha ileri derecede şiddet için önemli bir risk oluşturduğunun açık olduğunu belirtir. Mahkeme, başvurucunun annesi Diyarbakır Cumhuriyet Başsavcılığı'na başvurup hayatının tehlikede olduğunu söyleyerek polisin H.O.'ya karşı önlem almasını istediğinde yetkili makamların verdiği karşılığın H.O.'nun ifadesine başvurmaktan ibaret olduğunu, bu başvurudan iki hafta sonra H,O.'nun anneyi öldürdüğünü dikkate almış ve yerel makamların H.O'nun ölümcül saldırısını öngörebilecekleri, sonucun ne düzeyde değişeceği bilinemese de gerekli önlemlerin alınmasındaki başarısızlığın devletin sorumluluğunu gerektirdiğine karar vermiştir. Mahkeme, devletin başvurucunun annesinin yaşam hakkının korunması konusundaki koruma yükümlülüğünü yerine getirmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu gerekçeyle, 2. maddenin ihlal edildiğini belirtmiştir.

III. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

(...)

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

Başvurucu, kocası tarafından sürekli kötü muameleye maruz kalmasına rağmen yetkili makamların kendisini korumakta başarısız olduğunu, aile içi şiddete duyarsızlık ve hoşgörü gösterildiğini, Hükümet ise şikâyet başvurularının geri çekilmesinin adli takibatı engellediğini ve Nahide O.'nun bir sığınma evine ya da Sosyal Hizmetler Çocuk Esirgeme Kurumu misafirhanesine başvurma imkânı varken bunu yapmadığını ileri sürmüştür. Başvurucunun fiziksel yaralar ve psikolojik baskı şeklinde maruz kaldığı şiddet, Mahkeme tarafından Sözleşme'nin 3.maddesi bağlamında kötü muamele olarak değerlendirilecek ciddiyette görülmüştür. Mahkeme, yetkili makamların başvurucunun kişisel bütünlüğünün eşi tarafından ciddi şekilde ihlaline karşı etkili biçimde caydırıcı ve koruyucu önlemler almadıkları kanısına varmıştır. Bu gerekçeyle, 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

IV. Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleriyle bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiği iddiası

177. Başvurucu, Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleriyle bağlantılı olarak 14. madde uyarınca kendisinin ve annesinin cinsiyete dayalı olarak ayrımcılığa uğradıkları şikayetinde bulunmuştur. (...)

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Konuyla ilgili ilkeler

183. Mahkeme, *D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti* (*[BD], no. 57325/00, 13 Kasım 2007, §175-180*) davasındaki kararında, ayrımcılık konusunda aşağıdaki ilkeleri geliştirmiştir:

"175. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre ayrımcılık, objektif ve makul bir haklı neden olmaksızın, benzer durumdaki şahıslara farklı muamelede bulunmaktır (*Willis, §48; Okpisz §33*). Ancak Sözleşme'nin 14. maddesi devletlere "varolan eşitsizlikleri" gidermek için gruplara farklı davranmayı yasaklamamaktadır; aslında bazı hallerde, objektif ve makul bir haklı neden olmadan eşitsizliği gidermek için farklı muamele yapılmaması, bu maddenin ihlaline neden olabilmektedir (*Belçika'da Eğitim Dili Davası, §10; Thlimmenos [BD], §44; Stec ve Diğerleri [BD], §51*). Mahkeme ayrıca, belirli bir grubu hedef almasa da, bir grubun üzerinde zararlı etkileri olan genel bir tedbir veya bir uygulamanın ayrımcılık olarak görülebileceğini (*Hugh Jordan, §154 ; Hoogendijk [k.k.], no. 58641/00*) ve potansiyel olarak Sözleşme'ye aykırı olan bir ayrımcılığın fiili bir durumdan kaynaklanabileceğini kabul etmektedir (*Zarb Adami, §76*).

176. Bir kimsenin etnik kökenine dayanan ayrımcılık, ırk ayrımcılığının bir biçimidir. Irk ayrımcılığı, ayrımcılığın çok kötü bir türü olup, çok tehlikeli sonuçları göz önünde tutulduğunda, yetkili makamların özel bir önem vermeleri ve sert bir tepki göstermelerini gerektirir. Bu nedenle yetkili makamlar, ırkçılıkla mücadele için ellerindeki tüm imkânları kullanmalıdırlar. Böylece demokrasinin farklılıların bir tehdit olarak değil ama bir zenginlik kaynağı olarak kavrandığı toplum anlayışını güçlendirebilirler (*Nachova ve Diğerleri, §145; Timichev, §56*). Mahkeme ayrıca, çoğulculuk ve değişik kültürlere saygı ilkeleri üzerine kurulu bulunan çağdaş bir demokratik toplumda, tamamen veya belirleyici ölçüde kişinin etnik kökenine dayanan farklı bir muamelenin objektif bir haklı nedeni olamayacağını belirtmiştir (*Timichev, §58*).

177. Bu alandaki ispat külfetiyle ilgili olarak Mahkeme, başvurucunun farklı bir muamele yapıldığını göstermesi halinde, bu farklı muamelenin haklı olduğunu ispat yükümlülüğünün Hükümete geçeceğini belirtmiştir (*Chassagnou ve Diğerleri [BD], §91-92; Timichev, §57*).

178. Mahkeme, neyin ispat külfetini davalı devletin üzerine geçirmeyi sağlayan delil başlangıcı oluşturduğu konusunda, *Nachova ve Diğerleri* (§147) kararında, önündeki bir davada delillerin kabuledilebilirliğine ilişkin usul engelleri veya delillerin değerlendirilmesi için önceden belirlenmiş bir formülün bulunmadığını söylemiştir. Gerçekten de Mahkeme, tarafların beyanlarından ve maddi olaylardan çıkarsanabilecek olanlar dahil, bütün delillerin serbestçe değerlendirilmesiyle desteklenen sonuçları benimsemektedir. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre bu kanıtlamaya, yeterince güçlü, açık ve tutarlı çıkarsamaların ya da aksi ispatlanmamış maddi karinelerin birlikte var olmasıyla ulaşılabilir. Ayrıca belli bir sonuca ulaşmak için gereken ikna düzeyi ve bu bağlamda ispat külfetinin dağıtılması, doğal olarak maddi olayların özelliğiyle, ileri sürelen iddianın ve tehlikede olan Sözleşme hakkının niteliğiyle bağlantılıdır.

179. Mahkeme ayrıca Sözleşme yargılamasının, "iddia eden iddiasını kanıtlamakla yükümlüdür" (*affirmanti incumbit probatio*) şeklindeki ilkenin her olayda katı bir şekilde uygulanmasına elverişli olmadığını kabul etmiştir (*Aktaş, §272*). Eğer tartışma konusu olaylar, yetkililerin kontrolü altındaki nezarette bulunan kişilerin durumunda olduğu gibi, münhasıran veya büyük ölçüde yetkililerin bilgisi dahilinde ise, yaraların böyle bir tutma sırasında meydana geldiğine dair güçlü maddi karineler ortaya çıkar. Aslında bu gibi durumlarda kanıtlama yükümlülüğünün, tatminkar ve ikna edici bir açılamada bulunmaları gereken yetkililerin üzerinde olduğu söylenebilir (*Salman [BD], §100; Anguelova, §111*). Yukarıda geçen *Nachova ve Diğerleri* (§157) kararında Mahkeme, belirli olaylarda ayrımcılığa ilişkin savunulabilir bir iddianın Hükümet tarafından çürütülmesini isteyen yaklaşımını, şiddet eyleminin ırkçı önyargıdan kaynaklandığı iddiasını içeren o davada çok güç olmasına rağmen, değiştirmemiştir. Bu bağlamda Mahkeme, birçok ülkenin hukuk sisteminde, iş veya hizmet sektöründe bir karar veya uygulamanın ayrımcı etkisinin

kanıtlanması için, ayrımcılık iddiası bakımından kastın kanıtlanmasının aranmadığını kaydeder.

180. İstatistiki verilerin delil olarak kabul edilip edilmeyeceği konusunda Mahkeme, geçmişte bir uygulamanın ayrımcı olduğunun ispatlanması için istatistiklerin yeterli olmadığını söylemiştir (*Hugh Jordan, §154*). Ancak Mahkeme, başvurucuların ayrımcılığın fiili bir durumdan veya genel bir tedbirden kaynaklandığını iddia ettikleri yakın tarihli kararlarında (*Hoogendijk [k.k.]; Zarb Adami, §77-78*), iki grup (kadınlar ile erkekler) arasında farklı bir muamele bulunduğunu ortaya koymak taraflarca sunulan istatistiklere geniş ölçüde dayanmıştır.

Böylece Mahkeme *Hoogendijk* kararında şöyle demiştir: "Bir başvurucunun itiraz edilmeyen istatistiklere dayanarak, genel bir tarzda formüle edilmiş olan özel bir kuralın, aslında kadınları erkeklerden daha yüksek oranda etkilediğine ilişkin bir delil başlangıcının varlığını gösterebilmesi halinde, bunun cinsiyete dayanan ayrımcılıkla ilgisi bulunmayan objektif faktörlerin bir sonucu olduğunu göstermek davalı Hükümete düşer. Bir tedbirin kadınlar ve erkekler üzerinde farklı etki gösterdiğinin ayrımcı olmadığını ispatlama külfeti Hükümete gerilmezse, pratikte başvurucuların dolaylı ayrımcılığı ispatlamaları aşırı ölçüde zor olacaktır."

2. Yukarıdaki ilkelerin mevcut olayda uygulanması

a) Aile içi şiddet bağlamında ayrımcılığın anlamı

184. Mahkeme ilk olarak, Sözleşme hükümlerinin hedef ve amacını değerlendirirken, önündeki hukuki sorunun, uluslararası hukuktaki ardalanını da dikkate aldığını kaydeder. Mahkeme'nin Sözleşme'nin bir hükmünün kapsamını açıklığa kavuşturması istendiği zaman, daha geleneksel yorum araçları hükmün kapsamını yeterli açıklıkta ortaya çıkarmasına imkan vermediği takdirde, devletlerin büyük çoğunluğunun kabul ettiği kural ve ilkelerden oluşan uluslararası ortak standartlar ile Avrupa Devletlerinin iç hukuk standartları, Mahkeme'nin göz ardı edemeyeceği bir gerçekliği yansıtır (*Saadi [BD], §63; Demir ve Baykara, §76*).

185. Bu bağlamda Mahkeme, kadına karşı ayrımcılığın tanımını ve kapsamını incelerken, içtihatlarında belirlenmiş olan ayrımcılığın genel anlamının yanı sıra (bk. yukarıda §183), kadına karşı şiddet sorunu konusunda, daha spesifik uluslararası hukuki belgelerin hükümlerini ve uluslararası hukuk organlarının kararlarını dikkate almak zorundadır.

186. Bu bağlamda CEDAW 1. maddesinde kadına karşı ayrımcılık, "siyasal, ekonomik, sosyal, kültürel, kişisel veya diğer alanlardaki kadın ve erkek eşitliğine dayanan insan haklarının ve temel özgürlüklerin, medeni durumları ne olursa olsun, kadınlara tanınmasını, kadınların bu haklardan yararlanmalarını veya bu hakları kullanmalarını engelleme veya hükümsüz kılma amacını taşıyan veya bu sonucu doğuran cinsiyete dayalı herhangi bir ayrım, dışlama veya kısıtlama" olarak tanımlamaktadır.

187. CEDAW Komitesi, aile içi şiddet dâhil kadınlara karşı şiddetin, kadınlara karşı bir ayrımcılık biçimi olduğunu tekrar etmiştir (bk. yukarıda §74).

188. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu da 2003/45 sayılı kararında, "kadınlara karşı bütün şiddet biçimlerinin, kadınlara karşı *de jure* ve *de facto* ayrımcılık ile toplumda kadınlara verilen düşük statü bağlamında meydana geldiğini ve devletten bir giderim isterken karşılaştığı engellerin bu şiddeti artırdığını' vurgulamak suretiyle, toplumsal cinsiyete dayalı şiddet ile ayrımcılık arasındaki bağın varlığını açıkça tanımıştır.

189. Ayrıca sadece kadına yönelik şiddete ilişkin olarak şimdiye kadar yapılmış çok taraflı tek bölgesel insan hakları sözleşmesi olan Belem do Para Sözleşmesi, kadınların şiddet

görmeme hakkını, diğerlerinin yanı sıra her türlü ayrımcılık bakımından ayrımcılığa uğramama hakkını da içerecek şekilde tanımlamaktadır.

190. Son olarak, İnsan Hakları Amerika Komisyonu da kadınlara karşı şiddeti, devletin bir aile içi şiddet şikâyetini önleme ve soruşturmada gerekli özeni göstermemesinin bir sonucu olarak ortaya çıkan bir ayrımcılık biçimi olarak nitelendirmiştir (*Maria da Penha – Brezilya, yukarıda, §80*).

191. Yukarıda değinilen kural ve kararlardan, devletin kadınları aile içi şiddete karşı korumamasının, kadınların kanun önünde eşitlik haklarını ihlal ettiği ve bu korumamanın kasti olmasının gerekmediği anlaşılmaktadır.

b) Türkiye'de aile içi şiddete yaklaşım

192. Mahkeme, olayların geçtiği dönemde yürürlükte olan Türk hukukunun hak ve özgürlüklerden yararlanmada erkekler ve kadınlar arasında açık bir ayrım yapmamasına rağmen, Türk hukukunun demokratik ve çoğulcu bir toplumda kadınların statüsüne ilişkin uluslararası standartlarla aynı düzeye getirilmesi gerektiğini gözlemlemiştir. CEDAW Komitesi gibi (bk. the Concluding Comments, para. 12-21) Mahkeme de, Hükümetin yaptığı reformlardan, bilhassa da aile içi şiddete karşı korumada özel tedbirler öngören 4320 Sayılı Kanunun çıkartılmasından memnuniyet duymaktadır. Dolayısıyla iddia edilen söz konusu ayrımcılığın, tek başına mevzuata dayanmadığı, fakat daha ziyade kadınların aile içi şiddet şikâyetinde bulunduklarında polis merkezlerinde gördükleri muamele ile mağdurlara etkili bir koruma sağlanmasındaki yargısal pasiflikte olduğu gibi, ulusal makamların genel tutumlarından kaynaklandığı anlaşılmaktadır. Mahkeme, Türk Hükümetinin, mesele CEDAW Komitesi önünde tartışılırken, uygulamadaki bu güçlükleri kabul etmiş olduğunu kaydeder (aynı yer).

193. Bu bakımdan Mahkeme, başvurucunun kadınlara karşı ayrımcığı ortaya koymak amacıyla Diyarbakır Barosu ve Uluslararası Af Örgütü olmak üzere önde gelen iki Hükümet Dışı Örgüt tarafından hazırlanmış raporlar ve istatistikler sunduğunu kaydeder (bk. yukarıda §91-104). Bu raporlarda ulaşılan bulgular ve sonuçlara Hükümet tarafından yargılamanın herhangi bir aşamasında herhangi bir itirazda bulunulmadığını akılda tutan Mahkeme, bunları mevcut olayda kendi bulgularıyla birlikte değerlendirecektir (*Hoogendijk [k.k.]; Zarb Adami, §77-78*).

194. Bu raporları inceleyen Mahkeme, rapor edilen aile işi şiddet mağdurlarının büyük kısmının başvurucunun da söz konusu zamanda yaşadığı Diyarbakır'da bulunduklarını ve çoğu fiziksel şiddet gören mağdurların hepsinin kadın olduklarını tespit etmiştir. Bu kadınların büyük çoğunluğu, Kürt kökenli, okuma yazma bilmeyen ya da düşük bir eğitim seviyesine sahip ve genellikle bağımsız bir gelir kaynağından yoksun olan kadınlardır (bk. yukarıda §98).

195. Ayrıca, Hükümetin aile içi şiddet gören kadınlar için mevcut hukuk yollarından biri olarak dayandığı 4320 Sayılı Kanunun uygulanmasında ciddi sorunlar olduğu görülmektedir. Yukarıda adı geçen örgütler tarafından yapılan araştırmalar, mağdurlar polis merkezlerinde aile içi şiddet şikâyetinde bulunduklarında, polislerin şikâyetlerini soruşturmadıklarını; fakat mağdurları evlerine dönmeye ve şikâyetlerini geri almaya ikna etmeye çalışarak aracı rolü üstlenme isteğinde olduklarına işaret etmektedir. Bu bağlamda polisler sorunu, "müdahalede bulunamayacakları bir aile meselesi" olarak görmektedirler (bk. yukarıda §92, 96 ve 102).

196. Bu raporlardan ayrıca, mahkemeler tarafından 4320 Sayılı Kanun uyarınca tedbir kararı alınmasında makul olmayan gecikmelerin bulunduğu, zira mahkemelerin bunlara acil olarak bakılması gereken bir dava olarak değil, ama boşanma davasının bir biçimi

olarak baktıkları anlaşılmaktadır. Polislerin olumsuz tutumları nedeniyle, tedbir kararlarının saldırganlara tebliği de genellikle gecikmektedir (bk. yukarıda §91-93, 95 ve 101). Üstelik aile içi şiddetin faillerinin caydırıcı cezalar almadıkları görülmektedir; çünkü mahkemeler töre, gelenek ve şeref gerekçeleriyle cezalarda indirim yapmaktadırlar (bk. yukarıda §103 ve 106).

197. Bu sorunların bir sonucu olarak, yukarıda değinilen raporlar, aile içi şiddete yetkililerce hoşgörü gösterildiğini ve Hükümetin işaret ettiği hukuk yollarının etkili bir şekilde işlemediğini söylemektedirler. Benzer bulgu ve endişeler, Türkiye'de aile içi şiddet dahil, kadına karşı şiddetin sürdüğünü kaydeden ve davalı devletten kadına karşı şiddeti önleme ve bu şiddetle mücadele etme yönündeki çabalarını artırmasını talep eden CEDAW Komitesi'nce de dile getirilmiştir. CEDAW Komitesi ayrıca, kadına karşı şiddetin önüne geçmek, mağdurlara koruma ve destek hizmetleri sağlamak ve suçluları cezalandırmak ve rehabilete etmek üzere Ailenin Korunması Hakkındaki Kanunun ve ilgili politikaların bütünüyle uygulanması ve etkililiklerinin dikkatlice izlenmesine olan ihtiyacın altını çizmiştir (bk. Nihai Görüşler, §28).

198. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme, başvurucunun itiraz edilmemiş istatiksel bilgiyle destekleyerek aile içi şiddetin esas itibarıyla kadınları etkilediği ve yargısal pasifliğin Türkiye'de aile içi şiddete yol açan bir iklim yarattığına ilişkin ilk bakışta bir belirtinin varlığını gösterdiği kanaatindedir.

c) Yetkililerin başvurucuya ve annesine eşit hukuki koruma sağlamamaları nedeniyle ayrımcılığa uğrayıp uğramadıkları

199. Mahkeme, mevcut olayda işlediği haliyle ceza hukuku sisteminin, başvurucunun ve annesinin kişisel bütünlüklerine karşı H.O. tarafından işlenen hukuka aykırı eylemlerin, etkili bir şekilde önlenmesini sağlayabilecek yeterlilikte caydırıcı bir etkisinin olmadığını ve bu nedenle Sözleşme'nin 2. ve 3. maddesindeki hakları ihlal edildiğini tespit etmiştir.

200. Mahkeme, her ne kadar kasıtsız da olsa, Türkiye'deki genel ve ayrımcı yargısal pasifliğin, esas itibarıyla kadınları etkilediği konusunda yukarıda belirtilen tespiti akılda tutarak, başvurucu ve annesinin maruz kaldıkları şiddetin kadınlara karşı ayrımcılığın bir biçimi olan toplumsal cinsiyete dayalı şiddet olarak değerlendirilebileceği görüşündedir. Hükümetin son yıllarda gerçekleştirdiği reformlara rağmen, mevcut olayda tespit edildiği üzere yargısal sistemin bütünüyle tepkisizliği ve saldırganların faydalandığı cezasızlık, aile içi şiddete karşı uygun tedbirleri alma konusunda verilen taahhütlerin yeterince yerine getirilmediğini göstermektedir (bk. özellikle CEDAW'ın 9. maddesi, yukarıda §187).

201. İç hukuk yollarının başvurucu ve annesine Sözleşme'nin 2. ve 3. maddelerinde güvenceye alınmış olan haklarından yararlanmada eşit hukuki koruma sağlamadaki etkisizliklerini dikkate alan Mahkeme, başvurucuyu iç hukuk yollarını tüketme yükümlüğünden muaf kılan özel koşulların bulunduğuna karar verir. Bu nedenle Hükümetin Sözleşme'nin 14. maddesi uyarınca yapılan şikâyet bakımından iç hukuk yollarını tüketilmediğine ilişkin itirazını reddeder.

202. Yukarıda belirtilenler doğrultusunda Mahkeme, mevcut olayda Sözleşme'nin 14. maddesinin Sözleşme'nin 2. ve 3. maddeleriyle bağlantılı olarak ihlal edildiğine karar verir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

(...)

7. Sözleşme'nin 2 ve 3. maddeleriyle bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

MÜLKİYET HAKKI

P1, md 1 – Mülkiyetin korunması

Her gerçek ve tüzel kişi, sahibi olduğu şeylerden barışçıl bir biçimde yararlanma hakkına sahiptir. Kamu yararı gerektirmedikçe ve hukukun öngördüğü koşullar ile uluslararası hukukun genel ilkelerine uyulmadıkça, hiç kimse sahibi olduğu şeylerden yoksun bırakılamaz.

Ancak yukarıdaki hükümler devletin, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını düzenlemek, vergiler ile diğer harç veya cezaların ödenmesini sağlamak için gerekli gördüğü yasaları yürürlüğe koyma yetkisini ortadan kaldırmaz.

AÇIKLAMA

Sözleşme'ye Ek Birinci Protokolün ("Protokol") birinci maddesinin (1. madde) kenar başlığı "mülkiyetin korunması" olduğu halde, Mahkeme bu maddenin "mülkiyet hakkı"nı güvence altına aldığını söylemiştir. Bu madde, gerçek ve tüzel kişilerin sahibi oldukları şeyleri devletin keyfi müdahalelerine karşı korumayı amaçlamaktadır. Bu hak, mutlak bir hak değildir; birinci ve ikinci fıkralarda gösterilen şartlara uygun olarak sınırlandırılabilir.

Uygulanabilirlik

Mülkiyet hakkı, kişinin sahip olduğu şeyler üzerindeki hakkını güvence altına alır. Bu maddenin uygulanabilir olması için, kişinin "sahip olduğu bir şey"e kamu makamları tarafından bir müdahalede bulunulmuş olması gerekir.

Maddenin içindeki "sahibi olduğu şey" teriminin karşılığı olarak, Fransızca metinde "biens", İngilizce metinde ise "possessions" sözcükleri kullanılmıştır. "Biens" kelimesi maddi eşya üzerindeki haklar ile maddi olmayan şeyler üzerindeki hakları ifade eder. Diğer yandan, İngilizce metindeki "possessions" kavramı, mülkiyet hakkından daha geniş olarak "sahip olunan şeyler" anlamını taşır. İngilizce metindeki "possessions" ve Fransızca metindeki "biens" sözcüklerine karşılık Türkçede "mal ve mülk" sözcüklerinin kullanıldığı da görülmektedir.

Mülkiyet hakkının konusu olan şeyler taşınır ve taşınmaz mallarla sınırlı değildir. Somut ve soyut varlıklar, hisse senetleri, patent, telif hakları, emeklilikte gelir elde etme hakkı, kiralanan bir mülkten gelir elde etme hakkı, belirli bir mesleği icra etme hakkı, müşteri çevresine sahip olma gibi varlık veya değerler de mülkiyet hakkı kapsamında yer alır.

Sahibi olduğu şeyden "barışçıl bir biçimde yararlanma" terimi İngilizce metinde "peaceful enjoyment" terimiyle karşılanmış, Fransızca metinde ise "droit au respect" ("saygı hakkı") olarak ifade edilmiştir. Bu kavramlar, sahip olunan şeyi kullanma, onarma, tasarrufta bulunma, rehin veya ipotek etme, kiralama, satma, hatta tahrip etme haklarını da içerir.

Bu madde mülkiyet hakkının kullanılmasını devlet müdahalelerine karşı korumaktadır. Genel olarak devletin mülkiyet hakkına müdahalesi, "mülkiyetten yararlandırmama", "mülkiyetten yoksun bırakma" ve "mülkiyetin kullanılmasını kontrol etme" şeklindeki tasarruflarıyla gerçekleşebilir. Mahkeme, devletin negatif yükümlülüğünün yanında, bazı hallerde devletin mülkiyet hakkını koruma şeklinde pozitif yükümlülüğünün de bulunabileceğini belirtir.

Kişinin "sahibi olduğu şey" kavramı

Bir başvurucu, ancak kendisinin 1. madde anlamında "sahibi olduğu şey"e bir müdahalede bulunulmuş olması halinde bu maddenin ihlal edildiğini iddia edebilir. Dolayısıyla bir olayda kişinin sahibi olduğu bir şeyin bulunup bulunmadığının tespiti, kişinin hakkının korunması ve bu maddenin olayda uygulanabilirliği açısından önem taşır.

Bu maddedeki kişinin "sahibi olduğu şey" kavramı, Sözleşme'nin özerk kavramlarından biridir. Diğer bir deyişle, Mahkeme, kişinin sahibi olduğu şey kavramına iç hukukta verilen anlamla bağlı değildir (*Saghinadze ve Diğerleri*, *§103*); bir şeyin bu madde anlamında kişinin sahibi olduğu bir şey oluşturup oluşturmadığını Mahkeme belirler.

1. maddenin koruduğu kişinin sahibi olduğu şey, "sahibi olduğu mevcut bir şey" olabileceği gibi, "malvarlığına ilişkin değerler" de olabilir. Malvarlığına ilişkin değerler kavramı, başvurucunun mülkiyet hakkından etkili şekilde yararlanmayı elde etme konusunda en azından "meşru beklentisi"nin bulunduğunu savunabileceği talepleri de içerir (*J.A. Pye* (*Oxford*) *Ltd ve J.A. Pye* (*Oxford*) *Land Ltd*, *§61*; *Maltzan ve Diğerleri* (*k.k.*), *§74*(*c*)).

Bu madde, mülkiyeti kazanma veya edinme hakkını güvence altına almaz (*Van der Mussele*, *§48*; *Kopecky [BD]*, *§35*; *Slivenko ve Diğerleri* (*k.k*), *§121*). Mülkiyet hakkı mevcut olmalıdır (*Marckx*, *§50*; *Anheuser-Busch Inc*., *§64*).

Mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikâyet eden bir kimse, önce böyle bir hakkının var olduğunu kanıtlamak zorundadır (*Pistorova*, *§38*; *Des Fours Walderode* (*k.k.*), *no. 40057/98*; *Zhigalev*, *§131*). Bir başvurucunun 1. maddeye göre korunmayı gerektiren mülkiyete ilişkin bir menfaate sahip olup olmadığı konusunda bir uyuşmazlık bulunması halinde, Mahkeme'nin başvurucunun hukuki durumunu karara bağlaması gerekir (*J.A. Pye* (*Oxford*) *Ltd ve J.A. Pye* (*Oxford*) *Land Ltd*, *§61*).

Kişinin sahibi olduğu şeyler, fiziksel eşyalarla sınırlı değildir. Kişinin belirli bazı hakları ve menfaatleri de bu madde bakımından "sahibi olduğu şeyler" olarak görülebilir ve böylece mülkiyet hakkının güvencesinden yararlanırlar. Her olayda incelenmesi gereken husus, bir bütün olarak ele alındığında olaydaki şartların başvurucuya 1. maddede korunan bir maddi menfaat sağlayıp sağlamadığıdır (*Depalle*, *§62*; *Anheuser-Busch Inc.*, *§63*).

Mülkiyet hakkına ilişkin menfaat bir alacak niteliğinde ise, bu alacak konusunda "gerçek bir uyuşmazlık" veya "savunulabilir bir iddia"nın varlığına dayanılması yeterli değildir. 1. madde bakımından bir ödeme istemi, ancak ulusal hukukta yeterli bir dayanak olduğunda, örneğin ulusal mahkemelerin bunu teyit eden yerleşik içtihatları bulunduğunda bir "malvarlığı" olarak kabul edilebilir (*Plechanow*, *§83*; *Vilho Eskelinen ve Diğerleri*, *§94*; *Kopecky*, *§52*). Bir mahkeme hükmünden doğan bir alacak, icra edilebilir olduğu yeterince ortaya koyulması halinde, "malvarlığı" oluşturur (*Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis*, *§59*; *Burdov*, *§40*).

Mahkeme'ye göre, mülkiyetten ya da başka bir ayni haktan yoksun bırakma anlık bir işlemdir; sürekli bir durum yaratmaz (*Malhous* (*k.k.*), *no. 33071/96*).

Protokolün 1. maddesi, Sözleşmeci Devletlere Protokolü onaylamadan önce kendi üzerlerine geçirdikleri mülkiyeti iade etmelerini gerektiren genel bir yükümlülük yüklediği şeklinde yorumlanamaz. Ama devletler mülkiyeti iade etme konusunda düzenlemeler yapabilirler. 1. madde Sözleşmeci Devletlerin, iade edilecek mülkiyetin kapsamını belirleme ve eski maliklerin mülkiyet haklarını iade ederken koşulları seçme serbestlikleri üzerinde herhangi bir kısıtlama koymaz. Sözleşmeci Devletler, özellikle belirli kategorideki eski maliklerin bu tür bir iade hakkından hariç tutulmaları konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptir. Bu şekilde hariç tutulan belirli kategorideki maliklerin iade talepleri, 1. maddedeki korumadan yararlanmak için "meşru beklenti"ye temel oluşturmaz. Bu bağlamda, eğer devletler bu tarz taşınmazları iade etmeye karar vermişlerse, bu iade işleminin kapsamını ve koşullarını serbestçe belirleyebilirler (*Jantner*, *§34*).

Protokolü onaylayan bir Sözleşmeci Devlet, önceki rejimde müsadere edilmiş mülkiyetin tamamen veya kısmen iadesini öngören bir yasa çıkaracak olursa, böyle bir yasanın koşullarını taşıyan kişiler için 1. madde tarafından korunan yeni bir mülkiyet hakkı doğurduğu kabul edilebilir. Sözleşmeci Devlet tarafından Protokolün onaylanmasından önce iade veya tazminat getiren düzenlenmeler, onaylamadan sonra da yürürlükte bulunuyorsa, aynı şey geçerlidir (*Maltzan ve Diğerleri* (*k.k.*), *§74*).

Mülkiyet hakkının tanınması ümidi, 1. madde anlamında "malvarlığı" olarak kabul edilemez (*Malhous* (*k.k.*)). Ayrıca etkili bir şekilde kullanılmasının mümkün olmadığı bir mülkiyet hakkının yeniden tanınması beklentisi, "meşru bir beklenti" olarak değerlendirilemez ve mülkiyet hakkı kapsamında koruma görmez. Koşula bağlı bir alacak hakkı da böyledir; çünkü o koşul gerçekleşmez ise, bu hak ortadan kalkmaktadır (*Prince Hans-Adam II de Liechtenstein*, *§82 ve 83*).

Daha önce yürürlükte bulunan bir Kanunun başvurucunun lehine olarak değiştirileceği inancı, 1. madde bakımından meşru beklenti olarak görülemez. Bir iade ümidi ne kadar anlaşılabilir olursa olsun, salt bir iade ümidi ile meşru beklenti arasında fark vardır; meşru beklentinin salt bir ümitten daha somut nitelikte olması ve bir yasa hükmüne veya yargısal karar gibi hukuki bir işleme dayanması gereklidir (G*ratzinger ve Gratzingerova* (*k.k.*), *§73*).

Gelecekteki gelir, ancak kazanılmış ise veya gelire yönelik icra edilebilir bir alacak mevcut ise, "malvarlığı" oluşturur (*Ian Edgar* (*Liverpool*) *Ltd* (*k.k.*); *Wendenburg ve Diğerleri* (*k.k.*)).

1. madde, mesleki uygulamaları ve müşterileri de kapsar, çünkü bunlar birçok yönden özel hak niteliğine sahip varlıklar olup, malvarlığına ilişkin değerleri oluştururlar; bu nedenle 1. maddenin birinci cümlesi anlamında malvarlığına ilişkin değerler olarak kabul edilirler (*Lederer* (*k.k.*); *Buzescu*, *§81*).

Bir iş yapma ruhsatı, malvarlığına ilişkin bir değer oluşturur; ruhsatın iptali, 1. maddede güvence altına alınan hakka bir müdahaledir (*Megadat.com SRL*, *§62-63*; *Bimer S.A.*, *§49*; *Tre Traktörer Aktiebolag*, *§53*).

1. madde devletlere, tasarrufları sistematik biçimde endeksleme yoluyla mali kurumlara yatırılan paranın satın alma gücünü koruma şeklinde genel bir yükümlülük yüklemez (*Rudzinska* (*k.k.*); *Gayduk ve Diğerleri* (*k.k.*)). Bu madde, devletleri alacakların değerini korumaya veya özel alacaklar için geçerli olan oranda enflasyonla uyumlu bir gecikme faiz oranı uygulamaya da zorlamaz (*Todorov* (*k.k.*)).

Protokolün 1. maddesi, fikri mülkiyete ve ticari marka tescil başvurusuna uygulanır (*Anheuser-Busch Inc*., §72). Ayrıca ekonomik bir değeri bulunan bir şirket hissesi, sahip olunan şey olarak kabul edilebilir (*Olczak* (*k.k.*)).

1. maddenin uygulanabilirliği açısından, katkı paylı yardım ile katkı payı olmayan yardım arasında bir ayrım yapmanın bir dayanağı yoktur. 1. madde bir sosyal güvenlik ödemesi alma hakkı içermediği halde, eğer bir Sözleşmeci Devletin yürürlükteki mevzuatında, önceden prim ödeme şartıyla veya şartsız olarak, sosyal yardım şeklinde bir ödeme yapılması öngörülmüş ise, bu mevzuatın şartlarını yerine getiren kişiler bakımından 1. madde kapsamına giren mülkiyetle ilgili bir menfaat doğduğu kabul edilmelidir (*Stec ve Diğerleri* (*k.k.*), §53-55; *Andrejeva*, *§77*).

Bazı hallerde devletin mülkiyet hakkını koruma şeklinde pozitif yükümlülüğü de doğabilir. *Öneryıldız – Türkiye* kararında Mahkeme, mülkiyet hakkının kullanımı bakımından kamu makamlarının sadece bu alanda keyfi müdahalede bulunmalarının değil; aynı zamanda hakkın etkili kullanımı için pozitif önlemler almalarının gerekebileceğini kabul etmiştir. Bu çerçevede, kişiler arasındaki ilişkilerde de devletin bazı pozitif önlemler alması gerekebilir (*Broniowski*, *§143*). Devletin alması gereken önlemler elbette olaydan olaya değişir. *Öneryıldız* davasında başvurucu, kamu makamlarının görevlerini ihmal etmeleri nedeniyle çöplüğün patlaması sonucu sahip olduğu mülkiyeti kaybetmiştir. Bu davada devletin alması gereken önlemler geniş kapsamlıdır; çünkü çevresel etkisi ağır kamusal bir etkinlik söz konusudur.

Sözleşme'nin 6. maddesi ile Protokolün 1. maddesi, devlete yargı kararlarının icrası bakımından etkili bir sistem kurma yükümlülüğü öngörmektedir (*Fouklev*, *§84*). Bu nedenle, bir yargı kararının icrasıyla görevli kamu makamları, bu yargı kararının icrasını engellemekte ya da kararın icrası için gerekli özeni göstermemekteyse, bu tutum Sözleşme'nin ihlal edilmesi anlamına gelir.

Mahkeme, *Blumberga – Letonya* kararında şöyle demiştir: "Kişinin sahibi olduğu şeyden yararlanma hakkına özel bir şahıs tarafından bir müdahale bulunulması halinde, devlet bakımından bir pozitif yükümlülük doğar. Buna göre, o devlet kendi iç hukukunda mülkiyet hakkını yeterince koruyan düzenlemeler ve mağdur olan kişiye haklarını korumak ve özellikle zararın tazminini istemek için uygun bir başvuru yolu kurmak zorundadır. Bu yükümlülük, ilgili devletin koruyucu önlemler ve tazmin tedbirleri almasını gerektirir. Eğer bu müdahale bir suç niteliğinde ise, devletin bu yükümlülüğü ayrıca yetkililerin etkili bir soruşturma yapma ve gerekirse kovuşturma yapmalarını gerektirir (*§*67).

'Meşru beklenti' kavramı

Meşru beklenti kavramı, temelsiz bir hak kazanma beklentisi değil; somut nitelikte, ulusal hukukta belirli bir yasa hükmüne, istikrarlı bir içtihada dayanan bir yargı kararı gibi hukuki bir tasarrufa dayanan bir beklenti anlamına gelmektedir. "Beklenti", bir yasa hükmüne veya aynî menfaatle ilgili hukuki bir işleme dayanıyor ise, "meşru beklenti"dir (*Saghinadze ve Diğerleri, §103*). Mahkeme bu özellikleri taşıyan bir beklentiyi, "malvarlığına ilişkin bir değer" olarak kabul etmekte ve mülkiyet hakkı kapsamında koruma altına almaktadır. Ancak bu kavramın Mahkeme içtihadı yoluyla geliştirildiği ve bu nedenle sınırları çizilmiş bir tanımının verilmesinin mümkün olmadığını da vurgulanmalıdır.

Mahkeme içtihatlarına göre, 1. madde tarafından korunan bir "meşru beklenti"nin bulunup bulunmadığı belirlenirken, "gerçek bir uyuşmazlık" veya "savunulabilir bir iddia"nın varlığı yeterli değildir (*Kopecky*, *§52*; *Vilho Eskelinen ve Diğerleri*, *§94*). Meşru beklenti kavramı, Mahkeme içtihadında ilk kez, *Pine Valley Developments Ltd ve*

Diğerleri – İrlanda kararında kullanılmıştır. Bu davada başvurucular imar müdürlüğü tarafından verilmiş, üzerinde sanayi depoları ve işyeri kurabilecekleri yönünde bir ön imar izni olan bir taşınmaz satın almışlardı. Ancak daha sonra imar planlarında yapılan değişiklik ile başvuruculara imar izni verilmemiştir. Başvurucuların taşınmazının değeri, üzerinde inşaat yapılamaması nedeniyle düşmüş ve bu taşınmaz alındığı fiyatın çok altında bir fiyata satılmıştır. Mahkeme, taşınmaza ilişkin bir ön imar izninin verilmiş olmasını ve bu izne dayanarak şirketin taşınmazı ön imar izninde öngörülen amaç çerçevesinde inşaat yapmak üzere satın almasını, bu mülkiyetin bir öğesi olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre, bu davada mülkiyet hakkına benzer nitelikte koruma altına alınan "meşru beklenti" söz konusudur. Başvurucular bu taşınmazı satın aldıklarında üzerinde imar imkânı olduğunu belirten hukuken geçerli ve ilgili sicile dayalı bir ön sertifikaya güvenmişlerdir. Mahkeme'ye göre, bu koşullar altında başvurucuların taşınmazları üzerinde planladıkları yapılaşmayı gerçekleştirecekleri yönünde "meşru bir beklenti"ye sahip olduklarını kabul etmek gereklidir.

Stretch – Birleşik Krallık kararında ise, başvurucu bir yerel yönetimden yirmi iki yıl süreyle bir arazi kiralamıştır. Kira sözleşmesi gereğince başvurucu kira bedeli ödeyecek ve bu araziye hafif sanayi için altı adet bina inşa edecektir. Kira sözleşmesi ayrıca, kira süresinin bitiminde yirmi bir yıllık dönem için kira sözleşmesinin yenilenmesi ihtimalini içermektedir. Sürenin sonunda, yerel yönetimin kira sözleşmesine yenileme hükmü koymak suretiyle yetkisini aştığı gerekçesiyle kira sözleşmesi yenilenmemiştir. Bu davada Mahkeme, kira sözleşmesinin yenilenmesi koşulunu kiralayan başvurucu açısından mülkiyet hakkını tamamlayıcı içerikte bir "meşru beklenti" olarak değerlendirmiştir.

Yukarıda sözü edilen iki davada başvurucuların meşru beklentileri mülkiyet hakkı üzerinde etki yapması kaçınılmaz olan sağlam sözleşme hukukuna dayalıdır. Başvurucuların akdettikleri sözleşmenin geriye dönük olarak kendi aleyhlerine fesih edilmeyeceği beklentisi içinde olmaları için, iç hukukta sağlam hukuki temeller mevcuttur. *Pressos Compania Naviera S.A. ve Diğerleri – Belçika* kararında ise, "meşru beklenti" kavramı başka bir açıdan ortaya çıkmaktadır. Bu davada söz konusu olan alacak hakkı, Belçikalı pilotların ihmali sonucunda meydana gelen havayolu kazalarının tazminiyle ilgilidir. Belçika hukukuna göre alacak, zararın meydana geldiği anda doğmaktadır. Mahkeme, önce bu alacağı "malvarlığı değeri" olarak nitelendirmiş ve mülkiyet hakkının koruması kapsamında değerlendirmiştir. Daha sonra Belçika Temyiz Mahkemesinin bir dizi kararına dayanarak, başvurucuların bir havayolu kazasından doğan alacak haklarının somutlaştığını görmelerinin onlar açısından bir "meşru beklenti" olarak nitelendirilebileceğine karar vermiştir. Bu davada, *Pine Valley Developments Ltd ve Diğerleri* ve *Stretch* kararlarından farklı olarak Mahkeme "meşru beklenti" kavramını, ileri sürülen mülkiyet hakkının tamamlayıcısı olarak değerlendirmemiştir. Buna karşın, Mahkeme'ye göre bu tarz bir meşru beklentinin Protokolün birinci maddesi anlamında "malvarlığı değeri" söz konusu olmadığında ortaya çıkması mümkün değildir. Aslında "meşru beklenti" kavramının kendisi bizzat "malvarlığı değerini" oluşturmakta ve bu bağlamda alacak hakkına bağlanmaktadır. Ancak burada söz konusu olan alacak hakkı iç hukukta yeterli kesinlikte tanınmış olmalı, yerleşik bir ulusal hukuk içtihadına dayanmalı ve dava konusu zararlara halen uygulanabilir olmalıdır (*Kopecky*, *§48*).

Gratzinger ve Gratzingerova – Çek Cumhuriyeti kararında Mahkeme, başvurucunun 1991 yılında malların iadesine ilişkin bir kanuna dayanarak taşınmazının geri verilmesi talebinin reddedilmesi işlemini Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucu bu iade kanunun en temel koşullarından birisini, ilgili devletin vatandaşı olma koşulunu taşımadığı için talebi reddedilmiştir. Mahkeme bu davada basit bir beklenti ile "meşru beklenti" arasındaki ayırıma dikkat çekmiş ve meşru beklentinin somut bir

temelinin bulunması, bu çerçevede bir yasal düzenlemeye veya yargı kararı gibi hukuki bir işleme dayanması gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca eğer mevzuatın uygulanmasında farklılık varsa ve istikrarlı bir uygulama mevcut değilse, yine meşru beklentiden söz edilemez.

Müdahale koşulları

Mülkiyet hakkına kamu makamları tarafından yapılan bir müdahale çeşitli görünümlerde olabilir. Müdahale bazen mülkiyet hakkının kullanılmasına getirilen bir sınırlama olabileceği gibi, bazen kişiyi mülkiyetinden yoksun bırakan bir tasarruf söz konusu olabilir. Bir müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal etmeden gerçekleşmesi için üç temel koşul yerine getirilmiş olmalıdır. Bu koşullar şunlardır: Müdahale hukuki bir temele dayanmalıdır (hukukilik ilkesi); müdahale kamu yararı amacı taşımalıdır (meşru amaç); müdahale izlenen meşru amaçla orantılı olmalıdır (orantılılık ilkesi). Bu koşullar aşağıda ayrıntılı olarak incelenecektir. Ayrıca 1. maddenin ikinci cümlesinde kişiyi sahibi olduğu şeyden yoksun bırakma için "uluslararası hukukun genel ilkelerine" koşulundan söz edilmektedir. Sözleşmede "uluslararası hukukun genel ilkelerine" yapılan atfın kapsam ve anlamı, *James ve Diğerleri – Birleşik Krallık* kararında uzun uzun tartışılmıştır.

James ve Diğerleri kararında Mahkeme, 1. maddenin ikinci cümlesinde yer alan "uluslararası hukukun genel ilkeleri" ifadesinin, en az iki anlama geldiğini belirtmiştir. İlk olarak bu atıf, vatandaş olmayanlara, uluslararası hukukun ilgili ilkelerine dayanarak, haklarının korunması için Sözleşme mekanizmasına doğrudan başvurabilme imkânı sağlamaktadır; aksi takdirde bunu yapabilmek için diplomatik kanallara veya sorunun çözümü için diğer mevcut araçlara başvurmak zorunda kalacaklardır. İkinci olarak bu atıf, vatandaş olmayanlara, Protokolün yürürlüğe girmesinin kendilerinin haklarını azalttığı şeklindeki muhtemel iddialara karşı bir güvence sağlamaktadır.

Kamu yararı amacı bulunması

1. maddenin ilk fıkrasında mülkiyetten yoksun bırakma işlemi bakımından "kamu yararı" meşru amacı öngörülmektedir. Buna karşılık, ikinci fıkrada "mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını düzenlemek"ten söz edilmektedir. Ancak bu iki fıkrada kullanılan "kamu yararı" ve "genel yarar" kavramları arasında esaslı herhangi bir farkın olduğu söylenemez. Devletin pozitif yükümlüğünün söz konusu olduğu durumlarda da, kamu makamlarının hareketsizliğinin dayandığı meşru bir amaç olmalıdır (*Broniowski*, §148). Nitekim 1. maddenin temelinde yer alan "adil denge" ilkesi, mülkiyet hakkına bir müdahale söz konusu olduğunda toplumun genel yararının varlığını gerektirir. Ayrıca bu maddede yer alan bütün müdahale tarzları kendi aralarında belirli bir ilişki içindedir ve bütün müdahalelerin uymak zorunda olduğu hukuki rejim, nihayetinde ilk cümlede yer alan "mülkiyet hakkına saygı" ilkesi ile bağlantılıdır. O halde, her ne tarzda olursa olsun, mülkiyet hakkına bir müdahale meşru amacı izlemiyor ise, 1. madde ihlal edilmiş olur (*Beyeler*, *§111*).

Bir müdahalenin izlediği kamu yararı meşru amacını tanımlamak öncelikle devlete düşer. Kamu makamlarının toplumun ihtiyaçlarını ve kamunun yararını en uygun biçimde tanımlama konusunda uluslararası bir mahkemeye göre daha iyi bir konumda oldukları açıktır. Bu nedenle, Sözleşme'nin kurmuş olduğu insan haklarını koruma sisteminde, mülkiyetten yoksun bırakma ya da mülkiyeti iade etme dâhil, genel yararın haklı kıldığı mülkiyet hakkına ilişkin tedbirlerin gerekliliği konusunda ilk söz, ulusal yetkililere düşer. Bu çerçevede kamu makamları belirli bir takdir alanına sahiptirler.

Kamu makamları bir ekonomik veya toplumsal siyaseti hayata geçirmek amacıyla mülkiyet hakkına müdahale etmiş ise, meşru amacın olduğu varsayılır. Böyle bir durumda

bu amacın izlenmediğini iddiasını kanıtlama külfeti, iddia eden başvurucuya düşer (*Broniowski*, *§148*).

Ayrıca "kamu yararı" kavramı doğası gereği geniş bir kavramdır. Özellikle belirli bir tazminat karşılığında mülkiyet hakkından yoksun bırakmayı düzenleyen yasalar, birçok siyasal, ekonomik ve sosyal sorunun bir arada değerlendirilmesini gerektirir. Ekonomik ve sosyal bir politika izlemek konusunda devletlerin geniş bir takdir alanı olduğu kuşkusuzdur. Mahkeme, bugüne kadar verdiği kararlarda, açıkça makul bir temelden yoksun durumlar dışında, Sözleşmeci Devletlerin "kamu yararı" kavramının gerekliliklerini nasıl anladıkları konusunda aldığı kararlara saygı gösterdiğini belirtmiştir (*James ve Diğerleri*, *§46*; *Eski Yunan Kralı ve Diğerleri*, *§87*).

Malikleri taşınmazlarını özel şahıslara devretmeye zorlayan bir tedbir, kamu yararı amacına sahip olabilir mi? *James ve Diğerleri* kararı, 1967 tarihli Kira Reform Yasasının kabul edilmesi ile bir bölgedeki evlerde oturanlara bazı koşullarda evlerin mülkiyetini kazanma hakkı tanınması ve kiracıların bu hakkı kullanmaları üzerine, başvurucu maliklerin evler üzerindeki mülkiyet haklarını kaybetmeleri hakkındadır. Başvurucular, mülkiyetten yoksun bırakma kuralındaki "kamu yararı" amacının, mülkiyetin sadece genel olarak toplumun yararı için, kamusal bir amaçla elden alınması halinde yerine getirilmiş olacağını ve bunun doğal sonucu olarak, bir kimsenin mülkiyetinin diğer bir kimseye sadece o kimsenin menfaati için devredilmesinin, hiçbir şekilde "kamu yararı" koşuluna uygun olmadığını ileri sürmüşlerdir. Komisyon ve Hükümet, ise, bir kimsenin mülkiyetinin meşru sosyal politikalar gereğince diğer özel bir kimseye devrinin gerçekleştirilmesi halinde, bunun ilke olarak "kamu yararına" olduğunun kabul edilebileceği görüşündedirler.

James ve Diğerleri kararında Mahkeme, mülkiyetten yoksun bırakma işleminin, özel bir kişiye özel bir menfaat sağlamak için gerçekleştirilmesi halinde, bu müdahalenin "kamu yararı" amacını izlediğinin kabul edilemeyeceğini belirtir. Bununla birlikte, Mahkeme'ye göre bazı koşullarda, bir kimsenin özel mülkiyetinin başka bir kimseye zorunlu devri, kamu yararının gerçekleştirilmesi için meşru bir araç olabilir. Bu bağlamda, Sözleşmeci Devletlerin anayasalarında, yasalarında veya içtihatlarında, "kamunun kullanımı amacıyla" gibi ifadelerin yer aldığı metinlerde bile, kamu yararı kavramının, özel şahıslar arasında mülkiyetin zorunlu devrini hukuk dışı saydığı ortak bir ilke tespit edilememiştir. Mahkeme'ye göre, "kamu yararına" ifadesinden, devredilen mülkiyetin genel olarak kamunun kullanımına açılması ve hatta toplumun önemli bir bölümünün bu devirden doğrudan yararlanması gerektiği anlamı çıkmaz. Sosyal adaleti sağlamayı amaçlayan bir politika gereğince mülkiyetin elden alınması da "kamu yararına" bir işlem olarak nitelendirilebilir (*James ve Diğerleri*, *§40 ve 41*).

Hukuken öngörülmüş olması

1. maddeye göre, kamu makamlarının mülkiyet hakkına müdahalesi hukuki bir temele dayanmalıdır. Hukukilik ilkesi, ilk olarak, 1. maddenin ikinci cümlesinde kullanılır: "Hukukun öngördüğü koşullar(a) ... uyulmadıkça, hiç kimse sahibi olduğu şeylerden yoksun bırakılamaz". Aynı maddenin ikinci fıkrasına göre, devletler, mülkiyetin kullanılmasını kontrol ederken, gerekli gördüğü yasaları yürürlüğe koyma" yetkisine sahiptirler. O halde, mülkiyet hakkını sınırlandıran düzenlemeler de "hukukilik" ilkesine tabidir. Demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü, Sözleşme maddelerinin tümünün özünde vardır. Bu ilke, devletin ve kamu makamlarının aleyhlerine verilmiş yargı kararlarına uymaları gerekliliğine işaret eder. Bu nedenle Mahkeme'ye göre, toplumun genel yararı ile bireyin temel hakları arasında "adil bir denge" arayışı, ancak bir müdahale hukukilik ilkesine uygun ise ve keyfi değilse gerçekleşebilir (*Iatridis*, *§58*; *Sporrong ve Lönnroth, §69*).

Mahkeme, hukukilik ilkesinin iç hukukta yeterince erişilebilir, açık ve sonuçları önceden görülebilir kuralların bulunması anlamına geldiğini belirtmiştir (*Hentrich*, *§42*; *Lithgow ve Diğerleri*, *§110*; *La Rosa ve Alba* (no 1), *§76*). Bu çerçevede, içtihat yoluyla geliştirilmiş bir ilkenin varlığı da hukukilik ilkesini karşılayabilir. Ancak Mahkeme, dolaylı kamulaştırma davalarının söz konusu olduğu *Carbonara ve Ventura – İtalya* davasında çelişkili sonuçlara varan bir içtihadi uygulamanın hukukilik ilkesinin gereklerini karşılamadığını belirtmiştir.

Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı – Türkiye kararı, Osmanlı İmparatorluğu döneminde Fener'deki Rum Lisesinde eğitime kolaylık sağlamak amacıyla kurulmuş bir vakfın mülkiyet edinme rejimine ilişkindir. Vakfın kuruluş senedi, Lozan Antlaşmasına uygundur. Başvurucu vakıf, bu vakıfların tüzel kişilik kazanmalarını sağlayan 2762 sayılı Yasaya uygun olarak, 1936 yılında amaçlarını ve taşınmaz malvarlığını gösteren bir beyanname vermiştir. Daha sonra vakıf 1952 yılında İstanbul'daki bir binanın bir kısmını bağış olarak kabul etmiş ve 1958 yılında bir bina satın almıştır. 1992 yılında Hazine, başvurucu vakfın bu taşınmazlar üzerindeki mülkiyet hakkının iptali ve tapu sicilinin düzeltilmesi talebiyle dava açmış, İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi 7 Mart 1996'da davayı kabul etmiştir. Bu mahkeme, Yargıtay'ın 8 Mayıs 1974 tarihli kararına da dayanarak, üyelerini Lozan Antlaşmasında tanımlanan dinsel azınlıkların oluşturduğu ve kuruluş senetlerinde taşınmaz mal edinme yetkileri bulunmayan vakıfların, sonradan taşınmaz mal edinemeyeceklerine ve bağış kabul edemeyeceklerine karar vermiştir. Böylece, bu vakıfların taşınmaz malları, kuruluş senetlerinde gösterilen mallarla sınırlandırılmaktaydı. Yargıtay bu kararı 9 Aralık 1996'da onamıştır. Başvurucu vakıf Ekim 2000'de Vakıflar Genel Müdürlüğüne başvurmuş ve kuruluş senedini değiştirme ve taşınmaz mal edinme izni istemiştir. Bu talep reddedilmiştir.

Başvurucu vakıf, mülkiyet hakkının ortadan kaldırılmasından şikâyetçi olmuştur. Başvurucuya göre, ulusal mahkemeler tarafından yorumlandığı şekliyle Türk mevzuatı, Lozan Antlaşmasındaki dinsel azınlıklar tarafından kurulmuş vakıfların taşınmaz mal edinme imkânlarını ortadan kaldırdığı için Protokolün 1. maddesindeki mülkiyet hakkı ve diğer vakıflarla karşılaştırıldığında Sözleşme'nin 14. maddesindeki ayrımcılık yasağı ihlal edilmektedir.

Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı kararında Mahkeme, başvurucu vakfın iki adet taşınmazı kazanmasından 38 ve 44 yıl sonra tapudan adının silinmesinin mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale olarak değerlendirmiştir. Mahkeme'ye göre bu müdahale 1. maddedeki hukukilik koşulunu yerine getirmemektedir. Mahkeme bu sonuca varırken, ilk olarak, 2762 sayılı Kanunun herhangi bir hükmünün, azınlık vakıflarının 1936 beyannamesinde gösterdikleri dışında taşınmaz mal edinmelerini yasaklamadığını vurgulamıştır. Taşınmazların edinildiği tarihlerde (1952 ve 1958'de) herhangi bir Hükümet kurumu bu işlemlere karşı çıkmamıştır. Aksine başvurucu vakfın mülkiyeti, valiliğin verdiği belgeyle ve tapuya tescille geçerli hale gelmiştir. Başvurucu vakfın tapularının iptali kararları 1974 yılında Yargıtay tarafından kabul edilen bir içtihada dayanmaktadır. Mahkeme'ye göre taşınmazları bu içtihattan yıllar önce edinen başvurucu için bu hukuki temel önceden görülebilirlik ilkesine uygun değildir. Mahkeme, 1952 ve 1958'deki mülkiyet edinme sırasında başvurucunun o dönemdeki Türk hukukuna göre bu işlemlerin hukuki temeli olduğuna inandığını ve taşınmaz mal edinebilme ehliyeti konusunda, 1974 içtihadının kabulüne kadar "hukuk güvenliği" bulunduğunu vurgulamıştır. Mahkeme'ye göre, bu taşınmaz malların iktisabından on altı ve yirmi iki yıl sonra kabul edilen bir içtihada dayanarak söz konusu taşınmazlara ilişkin tescillerin iptal edilmesi, başvurucunun gözüyle bakıldığında öngörülebilir değildir. Gerçekten de başvurucu, taşınmaz mal edinme ehliyeti konusunda sessiz kalan yürürlükteki hukuki metinlerin yeniden yorumuyla varılan içtihatla, yıllar önce

edindiği malik sıfatının iptal edilebileceğini öngöremezdi. Üstelik edinimlerini geçerli kılan bir belge veren idare, başvurucunun bu konuda ehliyetinin varlığını da kabul etmiştir. Taşınmazların bu şekilde tapuya tescilinden sonra 38 ve 44 yıl boyunca başvurucu taşınmazların kanuni maliki olarak bunlardan faydalanabilmiş ve harç ve vergilerini de ödemiştir. Bu gerekçelerle Mahkeme, müdahalenin hukukilik ilkesiyle bağdaşmadığı ve başvurucunun mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Adil denge kurulması

Bir kimsenin mülkiyet hakkına müdahale eden bir işlem, hem ilke olarak hem de uygulamada "kamu yararı" meşru amacını izlemeli, aynı zamanda kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurmalıdır (*Ashingdan*e, *§57*). Orantılılık koşulu, *Sporrong ve Lönnroth – İsveç* kararında, toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında "adil denge" kavramıyla ifade edilmiştir (*Sporrong ve Lönnoth*, *§69*). Bireye "aşırı külfet" yüklenmesi halinde, gerekli denge kurulamayacaktır. Mahkeme bu ifadeyi *Sporrong ve Lönnoth* kararında, birinci fıkranın birinci cümlesindeki sahibi olduğu şeylerden yararlanma kuralı bağlamında söylemiş olmakla birlikte, "Protokolün 1. maddesinin" bir bütün olarak, aranan "bu dengeyi yansıttığına" işaret etmiştir (*ibid*, *§69*). O halde, 1. maddeye göre, bir müdahalenin mülkiyet hakkını ihlal etmemesi için sadece bir meşru amaca dayalı olması ve hukukilik koşulunu yerine getirmesi yetmez; bu müdahalenin aynı zamanda, "toplumun genel yararı ile bireyin temel haklarının korunması gereği" arasında bir "adil denge" kurması gerekir.

Orantılılık ilkesi her somut olayda o olayın koşulları dikkate alınarak değerlendirilmek durumundadır. Mülkiyetten yoksun bırakmaya ilişkin bir tedbir söz konusu olduğunda, ancak bu malın piyasa değeriyle makul şekilde orantılı bir tazminatın ödenmesi halinde, müdahalenin "adil dengeyi" bozmadığı kabul edilmektedir. Buna karşılık devletlerin, 1. maddenin ikinci fıkrasından doğan, genel yarara uygun gördükleri yasaları çıkarmak suretiyle bu amaca uygun olarak mülkiyetin kullanılmasını sınırlandırma hakları söz konusu olduğunda, orantılılık ilkesi mutlaka bir tazminatın ödenmesini gerektirmez.

Müdahale türleri

Protokolün birinci maddesi üç ayrı kural içermektedir (*Sporrong ve Lonnroth*, §61). Genel nitelikte olan birinci kural, mülkiyete saygı hakkını ifade etmektedir. Bu kural, birinci fıkranın birinci cümlesinde yer almaktadır: "Her gerçek ve tüzel kişinin sahibi olduğu şeylerden barışçıl bir biçimde yararlanma hakkına sahiptir". Kişinin sahibi olduğu şeylerden yararlandırılmasının engellenmesi mülkiyet hakkına bir müdahale oluşturur.

İkinci kural, mülkiyet hakkının kişinin elinden alınması ile ilgilidir. Bu kural, aynı fıkranın ikinci cümlesinde yer almaktadır: "Kamu yararı gerektirmedikçe ve hukukun öngördüğü koşullar ile uluslararası hukukun genel ilkelerine uyulmadıkça, hiç kimse sahibi olduğu şeylerden yoksun bırakılamaz". Kişinin sahibi olduğu mülkün elinden alınması, mülkiyet hakkına bir başka müdahale oluşturur.

Üçüncü kural devletin, başka şeylerin yanında, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını düzenlemek amacıyla gerekli gördüğü yasaları yürürlüğe koyma yetkisi bulunduğunu göstermektedir. Maddenin ikinci fıkrasında yer alan bu hüküm, devlete mülkiyetin kullanılmasını kontrol yetkisi vermektedir. Bu da devletin mülkiyet hakkına bir diğer müdahale şeklidir.

Birinci kural: Mülkiyetten yararlanmayı engelleme

Mülkiyet hakkından yararlanmaya ilişkin birinci kuralın kapsamını belirlemek, mülkiyetten yoksun bırakmayı ve mülkiyetin kullanılmasını kontrol etmeyi öngören ikinci ve üçüncü kurallara göre daha zordur. Birinci kural, ikinci ve üçüncü kural kapsamında incelenemeyecek müdahalelerin toparlandığı bir tür "torba kural" niteliğindedir.

Mülkiyetten yoksun bırakmaya yakın kısıtlamalar

Birinci kurala ilişkin ilk davalardan birisi *Sporrong ve Lönnroth – İsveç* davasıdır. Bu dava, kamulaştırma şerhlerinin ve inşaat yasaklarının taşınmazlar üzerinde doğurduğu sonuçlarla ilgilidir. İsveç Hükümeti, 1956 tarihinde Stockholm Belediyesine Sporrong Miras Şirketinin sahip olduğu taşınmazın da arasında bulunduğu bölgeyi kamulaştırması için izin vermiştir. Belediye, alışveriş caddelerinden birini ana yola bağlayan bir köprüyol yapmayı tasarlamıştır. Hükümet, kamulaştırmanın gerçekleştirileceği beş yıllık bir süre tespit etmiştir. Bu sürenin dolmasından önce Belediye, mal sahiplerine ödenecek tazminatı belirleyecek olan mahkemeye dava açmalıdır. Aksi halde, kamulaştırma izni ortadan kalkacaktır. Bu izin öncesinde bu taşınmazlar üzerinde inşaat yasağı konmuştur. Ancak hem bu yasak, hem de kamulaştırma izni ancak 1979 yılında kaldırılmıştır. Diğer yandan 1971 yılında Lönnroth'e ait bir taşınmaz hakkında da kamulaştırma izni verilmiştir. Ancak bu izin de 1979 yılında kaldırılmıştır. Uzun yıllar boyunca bu taşınmazlar üzerinde de yapılaşma yasağı mevcuttur. Başvurucular, kamulaştırma izinleri ve inşaat yasaklarının yürürlükte kaldığı sürenin uzunluğundan şikâyetçi olmuşlardır. Başvuruculara göre bu sınırlamalar, mülkiyetten yararlanma hakkına açık bir tecavüz oluşturmaktadır.

Mahkeme, *Sporrong ve Lönnroth* davasında idarenin almış olduğu kamulaştırma izninin, maliklerin mülklerini kullanma ve tasarruf etme haklarını ortadan kaldırmadığı, uygulamada bu hakkın kullanımına ciddi bir sınırlama getirdiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, söz konusu izin ve yasak, kamulaştırmadan önce her türlü kamulaştırmanın hukuka uygunluğunu tanımakla ve Stockholm Belediyesine gerekli gördüğü her zaman kamulaştırma yapma yetkisi vererek mülkiyet hakkının özüne dokunmaktadır. Bu nedenle, başvurucuların mülkiyet hakları zayıflamış ve mülkler elden çıkarılabilir hale gelmiştir. Ayrıca inşaat yasakları da başvuruların sahibi oldukları şeylerden yararlanma haklarını kısıtlamıştır (*§60*).

Mahkeme, *Sporrong ve Lönnroth* davasında birinci kurala uygunluk bulunup bulunmadığını düşünmeden önce, son iki kuralın uygulanabilir olup olmadığını konusuna eğilmiştir. Mahkeme'ye göre, mülkiyetten yoksun bırakmaya ilişkin ikinci kural uygulanamaz; çünkü başvurucuların mülkleri hiçbir zaman ellerinden alınmamıştır. Başvurucuların mülklerini kullanma, satma, vasiyet etme, bağışlama veya ipotek etme hakları mevcuttur. Ayrıca Mahkeme, bu durumun kamulaştırmasız el atma veya fiili kamulaştırma ile karşılaştırılamayacağını belirtmiştir. Elbette başvurucuların mülkiyet hakları ağır bir kısıtlamaya konu olmuştur; bu kısıtlamalar hakkın özünü zedeleyici niteliktedir. Bununla birlikte, Mahkeme'ye göre, hakkın özü ortadan kalkmamıştır. Bu nedenle, Mahkeme, bu davada birinci fıkranın ikinci cümlesini uygulama imkânı olmadığı sonucuna varır (*§63*).

Üçüncü kural bakımından ise Mahkeme, yapılaşma yasağının açıkça ikinci fıkradaki anlamıyla, başvurucunun mülkiyeti kullanmasını sınırladığını kabul etmiştir. Ancak Mahkeme, bu taşınmazlar bakımından kamulaştırma izinlerinin alınmış olmasına özel bir önem vermiş ve bu idari kararların, mülkiyetin kullanılmasını kontrol etmeyi amaçlamadığını, mülkiyetten yoksun bırakmaya giden sürecin ilk aşaması olduğunu vurgulamış ve bu müdahalenin ikinci fıkra kapsamına girmeyeceği sonucuna varmıştır. Bu gerekçe ile

Mahkeme, bu olayı 1. maddenin birinci fıkranın birinci cümlesine göre, başka bir anlatımla birinci kural altında incelemenin gerekli olduğu sonucuna varmıştır.

Mahkeme, *Sporrong ve Lönnroth* davasında birinci kural çerçevesinde gerçekleştirilen bir müdahalenin toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması arasında dengeyi koruması gerektiğini belirtmiştir. Oysa başvurucuların taşınmazları uzun yıllar boyunca önemli kısıtlamalara konu olmuştur. Mahkeme'ye göre, kamulaştırma izni ve yapılaşma yasağının yarattığı bu durum, mülkiyet hakkının korunması ile genel menfaatin gerekleri arasında sağlanması gereken dengeyi bozmuştur. Bu müdahaleler, ancak başvuruculara sürelerin kısaltılması veya tazminat taleplerinde bulunma imkânı verilmiş olması halinde meşru görülebilir. Oysa başvuruculara aşırı bir yük getirilmiştir. Mahkeme, 1. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, Spo*rrong ve Lönnroth* kararında geliştirdiği içtihadını daha sonra birçok kararında izlemiştir. *Terazzi SRL – İtalya* davasında, ileride kamulaştırılacak bir taşınmaz üzerinde şimdiden bir imar kısıtlaması koyulmasını (yapılaşma yasağını) birinci kural çerçevesinde incelemiştir. Mahkeme'ye göre, her ne kadar bu kısıtlamayla mülkiyet hakkı ortadan kalkmamış ise de, bu hakka müdahale mevcuttur. Ayrıca bu kısıtlamalar söz konusu taşınmazın kamulaştırılmasını hedeflediği için, Mahkeme bu davayı da *Sporrong ve Lönnroth* kararı çerçevesinde incelemiştir. Bu davada taşınmaz üzerinde otuz altı yıldır süren bir kısıtlama bulunması ve İtalyan hukukunun bu süregiden duruma bir tazmin imkânı tanımaması mülkiyet hakkının ihlali olarak nitelendirilmiştir.

Köktepe ve Diğerleri – Türkiye kararında Mahkeme, bir taşınmaza orman niteliği veren bir yargı kararı sonrasında ortaya çıkan durumu da birinci kural kapsamında incelemiştir. Bu davada başvurucu 1993 yılında bir tarım arazisini satın almıştır. Daha sonra bu tarım arazisine bir yargı kararı ile orman niteliği verilmiştir. Mahkeme, bir taşınmazın orman olarak nitelendirilmesinin, dava konusu dönemde yürürlükte olan mevzuat gereğince mülkiyet hakkının içeriğinin boşaltılması anlamına geldiğini ve bu sürecin taşınmazın mülkiyetinin idareye nakli ile sonuçlanacağını dikkate alarak, dava konusunu birinci kuralın kapsamında gördüğünü belirtmiştir. Türk hukukunda bu durum için herhangi bir tazminat rejiminin bulunmadığını tespit eden Mahkeme, bu davada adil dengenin bozulduğu gerekçesiyle mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Karmaşık mülkiyet statüsü

Mahkeme, mülkiyetin karmaşık bir görünüm aldığı durumlarda da birinci kuralı uygulama eğilimi içindedir. Bu konuya ilişkin Mahkeme'nin en önemli kararı *Beyeler – İtalya* davasıdır.

Beyeler davası, başvurucunun 1977 yılında aldığını iddia ettiği Vincent Van Gogh'un "Bahçıvan" adlı tablosunun idare tarafından önalımı hakkındadır. Başvurucu 1988 yılında, bu tabloyu satın aldığından çok daha yüksek bir fiyata bir Amerikan şirketine satmıştır. Ancak İtalya Devleti, başvurucunun bu tabloyu satın almış olduğunu idareye yasalara aykırı olarak bildirmediğini ileri sürmüş ve bu eserdeki önalım hakkına dayanmış ve tabloyu 1977'deki alış fiyatından satın almıştır. Başvurucu, bu durumun mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu davada ilk önce, 1. maddede yer alan üç kuralın birbirinden bağımsız olmadığını vurgulamıştır. İkinci ve üçüncü kurallar, mülkiyet hakkına yapılan müdahalelerin özel görünümleridir. O halde, Mahkeme'ye göre bu iki kural, ilk kuraldaki genel ilke çerçevesinde yorumlanmalıdır (*Beyeler*, *§98*).

Beyeler davasında Mahkeme, önce başvurucunun tablo üzerinde geçerli bir mülkiyet hakkı bulunup bulunmadığı konusunu incelemiştir. 1. maddede yer alan "sahibi olduğu

şey" kavramı, ulusal hukuklardaki tanımlardan özerktir. Mahkeme'ye göre, bir başvurucunun bu madde tarafından korunan temel bir yararının olup olmadığını belirlemek için, olayın hem hukuki unsurları ve hem de olayın içinde bulunduğu bütün koşullar dikkate alınmalıdır. Belirli bir kültürel, sanatsal ya da tarihsel değeri olan taşınırlar üzerindeki mülkiyet hakkı sınırlı bir hak olarak kabul edilse de, başvurucu tabloyu satın aldığı tarihten idarenin önalım hakkını kullandığı ve kendisine tazminat ödediği tarihe kadar, İtalyan hukukuna göre malik sıfatını taşımıştır. Nitekim İtalyan hukukunda önalım hakkı, bir tür kamulaştırma olarak değerlendirilmektedir. Ayrıca başvurucu bu tabloyu şirkete satmadan birkaç yıl önce, yetkililer başvurucuya devletin bu tabloyu satın almak istediklerini bildirmek suretiyle başvurucunun malik sıfatını tanımışlardır. Mahkeme bu unsurların, başvurucunun 1. madde anlamında "sahibi olduğu şey" bulunduğu gösterdiği ve bu maddenin olayda uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır (*Beyeler*, *§105*). Bu maddedeki hangi kuralın uygulanabilir olduğu konusunda Mahkeme, mülkiyetten yoksun bırakmaya ilişkin ikinci kuralın bu olayda uygulanabilir olup olmadığı konusunda karar vermesinin gerekli olmadığını belirtir. Mahkeme'ye göre maddi olayların ve hukuki durumun karmaşıklığı, olayın kesin olarak hangi kategoriye gireceğini belirlemesini engellemektedir. Bu durumda Mahkeme, bu olayı genel kural ışığında (birinci kural) incelemesi gerektiğine karar vermiştir (*ibid., §106*).

Mahkeme, mülkiyet hakkına yapılan müdahale bakımından adil dengenin gözetilip gözetilmediği konusunu, tablonun başvuruya geçtiği tarihten itibaren başvurucu ve idarenin davranışlarını inceleyerek ve özellikle idarenin güncel değerinin altında bir tutara tabloyu önalım hakkına dayanarak satın aldığını göz önünde tutarak, mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Yargı kararlarının icra edilmemesi

Eğer kesinleşmiş bir yargı kararının icra edilmemesi kişinin mülkiyet hakkına zarar vermekteyse, bu durum, hem Sözleşme'nin 6. maddesi ve hem de Protokolün 1. maddesi dikkate alınarak incelenebilir.

İatridis – Yunanistan kararına konu olan olay, başvurucunun işlettiği sinemayı tahliye süreci ile ilgilidir. Başvurucu, özel şahıs ile devlet arasında mülkiyeti konusunda uyuşmazlık bulunan bir sinemayı kiralamış ve 1978 yılından itibaren işletmeye başlamıştır. Taşınmazın mülkiyeti ile ilgili davalar ulusal mahkemeler önünde sürerken, 1984 yılında maliye bakanlığının kararı ile sinemanın da yer aldığı taşınmaz hazine adına tapuya tescil edilmiştir. 1985 yılında başvurucudan işgal bedeli istenmiştir. Başvurucu, 1989 yılında sinemadan tahliye edilmiştir. Sinema belediye tarafından işletilmeye başlanmıştır. Başvurucu bu işleme karşı açtığı davayı kazanmış ve tahliye işlemi iptal edilmiştir. Bu karara rağmen belediye sinemayı tahliye etmemiştir. Bunun üzerine başvurucu, hem sinemanın kendisine devredilmesi ve hem de uğradığı zararların tazmini için dava açmıştır. Diğer yandan idare, yerel mahkemenin başvurucunun sinemadan tahliyesine ilişkin kararı iptal ettiğini ama bu kararın sinemanın başvurucuya geri verilmesini emretmediğini belirterek sinemayı tahliye etmemiştir. Davalar ve idarenin sinemayı tahliye etmeme yönündeki tutumu sürerken, başvurucu Mahkeme'ye başvurmuştur.

İatridis kararında Mahkeme ilk olarak, sinema işletmecisi olan başvurucunun 1. madde çerçevesinde korunan bir mülkiyet hakkının bulunup bulunmadığını incelemiştir. Mahkeme, başvurucunun sinemayı yasalara uygun bir kira akdine dayanarak on bir yıl boyunca işlettiğini ve bu süreçte belirli bir müşteri çevresi oluşturduğunu belirtmiştir (*İatridis*, *§54*). Başvurucu bir sinema işletmecisi olarak idare tarafından sinemadan tahliye edilmiş ve bu tahliye işleminin iptaline karşın, sinema kendisine iade edilmemiştir. Mahkeme'ye göre, başvurucu sinemanın maliki değil ama sadece işletmecisi olduğu için, bu müdahale

mülkiyetten yoksun bırakma olmadığı gibi, mülkiyetin kullanılmasının kontrolü olarak da değerlendirilemez. O halde, bu müdahale birinci kural altında incelemelidir (*İatridis*, *§55*). Mahkeme'ye göre, 1. madde özellikle ve öncelikle bireyin sahibi olduğu mülke yönelik bir müdahalenin hukuki bir temeli bulunmasını gerektirmektedir. Oysa bu davada tahliye işlemi ulusal mahkeme tarafından iptal edilmiş olduğundan, bu mahkeme kararından itibaren başvurucunun tahliye işleminin bütün hukuki temeli ortadan kalkmıştır. Bu gerekçeyle Mahkeme, mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Akkuş – Türkiye kararının konusu hidro-elektrik santralı yapmak için arazisi kamulaştırılan başvurucunun bedel arttırma davasında elde ettiği tutarın geç ödenmesi ile ilgilidir. Başvurucunun taşınmazı kamulaştırılmış ve kendisine bedeli ödenmiştir. Başvurucu bu tutarı yeterli görmediği için bedel arttırma davası açmış ve bu davayı da kazanmıştır. Ancak ek tazminat (bedel artışı) başvurucuya, Türkiye'de yıllık enflasyonun yüzde 70 olduğu bir dönemde, Yargıtay kararından on yedi ay sonra sadece yüzde otuz faizle hesaplanarak ödenmiştir. Mahkeme bu konuda daha önce, bir tazminatın makul olmayan ölçüde gecikmeyle ödenmesi gibi, değerinin düşmesine yol açabilecek şartlarda ödenmesi halinde de tazminatın yeterli olmayacağına karar vermiştir (*Akkuş*, *§29*; *Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis*, *§82*). Mahkeme'ye göre, kamulaştırma bedelinin normalin üstünde geciktirilmesi, hele bazı ülkelerde paranın değerindeki kayıp dikkate alındığında, taşınmazı kamulaştırılan kişiyi belirsiz bir duruma sokmakta ve mali kayıplarının artmasına yol açmaktadır. Mahkeme, olayların geçtiği tarihte Türkiye'de devlete olan borçlar bakımından uygulanan faizin yıllık yüzde 84 olduğunu ve bu oranın da borçluları borçlarını hemen ödemeye teşvik ettiğini, öte yandan devletten alacaklı olanların ise devletin ödeme yapmaması veya ödemede gecikmesi halinde esaslı bir kayba uğradıklarını belirtmiştir. Bu nedenle, sadece kamu makamlarının ödemeyi geciktirmesi nedeniyle, Yargıtay tarafından kesin olarak belirlenen tazminatın değeri ile bu tazminatın fiilen ödendiği tarihteki değeri arasındaki fark, başvurucunun arazisinin kamulaştırılmasından doğan kaybının yanında, ayrı bir zarara uğramasına neden olmuştur. Mahkeme, kamu makamları tazminatın ödenmesini on yedi ay geciktirmekle, tazminatı yetersiz duruma getirdiklerini ve sonuç olarak kişinin mülkiyet hakkının korunması ile genel yararın gerekleri arasındaki dengeyi bozdukları sonucuna varmıştır. Bu davada Mahkeme, yargı kararına dayalı kesinleşmiş bir para alacağının ödenmesindeki gecikmeyi birinci kural açısından değerlendirmiştir.

Bourdov (*no 2*) – *Rusya* kararı, Mahkeme'nin "pilot karar usulü" olarak adlandırdığı sistematik ve yapısal sorunlar hakkında kabul ettiği kararlardan bir tanesidir. Bu davada Mahkeme, Rusya'da yaygın bir sorun olan ulusal mahkeme kararlarını icra etmeme sorununu incelemiştir. Davada hem bir yargı kararının icra edilmemesi, hem de icra etmeme nedeniyle başvurucunun kesinleşmiş bir alacağını elde edememesi söz konusu olduğu için, Mahkeme bu davayı Sözleşme'nin 6. maddesi ve Protokolün 1. maddesi çerçevesinde incelemiştir. Mahkeme, bu davada idarenin yargı kararını icra etmeme yönündeki davranışının sadece 6. maddenin değil, yargı kararı başvurucu lehine bir alacak hakkı doğurduğundan mülkiyet hakkının da ihlalini oluşturduğu sonucuna varmıştır (*Bourdov* (*no 2*), *§87*; *Vasilopoulou*, *§22*).

Bourdov (*no 2*) kararında Mahkeme, devlet aleyhine karar elde eden bir kişinin normal olarak bu kararın icrası için ayrı bir icra usulüne başvurmasına gerek bulunmadığını belirtmiştir (*Metaxas*, *§19*). Mahkeme'ye göre, böyle bir kararın ilgili kamu makamına usulüne uygun olarak tebliği ile birlikte bu makam bu kararın icrası için gerekenleri yapmalıdır. Mahkeme'ye göre bu son derece önemli bir konudur; çünkü birçok kez başvurucular olayların ve yetkilerin karmaşıklığından ötürü hangi makamın kararı icra etmesi gerektiği konusunda açık bir fikre sahip olmayabilirler (*Bourdov* (*no 2*), *§68*).

Diğer yandan Mahkeme, devletten alacağına ilişkin bir mahkeme kararına dayanan bir kişinin bu kararın icrası için icra usulüne başvurmak gibi bazı usul işlemleri yapmasının beklenmesinin makul görülebileceğini belirtmiştir (*Chvedov*, *§29-37*). Örneğin idarenin bu kişiden banka hesabı numarasını gösteren bazı belgeler gibi ek belgeler talep etmesi doğal görülmelidir (*Kosmidis ve Kosmidou*, *§24*). Fakat alacaklıdan beklenen yükümlülükler mutlak gerekli olanları aşmamalı ve her halükarda ilgili idarenin elinde olduğu belgelere dayanarak, kendi inisiyatifi ile yasal süreler içinde kararı icra yükümlülüğünü ortadan kaldırmamalıdır (*Akachev*, *§22*).

Bourdov (*no 2*) kararında Mahkeme, ilgili devletin icra ya da bütçe usulü ne kadar karmaşık olursa olsun, Sözleşme'nin bu devletlere kişiler lehine elde edilmiş olan kararları makul bir süre içinde icra etme yükümlüğü getirdiğini belirtmiştir. Devletler kaynak yetersizliğini, bir yargı kararını icra etmemenin gerekçesi olarak ileri süremezler (*Koukalo*, *§49*). Bu bağlamda hukuk sistemlerini bu alandaki yükümlülüklerine uygun olarak düzenleme görevi ilgili devlete düşer (*Bourdov* (*no 2*), *§70*).

İkinci kural: Mülkiyetten yoksun bırakma

Mülkiyet hakkıyla ilgili ikinci kural, mülkiyetten yoksun bırakmayı düzenlemektedir. Bu kural, devletin mülkiyeti ortadan kaldırma şeklinde bir müdahalede bulunurken hangi şartlara uyması gerektiğini göstermektedir. Devletin mülkiyet hakkına yaptığı bir müdahalenin bu kural kapsamda değerlendirilebilmesi için, mutlaka bir kamulaştırma veya mülkiyet devrinin yapılmış olması gerekmez. Bir müdahalenin niteliğine bakılarak, malikin mülkiyet hakkından yoksun bırakılıp bırakılmadığı saptanabilir.

Mülkiyet hakkına yapılan bütün müdahalelerde olduğu gibi mülkiyetten yoksun bırakan bir müdahale, kamu yararı amacına yönelik olmalı, hukukilik koşuluna uymalı ve uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olmalıdır. Ayrıca orantılılık ilkesi gereğince, yoksun kalınan mülkiyete karşılık kişiye uygun bir tazminat ödenmelidir.

Mülkiyetten yoksun bırakma adı altında toparlanabilecek müdahalelerin en önemlileri, kuşkusuz kamulaştırma ve devletleştirme işlemleridir.

Devletleştirme

Mahkeme, devletleştirmeye ilişkin temel yaklaşımını *Lithgow – Birleşik Krallık* kararında belirlemiştir. Bu davaya konu olan olayda, 1977 yılında kabul edilen bir kanunla, bazı hava ve deniz sanayi şirketlerinin hisselerinin devlete belirli bir tazminat karşılığında devri öngörülmüştür. Bu işlemler tamamlandıktan sonra başvurucular, mülkiyetlerinin kaybı için ödenen tazminatların, şirketlerin gerçek değerinin çok altında olduğunu iddiasıyla Mahkeme'ye başvurmuşlardır.

Mahkeme, *Lithgow* davasında devletin işleminin, 1. maddenin ilk bendinin ikinci cümlesinde yer alan bir müdahale olduğunu, bu işlemin yasal koşullara uygun ve kamu yararı amacını izleyen bir müdahale olduğunu belirtmiştir. Bu davada ana sorun, bu müdahalenin orantılılığı sorunudur. Mahkeme, Sözleşme'ye Taraf Devletlerin ulusal hukuk sistemlerinde kamu yararı amacıyla mülkiyet hakkının bireyin elinden alınmasının, istisnai durumlar hariç, ancak adil bir tazminat ödenmesi halinde haklı kabul edildiğini belirtmiştir. Nitekim orantılılık ilkesi gereğince, "toplumun genel menfaati ile bireyin özel menfaati arasında adil denge" korunmalıdır. Bu dengenin bozulması veya orantısız derecede ağır bir müdahalede bulunulması, birey üzerine ağır bir yük bindirilmesi anlamına gelir.

Orantılılık ilkesinin doğal sonucu olarak mülkiyetinden yoksun bırakılan bireylere adil bir tazminat ödenmesi gereklidir. Mahkeme, ödenmesi gereken tazminatın bu mülkün piyasa değerinin tam karşılığına denk gelmesinin gerekmediğini, kamu yararına yönelik meşru amaçların, biraz daha az tutarda bir bedelin ödenmesinin yeterli görülmesini sağlayacağını belirtmiştir. Bu ilkeden hareketle Mahkeme, devletlere tazminatın belirlenmesinde geniş bir takdir yetkisi tanımıştır.

Lithgow davasında Mahkeme, mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, önce tazminatı belirleyen sistemi incelemiş, devletin söz konusu şirketin değerini saptarken önceki dönemin değerlerini dikkate almasını ve bu değere faiz uygulamasını adil dengenin korunması bakımından yeterli görmüştür.

Kamulaştırma

Mahkeme, Türkiye'deki eski kamulaştırma kanununa ilişkin *Aka – Türkiye* ve *Akkuş – Türkiye* davalarında, olağan kamulaştırma usulünde tazminat sisteminin uygulamada adil dengeyi bozduğu sonucuna vararak mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu davalarda Mahkeme, kamulaştırma tazminatına ek olarak belirlenen bedelin uygun olmayan bir faiz sistemi nedeniyle, kamulaştırılan taşınmazın ödendiği gün itibarıyla piyasa değerinin çok altında bir değere denk düştüğünü belirtmiştir. *Aka – Türkiye* davasında ana konu en baştan itibaren yasal faiz uygulanmasının sonuçları iken, *Akkuş – Türkiye* davası, yargı kararları ile belirlenen tazminatın geç ödenmesi sonucunda ortaya çıkan mağduriyetle ilgilidir. Yargı kararlarının kesinleşmesinden yıllar sonra, yıllık enflasyonun çok altında bir yasal faizle tazminatların ödenmesi başta belirlenen tazminatın değerini önemli ölçüde azaltmıştır. *Aka* ve *Akkuş* kararları ve bu kararları izleyen yüzlerce ihlal kararının ardından, Türkiye'de kamulaştırma mevzuatı tamamen değiştirilmiştir. Yeni kamulaştırma mevzuatı ise, *Yetiş ve Diğerleri – Türkiye* kararı ile yeni bir ihlal kararına konu olmuştur.

Yetiş ve Diğerleri davasının konusu otoyol yapımı için gerçekleştirilen bir kamulaştırma işlemi ile ilgilidir. İdare 2000 yılında kamu yararı kararı almış, 2002 yılında ise Asliye Hukuk Mahkemesinden kamulaştırma bedelinin saptanmasını talep etmiştir. Ulusal mahkeme, idarenin açtığı dava tarihini dikkate alarak kamulaştırma bedelini saptamış ve bu bedelin başvuruculara ödenmesine ve ilgili taşınmazın idare lehine tapuda ferağ edilmesine karar vermiştir. Yargıtay 2003 yılında, belirlenmiş olan kamulaştırma bedelinin yetersiz olduğu gerekçesiyle bu kararı bozmuştur. 2004 yılında ilk derece mahkemesi, yine dava tarihini esas almış ama bu kez ilk miktarın iki misline yakın bir tutarın kamulaştırma bedeli olarak ödenmesine karar vermiş ve bu karar Yargıtay tarafından 2005 yılında onanmıştır. Ancak ulusal mahkemeler, başvurucunun bu bedele faiz uygulanması talebini reddetmişlerdir. Dava konusu dönemde Türkiye'de görece yüksek enflasyonun etkisi mevcuttur.

Yetiş ve Diğerleri davasında Mahkeme, başvurucuların elde ettikleri kamulaştırma bedeline faiz uygulanmadığı için aşırı bir yükle karşı karşıya bırakıldıkları ve bu nedenle 1. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, özellikle kamulaştırma bedeline esas alınan tarih (idarenin ulusal mahkemeye başvuru tarihi) ile bu bedelin ödendiği tarih arasındaki dönemde, bedelin enflasyon karşısında değer kaybının ulusal hukukta göz önüne alınmadığını belirtmiştir. Mahkeme'nin yaptığı değerlendirmeye göre, ilk bedel ödemesi ile bedel tespiti arasında geçen sürede bu bedel yüzde 14'ten fazla değer kaybetmiştir. Diğer yandan ek tazminat miktarının ödendiği 2004'te de belirlenmiş olan bedel yüzde 43 değer kaybetmiştir. Bu iki unsuru dikkate alan Mahkeme, Türkiye'de kamulaştırma mevzuatını ve uygulamasını eleştirmiş ve faiz uygulamasının eksikliğinin yapısal bir sorun oluşturduğuna dikkat çekmiştir.

Yetiş ve Diğerleri kararından Mahkeme'nin yeni Kamulaştırma Kanununa dayalı bütün kamulaştırma davalarında ihlal bulması gerektiği sonucu çıkartılmamalıdır. Nitekim *Bucak ve Diğerleri – Türkiye* (no. 44019/09) kabuledilebilirlik hakkında kararında Mahkeme, faiz yokluğu nedeniyle kamulaştırma bedelinde yüzde 7,31 oranında bir değer kaybının, başvuruculara aşırı bir yük getirmediği sonucuna varmış ve bu başvuruyu reddetmiştir. Mahkeme'nin *Bucak ve Diğerleri* davasında *Yetiş ve Diğerleri* davasından farklı bir karar varmasının temel nedeni, *Bucak ve Diğerleri* davasında yargılamanın kısa sürede sonuçlanması ve söz konusu dönemde enflasyonun görece düşük olmasıdır. Ayrıca Mahkeme, *Güleç ve Armut – Türkiye* (no. 25969/09) kabuledilebilirlik kararında, kamulaştırma bedelinin yüzde 10,74 oranında değer kaybının telafi edilmemesini de adil dengeyi bozan bir unsur olarak görmemiş ve başvuruyu reddetmiştir.

Kamulaştırma ya da mülkiyetten yoksun bırakan bir müdahale hangi kamu yararı için yapılmış ise, söz konusu müdahalenin devamında da o kamu yararına uygun bir işlemin makul bir süre içinde gerçekleşmesi gereklidir. Aksi halde, mülkiyet hakkına müdahalenin meşru amacı ile uygulanan yöntem arasında bulunması gereken orantılılık ilkesi ihlal edilir.

Mahkeme *Motais de Narbonne – Fransa* davasında, idarenin belirli bir kamusal amaçla kamulaştırdığı, ancak daha sonra uzun bir süre bu amaçla kullanmadığı bir taşınmazın eski sahiplerinin hakları tartışılmıştır. Bu davada Mahkeme kamulaştırma kararından önemli bir süre sonra bu işlemin dayanağı olan kamu yararına özgülenen fonksiyonun gerçekleşmemesinin eski malikler bakımından sonucuna dikkat çekmiştir. Sosyal konut inşası için arsa üretmek amacıyla kamu yararı kararı 1982 yılında alınmış ve kamulaştırma işlemeleri ise 1983 yılında tamamlanmıştır. Ancak on dokuz yıl boyunca bu taşınmazlar, öngörüldükleri kamusal fonksiyon için kullanılmamıştır.

Motais de Narbonne kararında Mahkeme, sosyal konut inşası için arsa üretmek amacıyla özel kişilere ait taşınmazların kamulaştırılmasının ve bu taşınmazların belirli bir süre kullanılmamasının, her zaman mülkiyet hakkını ihlal etmeyeceğini hatırlatmıştır. Devletlerin imar uygulamaları konusunda takdir alanları olduğu kuşkusuzdur (§21). Mahkeme'ye göre, devletlerin imar politikaları gereğince uzun bir süre bu tarz arsa rezervlerini kullanmaması, her zaman mülkiyet hakkının ihlal edildiği anlamına gelmez. Ancak eğer bu sürenin uzaması bir kamu yararı gerekçesiyle açıklanamıyorsa veya kamulaştırma bu amaç üzerine kurulu değilse ve bu sürede taşınmazın değerinde kayda değer bir artış olmuş ise, mülkiyet hakkı bakımından bir sorun olduğu sonucuna varılabilir. 1. madde devletlere, kişilerin mülkiyet hakkına, arsa spekülasyonu şeklinde değerlendirilebilecek müdahalelere karşı koruma yükümlülüğü getirmektedir.

Motais de Narbonne davasında başvurucular, taşınmazlarının kamulaştırıldığı tarihten sonraki on dokuz yılda önemli bir değer artışı gördüğünü kanıtlamışlardır. Bu süre boyunca ilgili kamusal fonksiyonun gerçekleşmemesi konusunda ilgili devletin sunduğu temel gerekçe alt yapı yokluğudur. Ancak Mahkeme'ye göre, bu gerekçe tamamen kamu makamlarının sorumluluklarına atfedilebilecek bir gerekçedir; bu nedenle bu uzun sürenin bir kamusal yarara dayandığı kabul edilemez. Bu nedenle Mahkeme, eski maliklerin uzun bir süre boyunca o taşınmazın değer artışından yararlanamamalarını adil dengeyi bozan bir durum olarak değerlendirmiş ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Beneficio Capella Paolini – San Marino davasının konusu, fazladan kamulaştırılan taşınmazların durumudur. Başvurucunun kamulaştırılan taşınmazı sadece kısmen ilgili kamusal fonksiyon için kullanılmıştır. Başvurucu bu kamulaştırma fonksiyonu dışı kalan taşınmazı geri almak için ulusal mahkemeler önünde dava açmış, ancak bu davadan

olumlu bir sonuç alamamıştır. Mahkeme, başvurucunun bu talebinin kabul edilmemesini mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir.

Karaman – Türkiye kararında ise konu, başvurucular tarafından kamu yararı amacıyla kullanılması koşuluyla idareye rızaen bırakılan bir taşınmazın bağış amacıyla kullanılmayan kısmının iadesi hakkındadır. Mahkeme'ye göre, kamu yararı amacıyla kullanılmayan böyle bir taşınmazın eski malikine iade edilmemesi mülkiyet hakkının ihlalini oluşturmuştur.

El atma ve kamulaştırmasız el atma

Kişinin mülkiyetine ulusal hukukta öngörülen usuller dışında el atma kuşkusuz mülkiyet hakkına yönelik en ağır müdahalelerden biridir. Bu tarz bir işlem, hem kişiyi mülkiyet hakkından yoksun bıraktığı için 1. maddenin ikinci kuralı anlamında bir müdahaledir, hem de hukuki temeli olmadığı için keyfidir. Bu nedenle, yasalara uygun bir kamulaştırma ile keyfi niteliğe sahip fiili el atma işlemi, aynı hukuki çerçeve içinde değerlendirilemez.

Papamichalopoulos – Yunanistan kararı, kamulaştırma işlemi olmaksızın taşınmaza el atma hakkında Mahkeme'nin ilk kararlarındandır. Bu karara konu olan davanın olayları kısaca şöyledir: 1967 yılında Yunanistan'da askeri rejimin kurulmasından bir kaç ay sonra, 20 Ağustos 1967 tarihli bir yasa ile Attica'da bulunan büyük bir arazi Deniz Kuvvetleri Vakfına intikal ettirilmiştir. Ancak nakledilen bu arazinin bir bölümünün başvurucular a ait tarımsal alan olduğu ortaya çıkmıştır. 1968 yılında başvurucuların üçü, taşınmazın kendilerine iadesi için mahkeme kararı almışlardır. Fakat Deniz Kuvvetleri arazinin bütününü elinde tutmaya devam etmiş ve arazi üzerinde askeri bir tesis ile deniz subayları için bir tatil köyü yapmıştır. 1969 yılında çıkarılan bir kararnameyle söz konusu arazinin içinde bulunduğu bölge askeri alan ilan edilmiştir. Başvurucuların arazilerini alabilmek için ulusal mahkemelere yaptıkları başvurular sonuçsuz kalmıştır. 1974 yılında demokrasiye geçildikten sonra Hükümet, başvurucuların bu arazi üzerindeki haklarını tanımıştır. 1976 yılında iki başvurucunun babası, söz konusu arazinin bir bölümünün kendilerine ait olduğunu belirten bir mahkeme kararı almış ve bu karar 1978 yılında Temyiz Mahkemesi tarafından da onanmıştır. Ancak başvurucuların taşınmazın iadesini sağlama çabaları sonuçsuz kalmıştır. 1980 yılında savunma bakanlığı başvurucuların arazileri üzerinde deniz üssü yapıldığı gerekçesiyle arazinin kendilerine iade edilemeyeceğini, fakat kendilerine Attica'da başka bir yerin verilmesi için işlemlerin sürdürüldüğünü bildirmiştir. Ancak başvuruculara böyle bir yer verilmemiştir. Strasburg Mahkemesi'nin karar tarihine kadar başvuruculara Attica'da eş değerde uygun bir yer bulunamamıştır. Bunun yerine deniz kuvvetleri tarafından işgal edilen yerden 450 km uzaklıkta başka bir yer önerilmiştir.

Papamichalopoulos kararında Mahkeme, ilk olarak olayda başvurucuların şikâyetleri devam eden bir duruma ilişkin olduğunu belirtmiştir. Arazinin Deniz Kuvvetleri Vakfı tarafından işgal edilmesi, başvurucuların mülkiyet hakkına açık bir müdahale oluşturmuştur. Bu müdahale Protokolün birinci maddesinin ikinci fıkrası anlamında mülkiyetin kullanılmasının kontrolü amacıyla yapılmamıştır; ayrıca resmi bir kamulaştırma işlemi de bulunmamaktadır. Başvurucuların mülkleri mevzuatına göre kamulaştırılmadığı halde, söz konusu tasarruf nedeniyle başvurucular 1967'den beri mülklerini fiilen (*de facto*) kullanma veya satma, ipotek etme, bağışlama veya miras bırakma imkânı bulamamışlardır. Demokrasiye geçildikten sonra yetkililerin başvuruculara bu araziye eş değerde başka bir arazi verme girişimleri sonuçsuz kalmıştır. Başvurucuların mülkiyet haklarına müdahalenin sonuçları, Protokolün birinci maddesi anlamında fiili kamulaştırma oluşturacak kadar ağırdır. Bu nedenlerle Mahkeme'ye göre, mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir.

Papamichalopoulos kararının Mahkeme içtihadı bakımından asıl önemi, bu kararın keyfi el atma davalarında Mahkeme'nin başvuruculara vereceği tazminatın niteliği ve miktarının belirlenmesinde uzun yıllar boyunca geçerli olacak temel ölçütleri belirlemesidir. Bu davada başvurucuların taşınmazlarına 1967 yılında el konmuştur. Mahkeme tazminatı belirlerken ilk olarak, başvurucular bakımından en uygun tazmin yolunun, söz konusu taşınmazların üzerine inşa edilmiş binalarla birlikte iadesi olduğunu belirtmiştir. Buna göre, başvurucular sadece taşınmazı geri almakla yetinmemekte, aynı zamanda binaları karşılıksız olarak alarak, 1967'den sonra bu taşınmazı kullanmamaktan doğan hakları da telafi edilmektedir. O halde, Mahkeme'ye göre, adil bir tazminin gerçekleşmesi için, ilk olarak taşınmazın iadesi, ikinci olarak ise, bu taşınmazın kullanılamadığı süre boyunca yoksun kalınan gelirin de tazmini gereklidir (*Papamichalopoulos* (*50. md. tazminat kararı*), *§38*). Mahkeme, bu taşınmazın iade edilememesi halinde ise, taşınmazın üzerine yapılmış yapıların getirdiği değer de eklenerek arttırılan güncel değerinin ve bu taşınmazdan yoksun kalınan gelirin tazminat olarak ödenmesi gerektiğini belirtmiştir.

Papamichalopoulos kararında belirlenen fiili el atma durumlarında tazminat ölçütleri daha sonra kabul edilen ve "dolaylı kamulaştırma" olarak adlandırılan ve içtihat yoluyla geliştirilmiş İtalyan davalarında da izlenmiştir (*Belvedere Alberghiera S.r.l.*; *Carbonara ve Ventura*; *Scordino* (*no 1*)). Ancak Mahkeme, *Guiso-Galissay – İtalya* (22.12.2009, tazminat) kararında bu içtihadını değiştirmiştir. Bu kararında Mahkeme, mülkiyet hakkına yönelik yasal temeli olmayan bir müdahale söz konusu olduğunda tazminat miktarını belirlerken kendi kararının verildiği tarihte taşınmazların değerini değil, başvurucuların ulusal yargı yollarına başvurdukları ve o tarihlerde belirlenen bedeli temel almak gerektiği sonucuna varmıştır. Bu bedel, tutarın belirlendiği tarihten ödemenin yapıldığı tarihe kadar uygulanacak faizle arttırılarak elde edilen tutar adil tazminat olarak ödenecektir. Bu tutara başvurucuların el atmadan doğan diğer zararları da eklenerek, nihai tazminat miktarına ulaşılacaktır (*§105-107*).

Türkiye'de, kamulaştırmasız el atma işlemine yasal bir sonuç bağlayan 2942 sayılı eski Kamulaştırma Kanununun 38. maddesi de Mahkeme'nin bir ihlal kararına konu olmuştur. Bu düzenlemeyi önce Anayasa Mahkemesi 10 Nisan 2003 tarihli kararıyla hukuk güvenliği ilkesine ve mülkiyet hakkına aykırı bularak iptal etmiştir (2002/112 E, 2003/33 K). Daha sonra İnsan Hakları Mahkemesi, *İ.R.S. ve Diğerleri – Türkiye* kararında, normal kamulaştırma usulünü devre dışı bırakarak fiili işgal üzerine kazandırıcı zamanaşımı ile taşınmaz mülkiyetinin idareye geçmesini öngören düzenlemenin mülkiyet hakkını ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

2942 sayılı Kanunun 38. maddesinin iptali ve 4650 sayılı Kamulaştırma Kanununun benzer bir düzenleme öngörmemesi nedeniyle, kamulaştırmasız el atma işlemlerinin Türk hukukunda yasal temeli tamamen ortadan kalkmıştır. Nitekim *Sarıca ve Dilaver – Türkiye* kararında Mahkeme, 2942 sayılı Kanunun 38. maddesinin kapsamına girmeyen bir fiili el atma işlemini incelemiştir. Bu davaya konu olan olay şöyledir: Taşınmazları 1983 yılında idare tarafından işgal edilen bir başvurucu idareye kamulaştırma yapılması talebi ile başvurmuştur. İdare, bu talebe 2001 yılında 2942 sayılı kanunun 38. maddesine dayanarak kendi adına bedelsiz tescil davası açarak cevap vermiştir. Bu davaya karşılık ise başvurucu idare aleyhine tazminat davası açmış ve bu davayı kazanmıştır. Başvurucuya mülkiyet kaybından ötürü tazminat ödenmesine karar verilmiştir. Ancak bu tazminatın ödenmesinde yasal faiz öngörülmüştür.

Sarıca ve Dilaver kararında Mahkeme, kamulaştırmasız el atma usulünün yasal temeli olmadığını ve Türk hukuk sisteminde taşınmazına el atılan kişinin dava açarak haklarını arama usulünün bireyleri idare karşısında zayıf bir duruma düşürdüğünü belirtmiştir. Mahkeme, bu durumun idareyi bu güvencesiz usule başvurmaya itebileceğini ve başvurucular

bakımından bu usulün hukuk güvenliğinden yoksun, öngörülemez ve güvencesiz olduğu sonucuna varmıştır. Ayrıca tazminat sistemi bakımından da kamulaştırmasız el atma usulü maliklerin aleyhine sonuçlar doğurmaktadır. Bu davada Mahkeme kamulaştırmasız el atma usulünün Türk hukuk sistemi bakımından yapısal bir sorun olduğunu ve bu nedenle Sözleşme'nin 46. maddesine dayanarak genel bir çözüm getirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

Tapu iptalleri: Kıyı kenar ve orman taşınmazları

Bireylerin tapuya güven ilkesine dayanarak edindikleri taşınmazlar kamunun üstün yararının korunması amacıyla ellerinden alınabilmektedir. Mahkeme içtihatlarına göre, mülkiyet hakkına müdahale söz konusu olduğunda çevrenin korunması, bu müdahalenin haklılığını ortaya koyan meşru bir amaçtır. Doğanın, ormanların ve daha genel olarak çevrenin korunması günümüzde idarenin ve kamuoyunun önem verdiği bir konudur. Bu nedenle, çevrenin korunmasına ilişkin bir önlem söz konusu olduğunda mülkiyet hakkı gibi bazı temel haklar ikinci planda kalabilir (*Hamer, §79*).

Ancak mülkiyet hakkını ortadan kaldıran radikal bir tedbirin çevreyi koruma gibi meşru bir amaca dayanması, bu müdahale ile bireylerin hakları arasında adil bir denge kurulması gerekliliğini ortadan kaldırmaz. Bu çerçevede, taşınmazın değerinin makul bir karşılığı ödenmeden gerçekleştirilen müdahaleler aşırı niteliktedir; istisnai haller dışında, tazminat ödenmemesi 1. madde bakımından haklı kabul edilemez (*Jahn ve Diğerleri*, *§111*; *N.A. ve Diğerleri*, *§41*).

Mahkeme, *N.A. ve Diğerleri – Türkiye* ile *Turgut ve Diğerleri – Türkiye* kararlarında kıyı kenar ve orman mevzuatına dayanarak, bedelsiz olarak maliklerin tapularının iptali ve mülkiyetin ilgili idareye bedelsiz devri yönündeki işlemleri, mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir. Mahkeme, Yargıtay'ın Medeni Kanunun 1007. maddesinin bu durumda olan maliklere tazminat yolunu açan yorumundan sonra bu yönde yapılan başvuruları, ilgili yolun tüketilmesi için iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle reddetmiştir (*Arıoğlu ve Diğerleri* (*k.k*)).

Tazminatın belirlenmesi

Mülkiyet hakkına yapılan bir müdahale, genel yarar ile bireyin temel hakları arasında "adil bir denge" gözetmek zorundadır (*Sporrong ve Lönnroth*, *§69*). Bu dengenin korunması kaygısı 1. maddenin bütün yapısına ve bu çerçevede ikinci kurala da hâkim bir anlayıştır (*Scordino* (*no 1*)*, §93*). Özellikle mülkiyetten yoksun bırakma dâhil, devlet tarafından alınan bütün tedbirlerde, kullanılan araçlarla hedeflenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi olmalıdır (*Pressos Compania Naviera S.A. ve Diğerleri*, *§38*; *Eski Yunanistan Kralı ve Diğerleri*, *§89-90*; *Sporrong ve Lönnroth, §73*).

Mahkeme, adil denge yükümlülüğünün yerine getirilip getirilmediğini incelerken, devletlere bunun hayata geçirilmesi yöntemlerinde geniş bir takdir alanı tanımaktadır (*Chassagnou ve Diğerleri, §75*). Ancak Mahkeme'ye düşen, bu dengenin 1. maddenin ilk cümlesi çerçevesinde başvurucuların mülkiyetine saygı kapsamında korunup korunmadığını denetlemektir (*Jahn ve Diğerleri*, *§93*). Bir tedbirin "adil denge" kuralına uygun olup olmadığı ve özellikle başvurucular üzerinde orantısız bir yük getirip getirmediği konularında karar verebilmek için, iç hukuktaki tazmin koşulları dikkate alınmalıdır. Bu bağlamda, Mahkeme, normal koşullar altında, bir taşınmazın değerine makul ölçülerde denk düşen bir tazminat ödenmeden gerçekleştirilen bir mülkiyetten yoksun bırakma işlemini aşırı bir tecavüz olarak değerlendirdiğini defalarca belirmiştir. Tamamen tazminat yokluğu ise, mülkiyet hakkı bakımından çok istisnai durumlar dışında haklı görülemez (*Kutsal Manastırlar*, *§71*; *Eski Yunanistan Kralı ve Diğerleri*, *§89*). Ancak mülkiyet hakkı, her

durumda bütünsel bir tazminat hakkını güvence altına almaz (*James ve Diğerleri*, *§54*; *Broniowski*, *§182*).

Mahkeme, yol yapımı veya benzeri kamu yararı amacıyla usulüne uygun olarak gerçekleştirilen kamulaştırma işlemleri söz konusu olduğunda, taşınmazın bedelini tam karşılayan bütünsel bir tazminatı gerekli görmüştür. Ancak bu kural istisnasız değildir (*Scordino* (*no 1*)*, §96*). Ekonomik reform veya sosyal adalet gibi kamu yararına uygun güçlü meşru amaçlar söz konusu olduğunda, bir taşınmazın tam piyasa değerinin biraz altında bir tazminat ödenmesinin adil dengeyi bozmadığı kabul edilebilir (*James ve Diğerleri, §54*).

James ve Diğerleri – Birleşik Krallık davasında Mahkeme, geniş çaplı bir kira reformu kapsamında uzun süreli kiracıların oturdukları konutları satın alabilecekleri koşulları ve adil dengenin nasıl korunabileceğini hususunu incelemiştir. Bu davada Mahkeme, büyük kapsamlı bir ekonomik ve sosyal reformun söz konusu olduğu için taşınmazlarının tam piyasa değerinin altında bir tazminat elde eden maliklerin yüklenmek zorunda kaldığı yükün aşırı olmadığı sonucuna varmıştır.

Lithgow ve Diğerleri – Birleşik Krallık kararında dava konusu olay, iktidara gelen partinin ekonomik, sosyal ve politik programı çerçevesinde hava ve deniz araçları üretimi yapan şirketlerin devletleştirmesi ile ilgilidir. Bu davada da Mahkeme, öngörülen tazminat mekanizmasının adil olduğuna karar vermiş ve şirkette hissesi olanların paylarının tam değerinin ödenmesi bakımından orantısız olmadığı sonucuna varmıştır.

Eski Yunanistan Kralı ve Diğerleri – Yunanistan kararında Mahkeme, monarşiden cumhuriyete geçiş gibi radikal dönüşüm dönemleri sırasında yapılan el koyma işlemlerinin tazmini için bütünsel bir tazminatın altında bir bedelin kabul edilebileceğini belirmiştir. Siyasal ve ekonomik değişim dönemlerine ilişkin yasaları kabul etmek bakımından devletlerin çok geniş takdir alanlarının olduğu kabul edilmelidir (*Kopecky*, *§35*). Mahkeme, bu ilkeyi demokratik bir dönüşüm sonrasında mülkiyet ilişkilerinin düzenlemesine ilişkin yasaların söz konusu olduğu *Broniowski – Polonya* davasında tekrar etmiştir (*§182*). Bu davada da tazminat ödenmesinde taşınmazların piyasa değerinin altında bedellerin adil dengeyi bozmadığı sonucuna varmıştır. Benzer ilkeler iki Almanya'nın birleşmesi sürecine ilişkin davalarda da uygulanmıştır (*Von Maltzan ve Diğerleri* (*k.k*), §77, *111-112*; *Jahn ve Diğerleri*).

Papachelas – Yunanistan kararında, 150'den fazla taşınmazın ulusal bir yol yapımı için kamulaştırılması söz konusudur. Mahkeme, bu davada da kamulaştırılan taşınmazların kamulaştırma bedeli olarak piyasa değerinin çok az altında bir tutar olarak belirlenmesini adil dengeyi bozacak nitelikte kabul etmemiştir.

Scordino (*no 1*) *– İtalya* davasında Mahkeme, piyasa değerinin yarısına denk düşen bir kamulaştırma bedelini mülkiyet hakkının ihlali olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre bu bedel, taşınmazın değerinin oldukça altındadır ve böyle düşük bir bedeli haklı gösterebilecek koşullar mevcut değildir. Bu nedenle başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan müdahalede adil denge bozulmuştur.

Kozacıoğlu – Türkiye kararının konusu, 2000 yılında başvurucuya ait iki katlı taş bir binanın, "kültürel mal varlığı" olarak sınıflandırıldığı gerekçesiyle kültür bakanlığı tarafından kamulaştırılması hakkındadır. Başvurucuya taşınmazın devri için binanın tarihsel değeri dikkate alınmadan tespit edilen bir tazminat ödenmiştir. Başvurucu tazminat miktarının arttırılması için bedel attırma davası açmış ve taşınmazın değerinin başka bir bilirkişi heyetince yeniden değerlendirilmesini ve taşınmazın tarihi değerinin dikkate alınmasını talep etmiştir. Başvurucu, söz konusu binanın Avrupa Konseyi'nin kültürel ve

doğal miras listesinde yer aldığını ileri sürmüş ve ek tazminat ödenmesi gerektiğini iddia etmiştir. Bedel arttırma davası yargılaması sırasında iki farklı bilirkişi heyeti, taşınmazın tarihsel ve kültürel karakterini dikkate alarak taşınmaz değerinin yaklaşık yüzde 100 arttırılması gerektiğini belirtmişlerdir. Ancak ulusal mahkeme, 1983 tarihli Kültür ve Tabiat Varlıklarını Koruma Kanununun 15(d) bendindeki "kamulaştırmalarda bedel takdirinde, taşınmaz kültür varlıklarının eskilik, enderlik ve sanat değeri dikkate alınmaz", hükmüne dayanarak başvurucunun binanın tarihsel değerinin dikkate alınarak bedelinin ödenmesi talebini reddetmiş ve başvurucuya ek tazminat olarak belirli bir tutar ödenmesine karar vermiştir.

Kozacıoğlu kararında Mahkeme, bu olaydaki kamulaştırmanın, ülkenin kültürel varlıklarını koruma gibi meşru amaca sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak kamulaştırılan binanın tarihsel değeri, kamulaştırma tazminatının takdiri veya tazminatın artırılmasıyla ilgili dava sırasında dikkate alınmamıştır. Bilirkişiler, değerlendirme sırasında binanın tarihsel değeri dikkate alınması halinde başvurucunun çok daha yüksek bir bedel alacak olduğunu belirlemişlerdir. Mahkeme'ye göre, kamulaştırma bedeli tayin edilirken taşınmazın tarihsel değerinin hiç dikkate alınmaması, başvurucuyu kamulaştırılan taşınmazın belirli özelliklerinden kaynaklanan değerinden yoksun bırakmış ve bu nedenle "adil denge"yi bozmuştur. Mahkeme bu sonuca varırken Avrupa Konseyi'ne üye birçok ülkedeki uygulamada, tazminat hesaplanırken kamulaştırılan taşınmazın gerçek değerini oluşturan bütün unsurların dikkate alındığını hatırlatmıştır. Ayrıca Mahkeme, çeşitli uluslararası belgelerde, kültür varlıklarının korunmasında kamu yararının kişilerin mülkiyet haklarını koruma karşısında ağırlık verilmesi gerektiğini vurguladığını da belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, mülkiyet hakkına müdahale ile izlenen kamu yararı amacı arasında orantılılık şartının yerine getirilebilmesi için, kamulaştırılan taşınmazın kültürel özelliklerini yansıtan makul bir bedelin tayin edilmesi gerekir. Bu gerekçeyle Mahkeme mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme kararlarında ilke olarak istisnai koşullarda hiç tazminat ödenmemesi kabul edilir. Ancak Mahkeme kararlarında bu "istisnai koşulların" neler olduğu konusunda açık ilkeler bulmak mümkün değildir.

Jahn ve Diğerleri – Almanya kararı Mahkeme'nin "istisnai koşullar" kavramına atıf yaparak başvurucuların mülkiyet haklarının tamamen ellerinden alınması şeklindeki müdahale karşılığında hiçbir bedel ödenmemesine karşın, 1. maddenin ihlalinin tespit edilmediği ender davalardan birisidir. Bu davada Demokratik Almanya Cumhuriyeti zamanında toprak reformu uygulamasıyla dağıtılan tarım arazilerinin, daha sonra bunu işlemeyenlerden geri alması şeklindeki müdahaleyi iki Almanya'nın birleşmesi koşulları bağlamında inceleyen Mahkeme, bu durumda mülkiyet kaybından ötürü hiçbir tazminat ödenmemesini mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmemiştir.

Üçüncü kural: Mülkiyetin kullanılmasının kontrolü

Protokolün 1. maddesinin ikinci fıkrasına göre, "yukarıdaki hükümler devletin, mülkiyetin genel yarara uygun olarak kullanılmasını düzenlemek, vergiler ile diğer harç veya cezaların ödenmesini sağlamak için gerekli gördüğü yasaları yürürlüğe koyma yetkisini ortadan kaldırmaz". Böylece üçüncü kural devletlere, mülkiyetten yararlanma hakkını kontrol imkânı vermektedir. Buna göre, devletler mülkiyetin kullanılmasını kamu yararı amacıyla veya vergi ve benzeri harçların ve para cezalarının toplanabilmesi, için genel yarara uygun gördükleri yasaları çıkarmak suretiyle sınırlandırabilirler.

Üçüncü kural, mülkiyet hakkına getirilen sınırlamaların hukuki bir temelinin bulunmasını ve "kamu yararı" amacına sahip olmasını gerektirir. Orantılılık ilkesi bakımından müdahalenin ağırlığı ne olursa olsun, kamunun üstün menfaati karşısında mutlaka

sınırlamanın ağırlığıyla orantılı bir tazminat ödenmesi gerekmez. Bu nedenle, ikinci kuraldan farklı olarak, üçüncü kural çerçevesinde gerçekleşen bir müdahale söz konusu olduğunda Mahkeme, müdahalenin birey bakımından aşırı bir yük getirip getirmediği durumlarda bu müdahalenin orantısız olmadığı sonucuna varmaktadır.

Çeşitli üçüncü kural uygulamaları

Denev – İsveç kararında İnsan Hakları Komisyonu başvurucuya arazilerine belirli bir sayıda çam dikme yükümlülüğü getirilmesini üçüncü kurala uygun kabul etmiş ve başvuruyu reddetmiştir. *Allan Jacobsson – İsveç* kararında Mahkeme, taşınmaz üzerindeki uzun süre korunan imar kısıtlamalarının mutlaka üçüncü kurala aykırı bir sonuç doğurmayacağı sonucuna varmıştır. Bu davada başvurucu söz konusu taşınmazı satın alırken bu kısıtlamalar mevcuttu. *Fredin – İsveç* davasında Mahkeme, başvurucuların taş ocağı işletme ruhsatlarının iptal edilmesini davanın koşullarını dikkate alarak üçüncü kuralın ihlali olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre bu geri alma işlemi, her ne kadar başvurucular bakımından mali kayıplar yaratsa da, öngörülebilir bir işlemdir.

Mellacher ve Diğerleri – Avusturya davasında Mahkeme, kira indirimi öngören bir düzenlemenin, üçüncü kural kapsamında incelenmesi gereken bir müdahale olarak görmüştür. Mahkeme'ye göre taşınmazların malikleri, taşınmazlarından elde ettikleri gelirinin bir kısmından yoksun kalmışlardır. Ancak Mahkeme, bu davada da üçüncü kuralın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre devletlerin bu gibi sosyal alanlarda izledikleri politikayı uygulamak için geniş bir takdir alanları vardır; ayrıca bu sınırlandırma başvuruculara aşırı bir yük getirmemektedir.

Hutten-Czapska – Polonya kararının konusu, komünist rejimden sonra önemli kuralları yürürlükte kalan ve Polonya'da 100,000 kadar mülkiyet sahibini ilgilendiren kiraların sınırlandırılması rejimidir. İlgili yasa, eski rejimden kalan kiracıları geçiş sürecinde korumakta, maliklere çok ağır bakım yükümlülükleri getirmekte ve kiraları sınırlamaktadır. Başvurucunun ailesinden miras kalan taşınmaz bu rejime tabi tutulmuş ve başvurucu taşınmazını tasarruf etmek ve ondan uygun bir gelir elde etmek hakkından yoksun bırakılmıştır. Mahkeme, bu davada binlerce kişiyi etkileyen, ülke üzerinde ekonomik ve sosyal etkileri olan kiraların düzenlemesiyle ilgili tercihlerde ve bu tercihlerin hayata geçirilmesinin zamanlamasında devletlerin çok geniş bir takdir alanına sahip olduklarını vurgulamıştır. Ancak bu takdir alanı sınırsız değildir; bu yetki Sözleşme'nin belirlediği kurallarla bağdaşmayan sonuçlar vermemelidir (*Hutten-Czapska*, *§223*). Mahkeme, Polonya'da uygulanan bu kira rejiminin başvurucu bakımından çok aşırı sonuçları olduğunu kabul etmiş ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, izin ve ruhsat gibi alanlarda da üçüncü kuralı uygulamıştır. *Tre Traktörer Aktiebolag – İsveç* davasında, bir işletmenin içki ruhsatının iptalini bu kapsamda incelemiş ve bu iptal kararının kamu yararı ile bireysel menfaat arasındaki adil dengeyi bozmadığına karar vermiştir.

Pinnacle Meat Processors Company ve Diğerleri – Birleşik Krallık davasında ise konu, "deli dana" hastalığının ortaya çıkması üzerine gıda sektöründe alınan önlemlerin etkileridir. Mahkeme, bazı alt sektörlerde faaliyetlerin yasaklanmasını, salgın hastalıkla mücadele amacını ve tazminat ödenmesini dikkate alarak üçüncü kurala aykırılık görmemiştir.

Bireysel silah edinmenin Birleşik Kralllık'ta yasaklanması üzerine bu alanda faaliyette bulunan şirketlerin talepleri de üçüncü kuralın ihlali olarak nitelendirilmemiştir. *Ian Edgar* (*Liverpool*) *Ltd – Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, hem söz konusu şirketlerin

faaliyetlerini başka alanlara kaydırmalarını, hem de zararlarını kısmen de olsa karşılayan bir tazminat elde etmelerini dikkate alarak, bu yasaklamayı mülkiyet hakkının ihlali olarak değerlendirmemiştir.

Posti ve Rahko – Finlandiya kararının konusu ise Finlandiya'da yürürlüğe konulan belirli bölgelerde ve bazı balık türleri için öngörülen avlanma yasağının bu bölgelerde avlanma imtiyazına sahip balıkçılar üzerindeki etkisidir. Mahkeme, bu kısıtlamayı da üçüncü kural çerçevesinde incelemiştir. Ancak söz konusu yasağın kısmi niteliğini, balıkçılara belirli bir tazminat ödenmesini ve balık türlerinin korunması meşru amacını dikkate alan Mahkeme, bu davada da üçüncü kuralın ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Megadat – Moldova davası, ülkenin perakende internet erişim hizmetlerinde en fazla pazar payına sahip şirketin hizmet lisansının, basit bir formaliteyi yerine getirmediği gerekçesiyle iptal edilmesi hakkındadır. Mahkeme bu davada, başvurucunun sahip olduğu lisansın geçersiz sayılmasını mülkiyet hakkının kullanılmasının kontrolü olarak kabul etmiş ve konuyu üçüncü kural çerçevesinde incelemiştir. Mahkeme, adres değişikliğini bildirmeme gibi basit bir usuli aykırılıktan ötürü başvurucunun ciddi bir ekonomik kayıpla karşı karşıya kalmasını orantısız bir durum olarak nitelendirmiştir. Ayrıca başvurucunun müşteri çevresi, bu müdahale nedeniyle devlete ait bir şirkete yönelmiştir. Mahkeme, başvurucunun mülkiyet hakkına yapılan bu müdahaleyi, kamu yararı ile açıklanamayacak derecede ağır ve orantısız bir müdahale olarak değerlendirmiş ve mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

J.A. Pye (*Oxford*) *Ltd ve J.A. Pye* (*Oxford*) *Land Ltd – Birleşik Krallık* kararına konu olan olay, tapu siciline kayıtlı bir taşınmazın, kazandırıcı zamanaşımı uygulaması nedeniyle kaybı ile ilgilidir. Başvurucuların tapuya kayıtlı taşınmazlarının mülkiyeti, bu taşınmazları on iki yıldan daha uzun süre kullanan kişilere ilgili ulusal yasalara uygun olarak geçmiştir. Mahkeme, her ne kadar başvurucular bakımından mülkiyetin kaybı söz konusu olsa da, bu durumu üçüncü kural çerçevesinde incelemenin doğru olduğu değerlendirmesini yapmıştır. Mahkeme'ye göre, burada mülkiyet kaybını ortaya çıkaran durum, esasında mülkiyetin kime ait olduğunun belirlenmesi ile ilgili bir hukuki tartışmanın sonucudur. Ulusal hukuk, on iki yıldan daha uzun süreyle bir taşınmaza zilyet sıfatıyla sahip olan kişi bakımından, eski malikin mülkiyet hakkının sona ermesini ve bu zilyedin, eğer koşulları tamamlamışsa, yeni malik olarak tanınmasını düzenlemektedir. Bu bağlamda, uygulanan ulusal kural, mülkiyet hakkı bakımından kazandırıcı zamanaşımını düzenleyen bir kuraldır. Eski malik olan başvurucular bu kural nedeniyle mülklerini kaybetmişlerdir; bizzat bir "mülkiyetten yoksun bırakma işlemi" ile karşı karşıya kalmamışlardır (*J.A. Pye* (*Oxford*) *Ltd ve J.A. Pye* (*Oxford*) *Land Ltd*, *§65*).

J.A. Pye (*Oxford*) *Ltd ve J.A. Pye* (*Oxford*) *Land Ltd* kararında Mahkeme, kazandırıcı zamanaşımı süresinin her ülkede olduğunu ve bu gibi kurallar söz konusu olduğunda devletlerin çok geniş bir takdir alanı bulunduğunu belirtmiştir. Mahkeme, müdahalenin adil dengeyi bozmadığı değerlendirmesini yapmıştır. Bu kural uzun yıllardır yürürlüktedir. Başvurucular kira istemek gibi çok basit bazı davranışlarla kazandırıcı zamanaşımı süresini kesebilirlerdi. Ayrıca Mahkeme'ye göre, bu davada tazminat ödenmesi mutlaka gerekli olarak değerlendirilemez. İlk olarak tazminatla ilgili kararların verildiği davalardan çok farklı bir dava söz konusudur. İkinci olarak, bu tarz bir davada tazminat ödenmesi fikri, belirli bir tarihten sonra dava açma hakkını ortadan kaldırarak belirli bir hukuk güvenliğini sağlamayı amaçlayan kazandırıcı zamanaşımı ilkesi ile bağdaşmamaktadır. Nihayet Mahkeme, eski malik başvurucuların tamamen hukuki korumadan yoksun olmadıklarını belirtmiştir. Başvurucular kazandırıcı zamanaşımı koşulları tamamlanmadığı iddiasıyla dava açabilirler. Bu gerekçelerle Mahkeme, adil dengenin bozulmadığı ve mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Chassagnou ve Diğerleri – Fransa kararının konusu bir taşınmazdan yararlanmanın zorunlu olarak bir rejime bağlanması hakkındadır. Başvurucular belirli bir büyüklükte arazi sahibi kişiler olup, avlanma karşıtıdırlar. 1964 tarihli bir yasaya göre, belirli bir büyüklükteki bütün araziler o bölgenin av sahasının bir parçası olarak kabul edilmiştir ve avcılara bu araziler üzerinde avlanma hakkı tanınmıştır. Nitekim başvurucular da av için kurulan bir derneğin zorunlu olarak üyesi yapılmışlardır. Mahkeme, bu davada başvurucuların mülklerini kullanmalarına bir sınırlama getirildiğini kabul ederek konunun üçüncü kural çerçevesinde incelenmesine karar vermiştir. Mahkeme'ye göre, bu sınırlama avcılığa belirli bir düzen getirmeyi amaçladığı için meşru bir amaç izlemektedir. Ancak Mahkeme, bu sınırlama ile adil dengenin korunduğuna ikna olmamıştır. 1964 tarihli yasanın uygulanması sonucunda avcılar ilgili beldenin belirli bir yerinde değil, bütün arazilerinde av yapma imkânına kavuşmuşlardır. Ancak böyle bir yarar, avcılık yapmayan bir malik için herhangi bir anlam ifade etmemektedir. Nitekim 1964 tarihli yasa, avlanmaya karşı olan maliklerin durumuna ve haklarına ilişkin bir düzenleme içermemektedir. Mahkeme'ye göre, küçük mülk sahiplerini vicdani kanaatlerinin tamamen aksine arazilerini avlanmaya açma konusunda zorlayıcı hükümlerin kabul edilmesi, adil dengeyi bozmuştur. Mahkeme olayda mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Mahkeme, *Chassagnou ve Diğerleri* içtihadını, *Schneider – Lüksemburg* davasında da izlemiştir. Mahkeme bu davada ahlaki olarak avlanma karşıtı olan başvurucuya arazisinde avlanma için izin verme yükümlülüğü karşılığı olarak az miktarda bir tazminat ödenmesini, adil dengenin korunması bakımından yeterli görmemiştir. Daha yakın tarihli *Herrmann – Almanya* davasında da Mahkeme aynı yönde karar vermiştir.

Mahkeme, *Chabauty – Fransa* kararında, *Chassagnou ve Diğerleri* kararının benzeri bir durumu incelemiştir. *Chassagnou ve Diğerleri* davasından farklı olarak *Chabauty* davasında başvurucular avlanma karşıtı değildir. Mahkeme, bu davada mülkiyet hakkı ve ayrımcılık yasağı ilkesi ışığında konuyu incelemiş ve Sözleşme'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Agosi – Birleşik Krallık kararına konu olan olayda, değerli madenlerin ticaretiyle uğraşan başvurucu şirket, bir İngiliz vatandaşına altın sikkeler satmıştır. Ancak bu sikkelerin mülkiyeti, üzerinde anlaşılan bedel ödenene kadar başvurucuda kalacaktır. Sikkeleri satın alan kişinin verdiği çek karşılıksız çıkmış ve bu arada bu kişi Birleşik Krallık'a altın sikkeleri yasadışı yollarla sokarken yakalanmıştır. Başvurucu altın sikkelerin maliki sıfatıyla sikkelerin kendisine iade edilmesi talep etmiş, ancak sonuç elde edememiştir. Mahkeme, her ne kadar başvurucu mülkiyetini kaybetmişse de, bu durumun ülkeye altın sikke sokulmasını yasaklayan bir düzenlemeden kaynaklandığını belirterek, bu davada üçüncü kuralın uygulanması gerektiği değerlendirmesini yapmıştır. Mahkeme, bu davada mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'ye taraf devletlerde ülkelerine kaçak sokulan mallara el konulması konusunda bir yaklaşım birliği vardır. Bu malın malikine iade edilip edilmemesi konusunda devletlerin geniş bir takdir alanı vardır. Ayrıca Mahkeme, Birleşik Krallık hukuk sisteminde gümrük idaresinin bu yöndeki kararlarını denetleyen bir hukuki denetim sisteminin var olduğunu da belirtmiştir.

Raimondo – İtalya davası, aleyhinde suç örgütüne üye olduğu gerekçesiyle dava açılan başvurucuya ait taşınır ve taşınmaz malvarlığının kara parayla edinildiği varsayılan kısmına tedbir konulması hakkındadır. Başvurucu ceza yargılaması sonucunda beraat etmiştir. Mahkeme'ye göre, başvurucunun malvarlığına tedbiren el konması, kamu yararına yönelik meşru bir müdahaledir. Ancak bu malların iadesinde gecikmeden ötürü Mahkeme, mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Centro Europa 7 SRL ve Di Stefano – İtalya kararına konu olan olay, başvurucu televizyon şirketinin imtiyaz şeklinde yayın ruhsatı sahibi olmasına karşın kendisine uzun yıllar frekans tahsis edilmediği için yayım yapamamasına ilişkindir. Mahkeme bu davada şikâyeti önce ifade özgürlüğü kapsamında incelemiş ve İtalya'nın kendisine düşen pozitif yükümlülüğü yerine getirmediği ve ilgili mevzuatın "hukuken öngörülmüş olma" koşulu bakımından yetersiz olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 10. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu davada başvurucunun Protokolün 1. maddesi çerçevesinde korunan bir "malvarlığı değeri" olduğu sonucuna varmıştır. Bu sonuca varırken Mahkeme, başvurucunun sahip olduğu ruhsatın ona 1999 yılından itibaren yayın yapma hakkı tanıdığını, ancak kendisine frekans tahsis edilmediği için bu hakkının içeriğinin boşalmış olduğunu belirtmiştir. Ayrıca başvurucuya verilen ruhsat, onun meşru olarak ruhsatın alınmasını izleyen iki yıl içinde yayın yapma imkânının tanınması beklentisine girmesini haklı gösterecek mahiyettedir. Mahkeme, ayrıca *Tre Traktörer AB – İsveç* ve *Capital Bank AD – Bulgaristan* gibi kararlarına atıf yaparak, ticari faaliyete ilişkin bir ruhsat iptalinin mülkiyet hakkına müdahale oluşturduğunu kabul ettiğini hatırlatmıştır. Bu davada her ne kadar ruhsat iptali söz konusu olmasa da, frekans tahsis edilmemesi, ruhsatın içinin boşalmasına neden olmuştur (*Centro Europa 7 SRL ve Di Stefano*, *§177*). O halde, ruhsatın işletilmesine bağlı menfaat, 1. maddenin koruması altında olan mülkiyete ilişkin bir menfaat olup, bu madde bağlamında "sahibi olduğu şey" olarak nitelendirilebilecek yeterli bir düzeydedir.

Centro Europa 7 SRL ve Di Stefano kararında Mahkeme, davayı üçüncü kural çerçevesinde incelemeyi tercih etmiştir. Mahkeme'ye göre, bu davadaki müdahale bir mülkiyet kaybı olarak nitelendirilemez, o halde ikinci kuralın uygulanması söz konusu değildir. Mahkeme'ye göre, bu davada ruhsatın kullanılması imkânı birçok idari tedbirle geciktirilmiştir. Bu tedbirler mülkiyetin kullanılmasının düzenlenmesi kapsamında alınan tedbirler olduğu için, üçüncü kural uygulanmalıdır (*Centro Europa 7 SRL ve Di Stefano*, *§186*). Mahkeme, üçüncü kural bakımından, diğer iki kural açısından da geçerli olan bir hususu hatırlatmıştır: Mülkiyet hakkına yapılan bir kamu gücü müdahalesi, her şeyden önce hukuki bir temele dayanmalıdır. Bu hukukilik testi, söz konusu iç hukuk düzenlemesinin yeterince erişilebilir, açık ve sonuçları önceden görülebilir olması anlamına gelmektedir. Mahkeme, 10. madde bağlamında yaptığı değerlendirme sonucunda olayda uygulanan kuralların bu gereklilikleri karşılamadığı sonucuna vardığını hatırlatmıştır. Mahkeme, bu sonucun mülkiyet hakkı bakımından da geçerli olduğunu belirtmiş ve Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Depalle – Fransa kararına konu olan olay, kıyı kenar şeridinde yer alan bir yapının yıkılması hakkındadır. Başvurucu, çok uzun yıllardır valilikten aldığı bir izine dayanarak arsası kamuya ait olan bir yerde oturmaktadır. Bu izin kararlarında idare açıkça bu izni kaldırma ya da içeriğini değiştirme hakkını saklı tutmuştur. Ayrıca Fransız hukukuna göre, kıyı kenar şeridinde yer alan taşınmazlar kazandırıcı zamanaşımı ile özel mülkiyete konu olamazlar. 1993 yılında il idaresi, 1986 yılında yürürlüğe giren kıyıların korunması hakkında kanuna dayanarak, bu izni yenilememiştir. Diğer yandan il idaresi, başvurucular hayatta kaldıkları sürece bu taşınmazı devretmemek ve herhangi bir değişiklik yapmamak kaydıyla bu taşınmazda kalmalarını önermiştir. Ancak başvurucular bu öneriyi kabul etmemişlerdir. *Depalle* davasında Mahkeme, her ne kadar malik sıfatları olmasa da başvurucuların çok uzun yıllardır bu taşınmazı kullandıklarını dikkate alarak, 1. madde altında incelenebilecek bir ayni menfaatlerinin olduğunu belirtmiş ve bu menfaatin başvurucunun "sahibi olduğu şey" oluşturduğu sonucuna varmıştır. Devletin bu alandaki müdahalesi ise, Mahkeme'ye göre üçüncü kural kapsamında incelenmelidir. Başvurucu mülkünden yoksun bırakılma işlemine maruz kalmamış, sadece kendisine tanınan bir işgal izni iptal edilmiştir. Başvurucu bakımından bu iznin iptali öngörülemeyecek bir

durum değildir. Mahkeme, işgal izninin her zaman geri alınabilir niteliğini, kamu makamlarının bu alandaki geniş takdir alanını ve başvuruculara il idaresinin yaptığı teklifi dikkate alarak, bu davada adil dengenin bozulmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme *Brosset-Triboulet ve Diğerleri – Fransa* davasında da aynı yönde karar vermiştir.

İmar düzenlemeleri

Mahkeme, imar düzenlemesi hakkında şikâyetleri, eğer bu sınırlamalar malik bakımından taşınamayacak noktaya ya da mülkiyet hakkının özüne zarar verecek düzeye ulaşmışsa, mülkiyetten yararlanmayı düzenleyen birinci kural çerçevesinde incelemektedir. Aksi durumda bu sınırlamalar, mülkiyetin kullanılmasının kontrolünü öngören üçüncü kural başlığı altında tartışılmaktadır.

Üçüncü kuralın imar hukukundan doğan uyuşmazlıklar konusunda uygulandığı önemli bir karar *Pine Valley Development Ltd – İrlanda* kararıdır. Bu davaya konu olan olayda, kişinin taşınmazın mülkiyetini kazandığı sırada resmi kayıtlarda mevcut olan imar izni (yapılaşma ruhsatı) daha sonra bir yargı kararı ile geriye dönük olarak iptal edilmiştir. Bu karar nedeniyle taşınmazı üzerinde yapı yapmak amacıyla satın alan başvurucu ciddi bir zarara uğramıştır. Mahkeme, imar iznini iptal eden yargı kararının başvurucu bakımından önemli bir sonucu olduğunu kabul etmiştir. Bu yargı kararı ile imar izninin iptaline kadar, başvurucular bu izinde öngörülen yapıyı inşa etmek bakımından meşru bir beklenti içindedirler. Mahkeme'ye göre bu beklenti mülkiyet hakkının bir unsuru olarak değerlendirilebilir (*Pine Valley Development Ltd*, *§51*).

Mahkeme, *Pine Valley Development Ltd* kararında, şikâyetin üçüncü kural çerçevesinde incelenmesi gerektiğini belirtir. Başvurucunun imar izninin iptali "mülkiyetten yoksun bırakma" olarak nitelendirilemez; ne yasal ne de fiili bir kamulaştırma veya el atma söz konusudur. Dava konusu olan tedbir, söz konusu taşınmazın genel imar düzenlemelerine uygun kullanılmasını amaçlamaktadır. Malik bu taşınmazı kullanabilir, kiraya verebilir veya satabilir. Her ne kadar taşınmazın değeri düşmüş olsa da, bu değer kaybı taşınmazı tamamen değersiz hale getirmemiştir. Mahkeme, bu müdahalenin hukuki bir temeli olduğunu ve kamu yararı amacıyla gerçekleştirildiğini kabul etmiştir. Müdahalenin orantılılığı konusunda ise Mahkeme, bu olayda iptal kararının başvurucuların da katıldığı bir yargı kararına ve çok önemli bir meşru amaç olan çevreyi koruma amacına dayalı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre mülkiyet hakkı ihlal edilmemiştir; çünkü başvurucular, öngörebilecekleri riskleri de içeren bir ticari yatırım yapmışlardır; bu nedenle dava konusu müdahale nedeniyle herhangi bir tazminat ödenmemesi adil dengeyi bozmamıştır.

Hakan Arı – Türkiye kararına konu olan olay, başvurucunun Mersin'de bulunan ve tapuda fidanlık olarak tescil edilen arazisinin, imar planında sosyal donatı alanı olarak ayrılmasıyla ilgilidir. Başvurucu taşınmazının bulunduğu alanın imara açıldığını öğrenince, 2002 yılında Mersin Belediyesi'ne imar izni almak için başvuruda bulunmuştur. Mersin Belediyesi şehir planında söz konusu arazinin okul yapım sahasına ayrıldığını belirterek başvurucuya imar izni vermemiştir. Başvurucu 16 Ocak 2002 tarihli yazı ile İçel Milli Eğitim Müdürlüğüne başvurarak, ya sözü edilen arazinin kamulaştırılmasını ya da arazisi üzerinde okul yapılması amacıyla verilen kararın iptal edilmesini talep etmiştir. 28 Mart 2002 tarihinde idari makam, başvurucunun taşınmazı hakkında kamulaştırma kararı alındığı gerekçesiyle, başvurucunun talebini reddetmiştir. Diğer yandan görevli idare başvurucunun avukatına 11 Kasım 2002 tarihinde gönderdiği bir yazıda, bütçe kaynaklarının yetersizliği nedeniyle bu taşınmazın kamulaştırılmasının gelecek yıllarda yapılmasının öngörüldüğünü bildirmiştir. Başvurucu Mersin Asliye Hukuk Mahkemesi'nde idare aleyhine maddi ve manevi tazminat davası açmıştır. Başvurucu, imar planındaki sosyal donatı fonksiyonu nedeniyle, mülkiyetindeki taşınmazdan yararlanamadığını ve

bu nedenle, mülkiyet hakkının özü itibariyle içeriğinin boşaltıldığını iddia etmiştir. Asliye Hukuk Mahkemesi başvurucunun talebini yerinde bulmuş ve maddi ve manevi tazminat talebini kabul etmiştir. Ancak Yargıtay bu kararı bozmuştur. İlk derece mahkemesi Yargıtay'ın kararı doğrultusunda başvurucunun talebini reddetmiştir.

Hakan Arı davasında başvurucu Mahkeme'ye başvurarak, taşınmazının karşılıksız olarak okul yapımı amacıyla ayrılmış olmasının mülkiyet hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek şikâyetçi olmuştur. Mahkeme bu davada başvurucunun, taşınmazı imara açıldığı için inşaat izni almak için meşru beklenti içine girebileceğini belirtmiştir. Oysa bu taşınmaz imar planında okul alanına tahsis edildiği için, kamulaştırma amacıyla üzerine inşaat yasağı konulmuştur. Mahkeme bu sınırlama nedeniyle başvurucunun mülkiyet hakkının geleceği konusunda belirsiz bir duruma itildiğini belirtmiştir. İlk başta taşınmazın kamulaştırılması ihtimali ortaya çıkmıştır; ancak bu ihtimal belediyenin bütçede yeterli ödeneği olmadığı gerekçesiyle gerçekleşmemiştir. Daha sonra yeni bir imar planı yapılmış, ancak bu planda da taşınmaz okul için ayrılmıştır. Mahkeme bu durumun başvurucunun mülkiyet hakkından tam anlamıyla yararlanmasını engellediğini ve arazinin satış şansı dâhil, sonucu itibarıyla taşınmazın değerini önemli ölçüde azalttığını belirtmiştir. Başvurucunun uğradığı bu kayıp, herhangi bir tazminatla giderilmemiştir. Mahkeme'ye göre bu durum, kamu yararının gerekleri ile mülkiyet hakkı arasında gözetilmesi gereken adil dengeyi bozan, başvurucuyu alışılmışın dışında ve ölçüsüz bir yüke katlanmak zorunda bırakan bir müdahale olup, mülkiyet hakkı ihlal edilmiştir.

Keçecioğlu ve Diğerleri – Türkiye kararına konu olan olayda, İstanbul Belediyesi 1986 yılında yapılan imar planına uygun olarak, Haliç bölgesinde bir yeşil alan oluşturmak üzere bir taşınmazın kamulaştırılması için kamu yararı kararı almış ve 1992 yılında üzerinde bina bulunan bu taşınmazı kamulaştırmıştır. Ancak daha sonra bu imar planı iptal edilmiştir. Diğer yandan 1992 yılında aynı taşınmaz, eski eser olarak sınıflandırılmış ve bu nedenle taşınmazın bulunduğu yerin yeşil alan olarak düzenlenmesi imkânsız hale gelmiştir. Başvurucular bu iptal kararına dayanarak, 1997 yılında taşınmazın iadesini talep etmişlerdir. Ancak bu talepleri reddedilmiştir. Mahkeme bu davada, *Motais de Narbonne* (*§22*) ve *Beneficio Capella Paolini* (*§33*) kararlarında geliştirdiği ilkeleri uygulayarak, mülkiyet hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre bu davada taşınmazın iade edilmemesi kararı, eski malikleri bu taşınmazın imar planında yeşil alan olarak öngörülmesinden bu yana ortaya çıkan değer artışı ile elde edebilecekleri bir değerden yoksun bırakmıştır. Ayrıca belediye bu taşınmazları öngörülen kamu yararı için kullanmamaktadır; iptal edilen imar planındaki yeşil alan fonksiyonunun gerçekleştirilmesi imkânsız hale gelmiştir. Bu nedenlerle Mahkeme'ye göre, bu davada genel yarar ile mülkiyet hakkı arasında kurulması gereken denge, mülkiyet hakkı aleyhine bozulmuştur. Mahkeme, adil karşılık konusunda devlet ile başvurucular arasında bir dostane çözüme varılmaması üzerine, başvuruculara 2.000.000 Euro maddi tazminat ödenmesine hükmetmiştir.

Perinelli ve Diğerleri – İtalya (*k.k.*) davasında başvurucular, Roma'ya yakın bir yerde yüzölçümü 27 bin metrekare olan ve imar planlarında yapılaşmaya açılmış bir arazinin sahibidirler. Bakanlar Kurulu 1994 yılında bu araziyi arkeolojik bölge alanı olarak ilan etmiş ve her tür yapılaşmayı yasaklamıştır. Bu işleme karşı başvurucuların başvurdukları hukuki yollar bir sonuç vermemiştir. Mahkeme, başvurucuların sahip olduğu taşınmaz hakkında alınan 1994 tarihli arkeolojik bölge alanı kararını, üçüncü kural çerçevesinde bir müdahale olarak değerlendirmiş ve davayı bu kuralın ışığında incelemiştir. Ancak Mahkeme'ye göre bu davada adil denge bozulmamıştır; çünkü ilk olarak, başvurucular ulusal mahkemelere bu karar sonrasında bu taşınmazın kullanımında bir değişikliğe gitmek zorunda kaldıklarını kanıtlayamamışlardır. İkinci olarak, başvurucular bu karar

öncesinde yapılaşmaya müsait olan taşınmazları üzerinde herhangi bir inşaat girişiminde bulunmamışlardır.

Sinan Yıldız ve Diğerleri – Türkiye kabuledilemezlik kararında Mahkeme, SİT alanları konusunda mülkiyet hakkını zayıflatan bir karar vermiştir. Başvurucuların Hakkâri'de 1564 m2 imara açık ve üzerinde bir ev bulunan bir taşınmazları vardır. Bu taşınmaz, 11 Kasım 1999 tarihinde birinci derece arkeolojik SİT alanı kapsamına alınmıştır. Taşınmazın kamulaştırılması girişimlerinin sonuçsuz kalması üzerine başvurucular kamulaştırmasız el atma iddiasıyla tazminat davası açmışlardır. Ancak bu dava reddedilmiştir. Mahkeme bu davada başvurucuların taşınmazının SİT alanı ilanını mülkiyet hakkına bir müdahale olarak nitelendirmiştir. Bu müdahale, 1. maddenin ikinci fıkrası kapsamında değerlendirilmiştir. Ancak Mahkeme, İtalya'ya karşı benzer davalarda geliştirdiği içtihadı izleyerek (*Perinelli ve Diğerleri – İtalya* (*k.k.*); *Longobardi ve Diğerleri – İtalya* (*k.k.*)), bu davada adil dengenin bozulmadığı ve mülkiyet hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, ilk olarak bu müdahalenin yasal bir temele dayanmakta olduğunu ve önemli arkeolojik kalıntıları barındıran bir ülkenin bu arkeolojik varlığını koruma meşru amacına hizmet ettiğini söylemiştir. Herhangi bir tazminat ödenmemesi konusunda ise Mahkeme, başvurucunun mülkiyet hakkının tümden ortadan kalkmadığını belirtmiştir. İlk olarak mutlak bir inşaat yasağı öngörülmemiştir. Ayrıca başvurucu gerekli izinleri alarak taşınmazda değişiklik yapma veya satma imkânına sahiptir. Diğer yandan Mahkeme, SİT alanı ilan edilmeden önce başvurucuların taşınmaz üzerinde bir yapı yapma izni için başvurmamış olmalarını da dikkate almıştır. Nihayet Mahkeme'ye göre kanun, birinci derece SİT alanı ilan edilen taşınmazlar için eşdeğer bir taşınmazla değişim imkânını da öngörmektedir.

ÖNEMLİ KARARLAR

13.06.1979 6833/74 MARCKX - BELÇİKA

♦ *evlilik dışı çocuğa miras bırakmanın kısıtlanması* (başvurucu annenin evlilik dışı çocuğuna çok sınırlı bir şekilde miras bırakabilmesi) ■ mülkiyet hakkı

DAVANIN ESASI

Birinci başvurucu Paula Marckx evli olmayan anne, ikinci başvurucu Alexandra Marckx ise, bu annenin nesebi belirsiz (gayrimeşru) küçük çocuğudur.

Anne, doğum yaptıktan sonra çocuğu nüfusa kaydettirmek üzere başvurmuştur. Nüfus müdürlüğü, Belçika Medeni Kanununun 57ek maddesi gereğince, bu nesebi belirsiz doğumu yargıca bildirmiştir.

Yargıç, çocuğun velayeti konusunda karar vermek için bilgi almak üzere anneyi mahkemeye davet etmiştir. Yargıç, anneden bilgi almış, aynı zamanda annenin çocuğu tanıması için var olan yolları ve böyle bir tanımanın hukuki sonuçlarını anlatmıştır. Yargıç ayrıca, anneye Medeni Kanunun çeşitli hükümlerinden ve 'istisnai' mirasçılık biçimleriyle ilgili 756. madde hükmünden söz etmiştir.

Bir kaç gün sonra anne, Medeni Kanunun 334. maddesine göre çocuğunu tanımış ve otomatik olarak çocuğun vasisi durumuna girmiştir. Yargıcın başkanlığında, çocuğun kanuni menfaatlerini korumakla görevli olan ve kız kardeş ile bazı akrabalardan oluşan aile konseyi kurulmuştur.

Bir yıl kadar sonra anne, Medeni Kanunun 349. maddesine göre çocuğunu evlat edinmek için başvurmuştur. Bu usul bazı araştırmaların ve masrafların yapılmasını gerektirmiştir. Evlat edinme işlemi beş buçuk ay sonra yargıç tarafından geriye yürürlü olarak onanmıştır.

Başvurucular, nesebi belirsiz bir çocuğun anneyle ilişki kurma tarzını ve bu ilişkinin çocuğun annesinin ailesiyle ilişkilerinin boyutları ile miras haklarının intikali üzerindeki sonuçlarıyla ilgili Medeni Kanun hükümlerinden şikâyetçi olmuşlardır. Başvurucular ayrıca, annenin çocuğun haklarını artırmak için çocuğunu evlat edinmesinin gerekli görülmesini de bir sorun olarak dile getirmişlerdir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

(...)

II. Esasa ilişkin şikâyetler

(...)

1. Alexendra'nın dayandığı ailesel haklar

Belçika hukukuna göre, nesebi belirli çocuk doğuşundan itibaren veraset veya intikal yoluyla bütün miras haklarına sahip olduğu halde, nesebi belirsiz çocuk bakımından bu haklar bulunmamaktadır. Başvuruculara göre bu sistem, özel yaşama saygı hakkı ile birlikte mülkiyet hakkına ve ayrımcılık yasağına aykırı bulunmaktadır. Mahkeme'ye göre, Birinci Protokolün 1. maddesindeki mülkiyet hakkı, herkesin mülkiyetini barışçı biçimde kullanma hakkını içermektedir. Bu madde sadece mülkiyeti bulunan kişilere uygulanabilir. Bu madde mülkiyetin miras veya başka bir yolla kazanılmasını güvence altına almamaktadır. Bu nedenle Mahkeme, tek başına ele alındığında olayda nesebi belirsiz çocuk bakımından mülkiyet hakkının uygulanabilir olmadığı sonucuna varmıştır.[50-59]

2. Paula Marckx'ın dayandığı ailesel haklar

Belçika hukukuna göre evli olmayan annenin nesebi belirsiz çocuğuna çok sınırlı bir biçimde miras bırakabilme imkânı vardır. Birinci Protokolün birinci maddesi mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır. Bir kimsenin mülkiyeti üzerinde tasarrufta bulunabilmesi mülkiyet hakkının geleneksel ve temel bir yönüdür. Olayda evli olmayan bir annenin çocuğu lehine bağışta bulunmasını yasayla kısıtlanmıştır. Bu nedenle Mahkeme, mülkiyet hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edildiği soncuna varmıştır. Öte yandan davalı Hükümet, Mahkeme'nin gayri meşru çocuklarla ilgili Belçika mevzuatını Sözleşme'ye aykırı görmesi halinde Mahkeme'nin kararının verildiği tarihinden itibaren iç hukukta sonuç doğurması ve geriye yürürlü sonuç doğurmaması gerektiğini ileri sürmüştür. Mahkeme'ye göre, Sözleşme'de var olan hukuki kesinlik Belçika Devletini bu kararın verildiği tarihten önceki hukuki işlemleri ve olayları yeniden ele almaktan kurtarmaktadır. Bu nedenle Mahkeme, Mahkeme kararının verildiği tarihten itibaren iç hukukta hüküm doğurduğu sonucuna ulaşmıştır.[60-65]

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

(...)

IV. Alexandra Marckx'ın dayandığı ailesel haklar konusunda:

8. Oybirliğiyle, Birinci Protokolün 1. maddesinin Alexandra Marckx'ın iddiaları bakımından uygulanabilir olmadığına;

(...)

V. Paula Marckx'ın dayandığı ailesel haklar konusunda:

(...)

13. Beşe karşı on oyla, Paula Marckx'ın iddiaları bakımından Birinci Protokolün 1. maddesinin uygulanabilir olduğuna;

14. Altıya karşı dokuz oyla, aynı başvurucu bakımından, tek başına ele alınan bu maddenin ihlal edilmediğine;

15. Beşe karşı on oyla, bu başvurucu bakımından, Birinci Protokolün 1. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlaline;

(...)

KARAR VERMİŞTİR

23.09.1982 7151/75 SPORRONG VE LÖNNROTH - İSVEÇ

♦ *kamulaştırma kararı ve inşaat yasağı—mülkiyetten yararlanamama* (başvurucuların sahip oldukları taşımazlar üzerinde kamulaştırma şerhi bulunması ve inşaat izni verilmemesi nedeniyle uzun süreli olarak mülkiyetten yararlanamamaları) ■ mülkiyet hakkı

DAVANIN ESASI

I. Dava Konusu Olaylar

9. Bu iki başvuru, uzun süreli kamulaştırma izinleri ve inşaat yasaklarının taşınmazlar üzerinde doğurduğu sonuçlarla ilgilidir.

A. Sporrong Miras Şirketi

10. Hukuki bir kişiliğe sahip olan Sporrong Miras Şirketi, müteveffa E. Sporrong'un kanuni mirasçıları olan Bayan Sporrong, Bay C. --O. Sporrong ve Bayan B. Atmer'den

meydana gelmektedir; bunlar Stockholm yakınlarında oturmaktadırlar. Miras Şirketi, Stockholm'ün merkezinde Aşağı Norrmalm bölgesinde bulunan ve "Riddaren No. 8" olarak bilinen bir taşınmazın sahibidir. Bu taşınmazın üzerinde 1860'lı yıllardan kalma bir bina bulunmaktadır; taşınmazın 1975'teki vergi değeri 600,000 İsveç Kronudur.

1. Kamulaştırma izni

11. Hükümet, 1947 tarihli İmar Kanununun 44. maddesine dayanarak, 21 Temmuz 1956 tarihinde Stockholm Belediyesine Sporrong Miras Şirketinin sahip olduğu taşınmazın da arasında bulunduğu 164 taşınmazın bulunduğu bölgeyi kamulaştırma izni vermiştir. Belediye, alış-veriş caddelerinden birini ana yola bağlayan bir viyadük yapmayı tasarlamıştır. Viyadük ayaklarından biri "Riddaren" parseline dikilecek, taşınmazın geri kalan kısmı oto parka dönüştürülecektir.

Hükümet, 1917 tarihli Kamulaştırma Kanunu gereğince, kamulaştırmanın gerçekleştirileceği beş yıllık bir süre tespit etmiştir; bu sürenin dolmasından önce Belediye, mal sahiplerine ödenecek tazminatı belirleyecek olan mahkemeye dava açması gerekmektedir; bunu yapmaması halinde kamulaştırma izni ortadan kalkacaktır.

12. 11 Temmuz 1961'de Hükümet, Belediyenin talebi üzerine bu süreyi 31 Temmuz 1964 tarihine kadar uzatmıştır. Bu karar "Riddaren No. 8"in de içinde bulunduğu 138 taşınmazı kapsamıştır. Bu tarihlerde söz konusu taşınmazlar, imar planına tabi değildir.

13. 2 Nisan 1964'te Hükümet, Belediyenin kamulaştırma iznini bir kez daha uzatmıştır; bu uzatma ilk 164 taşınmazdan aralarında "Riddaren No. 8"inde bulunduğu 120 taşınmazı etkilemiş olup, 31 Temmuz 1969 tarihine kadar geçerli kalmıştır. Belediye Lower Norrmalm için "62 tarihli İmar planı" adıyla bilinen genel bir gelişme planı hazırlamıştır; bu plan özel ulaşım için caddelerin genişletilmesine ve yaya yollarının yapılmasına öncelik vermiştir.

Daha sonra genel gelişme planının tadilatı olan, Lower Norrmalm ve şehir merkezinde diğer bir bölge olan Östermalm için "67 tarihli İmar Planı" yapılmış, bu plan daha iyi yol ağı vasıtasıyla toplu taşımacılığı geliştirme ihtiyacını vurgulamıştır. Buna göre söz konusu bazı parseller caddelerin genişletilmesi için kullanılacaktır; ancak kesin karar için, kullanımın gerekliliğine dair bir kararın alınması beklenecektir. "62 tarihli İmar Planı" ile aynı türde olan bu tadilat planının 1985 yılından önce uygulanacağı hesaplanmıştır.

14. Temmuz 1969'da Belediye 62 ve 67 tarihli planlarda kamulaştırma gerekçelerinin hala geçerli olduğuna işaret ederek, "Riddaren No. 8"in de aralarında bulunduğu bazı parseller için kamulaştırma izninin üçüncü kez uzatılmasını istemiştir. Hükümet 14 Mayıs 1971'de, tazminatın tespiti amacıyla davanın açılması için son süre olarak 31 Temmuz 1979 tarihini, yani talepten itibaren on yıl sonrasını göstermiştir.

Mayıs 1975'te Belediye bir plan tadilatı yapmıştır; buna göre "Riddaren No. 8" kullanımı değiştirilmemekte ve üzerindeki yapı kaldırılmayacaktır.

3 Mayıs 1979'da Hükümet, Belediyenin kamulaştırma izin talebini iptal etmiştir (bk. aşağıda, §29).

15. Sporrong Miras Şirketi sahip olduğu taşınmazı satmaya teşebbüs etmemiştir.

2. İnşaat yasağı

16. 11 Haziran 1954'te Stockholm İdare Kurulu, yapılması planlanan viyadük ve bağlantı yolun taşınmazın kullanımını etkileyeceği gerekçesiyle "Riddaren No. 8" üzerinde inşaat yasağı koymuştur. Bu yasak, Kurul tarafından 1 Temmuz 1979 tarihine kadar uzatılmıştır.

17. 1970 yılında Sporrong Miras Şirketi, binanın ön kapısını genişletmek için inşaat yasağından muafiyet sağlamışlardır. Başka bir muafiyet tanınmamıştır.

18. "Riddaren No. 8"i etkileyen kamulaştırma izni 23 yıl, inşaat yasağı ise 25 yıl sürmüştür.

B. Bayan Lönnroth

19. Stockholm'de yaşayan Bayan Lönnroth, Aşağı Norrmalm bölgesindeki "Barnhuset No. 6" de yer alan taşınmazın üçte ikisinin sahibidir; bu taşınmazın üzerinde 1887-1888 yılında yapılmış, biri caddeye cephesi olan, diğeri arkada bulunan iki bina bulunmaktadır. Taşınmazın başvurucunun hissesine isabet eden 1975'deki vergi değeri 862,500 İsveç Kronudur.

1. Kamulaştırma izni

20. 24 Eylül 1971 tarihinde Hükümet, Stockholm Belediyesine, aralarında "Barnhuset No. 6"nın da bulunduğu 115 taşınmazı kamulaştırma izni vermiş, 31 Aralık 1979 tarihini, yani Belediyenin talebinden on yıl sonrayı tazminatın tespiti amacıyla dava açılması için son tarih olarak belirlemiştir. Belediye bu kararını "67 tarihli İmar planı"na dayandırmış olup, bu plana göre başvurucunun taşınmazı üzerinde çok katlı oto park yapılacaktır.

21. Ancak bu bölgedeki çalışmalar ertelenmiş ve yeni planlar hazırlanmıştır. Başvurucu, binalarının tamire ihtiyacı olduğu gerekçesiyle, kamulaştırma izninin kaldırılmasını talep etmiştir. Belediye, var olan planların istisnaya imkan tanımadığı şeklinde yanıt vermiş ve Hükümet de 20 Şubat 1975'te, Belediyenin açıkça rızası olmadan kamulaştırma izninin kaldırılamayacağı gerekçesiyle talebi reddetmiştir.

Hükümet 3 Mayıs 1979'da, Belediyenin talebi üzerine kamulaştırma iznini iptal etmiştir (bk. aşağıda, §29).

22. Bayan Lönnroth'un mali durumu, taşınmazı satmaya zorlamıştır. Başvurucu 1970 ile 1975 yıllarında taşınmazı yedi kez satmaya teşebbüs etmiş, ancak müstakbel alıcılar Belediyeye danıştıktan sonra satın almaktan vazgeçmişlerdir. Ayrıca başvurucu, bazen kiracı bulmakta zorlanmıştır.

2. İnşaat yasağı

23. 29 Şubat 1968'de Stockholm İdare Kurulu, bu parselin oto parka dönüştürüleceği gerekçesiyle "Barnhuset No. 6"in üzerine inşaat yasağı koymuştur. Bu yasak daha sonra Kurul tarafından 1 Temmuz 1980 tarihine kadar uzatılmıştır.

24. 1970'te başvurucuya binasının üçüncü katında tadilat yapma izni verilmiştir; başvurucu başka bir muafiyet istememiştir.

1970'li yılların başında, taşınmazın başlıca ipotek alacaklılarından biri, binanın ön yüzünde yenileştirme yapılmasını istediği zaman, başvurucu kredi temin edememiştir.

25. Özetlenecek olursa, Bayan Lönnroth'un taşınmazı sekiz yıl kamulaştırma iznine, on iki yıl da inşaat yasağına tabi tutulmuştur.

C. Stockholm Belediyesinin imar politikası

26. İkinci Dünya savaşında yıkıldıktan veya ağır surette tahrip olduktan sonra yeniden inşa edilen birçok şehirde olduğu gibi, Stockholm şehir merkezinde de onlarca yıldır geniş çaplı değişikler meydana gelmektedir.

27. Aşağı Norrmalm bölgesi, kentin önemli idari ve ticari faaliyetlerinin yoğunlaştığı bir bölgedir. 1945 yılında, bu faaliyetlerin tatmin edici bir şekilde yürütülebilmesi için bölgenin yeniden inşa edilmesi gerektiği görüşü hakim olmuştur. Örneğin, uyun bir yol ağına ihtiyaç hissedilmiştir.

Ayrıca, binaların birçoğu ayakta duramaz olmuş, tamir edilemeyecek kadar kötü duruma gelmişlerdir. Bürolar ve dükkanlar uygun binalar yapmak ve temiz ve sağlıklı bir çalışma ortam yaratmak için geniş çaplı bir yeniden gelişme planı gerekli hale gelmiştir. 1947 tarihli Yasanın 44. maddesini değiştiren 1953 tarihli Yasayla tanınan belirli bir alanın kamulaştırılması imkanı, Belediye planlarının uygulanması için anahtar bir vasıta haline gelmiştir. On yıldan daha kısa bir sürede yüzden fazla bina yıkılmıştır. Bu suretle açılan alanların bir kısmı yeni yolların yapılması için kullanılmış ve diğer bir kısmı da daha büyük ve daha işlevsel komplekslerle bütünleştirilmiştir.

28. 1970'li yıllarda Stockholm imar politikası önemli ölçüde değişmiştir. Yerel makamlar merkeze doğru yeni yollar açmaktan çok, artık şehirdeki taşıt sayısını düşürmeye çalışmışlardır. Bu yeni politika, 19 Haziran 1978'de kabul edilen "77 tarihli İmar Planı"na yansımıştır. Bu plan, her şeyden önce, kentin mevcut yapısını dikkate alarak tedricen yeniden inşa edilmeye dayalı bir kentsel yenileşme için hükümler getirmiş ve var olan binaların birçoğunun korunmasını ve restorasyonunu öngörmüştür.

29. 3 Mayıs 1979'da Hükümet, Belediyenin Ekim 1978 tarihli talebini kabul ederek, aralarında başvurucuların taşınmazlarının da bulunduğu yetmiş kadar taşınmaz üzerinde, 1956 ve 1971 tarihlerinde verilmiş olan kamulaştırma izinlerini kaldırmıştır. Çünkü artık, yeni imar planının uygulanması için Belediyenin bu taşınmazlara sahip olmasına gerek kalmamıştır.

30. Belirli alanı kamulaştırma izninin varlığı nedeniyle meydana gelen güçlüklere rağmen, Stockholm'deki bu tür izinlerden etkilenmiş altmış altı taşınmazın satışının yapılabilmesi mümkün olmuştur.

İç Hukuk :

A. İmar Hukuku (Town Planning Law)

31. 1947 tarihli Yasa, İsveç'teki imar politikasının temel belgesidir. Bu bakımdan Yasa, nazım planları ile imar planları yapılmasını sağlamaktadır.

32. Bir nazım planı (genel plan), daha ayrıntılı planların çatısını kurmak için gerekli görüldüğü takdirde belediye tarafından yapılır. Bu plan belediye meclisi tarafından kabul edilir; meclis, planı onay için İl İdare Kuruluna (1 Ocak 1973'ten önce Hükümete) gönderir (md. 10).

33. İmar planları, gerekli görülen kentsel alanlar (urban areas) için yapılır (md 24). İmar planı, nazım plandan daha ayrıntılıdır; hangi alanlardan nasıl yararlanılacağını --konu, yollar, meydanlar, parklar, vd. -- gösterir ve bu yerlerin kullanımına ilişkin daha ayrıntılı hükümler de içerebilir (md. 25). Bu planın belediye meclisi tarafından kabul edildikten sonra, İl İdare Kurulu tarafından onaylanması gerekir. Bu süreç içinde mülk sahipleri, çeşitli makamlara görüşlerini iletme imkanına sahiptirler; son çare olarak planı kabul eden karara karşı itirazda bulunabilirler.

34. Bazı hallerde nazım planları ve imar planları, karar için Hükümete sunulur.

35. Bu planlarla bağlantılı olarak veya bağımsız olarak, İsveç resmi makamları kamulaştırmaya ve inşaat yasaklarına başvurabilirler; bu tedbirlerin arasında bir hukuki bağlantı bulunması gerekmez.

1. Kamulaştırma

36. Kamulaştırma konusunda bu davada uygulanabilir hükümler esas itibarıyla 1917 tarihli Yasada yer almaktadır; bu Yasanın yerini, 1 Ocak 1973 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 1972 tarihli Kamulaştırma Yasası almıştır.

37. Kamulaştırma yetkisi vermeye karar verecek olan Hükümettir. Hükümetin kararı kamulaştırmaya izin verme biçiminde olup, Yasada yer alan belirli şartlara tabidir. İzin verilmesi otomatik olarak kamulaştırmaya yol açmaz; sadece belirli bir kamu makamına (veya, istisnai hallerde özel bir şahsa veya şirkete) gerektiği takdirde kamulaştırma yapma hakkı verilmiş olur. Bu izin kararı, mülk sahibinin mülkünü satma, kiralama veya ipotek ettirme hakkına dokunmamaktadır; bu izin, kamulaştırma makamının kamulaştırma tazminatının tespit edilmesi için dava açma süresini belirlemektedir; süresi içinde kamulaştırma yapılmaması halinde izin sona erer. 1917 tarihli Yasada süre sınırı ve iznin geçerliliğini uzatma konusunda hüküm yoktu.

1972 tarihli Yasanın gerekçesi, kamulaştırma izninin mülk sahipleri bakımından mülklerini kullanma imkanlarının belirsiz bir şekilde kısıtlanması, masraflarına katlanıp katlanmamaya karar vermekte güçlük yaratması gibi dezavantajlar oluşturduğuna, zaman geçtikçe dezavantajlı durumun giderek ağırlaştığına dikkat çekmiştir.

Bu nedenle, 1972 tarihli Yasanın 3. bölümünün 6(1). fıkrası şu hükümleri içermektedir.

"Kamulaştırma izni, [tazminatın tespiti amacıyla] yargısal işlemlerin başlatılması için süre tayin eder. Özel sebepler bulunması halinde bu süre uzatılabilir. Süre uzatma talebi sürenin dolmasından önce yapılır. Mülk sahibinin kamulaştırma işinin askıda kalmasının çok ağır zararlar verdiğini ortaya koyması halinde, kendisinin talebi üzerine bu süre kısaltılabilir. Kamulaştırma izninin verilmesinden sonra bir yıl geçmedikçe, sürenin kısaltılmasına karar verilemez."

Tazminat miktarı tespit edilip ödenmedikçe, kamulaştırma tamamlanmış olmaz. Bu konuda Taşınmaz Mahkemeleri (Real Estate Court) yetkilidir; bu mahkemenin kararlarına karşı Üst Mahkemeye başvurulabilir, son derece mahkemesi, Yüksek Mahkeme'dir.

38. 1 Temmuz 1953'ten önce, kamulaştırma sadece münferit mülklere ilişkin olarak yapılırdı; her kamulaştırma izni talebi, kamulaştıracak makamın söz konusu mülkü nasıl kullanmayı tasarladığını ayrıntılı bir şekilde tanımlardı.

Mevcut başvurular, alan kamulaştırması (zonal expropriation) olarak bilinen başka tür bir kamulaştırmayla ilgilidir. Konuyla ilgili hükümler, 1947 tarihli Yasanın 44. maddesi 1953 yılında değiştirilmek suretiyle getirilmiş ve 1971 yılında çıkan bir yasayla, 1 Ocak 1972 tarihinden itibaren kaldırılmıştır. Bu hükümler şöyleydi:

"Yoğun nüfusa sahip olan bir bölgenin tamamen yeniden gelişimini sağlamak amacıyla ana yollar veya şehir imarı için gerekli görüldüğü takdirde ve böyle bir yeniden gelişme sadece bölgenin bütünüyle inşası suretiyle gerçekleştirilecek olması, yeniden gelişme tedbirlerinin şehir imar planının bu bölge için değiştirilmesini gerektirmesi halinde, Hükümet belediyeye yeniden gelişme için ihtiyaç duyulan ve aynı bölgede veya yakın çevresinde bulunan yerleri ve planın uygulanması sonucu değeri önemli ölçüde artacak olan yerleri satın alınma yetkisi tanıyabilir(...)"

1 Ocak ile 31 Aralık 1972 tarihleri arasında, bu 44. maddeye karşılık gelen hükümler 1917 tarihli Yasaya sokulmuştur; bu hükümler artık 1972 tarihli yasada yer almaktadır (Bölüm 2, md. 1)

İşte alan kamulaştırması, bu suretle büyük imar projeleri için bir araç olarak düzenlenmiştir. Bunları kamulaştırma izinleri, şehrin yeni imar planı yapıldıktan hemen sonra, yani uygulanması için ayrıntılı düzenlemeler henüz yapılmadan önce bile verilebilir.

39. 1972 tarihli Yasanın geçici 11. maddesine göre, bu yeni Yasa yürürlüğe girmeden önceki kamulaştırma izin talepleri, eski Yasa hükümlerine tabidir.

40. 1917 tarihli Yasa gibi 1972 tarihli Yasa da, bir kamulaştırma izninin uzun sürmesinden veya iznin kullanılmamasından doğan zararların tazminine imkan vermemektedir. Bunun sadece bir istisnası vardır (Bölüm 5, md 16): kendisine kamulaştırma izni verilen kişi veya kurum tazminatın tespiti için dava açmış, ancak daha sonra bundan vazgeçmiş ise, kamulaştırma izni verilmesinden doğan zarar tazmin edilir.

2. İnşaat yasağı

41. 1947 tarihli Yasa, imar planına uygun olmayan yeni bir inşaat yapılmasını yasaklamaktadır (md. 34). Yasa, böyle bir imar planının belediye tarafından kabul edilip yetkili makamlar tarafından onaylanmasına kadar ve hatta bundan önce, geçici bir tedbir olarak inşaat yapılmasını yasaklama yetkisi vermektedir (1947 tarihli Yasanın 14 ve 15. maddeleriyle bağlantılı olarak 35. maddesi). Yasanın 15. maddesi şöyledir:

"Belirli bir alan için nazım planının kabul edilmesi veya kabul edilmiş bir nazım planın değiştirilmesi için ihtiyaç ortaya çıktığında, İl İdare Kurulu, belediyenin talebi üzerine, bu alanda her türlü yeni inşaat yapılmasını yasaklar. Konuyla ilgili olarak belediye tarafından en geç bir yıl içinde karar verilinceye kadar yasak sürer. İl İdare Kurulu, belediyenin talebi üzerine, gerektiği takdirde inşaat yasağının geçerliliğini bir defada en fazla iki yıl uzatabilir.

Yukarıdaki fıkrada geçen inşaat yasağından, Yönetmeliğe göre İl İdare Kurulu veya imar Kurulu tarafından muafiyet verilebilir."

Yetkili makamlar yeni bir imar planı yapmayı veya mevcudu değiştirmeyi düşündüklerinde aynı ilkeler uygulanır (1947 tarihli Yasa, md. 35). Bu ilke sadece yeni inşaatlarla ilgilidir; ancak 1947 tarihli Yasanın 158. maddesi, yeni inşaatlarla ilgili hükümlerin "Yönetmeliğe göre yeni inşaat olarak sınıflandırılan mevcut yapılardaki değişikliklere de" uygulanacağını belirtmektedir. Bu sonucu doğuran hükümler, 1959 tarihli İmar Tüzüğünün (Building Ordinance) 75. maddesinde yer almaktadır. Buna göre:

"'Yeni inşaat terimi:

(a) tümüyle yeni binaların yapılması;

(b) mevcut binaların yatay veya dikey olarak genişletilmesi;

(c) binanın içinin veya dışının yeniden yapılması veya yeni inşaat sayılabilecek ölçüde değiştirilmesi;

(d) kabul edilmiş nazım planına (master plan), imar planına (city plan) veya inşaat projesine (building plan) veya imar planları veya inşaat projeleri dışında kalan alanlarda imar mevzuatına uygun olmayan sonuçlar yaratan tadilatlar; ve

(e) iki konuttan fazla olmayan meskenler veya bunların müştemilatları dışında, mevcut durumları yukarıdaki planlara ve yönetmeliklere uygun olmayan yapılardaki tadilatlar

anlamına gelir."

Ancak, yapılmasına izin verilmiş olmasa bile mevcut halinde uzun bir süre kalabileceği beklenen binanın içine ısıtma, tuvalet veya sağlıkla ilgili diğer tesisatların yapılması, "yeni inşaat" terimine girmez.

42. Parlamento Ombudsman'nın 1967 tarihli raporunda, uzun süreli inşaat yasaklarının yarattığı sonuçlara değinilmiş ve belirli çözümlere yer verilmiştir:

"Olayın şartlarından tespit edilebildiği kadarıyla, Boras ve Östersund olaylarındaki mülk sahipleri imar planından bir yarar bekleyemezlerdi. Bu demektir ki plan, açıkça uzun süreli yasakların neden olduğu zararlar için herhangi bir tazminat sağlamıyordu. İmar

planlarının belediyeler için daha az masraflı şekilde uygulanması için bu gibi olaylarda uzun süreli yasakların olumsuz sonuçlarına karşı mülk sahiplerini koruyucu tedbirler alınmaması halinde, imar planı sorununu esas itibarıyla kamunun menfaati için, makul bir sürede çözmek amacıyla getirilmiş bir inşaat yasağının olumsuz sonuçlarına, bir veya birden fazla mülk sahibi katlanmak zorunda kalacaktır. Böyle bir sistem, hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir Devlette olması gereken durumla bağdaşmaz.

Uzun bir süre yürürlükte kalan geçici inşaat yasağının olumsuz sonuçlarına karşı bir mülk sahibini korumak için ne gibi düzenlemeler yapılması gerektiğini, sorun üzerinde ayrıntılı bir çalışma yapmadan söylemek zordur. Ancak, geçici yasağın geçerliliğine azami bir süre sınırı getirmek, çözümlerden biri olabilir. Bununla birlikte böyle bir çözümü güncel ihtiyaçlara uygun görmek zordur; çünkü gelecekteki gelişmelerin hangi biçimde gerçekleşeceğini belirlemekteki güçlükler nedeniyle, uzun süreli gecikmelerden her zaman kaçınmak mümkün değildir. Yasağın konulmasından belirli bir süre sonra yürürlükte kalması halinde, mülk sahibine kanıtladığı kayıpları için belediyeden tazminat talep etme hakkı tanımak veya araziyi belediyeye satmasını gerekli kılmak, tercih edilebilir bir yöntemdir.

Ancak bunun için de, yasağın uzun bir süre yürürlükte olması ve mülk sahiplerinin imar planı sayesinde kazanmayı ümit edecekleri avantajla tazmin edilemeyecek önemli olumsuz sonuçların meydana gelmesi şartı bulunmalıdır.

Yukarıda anlatılanların ışığında, makul olmayan uzun bir geçici inşaat yasağının olumsuz sonuçlarına karşı özel mülk sahipleri için koruma sistemi getirme sorunu üzerinde çalışılması gerektiği görüşündeyim."

B. Kamu makamlarına karşı hukuk yolları

1. Belediye meclis kararlarına karşı başvuru

43. Başvurucuların İnsan Hakları Avrupa Komisyon'una başvuruda bulundukları tarihte, 1953 tarihli Belediyeler Yasası ile 1957 tarihli Stockholm Büyükşehir Yasası, belediyelerin kararlarına karşı bir başvuru hakkı tanımış ve düzenlemişti. Bu Yasalar, bir bölgede ikamet eden bir kimsenin, belirli istisnalar dışında, belediye meclisi kararlarına karşı İl İdare Kuruluna itirazda bulunma imkanı vermişti.

Böyle bir başvuru sadece şu gerekçelere dayanabilirdi: kanuni usullere uygun davranmama, yasanın ihlali, yetki tecavüzü, başvuruda bulunanın haklarının ihlali veya yetkinin uygunsuz amaçlarla kullanılması. İtiraz, tutanakları kabul edilen kararın belediye ilan tahtasına asılmasından itibaren üç hafta içinde İl İdare Kuruluna yapılırdı; ilan tahtasında, tutanakların görülebileceği yer de gösterilirdi.

Başka türlü belirtilmemiş ise, itirazda bulunan kişiye tebliğinden itibaren üç hafta içinde, İl İdare Kurulu kararına karşı Yüksek İdare Mahkemesine başvurulabilirdi.

Hemen hemen aynı hükümler, şimdi 1977 tarihli Belediyeler Yasasının 7. bölümünde yer almaktadır. Bu hükümler 1 Ocak 1981 tarihinden itibaren yürürlüğe giren 1980 tarihli Yasayla, başvurunun, İl İdare Kurulu yerine Üst İdare Mahkemesine yapılması şeklinde küçük bir değişikliğe uğramıştır.

44. Yukarıdaki kurallar, Hükümetten kamulaştırma izni vermesi veya uzatması için talepte bulunan belediye meclisi kararlarına karşı da uygulanır.

Öte yandan bu kurallar, inşaat yasağı getiren veya süresini uzatan İl İdare Kurulu kararlarına karşı uygulanmaz; aslında böyle bir karara karşı İdare Mahkemesi başvuru yolu açık değildir.

2. İdari tasarruflara karşı hukuk yolları

(a) İdari başvurular

45. İsveç'te idari görevler büyük ölçüde, karar alma mekanizmaları Hükümetten bağımsız olan idari makamlara bırakılmıştır. Bu makamlar herhangi bir Bakanlığın altında yer almazlar, ve ne Hükümet ne de Bakanlıklar, idari makamlara şu veya bu olayda yasayı nasıl uygulayacaklarına dair emir veya talimat veremezler.

46. Ancak genellikle, idari makamların kararlarına karşı Hükümete başvurmak mümkündür.

Böylece İl İdare Kurulu tarafından inşaat yasağı konması veya uzatılmasına dair bir karara karşı, itiraz yoluyla Hükümete başvurmak mümkündür (1947 tarihli Yasa, md. 150(2)).

(b) Yargısal başvuru yolları

47. İsveç idaresi genel olarak bakıldığında, adli (olağan) mahkemelerin denetimine tabi değildir. Bu mahkemeler sadece sözleşmeden doğan sorumluluklarla ilgili sorunlarda Devlete karşı ve bazı yasalara göre idari kararlara karşı yapılan başvuruları görür.

48. İdari tasarrufların yargısal denetimi, öncelikle İdare Mahkemelerinin görev alanına girer. İdarenin içinde yer alan bu mahkemeler üç aşamalıdır: İl İdare Mahkemesi, Üst İdare Mahkemesi ve Yüksek İdare Mahkemesi. Bu son mahkeme 1909'da Fransız Conseil d'Etat gibi bazı yabancı kurumlar tarzında kurulmuştur; ancak bazı temel noktalarda, onlardan farklıdır. Bu mahkemeler yaşam boyu görev süresi için atanan bağımsız yargıçlardan oluşur ve kural olarak, bir idari tasarrufu sadece iptal değil, fakat onu değiştirme veya yerine başka bir tasarruf koyma gibi geniş yetkiler kullanırlar. Uygulamada, bu tür tasarrufların hukukiliğine karşı başvuru yaygındır.

Ancak bu ilkenin önemli bir istinası vardır: Hükümet kararlarına karşı yargı yoluna başvurulamaz.

3. Hükümet tasarruflarına karşı başvuru

49. Bazı önemli siyasi veya mali sonuçları olan idari konular, ilk ve son derecede Hükümetin karar verebileceği konular olarak ayrılmıştır. Kamulaştırma izinleri bu kategoriye girer (bk. yukarıda §37).

1971 tarihli Kamu İdare Yasası, Hükümet önündeki işlemlerde resmen uygulanabilir değilse de, bu işlemler bazı ilkelere uygun bir şekilde yürütülmelidir: ilgili kişinin dosyadaki tüm belgelere ulaşma hakkı vardır; dosyaya giren bir belge hakkında idarenin kişiyi bilgilendirme ve bunun hakkında görüş belirtmesine imkan verme görevi vardır; ilgili kişi görüşlerini sözlü olarak iletmek istiyorsa buna hakkı vardır.

Hükümet bir kamulaştırma izin talebi hakkında karar vermeden önce, talep dosyayı hazırlayacak olan İl İdare Kuruluna yapılır. Kurul, özellikle mülk sahibine talep hakkında görüşlerini sunması için bir fırsat vermelidir. Kurul gerekli verileri topladıktan sonra, karara varabilecek duruma gelen Hükümete dosyayı iletir.

50. Hükümet tarafından incelenen meseleler kural olarak, itirazı mümkün olmayan kararlarla sonuçlanır. Ancak bazı özel durumlarda, yeniden muhakeme başvurusu adıyla bilinen dar kapsamlı bir itiraz mümkündür. 1 Ocak 1975'ten önce, itiraz mercii olarak Hükümet tarafından alınan bir kararla ilgili olabilecek olan bu tür başvurular Yükse İdare Mahkemesine yapılırdı (Anayasanın 11 bölümü, md. 11). Yeniden muhakeme sebepleri, Yüksek İdare Mahkemesini resmen bağlayıcı olmamakla birlikte, Yargılama Usulü Yasasının 58. bölümünün 1. maddesinde yer almaktadır:

"Bir davada verilen karar kesin hüküm (res judicata) haline aldıktan sonra, aşağıdaki hallerde, taraflardan birinin menfaati için, yeniden yargılama kararı verilebilir:

1. mahkeme üyelerinden biri, uyuşmazlığın konusuyla bağlantılı olan bir cürüm veya kabahatten hüküm giyerse veya uyuşmazlığın konusuyla bağlantılı bir suç avukatlardan veya hukuki temsilcilerden biri tarafından işlenmiş ise ve bu cürüm veya kabahatin davanın sonucunu etkilediği kabul edilecek olursa;

2. delil olarak sunulan bir belgenin sahte olduğu anlaşılırsa veya yeminli olarak dinlenen bir taraf, bir tanık bir uzman veya çevirmen yanlış beyanda bulunmuşsa, ve belge veya beyanların davanın sonucunu etkilediği kabul edilecek olursa;

3. daha önce mahkemenin önüne getirilmiş olsaydı, davanın sonucunun farklı olabileceğine dair maddi olaylar veya delillerin varlığı sonradan anlaşılmış ise;

4. hükme temel oluşturan kanunun uygulanması açıkça kanunun kendisine aykırı ise.

İlgili taraf, her türlü çabasına rağmen maddi olayları veya delilleri İlk Derece Mahkemesi veya Yüksek Mahkeme önüne getiremediğini veya getirmemesinde bazı haklı gerekçesi olduğunu kanıtlamadıkça, yukarıdaki üçüncü fıkrada belirtilen sebeplere dayanan yeniden yargılama kararı verilmez."

Mevcut olayda olduğu gibi Yüksek İdare Mahkemesi, yeniden muhakeme kararı verecek olursa, bütün meseleyi ya kendisi inceler veya Hükümete gönderir.

Her yıl Hükümet tarafından çok sayıda karar verilmesine rağmen, sadece birkaç tanesi yeniden muhakemeye gitmektedir.

C. Kamu makamlarının sorumluluğu

51. Geçmişte merkezi ve yerel organlar, kamu yetkisini kullanırken verdikleri kararlar nedeniyle, sahip oldukları muafiyetin kapsamı konusunda bazı tereddütler bulunmakla birlikte, hiçbir sorumluluğa sahip değildiler, ve bu tür kararlardan doğan zararlar için tazminat ödemezlerdi. Bu konudaki İsveç hukuku, içtihatlardan, özel yasalardan ve yazısız prensiplerden çıkmıştır.

52. Aynı hukuk halen birçok noktada uygulanmaktadır, ancak 1 Temmuz 1972'de Medeni Sorumluluk Yasası yürürlüğe girmiştir. Bu yasa, sözleşme dışı meselelerde verilen zararlar için tazminatı düzenleyen bir hukuk dalını bütünleştirmekte ve geliştirmektedir. Bu yasa, merkezi ve yerel yönetimlerin tasarrufları nedeniyle medeni açıdan sorumlu olmadıklarını hükme bağlamaktadır. Ancak Yasa, radikal bir değişiklik yapmıştır: kusur veya ihmal bulunması halinde, kamu makamlarının tasarrufları tazminat hakkı doğurabilir (Bölüm 3, md. 2).

Ancak yasakoyucu, bu yeni ilkeye önemli bir kısıtlama getirmiştir; söz konusu kararın kaldırılması veya değiştirilmesi hariç, Parlamento, Hükümet, Yüksek Mahkeme, Yüksek İdare Mahkemesi ve Milli Sosyal Güvenlik Mahkemesi kararlarına karşı tazminat davası "açılamaz" (Bölüm 3, md. 7). Yetkili hukuk yorumcularına göre, mahkeme kendiliğinden, böyle bir davanın kabuledilemez olduğuna hükmetmek zorundadır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlali iddiası

56. Başvurucular, sahip oldukları mülkleri etkileyen kamulaştırma izinleriyle birlikte inşaat yasaklarının yürürlükte kaldığı sürenin uzunluğundan şikayetçi olmuşlardır. Başvuruculara göre bu, Birinci Protokolün 1. maddesindeki mülkiyetini barışçıl bir biçimde kullanma hakkına haksız bir aykırılık oluşturmaktadır. (...)

Mahkeme bu maddenin amacını, 13 Haziran 1979 tarihli Marcx kararında şöyle tanımlamıştır (bk. parag. 63):

"Birinci Protokolün 1. maddesi, herkesin sahibi olduğu şeyleri barışçıl bir biçimde kullanma hakkına sahip olduğunu tanımakla, esas itibarıyla mülkiyet hakkını güvence altına almıştır. 'Sahibi olduğu şeyler', mülkiyeti kullanma kelimelerinin bıraktığı açık izlenim budur; Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları, bunu açıkça teyit etmektedir: Sözleşme'yi hazırlayanlar, bu maddenin öncüleri olan tasarılardaki bu konu için sürekli olarak 'mülkiyet hakkından' ve 'mülkiyete haktan' söz etmişlerdir."

Başvurucuların bu haklarına müdahale olup olmadığı, müdahale varsa haklı olup olmadığı belirlenmelidir.

1. Başvurucuların mülkiyet haklarına bir müdahalenin varlığı

58. Başvurucular, söz konusu kamulaştırma izinlerinin ve inşaat yasaklarının iç hukuka uygun olduğuna itiraz etmemişlerdir. Başvurucular öte yandan, kamulaştırma tazminatının tespiti amacıyla Stockholm Belediyesine dava açması için verilen sürenin uzunluğundan şikayet etmişlerdir (Sporrong Miras Şirketi olayında beş yıl, sonra üç yıl, sonra beş yıl ve son olarak on yıl; Bayan Lönnroth olayında on yıl, bk. yukarıda parag. 11-14 ve 20). Başvurucular ayrıca, kamulaştırma izni ve inşaat yasağı kararlarının çok uzun bir süre (izinler bakımından 23 yıl ve 8 yıl; inşaat yasağı bakımından 25 yıl ve 12 yıl (bk. yukarıda §18 ve 25) yürürlükte kalmasından şikayetçi olmuşlardır. Başvurucular mülkiyet hakları üzerinde, bu tedbirlerin bu şekilde birbirine bağlanmasının meydana getirdiğini iddia ettikleri olumsuz sonuçlara işaret etmişlerdir. Başvurucular mülklerini normal piyasa fiyatlarından satma imkanını kaybettiklerini iddia etmişlerdir. Başvurucular, mülklerinin masraflarına katlanmaları halinde büyük bir risk ile karşılaşacaklarını ve bu durum böyle kaldıkça, bir inşaat izni aldıktan sonra çalışma yapmış olsalar bile, kamulaştırma halinde hiçbir tazminat talep etmeme yükümlülüğü altına gireceklerini eklemişlerdir. Başvurucular ayrıca, ipotek tesis etmek istemiş olsalar güçlüklerle karşılaşacaklarını iddia etmişlerdir. Başvurucular son olarak, arazileri üzerinde herhangi bir "yeni inşaatın" yasaklanmış olduğunu hatırlatmışlardır.

Başvurucular mülkiyetlerinden resmen ve kesin olarak yoksun bırakılmadıkları halde, söz konusu kamulaştırma izni ve inşaat yasağının mülklerinden yararlanma ve tasarruf etme yetkilerini ağır kısıtlamalara tabi tuttuğunu ve herhangi bir tazminata da meydan vermediğini iddia etmişlerdir. Başvurucuların iddiasına göre, söz konusu tedbirler yürürlükte kaldığı sürece, mülkiyet hakları özünden yoksun kalmıştır.

59. Hükümet, kamulaştırma iznine tabi bir mülkün rayiç bedelden satılmasının veya kiralanmasının güç olduğunu ve kamulaştırma izninin yürürlükte kalmasının bu sorunu daha da ağırlaştırdığını kabul etmiştir. Hükümet ayrıca, inşaat yasağının mülkiyetin normal kullanım hakkını kısıtladığını da kabul etmiştir. Ancak Hükümet, bu tür kamulaştırma izinlerinin ve inşaat yasaklarının şehir imarına içkin özellikler olduğunu ve Birinci Protokolün 1. maddesindeki maliklerin "mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma" haklarını zedelemediğini savunmuştur.

60. Mahkeme bu görüşe katılmamıştır.

Kamulaştırma izni, maliklerin sahibi olan şeyleri kullanma ve tasarruf etme haklarına dokunmadığı halde, pratikte bu hakların uygulanma olasılığını önemli ölçüde düşürmektedir. Ayrıca bu izin ve yasak, kamulaştırmadan önce her türlü kamulaştırmanın hukuka uygunluğunu tanımakla ve Stockholm Belediyesine gerekli gördüğü her zaman kamulaştırma yapma yetkisi vermekle, mülkiyetin özüne dokunmaktadır. Bu suretle, başvuruculara mülkiyet hakkı istikrarsız ve terk edilebilir hale gelmiştir.

İnşaat yasakları da hiç kuşkusuz başvuruların sahibi oldukları şeyleri kullanma haklarını kısıtlamıştır.

Mahkeme ayrıca, kamulaştırma izinlerinin ve inşaat yasaklarının, analizler bu ikisinin arasında bir ayrım yapmayı gerektirmedikçe, kural olarak birlikte incelenmesi gerektiğini düşünmektedir. Çünkü bu tedbirler arasında zorunlu bir hukuki bağlantı olmamasına (bk. yukarıda §35) ve hatta geçerlilik süreleri farklı olmasına rağmen, birbirlerini tamamlayıcı olup, artarda yapılan imar planlarına uygun bir şekilde kentin geliştirilmesi amacını kolaylaştırıcı olmak gibi tek bir amaca sahiptirler.

Bu nedenle, başvurucuların mülkiyet hakkına bir müdahale vardır; Komisyon'unun da haklı olarak belirttiği gibi, kamulaştırma izinleri ve inşaat yasaklarının uzun bir süre ve birlikte kullanılması, hiç kuşkusuz, bu müdahalenin sonuçlarını ağırlaştırmıştır.

2. Başvurucuların mülkiyet haklarına müdahalenin haklılığı

61. Geriye, Mahkeme'nin tespit ettiği müdahalenin Birinci Protokolün 1. maddesini ihlal edip etmediği belirlemek kalmaktadır.

Bu madde üç ayrı kuralı kapsamaktadır. Genel nitelikte olan birinci kural, mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma hakkını beyan etmektedir; bu kural birinci fıkranın birinci cümlesinde yer almaktadır. İkinci kural, mülkiyetten yoksun bırakmayı içermekte ve bunu belirli koşullara bağlamaktadır; bu kural, aynı fıkranın ikinci cümlesinde yer almaktadır. Üçüncü kural Devletlerin, başka şeylerle birlikte, genel yarara uygun gördükleri yasaları çıkarmak suretiyle bu amaca uygun olarak mülkiyetin kullanılmasını kontrol etme hakkına sahip olduğunu tanımaktadır; bu kural ikinci fıkrada yer almaktadır.

Bu durumda Mahkeme, birinci kurala uygunluk bulunup bulunmadığını düşünmeden önce, son iki kuralın uygulanabilir olup olmadığını belirlemelidir.

(a) Birinci fıkranın ikinci cümlesinin uygulanabilirliği

62. İlk önce, İsveç yetkili makamlarının başvurucuların mülklerini kamulaştırmadığı hatırlanmalıdır. Bu nedenle başvurucular, hiçbir zaman resmen "sahibi oldukları şeylerden yoksun" bırakılmamışlardır; mülklerini kullanmaya, satmaya, vasiyet etmeye, bağışlamaya veya ipotek etmeye devam etmişlerdir.

63. Resmen bir kamulaştırma, yani mülkiyetin nakli yapılmadıkça, Mahkeme görünüşün ardına geçmek ve şikayet konusu durumdaki gerçekleri araştırmak zorunda olduğunu hissetmektedir (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, 24.06.1982 tarihli Van Droogenbroeck, §38). Sözleşme, hakları "pratik ve etkili" bir şekilde güvence altına almayı tasarladığından (Airey, §24), başvurucuların savunduğu gibi bu durumun fiili kamulaştırma (de facto expropriation) olup olmadığını belirlemek zorundadır.

Mahkeme'ye göre, şikayet konusu sonuçlar (bk. yukarıda §58), söz konusu mülkleri tasarruf etme imkanının daraltılmasından kaynaklanmıştır. Bu sonuçlar, istikrasız hale gelen mülkiyet hakkı üzerindeki kısıtlamalardan ve mülklerin değeri üzerine doğmuş kısıtlamanın sonuçlarından kaynaklanmıştır. Bununla birlikte söz konusu hak özünden bazı şeyler yitirmekle birlikte, tümüyle kaybolmamıştır. Söz konusu tedbirlerin sonuçları, mülkiyetten yoksun bırakmaya indirgenebilecek türden değildir. Mahkeme bu bağlamda, başvurucuların mülkleri Stockhlom'deki kamulaştırma izinlerinden ve inşaat yasaklarından etkilenmesi nedeniyle satma imkanının daha da zor hale gelmesine rağmen, mülklerini kullanabilme ve satabilme imkanına sahiptir. Hükümetin verdiği bilgiye göre, birçok satış gerçekleşmiştir (bk. yukarıda §30).

Bu nedenle, bu davada birinci fıkranın ikinci cümlesini uygulama imkanı yoktur.

(b) İkinci fıkranın uygulanabilirliği

64. İnşaat yasakları açıkça ikinci fıkradaki anlamıyla, başvurucu tarafından "mülkiyeti kullanmanın kontrolü"nü oluşturmaktadır.

65. Öte yandan kamulaştırma izinleri, mülkiyeti kullanmayı sınırlama veya kontrol etmeyi amaçlamamaktadır. Kamulaştırma izinleri mülkiyetten yoksun bırakmaya yol açan sürecin bir ilk adımı olduklarından, ikinci fıkra kapsamına girmezler. Bunlar birinci fıkranın birinci cümlesine göre incelenmelidirler.

(c) Kamulaştırma izinlerinin birinci fıkranın birinci cümlesine uygunluğu

66. Başvurucuların şikayetleri ilk olarak, hem İsveç hukukuna ve hem de Sözleşme'ye aykırı gördükleri Stockholm Belediyesine verilen sürelerin uzunluğuyla ilgilidir.

67. 1917 tarihli Yasa, kamulaştırma yapacak makamın kamulaştırma tazminatının belirlenmesi amacıyla dava açma süresiyle veya izinlerin geçerliliğinin uzatılma süresiyle ilgili hükümler içermemektedir.

Başvuruculara göre, bu Yasanın yürürlüğe girmesinden sonra uygulamada Taşınmaz Mahkemesine dava açma süresi bir yıl olarak yerleşmiştir. Mevcut olayda beş yıl ve on yıl gibi süreler olduğundan, ilk kamulaştırma izinlerinin hukuki temeli bulunmadığı iddia edilmiştir; Sporrong Miras Şirketinin mülkünü etkileyen üç uzatma için de aynı şey geçerlidir.

Davalı Devlet, kamulaştırma izinlerinin verilmesinin ve uzatılmasının İsveç hukukuna uygun olduğu şeklinde yanıt vermiştir. Davalı Devlet, ilk kamulaştırma iznin geçerlilik süresini belirlemeye yetkili olan Hükümetin, aksine bir hüküm bulunmadığından, uzatmaya da yetkili olduğunu savunmuştur.

68. Mahkeme, İsveç hukukunun yorumlanmasıyla ilgili iki görüş arasındaki farklılığı çözmesi gerekmediği düşünmektedir. Şikayet konusu kamulaştırma izinleri İsveç hukukuna aykırı olmasa bile, bu izinlerin iç hukuka uygun olması, Birinci Protokolün 1. maddesiyle güvence altına alınan hakka da uygun olduğunu ortaya koymayacaktır.

69. Kamulaştırma izinlerinin birinci fıkranın ikinci cümlesine veya ikinci fıkraya girmemesi, bu hakka müdahalenin birinci fıkranın birinci cümlesindeki kuralı ihlal ettiği anlamına gelmez.

Bu son hüküm bakımından Mahkeme, toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması arasında denge kurulup kurulmadığını belirlemek zorundadır (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte 23.07.1968 tarihli Belçika'da Eğitim Dili Davası, parag. 5). Sözleşme'nin bütününe içkin olan bu denge arayışını, Birinci Protokolün 1. maddesi de yansıtmaktadır.

Hükümet temsilcisi, böyle bir denge ihtiyacının varlığını kabul etmiştir. Hükümet temsilcisi 23 Şubat 1982 sabahı yapılan duruşmada, olayda kamusal amaç başka yollarla gerçekleştirilebilecek ise, Kamulaştırma Yasasına göre kamulaştırma izni verilememesi gerektiğine işaret etmiştir.

Mahkeme, yasama organının bu kaygısını gözden kaçırmamıştır. Dahası Mahkeme, Sözleşmeci Devletlerin büyük şehirlerin gelişmeleri gibi karmaşık ve zor bir alanda kendi imar politikalarını uygulamak için geniş bir takdir alanı kullanmalarının doğal olduğunu tespit etmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, kendi denetim yetkisini kullanmazlık edemez; kurulması gereken dengenin başvurucunun Birinci Protokolün 1. maddesi anlamında "mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma hakkı"na uygun bir biçimde kurulup kurulmadığına karar vermek zorundadır.

70. O tarihlerde yürürlükte bulunan mevzuatın bir özelliği, esnek olmayışıdır. Bu konudaki mevzuat, kamulaştırma izninin belediyenin rızasını gerektiren tamamen geri alınma istisnası dışında, mülk sahiplerinin durumunu daha sonra değiştirebilecek hiçbir araç sağlamamıştır. Bu bağlamda Mahkeme, Stockholm Belediyesine kamulaştırma izninin Sporrong Miras Şirketi olayında ilk önce beş yıl verildiğini sonra üç yıl, daha sonra beş yıl ve son olarak on yıl uzatıldığını, Bayan Lönnroth olayında on yıl olarak verildiğini hatırlatır. Bu izinler olayda, birincisi için 23 yıl, ikincisi için 8 yıl yürürlükte kalmıştır. Başvurucular bütün bu dönem boyunca, mülklerinin istikbali konusunda tamamen belirsiz bir durumda bırakılmış olup, karşılaşmış olabilecekleri güçlükleri İsveç Hükümetinin dikkatine sunma imkanına sahip değildirler. Komisyon raporunda bu tür güçlüklerden birine yer vermiştir. Bayan Lönnroth Hükümetten, kamulaştırma iznini geri almasını talep etmiştir. Buna Belediye, mevcut planların kamulaştırma iznini askıya alma yetkisi vermediği şeklinde yanıt vermiştir; Hükümet ise, Belediyenin açıkça rızası olmadıkça kamulaştırma iznini kaldıramayacağı gerekçesiyle talebi reddetmiştir (bk. yukarıda §21).

Mahkeme, Stockholm Belediyesinin imar planlarını uygulamak amacıyla mülkleri kamulaştırma seçeneğine sahip olmasındaki menfaatini gözden kaçırmamıştır. Ne var ki Mahkeme İsveç yasama organının, kamulaştırma izinlerinin verilip yürürlükte kaldığı uzun dönemlerde, Belediyenin ve mülk sahiplerinin menfaatlerinin makul aralıklarla yeniden takdir edilmesi imkanına yer vermemesinin sebebini anlayamamıştır. Bu olayda, kamulaştırma izinlerine vurgu yapan imar planları ve aynı zamanda başvurucuların mülklerinin öngörülen kullanma amacında birçok kez değişiklik yapılması, böyle bir imkana daha fazla ihtiyaç hissettirmiştir.

71. 1972 tarihli Yasa gerekçesinde gösterildiği gibi, İsveç Hükümeti, "var olan sistemin bazı yönlerden mülk sahipleri için dezavantajlar doğurduğunu" şu şekilde kabul etmiştir:

"Sadece bir kamulaştırma izninin verilmesi, doğal olarak mülk sahibini belirsiz bir duruma sokmaktadır. Pratikte, mülkünü satarak, kullanımını devrederek veya üzerinde bina yaparak tasarruf etmesi çok büyük ölçüde kısıtlanmıştır. Mülk sahibi tadilat ve modernleştirme masraflarına katlanıp katlanmamaya karar verirken de güçlük çekebilir. Kamulaştırma izninin yarattığı dezavantajlar, adli sürecin uzun bir süre başlatılmaması halinde tabii ki artar."

1972 tarihli Yasa, bu problemleri kısmen dikkate almaktadır. Kabul edilmelidir ki Yasa, kamulaştırma izninin uzun sürmesi nedeniyle zarara uğramış mülk sahiplerine tazminat ödenmesini öngörmemektedir; ancak Yasa mülk sahiplerine, söz konusu kamulaştırmanın askıda kalmasının kendisine önemli ölçüde zarar verdiğini ortaya koyması halinde, kamulaştırma tazminatının tespiti için açılacak dava süresinin kısaltılmasını elde etme imkanı vermektedir (bk. yukarıda §37). Bu hükümler, eldeki olaya uygulanabilir olmadığından (bk. yukarıda §39), başvurucuların karşılaştıkları güçlükleri yenmelerine yardımcı olamamıştır.

72. Mahkeme ayrıca, vurgulanan inşaat yasağının bütün bu dönem boyunca varlığını sürdürmesinin, kamulaştırma izinlerinin geçerlilik sürelerinin uzunluğunun zararlı sonuçlarını daha da ileri götürdüğünü tespit etmektedir. Başvurucuların mülkiyet haklarını tam olarak kullanmaları, Sporrong Miras Şirketi olayında toplam yirmi beş yıl, Bayan Lönnroth olayında on iki yıl engellenmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, Parlamento Ombudsmanı'nın 1967 tarihinde, uzatılmış yasakların mülk sahipleri üzerinde yarattığı olumsuz sonuçları, hukukun üstünlüğü ile yönetilen bir Devlette olması gereken durumla bağdaştırılabilir görmediğini (bk. yukarıda §42) kaydeder.

73. İki seri halinde birbirine bu suretle bağlanan tedbirlerin yarattığı durum, mülkiyet hakkının korunması ile genel menfaatin gerekleri arasında sağlanması gereken dengeyi

bozmaktadır. Sporrong Miras Şirketi ile Bayan Lönnroth, ancak sürelerin kısaltılması veya tazminat için talepte bulunma imkanları kendilerine verilmiş olması halinde meşru sayılabilecek olan ferdi ve aşırı nitelikte bir yük taşımışlardır. O tarihe kadar İsveç hukuku bu imkanlara yer vermemiş ve ikincisine de hala yer vermemektedir.

Mahkeme'nin görüşüne göre, başvurucuların gerçekten zarar görüp görmediklerini bu aşamada belirlemek gerekli değildir (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, yukarıda geçen Marckx, §27); gerekli dengenin bulunmamasına yol açan şey, onların hukuki durumlarıdır.

74. Sonuçları inşaat yasaklarıyla ağırlaştırılmış olan kamulaştırma izinleri, bu nedenle her iki başvurucu bakımından Birinci Protokolün 1. maddesini ihlal etmiştir.

(d) İnşaat yasaklarının Birinci Protokolün 1. maddesine uygunluğu

75. Yukarıdaki açıklamalar ışığında Mahkeme, inşaat yasaklarının ayrıca tek başına Birinci Protokolün 1. maddesini ihlal edip etmediğini belirlemeyi gerekli görmemektedir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Dokuza karşı on oyla, her iki başvurucu bakımından Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine;

2. Oybirliğiyle, olayı Birinci Protokolün 1. maddesiyle birlikte ele alarak Sözleşme'nin 17 ve 18. maddeleri bakımından incelemenin gerekli olmadığına;

3. Oybirliğiyle, Birinci Protokolün 1. maddesiyle birlikte ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmediğine;

(...)

6. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanmaya hazır olmadığına;

buna göre,

(a) bu sorunun tümüyle saklı tutulmasına;

(b) Komisyon'u bu kararın verildiği tarihten itibaren iki ay içinde bu sorun hakkında yazılı görüş bildirmesi ve özellikle Hükümet ile başvurucuların varabilecekleri bir dostane çözüm hakkında Mahkeme'yi bilgilendirmesi için davet etmeye

(c) sonraki usulleri saklı tutmaya ve Mahkeme Başkanını gerekli gördüğü tedbirleri alması için yetkilendirmeye

KARAR VERMİŞTİR.

21.02.1986 8793/79 JAMES VE DİĞERLERİ - BİRLEŞİK KRALLIK

♦ *mülkiyetin kaybı—üçüncü kişi yararına kamulaştırma* (özel bir vakfa ait konutlarda oturan kiracılara bazı koşullarda mülklerin zorunlu satışını öngören yasa nedeniyle mülk sahiplerinin mülkiyet hakkının kaybetmeleri) ■ mülkiyet hakkı—kamu yararı—tazminat hakkı—uluslararası hukukun genel prensipleri

DAVANIN ESASI

Başvurucular, Westminster İkinci Dükü'nün İradesi gereğince hareket eden vakıf mütevellileridirler. Westminster ailesi ve bu ailenin vakıf mütevellileri, daha önce tarımsal alan olan Londra'nın Belgravia bölgesindeki geniş arazilerini, Londra'nın halen en gözde yerlerinden olan ve 2,000 konuttan meydana gelen bir yerleşim alanı haline getirmişlerdir.

Değişik 1967 tarihli Kira Reform Yasasının (Leasehold Reform Act), bu evlerde oturanlara evleri kazanım hakkı tanıması ve kiracıların bu hakkı kullanmaları üzerine, başvurucular bazı evler üzerindeki mülkiyet haklarını kaybetmişlerdir.

Yasanın gerekçesine göre bu yasa, "toprak, hakkaniyet gereği toprak sahibine, konut ise, yine hakkaniyet gereği kiracıya aittir", ilkesine dayanmakta ve kiracının manevi olarak hak sahipliğine etkinlik sağlamayı amaçlamaktadır. Söz konusu yasada öngörülen temel şartlara göre, bu konutlardaki kira sözleşmesi "uzun süreli (21 yıl veya daha uzun)" olmalı; evin vergi değeri 750 Sterlini veya ev Büyük Londra'da ise 1,500 Sterlini aşmamalı; evin yıllık kirası "düşük" olmalı, yani vergi değerinin üçte ikisini aşmamalı; bu ev kiracının tek veya başlıca meskeni olmalı ve kiracı bu yasaya göre bu hakkını kullanmak istediğini bildirdiği tarihe kadar en az üç yıldır bu evde oturuyor olmalıdır.

Değer tespiti için iki esas bulunmaktadır. Düşük düzeyli mülkler için (1967 tarihli esas), kiracı yerin değerini öder, bina için bir şey ödemez; yüksek düzeyli mülkler için (1974 tarihli esas), daha fazla yer sahiplerinin lehine olup, kiracılı bir yer ve konutun yaklaşık piyasa değerine karşılık bir bedeli öngörmektedir. Ödenecek bedel, değer takdirinin yapıldığı tarihteki bedel değil, kiracının yer sahibine bu yeri devralmak istediğini bildirdiği tarihteki bedeldir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlali iddiası

34. Başvurucular, 1967 tarihli değişik Kira Reform Yasasına göre mülklerinin zorunlu devrinin, Sözleşme'ye ek Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlaline yol açtığını iddia etmişlerdir. (...)

Başvuruculara göre bu Yasa:

(i) yürürlüğe girmeden önce başvurucular ile kiracıları arasında serbestçe yapılmış olan sözleşmelere müdahale etmiştir;

(ii) başvurucuların yaptıkları sözleşmelerden ve sözleşmelerin dayandığı hükümlerden doğan beklentilerini boşa çıkarmıştır;

(iii) başvurucuların iradeleri hilafına, kendi mülklerini özel şahıslara, bu özel şahısların yararına satmaya zorlamıştır;

(iv) başvurucuları piyasa değerinin her zaman altında ve çoğu zaman çok altında bir bedelle mülklerinden yoksun bırakmıştır;

(v) franchisement talebinde bulunan kiracılara, daha sonra bu mülkleri serbest piyasada yüksek karlarla satma imkânı vermiştir;

(vi) kiracılığın bir kez yasa kapsamına girdiği tespit edildikten sonra, başvurucuların mülkiyetten yoksun bırakılmalarının geçerliliğine, haklılığına veya tazminatın hesaplanacağı ilkelere itiraz edebilecekleri bir mekanizma sağlamamıştır;

(vii) yoksun kalınabilecek olan mülkler ile yoksun kalınmayacak mülkler arasında keyfi bir ayrım yapmıştır.

A. Genel noktalar

35. Başvurucular, esas itibarıyla daha önce kendilerine ait olan belirli yerlerin mülkiyeti üzerinde yasanın doğurduğu sonuçlarla ilgili şikâyette bulundukları için, her bir franchisement işleminin Birinci Protokolün 1. maddesine uygunluğunun Mahkeme tarafından esastan incelenmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Komisyon raporunda, bu yaklaşımı reddetmiştir. Komisyon, başvurucuların şikâyetçi olduğu özel meselelerin, Birleşik Krallığın yasakoyucu sıfatıyla sorumlu olduğu, özel şahıslar arasındaki muamelelerden kaynaklandığını not etmiştir. Komisyona göre mevzuatın uygulamadaki etkileri dikkate alınması gerekmekle birlikte, karara konu olan temel sorun, davalı Devletin kiracılara kullandıkları mülkleri yasadaki hükümlere ve şartlara göre kazanma hakkı vermek suretiyle, başvurucuların Sözleşme'deki haklarını ihlal edip etmediğidir; bu mesele münferit muamelelerin Sözleşme'ye uygunluğunun ayrı ayrı incelenmesi yerine, yasanın Sözleşme'ye uygunluğunun incelenmesi suretiyle çözülmelidir.

Hükümet, Komisyon'un bu yaklaşımını benimsemiştir.

36. Mahkeme, bireysel başvurudan kaynaklanan bir davada, olayın genel bağlamına bakışını kaybetmeden, dikkatini mümkün olduğu kadar önündeki olaya yoğunlaştırması gerektiği prensibini sık sık ifade etmiştir (bk. en yakın tarihli karar, 28.05.1985 Ashingdane, §59).

Ancak bu davada başvurucuların şikâyetinin esası, itiraz konusu yasadaki hükümlere ve şartlara karşı yöneltilmiştir. Şikâyet, yasanın idari veya yargısal bir makam tarafından uygulanma tarzıyla ilgili değildir. Gerçekten de başvurucuların eleştirilerinden biri yasanın, her bir mülkü özel şartları bakımından değerlendirme ve değişken bir biçimde uygulanma imkânı vermemesidir. O halde Komisyon gibi Mahkeme de, itiraz konusu yasanın Birinci Protokolün 1. maddesine uygun olup olmadığını belirlemek için, dikkatini öncelikle yasanın kendisine yöneltmelidir.

Bu demek değildir ki, Mahkeme yasayı soyut olarak denetleyecektir. Şikâyet konusu her bir franchisement, yasanın getirdiği reformun pratikteki birer görünümü olup, ancak bu şekilde Sözleşme'ye uygunluk meselesinin konusu olabilir. Bu nedenle, 80 özel muamelede meydana geldiği şekilde, yasanın uygulanmasının sonuçları dikkate alınacaktır.

Buna göre Mahkeme, başvurucuların taleplerini yukarıda yaklaşıma dayanarak ele alacaktır.

37. Birinci Protokolün 1. maddesi esas itibarıyla mülkiyet hakkını güvence altına almaktadır (Marckx, §63). Mahkeme 23 Eylül 1982 tarihli Sporrong ve Lönnroth kararında, Birinci Protokolün 1. maddesini "üç ayrı kural" içerecek şekilde analiz etmiştir. Buna göre birinci fıkranın birinci cümlesinde yer alan birinci kural genel nitelikte olup, mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma ilkesini beyan etmektedir; birinci fıkranın ikinci cümlesinde yer alan ikinci kural, mülkiyetten yoksun bırakmayı içermekte ve bunu belirli koşullara bağlamaktadır; ikinci fıkrada yer alan üçüncü kural, başka şeylerle birlikte, Sözleşmeci Devletlerin, genel yarara uygun olarak mülkiyetin kullanılmasını kontrol etmelerini tanımaktadır (Sporrong ve Lönnroth, §61). Mahkeme ayrıca, birinci genel kurala uygunluk bulunup bulunmadığı belirlenmeden önce, diğer iki kuralın uygulanabilir olup olmadığının tespit edilmesi gerektiğini belirtmiştir (bk. aynı yer). Bununla birlikte bu üç kural, birbirlerinden bağlantısız "ayrı" birer kural değillerdir. İkinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma hakkına müdahalenin özel halleriyle ilgili olup, birinci kuralda ifade edilen genel prensibin ışığında yorumlanmalıdır.

B. Birinci fıkranın ikinci cümlesi ("yoksun bırakma kuralı")

1. Uygulanabilirlik

38. Mahkeme başvurucuların, tartışma konusu yasa vasıtasıyla, Birinci Protokolün 1. maddesinin ikinci cümlesi anlamında "mülkiyet(lerin)den yoksun bırakıldıklarını" kabul etmektedir.

2. "Kamu yararı": yararlanıcı olarak özel kişiler

39. Başvuruculara göre ilk olarak, mülkiyetten yoksun bırakma kuralındaki "kamu yararı" testi, mülkiyetin sadece genel olarak toplumun yararı için, kamusal bir amaçla elden alınması halinde yerine getirilmiş olur; bunun doğal sonucu olarak, bir kimsenin mülkiyetinin diğer bir kimseye, sadece o kimsenin menfaati için devredilmesi, hiçbir şekilde "kamu yararı" olamaz. Başvuruculara göre tartışma konusu yasa, bu şartı yerine getirmemektedir.

Öte yandan Komisyon ve Hükümet, bir kimsenin mülkiyetinin, meşru sosyal politikalar gereğince diğer bir kimseye devrinin gerçekleştirilmesi halinde, bunun prensip olarak "kamu yararına" olduğunun kabul edilebileceği görüşündedirler.

40. Mahkeme, mülkiyetten yoksun bırakmanın, özel bir şahsa özel bir menfaat sağlamak için gerçekleştirilmesi halinde, bunun "kamu yararı"na olmayacağına dair başvurucuların görüşüne katılmaktadır. Bununla birlikte bazı koşullarda, bir kimsenin özel mülkiyetinin başka bir kimseye zorunlu devri, kamu yararının gerçekleştirilmesi için meşru bir araç olabilir. Bu bağlamda, Sözleşmeci Devletlerin anayasalarında, yasalarında veya içtihatlarında, "kamunun kullanımı amacıyla" gibi ifadelerin yer aldığı metinlerde bile, kamu yararı kavramının, özel şahıslar arasında mülkiyetin zorunlu devrini hukuk dışı saydığı ortak bir prensip tespit edilememiştir. Aynı şey, başka bazı demokratik ülkeler için söylenebilir; bu nedenle başvurucular ve Hükümet savunmalarında, Amerika Birleşik Devletleri Yüksek Mahkemesinin arazi sahipliğindeki temerküzü azaltmak amacıyla, taşınmazların mülkiyetini kiralayanlardan kiracılara nakleden bir Hawaii yasasıyla ilgili kararına (Hawaii Housing Authority v. Midkiff 104 S.Ct. 2321[1984]) atıfta bulunmuşlardır.

41. Ayrıca, "kamu yararına" (in the public interest) şeklindeki İngilizce deyimden, devredilen mülkiyetin genel olarak kamunun kullanımına açılması ve hatta toplumun önemli bir bölümünün bu devirden doğrudan yararlanması gerektiği anlamı da çıkmaz. Sosyal adaleti sağlamayı amaçlayan bir politika gereğince mülkiyetin elden alınması da, pek tabi "kamu yararına" olarak nitelendirilebilir. Özel tarafların sözleşme veya mülkiyet haklarını düzenleyen bir hukuk sisteminin adilliği, kamu düzenini ilgilendiren bir mesele olup, bu konuya adalet getirmek isteyen yasal tedbirler, bir kimsenin mülkiyetini diğer bir kimseye zorunlu devrini sağlasa bile, "kamu yararı" niteliğinde olabilir.

42. Birinci Protokolün 1. maddesinin Fransızca metninde kullanılan "pour cause d'utilite publique" deyimi, bu deyimin veya eşanlamlısının bazı Sözleşmeci Devletlerin iç hukuklarında mülkiyetin kamulaştırılması bağlamında yer almasının da gösterdiği gibi, gerçekten de başvurucuların savunduğu şekilde, dar bir anlama sahip olarak anlaşılabilir. Ancak bu, belirleyici değildir; çünkü Sözleşme'deki birçok kavramın "özerk" anlama sahip olduğu, Mahkeme'nin içtihatlarında kabul edilmiştir. Dahası, "utilite publique" kelimeleri, sosyal adaleti yaygınlaştırmak için düşünülmüş politikaların uygulanması bakımından yapılan kamulaştırma tasarruflarını kapsayacak şekilde, daha geniş bir anlama gelmeye müsaittir.

Komisyon gibi Mahkeme de, böyle bir yorumun, öncelikle mülkiyete keyfi olarak el konulmasını önleyen Birinci Protokolün 1. maddesinin amacı ve hedefi dikkate alındığında (bk. 1969 tarihli Andlaşmalar Hukuku hakkında Viyana Sözleşmesi'nin 33. maddesi ve 26.04.1979 tarihli Sunday Times, §48), İngilizce ve Fransızca metinleri en iyi şekilde bağdaştıran yorum olduğunu kabul etmektedir.

43. Başvurucular, Birinci Protokolün 1. maddesinin birinci fıkrasında "kamu yararı" (public interest) ve ikinci fıkrasında "genel yarar" (general interest) gibi, aynı bağlamda farklı deyimlerin kullanılmasının, sözleşme yorumunun genel olarak tanınmış bir prensibine göre, farklı kavramlara atıfta bulunma niyetine işaret edildiği şeklinde kabul edilmesi

gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, Birinci Protokolün 1. maddesini Devlete, bir kimsenin mülkiyetini kontrol ederken, mülkiyeti elinden almaya göre daha fazla takdir alanı tanıdığı şeklinde yorumlamışlardır.

Mahkeme'ye göre ise, Birinci Protokolün 1. maddesindeki "kamu yararı" ile "genel yarar" kavramları arasında fark bulunsa bile, incelenmekte olan noktada, aralarında başvurucuların ileri sürdüğü gibi temel bir ayrım yapılamaz.

44. Başvurucular, Birinci Protokolün 1. maddesinin, örneğin vergi yoluyla ekonomik menfaatlerin hakkaniyetle dağıtılmasını sağlamayı hedefleyen tedbirler alınmasına izin verdiğini kabul etmişler; ancak buna sadece ikinci fıkra tarafında izin verildiğini, fakat birinci fıkra tarafından izin verilmediğini savunmuşlardır. Mahkeme ise, bir Devletin böyle bir politikayı mülkiyetten yoksun bırakma hükmüne başvurmak suretiyle uygulayabilmesinin, Birinci Protokolün 1. maddesi gereğince yasaklanması gerektiğine dair ikna edici bir sebep görmemektedir.

45. Bu gerekçelerle Mahkeme, Komisyon ile aynı sonuca varmaktadır: Meşru sosyal, ekonomik ve diğer politikalar gereğince mülkiyetin elden alınması, alınan mülkiyetten toplumun bütün kesimleri doğrudan yararlanmasa veya mülkü kullanmasa bile, "kamu yararına" olabilir. O halde kira reform yasası, sırf bu sebeple Birinci Protokolün 1. maddesini ihlal etmemektedir. Buna göre, söz konusu yasanın başka yönlerden "kamu yararı" testini geçip geçmediğini ve Birinci Protokolün 1. maddesinin ikinci cümlesindeki diğer şartları yerine getirip getirmediğini araştırmak gerekmektedir.

3. Kira reform yasasının "kamu yararı" testine ve mülkiyetten yoksun bırakma kuralının diğer şartlarına uygun olup olmadığı

(a) Takdir alanı

46. Ulusal makamlar, kendi toplumları ve onun ihtiyaçları hakkında doğrudan bilgiye sahip oldukları için, neyin "kamu yararına" olduğuna hükmederken, kural olarak bir uluslararası yargıca göre daha iyi konumdadırlar. Bu nedenle, Sözleşme tarafından kurulan koruma sistemine göre, mülkiyetten yoksun bırakma tedbirini gerektirecek kamuyu ilgilendiren bir sorunun varlığını ve çözüm yollarını takdir etmek, öncelikle ulusal makamların işidir (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte 07.12.1976 tarihli Handyside, §48). Sözleşme'nin koruyucularının uzandığı diğer alanlarda olduğu gibi burada da, ulusal makamlar belirli bir takdir alanından yararlanırlar.

Dahası, "kamu yararı" zorunlu olarak geniş bir kavramdır. Komisyon'un da not ettiği gibi, özellikle mülkiyeti kamulaştırma yasalarının çıkarılması kararı tabi ki, fikirlerin geniş bir biçimde farklılaştığı demokratik bir toplumda, siyasal, ekonomik ve sosyal meselelerin yaygın bir biçimde tartışılmasını gerektirir. Sosyal ve ekonomik politikaların uygulanmasında yasama organının takdir alanının geniş olmasını doğal bulan Mahkeme, makul bir temelden açıkça yoksun olmadıkça, yasama organının neyin "kamu yararına" olduğuna dair vereceği hükme saygı gösterecektir. Başka bir deyişle Mahkeme, kendi takdirini ulusal makamlarının takdirinin yerine koymamakla birlikte, itiraz konusu tasarrufları Birinci Protokolün 1. maddesine göre denetlemekle ve bunu yaparken de ulusal makamların tasarruflarının dayanağı olan olguları araştırmakla yükümlüdür.

(b) İtiraz konusu yasanın amacının prensipte ve olayda meşru bir amaç olup olmadığı

47. 1966 tarihli White Paper'da ifade edildiği gibi 1967 tarihli Yasanın amacı, uzun süreli kira sözleşme sisteminin işleyişi nedeniyle, mülkte yerleşik kiracılara yapıldığı düşünülen adaletsizliğin düzeltilmesidir (bk. yukarıda §18). Yasa, "kiracılar bakımından hakkaniyete aykırı" olduğu söylenen yürürlükteki hukuku değiştirmeyi ve mülkte yerleşik

kiracının, evin mülkiyeti üzerinde "manevi hak sahibi" olduğu düşüncesini gerçekleştirmeyi amaçlamıştır (bk. aynı yer).

Sosyal adaletsizlik olduğuna hükmettiği şeyleri tasfiye etmek, demokratik bir yasama organının işlevlerine bir örnek oluşturur. Dahası modern toplumlar, halka konut sağlanmasını öncelikli bir toplumsal ihtiyaç olarak kabul etmektedirler; bu konunun düzenlenmesi, tamamen piyasa güçlerinin hareketlerine bırakılamaz. Devletin takdir alanı, insanlara konut sağlanması konusunda daha fazla sosyal adaleti sağlamayı amaçlayan mevzuat çıkarmayı kapsayacak kadar geniştir; bu tür bir mevzuat, özel taraflar arasında mevcut sözleşme ilişkilerine müdahale etse ve Devlete veya toplumun geneline doğrudan bir yarar sağlamasa bile, takdir alanının içinde kalır. O halde kural olarak, kira reform yasasıyla gerçekleştirilmek istenen amaç, meşru bir amaçtır.

48. Başvurucular, 1967 tarihli Yasanın kamusal bir yarar için değil ve fakat aslında o tarihte iktidarda olan İşçi Partisi Hükümetine oy kazandırma gibi, sırf siyasal düşüncelerle çıkarıldığını ileri sürmüşlerdir.

Ne var ki Mahkeme, İngiltere ve Galler'de kira reformunun hemen hemen bir yüzyıldan beri kamusal bir mesele olduğunu ve 1967 tarihli Yasa çıkarılırken franchisement'ın bütün büyük siyasal partiler tarafından kural olarak kabul edildiğini, ancak nasıl uygulanacağı konusunda değişik görüşler açıkladıklarını (bk. yukarıda §15-19) kaydetmektedir. Başvurucular, yasanın maddi hükümlerine ilişkin şimdi yaptıkları esaslı eleştirilerin, yasa çıkarılırken Parlamentoda dile getirilip bütünüyle tartışıldıktan sonra reddedilmiş olmasını (bk. yukarıda §19) gündeme getirmemişlerdir. Mahkeme'ye göre sosyo-ekonomik mevzuat, az veya çok, bir ölçüde siyasal tutumları yansıtmak durumunda olduğundan, yasama sürecini etkilemiş olabilecek bu tür siyasal düşünceler, 1967 tarihli Yasanın güttüğü amacı, "kamu yararına" ilişkin meşru bir amaç olmaktan çıkarmamaktadır.

Aynı gerekçe, Muhafazakâr Parti İktidarı tarafından 1974'de yapılan değişiklikle, değerli konutların ilk kez yasa kapsamına alınmasının (bk. yukarıda parag 19/son ve 21(b)), "sadece siyasal takdirden doğduğu"na dair başvurucuların iddialarına karşı da geçerlidir.

49. Başvurucular ayrıca, bu yasayı haklı kılan hiçbir problemin bulunmadığını savunmuşlardır. Başvuruculara göre uzun süreli kira sistemi, özellikle de primli kiralamalar(bk. yukarıda §12) herhangi bir adaletsizliğe meydan vermemiştir; kira sözleşmesi hükümlerine göre önceki kiracıların kiralanan yer üzerinde ev yapmış olmaları, evleri tamir etmiş olmaları veya geliştirmiş bulunmaları, şimdiki kiracıyı bu yerin "manevi sahibi" kılmaz.

Mahkeme, yukarıda da söylendiği gibi (bk. yukarıda §46), davalı Hükümet tarafından savunulan haklılığın maddi temelini araştırma yetkisine sahiptir. Ancak bu inceleme, yasakoyucunun sosyal ve ekonomik koşulları değerlendirmesinin, Devletin takdir alanı içinde kalıp kalmadığını belirlemekle sınırlıdır (aynı yer). Hükümet, 1967 tarihli Yasanın dayandığı kanaatlere herkesin katılmadığını kabul etmektedir; bunu 1962 tarihli White Paper da teyit etmektedir (bk. yukarıda §17). Komisyon raporunda gözlemlendiği gibi, kiralama sistemindeki adalet veya adaletsizlik ile kiracıların ve yer sahiplerinin "manevi hak sahipliği", fikirlerin meşru çatışmasının yer aldığı bir değer yargısı meseleleridir. Başvurucuların görüşleri temelsiz sayılamaz. Bununla birlikte, aksine görüşleri haklı kılmak için yeterli delil vardır. İnşai kiracılıkta ilk kiracı evi yapacak, primli kiracılıkta ise kiracı yapı bedelini de dikkate alan toplam bedeli başlangıçta ödemiş olacak ve her iki kiralamada da kiracı her türlü tamir işinden sorumlu olacaktır (bk. yukarıda §12). Bu demektir ki, uzun süreli kiracı ve ardılları, yıllar içinde önemli miktarda bir parayı oturduğu eve yatırmış olacak, yer sahibi de normal olarak yeri ilk kiralayışından sonra bunun ayakta kalabilmesi için hiçbir katkıda bulunmayacaktır.

Buna göre Mahkeme, Komisyon'un vardığı sonuca katılmaktadır: Birleşik Krallık Parlamentosu'nun sosyal adaletsizliğin varlığı konusundaki inancı, açıkça gayri makul olarak nitelendirilemez.

(c) Amacı gerçekleştirmek için seçilen araçlar

50. Ancak bu durum, meseleyi halletmemektedir. Bir kimseyi mülkiyetinden yoksun bırakan bir tasarruf, sadece prensipte ve de fiiliyatta "kamu yararı" meşru amacını izlemekle kalmamalı, fakat aynı zamanda kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi kurmalıdır (bk. diğerleri arasında ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte yukarıda geçen Ashingdane, §57). Bu son şart, Sporrong ve Lönnroth kararında, toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında "adil denge" kavramıyla ifade edilmiştir (bk. Sporrong ve Lönnoth, §69). İlgili kişinin "münferiden ve aşırı külfet" yüklenmesi halinde, gerekli denge kurulamayacaktır (bk. aynı karar, parag. 73). Mahkeme o kararda, birinci fıkranın birinci cümlesindeki mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma genel kuralı bağlamında bunu söylemiş olmakla birlikte, "Birinci Protokolün 1. maddesinin" bir bütün olarak, aranan "bu dengeyi yansıttığına" işaret etmiştir (bk. aynı karar, parag. 69).

Başvurucuların iddiasına göre, kira reform yasası bu şartları taşımamaktadır. Başvuruculara göre ortada bir sosyal adaletsizlik bulunduğu halde, yasama organının bunu gidermek için seçtiği araçlar uygunsuz veya orantısız olup, takdir alanının dışında kalmaktadır.

Mahkeme'ye göre bir tasarruf, gerçekleştirmek istediği amaca uygun olmalı ve yine bu amaçla orantısız bulunmamalıdır. Olayda bunun böyle olup olmadığı aşağıda başvuruculların çeşitli iddiaları ele alınırken incelenecektir.

(i) Franchisement prensibi

51. Başvuruculara göre, kiracıların yürürlükteki hukuk bakımından sahip oldukları süre teminatı (bk. yukarıda §11/son) yeterli bir karşılıktır; sözde manevi hak sahipliğini gerçekleştirmek için kullanılan aracın, yani mülkiyetten yoksun bırakma tedbirinin çok ağır nitelikte olması nedeniyle, aşırıya kaçılmıştır. 1967 tarihli Yasanın tam bir benzerinin diğer Sözleşmeci Devletlerin ve aslında genel olarak demokratik toplumların ulusal mevzuatlarında bulunmaması, bu durumu teyit etmektedir. Başvurucuların iddiasına göre, kamulaştırma gibi aşırı bir çözüm yolu, farkına varılan adaletsizliğe karşı ancak daha hafif bir çözüm şeklinin bulunmaması halinde, Birinci Protokolün 1. maddesinin şartlarını taşıyabilir.

Bu yaklaşım, kesin gereklilik testinin, bu madde içinde bulunduğunu söylemeye götürmektedir. Mahkeme, maddenin bu şekilde yorumlanması gerektiğini tespit edememektedir. Alternatif çözümlerin varlığı, kira reform mevzuatını kendiliğinden haksız kılmaz. Alternatif çözümler, "adil denge" kurulması gereği göz önünde tutularak seçilen araçların, izlenen amacın gerçekleştirilmesi bakımından makul ve uygun olup olmadığı tespit edilirken, ele alınan diğer ilgili faktörler gibi, sadece bir faktördür. Yasakoyucunun bu sınırlar içinde kalmış olması halinde, ele alınan sorun için söz konusu yasanın en iyi çözüm olduğunu veya yasakoyucunun takdirini başka bir şekilde kullanabileceğini söylemek, Mahkeme'ye düşmez (bk. ayrıntılarda farklılıklarla birlikte 06.09.1978 tarihli Klass ve Diğerleri, §49).

Konutlarda yerleşik olan kiracılar, Parlamento tarafından evlerin mülkiyetinin "manevi hak sahibi" olarak kabul edilmiş olup, buna mevcut hukukta yeterince önem verilmemiştir (bk. 1966 tarihli White Paper'dan alıntı yapan yukarıda parag. 18). Yasakoyucunun kaygısı mülk sahibi ile kiracılar arasındaki ilişkiyi daha adil bir şekilde düzenlemek gibi basit bir kaygı olmayıp, mülkiyet sorunun tam da esasına giren bir adaletsizliği

düzeltmektir. Tazminat karşılığında yer sahibinin ev ve toprak üzerindeki menfaatlerinin kiracıya zorunlu devrini düzenleyen bir mekanizma, bu koşullarda kendiliğinden, bu kaygıları gidermek amacıyla yasayı yeniden düzenlemek için uygunsuz veya orantısız bir yöntem olarak nitelendirilemez.

(ii) Taşınmaz vergi değeri sınırları

52. Başvuruculara göre, franchisement şartları bakımından, yasanın kapsamının belirli bir taşınmaz vergi değerinin (bk. yukarıda §21/b) altında bulunan evlerle sınırlanması keyfi bir unsur olup, yasanın dayandığı görüşle bağdaşmamaktadır; çünkü aynı manevi hak sahipliği, taşınmazın değeri ne olursa olsun, bütün kiracılar için bulunmaktadır.

Mahkeme, Hükümetin itiraz konusu olmayan hesaplamalarına göre, İngiltere ve Galler'deki uzun süreli kiralanan konutların hepsinin değil, ama sadece yüzde bir veya ikisinin 1967 tarihli Yasa kapsamına girdiğini (bk. yukarıda §19) kaydetmektedir. Yasa tasarısı üzerindeki müzakereler sırasında taşınmaz vergi değer sınırlarına yer verilmesine ilişkin Hükümet tarafından yapılan açıklamalar, mantıksız görülerek reddedilemez. Ayrıca, "manevi hak sahipliği" argümanı mantıksal olarak bütün ülkede uygulanabilme niteliğine sahip olmasına rağmen, Parlamentonun, franchisement hakkını 1967 tarihli Yasada büyük sıkıntı yarattığı düşünülen durumları gidermek için daha az değerli evlerle sınırlı tutmakla, gayri makul hareket ettiği söylenemez. Mahkeme, daha değerli kategorideki mülkleri franchisement'a tabi tutan 1974 değişikliğini (bk. yukarıda §19/son ve 21/b) de, Devletin takdir alanı dışında görmemektedir.

(iii) Tazminat

53. Başvurucular yasadaki tazminat şartlarına da karşı çıkmışlardır.

(a') Hakediş

54. Ortaya çıkan ilk sorun, tazminatın mevcudiyet ve miktarının, bu konuda bir hüküm içermeyen Birinci Protokolün 1. maddesinin 1. fıkrasının ikinci cümlesi bakımından bir şart olup olmadığı sorunudur. Hükümetin ve başvurucuların da görüşüne katıldığı Komisyon, Birinci Protokolün 1. maddesini, bir Sözleşmeci Devletin egemenlik yetkisi içinde bulunan bir kimsenin mülkiyetinin elinden alınması için gerekli şartlardan biri olarak tazminat ödemeyi zımnen gerektirdiği şeklinde yorumlamıştır.

Komisyon gibi Mahkeme de, Sözleşmeci Devletlerin hukuk sistemlerine göre tazminat ödemeden kamu yararı amacıyla mülkiyetin elden alınmasının, mevcut olayda söz konusu olamayan sadece istisnai durumlarda haklı görüldüğünü gözlemlemektedir. Birinci Protokolün 1. maddesinin sağladığı mülkiyet hakkı, buna eşdeğer bir prensip bulunmaması halinde, büyük ölçüde kâğıt üzerinde ve etkisiz kalacaktır. Tazminat şartlarının, itiraz konusu yasanın farklı menfaatler arasındaki adil dengeye saygı gösterip göstermediğini ve özellikle başvuruculara orantısız bir külfet yükleyip yüklemediğini değerlendirme bakımından önemli bir husus olduğu açıktır (bk. yukarıda geçen Sporrong ve Lönnroth, §69 ve 73).

Mahkeme ayrıca, Komisyon'un tazminat standardı konusunda vardığı sonucu da kabul etmektedir. Buna göre mülkün değeriyle makul ölçüde bir miktarı ödemeksizin mülkün elden alınması, normal şartlarda 1. maddeye göre haklı görülemeyecek orantısız bir müdahale oluşturur. Bununla birlikte Birinci Protokolün 1. maddesi, her olayda tazminatın tam olarak ödenmesi hakkını güvence altına almamaktadır. Ekonomik reform tedbirlerinin veya daha yaygın bir sosyal adaleti gerçekleştirmeye yönelik tedbirlerin hedeflediği "kamu yararı" meşru amacı, tam piyasa değerinden daha az bir ödeme yapılmasını gerektirebilir. Dahası, Mahkeme'nin bu konudaki denetim yetkisi, tazminat şartlarını tercihte

Devletin geniş takdir alanının dışına çıkıp çıkmadığını belirlemekle sınırlıdır (bk. yukarıda §46).

(b') Başvurucuların esasa ilişkin şikâyetleri

55. Başvurucuların tazminata ilişkin şikâyetleri iki başlık altında toplanabilir. Birincisi, 1967 tarihli değer tespit esası başvuruculara, franchise edilen mülklerinin piyasa değerini tam olarak vermemektedir (bk. yukarıda §23/a). İkincisi, hem 1967 tarihli ve hem de 1974 tarihli değer tespit esasına göre mülklerin değer tespitleri, kiracıların mülkleri alma taleplerini bildirdiği tarihte yapılmaktadır (bk. yukarıda §26); buna göre mülk sahibinin, değer tespit tarihi ile muamelenin tamamlanmasından sonra ödemenin yapılması tarihi arasında gecikmeden doğan kaybı bulunmaktadır.

56. Birinci şikâyet ile ilgili olarak, kiracının yerin değerini ödemesi ama o yer üzerindeki binalar için hiçbir şey ödememesi sonucunu doğuran 1967 tarihli değer tespit esası, açıkça ve bilerek, kiracıların lehine bir durum yaratmaktadır. Bu şekildeki değer tespit esası, itiraz konusu yasanın bütününe hâkim olan şu görüşü hayata geçirmek için düşünülmüştür: başlangıçta kiracı (veya önceki kiracı) toptan bir miktar ödemiş olduğundan ve yıllar içinde evin bakımı, onarımı ve iyileştirilmesi için para harcamış olduğundan, "tuğlaların ve sıvaların kiracıya ait olması hakkaniyet gereğidir" (bk. 1966 tarihli White Paper'dan yapılan alıntılar için yukarıda parag. 18). Gerçekten de, mevcut kiracının veya kendisinden önceki kiracıların evin bedelini ödemiş olduğu kabul edilmiştir. Mahkeme'ye göre, Parlamentonun maddi durumu bu şekilde takdir etmeye ve buna dayanarak kamu yararına göre hareket etmeye hakkı vardır (bk. yukarıda §49). Parlamentonun yaklaşımından çıkan mantıksal sonuca göre, kiracı "hakkaniyet gereği", mülkün sadece henüz ödenmemiş olan kısmını, yani yerin değerini ödemekle yükümlü tutulabilir. 1967 tarihli değer tespit esası, "bileşik değer tespiti"ni (bk. yukarıda §13 ve 23/a) benimsememiş olmakla birlikte, mülk sahibinin o yer üzerindeki mevcut yatırımlarını tazmin etmektedir. Kira reform mevzuatıyla izlenen amaç, bir yerin mülk sahibine tekrar intikal etmesi üzerine, kendisinin malvarlığında haksız bir artış meydana gelmesini önlemektir. Mahkeme tarafından Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından meşru görülen bu amaç ışığında, davalı Devletin geniş bir takdir alanına sahip olduğu da dikkate alındığında, 1967 tarihli değer tespit esasının ilgili özel tarafların menfaatleri arasında ve böylece toplumun genel yararı ile yer sahiplerinin mülkiyet hakkı arasında adil bir denge kuramadığı kanıtlanamamıştır.

57. İkinci şikâyetle ilgili olarak, başvurucuları etkileyen franchisement koşullarının da gösterdiği gibi (bk. yukarıda §29/v), değer tespit tarihi ile bedelin ödenme tarihi arasında bazen uzun gecikmeler bulunması mümkündür. Öte yandan, franchisement sürecinin kasten ve gereksiz bir şekilde uzatıldığını düşünen yer sahiplerine, meseleyi yetkili yargı yeri önüne götürme yolu açıktır (bk. yukarıda §25). Bu sistemde bir yer sahibinin bu hukuk yolunu kullanmayıp kiracının müzakereleri uzatma sına izin vermesi bir kusur olarak görülemez. Yasa ayrıca, gecikmelerden kaçınılması ve cezalandırılması için hükümler içermektedir (bk. aynı yer). Buna göre Mahkeme, tartışma konusu mevzuatta yer alan tazmin usulünün kendiliğinden, Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlalini içerecek ölçüde bir gecikmeye yol açmadığı sonucuna varmaktadır.

(c') Uluslararası hukukun genel prensipleri

58. Başvurucular alternatif olarak, Birinci Protokolün 1. maddesinde "uluslararası hukukun genel prensipleri"ne atıfta bulunulmasının, yabancıların mülklerinin kamulaştırılması halinde kendilerine hemen, yeterli ve etkili bir tazminat ödenmesine dair uluslararası hukuk şartının, vatandaşlara da uygulanacağı anlamına geldiğini iddia etmişlerdir.

59. Komisyon sürekli olarak, bu prensiplerin bir Devletin kendi vatandaşlarının mülkiyetini elinden alması halinde uygulanmayacağına karar vermiştir. Hükümet bu görüşe desteklemiştir. Mahkeme de aşağıdaki gerekçelerle bu görüşe katılmaktadır.

60. İlk önce, uluslararası hukukun gereği olarak söz konusu prensipler, sadece vatandaş olmayanlara uygulanır. Bu prensipler, münhasıran vatandaş olmayan kişilerin yararına geliştirilmiş prensiplerdir. Bu prensipler Devletlerin kendi vatandaşlarına yaptıkları işlemlerle ilgili değildir.

61. Başvurucular kendi iddialarını desteklemek için, ilk önce Birinci Protokolün 1. maddesinin metnine dayanmışlardır. Başvuruculara göre ikinci cümle "hiç kimse" sözcükleriyle başladığı için, "kamu yararı" ve "hukukun öngördüğü koşullara tabi olarak" deyimleriyle herkese güvence sağlayan bu cümleyi, "uluslararası hukukun genel ilkeleri tarafından (...) öngörülen koşullara tabi olarak", sadece vatandaş olmayanlara güvence sağladığı şeklinde yorumlamak mümkün değildir. Başvurucular ayrıca Sözleşme'yi yapanların vatandaşlar ile vatandaş olmayanlar arasında fark yaratmak istediklerinde, Sözleşme'nin 16. maddesinde olduğu gibi bunu açıkça yapmış olduklarına işaret etmişlerdir.

Başvurucuların gerekçelerindeki gramatik yorumun belirli bir ağırlığı bulunmasına rağmen, daha farklı bir yorum için ikna edici sebepler de bulunmaktadır. Mahkeme, lafzi olarak Birinci Protokolün 1. maddesindeki uluslararası hukukun genel prensiplerine atfı, bu prensiplerin bu maddeye içselleştirilmiş olduğu, ama bu prensiplerin sadece normal olarak uygulanabilir olduğu tasarruflar bakımından, yani bir Devletin vatandaş olmayanlara yönelik tasarrufları bakımından uygulanabilir olduğu şeklinde yorumlamayı, daha doğal görmektedir. Dahası, bir antlaşmadaki kelimeler olağan anlamlarıyla anlaşılmalıdır (bk. 1969 tarihli Antlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi, md. 31); söz konusu uluslararası hukukun genel prensipleri deyimini, normal uygulanabilir alanın dışına taşacak şekilde yorumlamak, kelimelerin kullanıldığı bağlam ne olursa olsun, olağan anlamına daha az uygundur.

62. Başvurucular ayrıca, Komisyon'un yorumu karşısında, Birinci Protokolün 1. maddesinde uluslararası hukukun genel ilkelerine atıfta bulunulmasının gereksiz kalacağını, çünkü vatandaş olmayanların buradaki korumadan zaten yararlandıklarını iddia etmişlerdir.

Mahkeme bu görüşe katılmamaktadır. Bu atfın maddeye dâhil edilmesinin en az iki amaca yaradığı görülebilir. İlk olarak bu atıf, vatandaş olmayanlara, uluslararası hukukun ilgili prensiplerine dayanarak, haklarının korunması için Sözleşme mekanizmasına doğrudan başvurabilme imkânı sağlamaktadır; aksi takdirde bunu yapabilmek için diplomatik kanallara veya sorunun çözümü için diğer mevcut araçlara başvurmak zorunda kalacaklardır. İkinci olarak bu atıf, vatandaş olmayanlara, Birinci Protokolün yürürlüğe girmesinin kendilerinin haklarını azalttığı şeklindeki muhtemel iddialara karşı güvence sağlamaktadır. Bu bağlamda Birinci Protokolün 1. maddesinin, mülkiyetten yoksun bırakmanın "kamu yararına" yapılması gerektiğine dair hükme açıkça yer verdiği vurgulanmalıdır. Böyle bir gereklilik, uluslararası hukukun genel prensipleri arasında hemen her zaman yer aldığından, Birinci Protokolün 1. maddesi söz konusu prensipleri vatandaş olmayanlar gibi vatandaşlara da uygulanabilir hale getirmiş olsaydı, bu açık hükmün kendisi gereksiz olurdu.

63. Son olarak başvurucular, uluslararası hukukun genel ilkelerinin bir Devletin kendi vatandaşlarının mülkiyetini elinden almasına uygulanabilir olmadığını kabul etmenin, vatandaşlık esasına dayanan bir farklılaştırmaya imkân vereceğine işaret etmişlerdir. Başvurucuları göre bu durum, Birinci Protokolün 5. maddesi yoluyla Protokole içselleştirilmiş olan iki hüküm ile bağdaşmaz. Bunlar, Sözleşmeci Devletleri egemenlik yetkisi

içinde bulunan herkesin haklarını ve özgürlüklerini güvence altına almakla yükümlü tutan Sözleşme'nin 1. maddesi ile ayrımcılık yasağı ilkesini içeren Sözleşme'nin 14. maddesidir.

Sözleşme'nin 1. maddesi konusunda, Sözleşme ve Protokollerin hemen her hükmünden vatandaş ve vatandaş olmayanların aynı korumadan yararlandığı doğrudur; fakat bu durum özel hükümlerde işaret edilen istisnaları ortadan kaldırmamaktadır (bk. örneğin Sözleşme Md 4(3)(b), Md 5(1)(f) ve Md 16, Dördüncü Protokol Md 3 ve 4).

Sözleşme'nin 14. maddesi konusunda ise, Mahkeme sürekli olarak "objektif ve makul haklılığa" sahip olan bir farklı muamelenin, ayrımcılık oluşturmayacağını belirtmiştir(bk. en yakın tarihli karar olarak 28.05.1985 tarihli Abdulaziz, Cabales ve Balkandali, §72).

Özellikle bir sosyal reform bağlamında mülkiyetin elden alınması konusunda, tazminat ile ilgili olarak vatandaşlar ile vatandaş olmayanlar arasında bir ayrım yapılması için sağlam gerekçeler bulunabilir. İlk olarak, vatandaş olmayanlar, iç hukukta daha zayıf durumdadırlar; vatandaşlardan farklı olarak iç hukuk yapıcılarının seçiminde veya atanmasında genel olarak hiçbir rol oynamazlar; iç hukukun kabulü sırasında da kendilerine danışılmaz. İkinci olarak, bir mülkiyeti elden alma işleminin her zaman kamu yararına yapılması gerekmesine rağmen, vatandaşlar ve vatandaş olmayanlar için farklı düşünceler geçerli olabilir ve kamu yararı bakımından vatandaşların vatandaş olmayanlara göre daha fazla külfet yüklenmelerini gerektiren meşru sebepler bulunabilir.

64. Yorumu konusunda böyle bir uzlaşmazlığın ortaya çıktığı bir metinle karşılaşan Mahkeme, ek bir yorum vasıtası olarak hazırlık çalışmalarına (travaux preparatoires) başvurmayı uygun görmektedir (bk. Antlaşmalar Hukuku hakkında Viyana Sözleşmesi md. 32).

Hazırlık çalışmaları üzerinde yapılan inceleme göstermektedir ki, Birinci Protokolün 1. maddesinin ilk tasarılarında yer alan tazminat hakkına açık atıf, özellikle Birleşik Krallık ve diğer Devletlerin muhalefeti karşısında çıkarılmıştır. Daha sonra uluslararası hukukun genel prensipleri deyimine yer verilmiş ve bunun da sadece yabancıların korunması anlamına geleceğine dair birçok beyanda bulunulmuştur. Alman Hükümeti bu metni, kamulaştırma olayında tazminat ödenmesi yükümlülüğünü içeren prensiplere açıkça yer verilmesi şartıyla kabul edebileceğini beyan ettiği zaman, İsveç temsilcisi bu prensiplerin sadece bir Devlet ile vatandaş olmayanlar arasındaki ilişkilere uygulandığına işaret etmiştir. İşte bundan sonra Alman ve Belçika temsilcilerinin talebi üzerine, "bu bağlamda uluslararası hukukun genel prensipleri, kamulaştırma olaylarında vatandaş olmayanlara tazminat ödeme yükümlülüğünü yüklemesi" konusunda anlaşılmıştır.

Her şeyden öte, Bakanlar Komitesinin Birinci Protokol metnini tasdik ve imzaya açan 19 Mart 1952 tarihli ve (52) 1 sayılı Kararında "bu bağlamda Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından uluslararası hukukun genel prensiplerinin kamulaştırma olaylarında vatandaş olmayanlara tazminat ödenmesi yükümlülüğü yüklediği"ni açıkça belirtmiştir. Müzakere tutanakları bir bütün olarak göz önünde tutulduğunda, Mahkeme bu Kararın, uluslararası hukukun genel prensipleri atfının vatandaşları kapsamayı amaçlamadığına dair açık bir delil olarak alınabileceğini kabul etmektedir.

Buna göre hazırlık çalışmaları başvurucuların kabul ettiği yorumu desteklememektedir.

65. Son olarak, Birinci Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra bu belgeye taraf olan Devletlerin bu belgede uluslararası hukukun genel prensiplerine yapılmış olan atfı, kendi vatandaşlarına da uygulanabilecek şeklinde geliştirdikleri kanıtlanamamıştır. Sunulan deliller tam tersi yönü işaret etmektedir.

66. Bütün bu gerekçelerle Mahkeme, uluslararası hukukun genel prensiplerinin, bir Devlet tarafından kendi vatandaşlarının mülkiyetini elden almasına uygulanabilir olmadığı sonucuna varmaktadır.

(d') "hukukun öngördüğü şartlar"

67. Başvurucular bir diğer alternatif olarak, Birinci Protokolün 1. maddesindeki "hukukun öngördüğü şartlara tabi olarak" diyen hükmün, sadece iç hukuku değil ve fakat bütün Sözleşmeci Devletlerdeki ortak hukuk prensiplerini ima edecek şeklinde yorumlanması halinde, tazminatsız veya yetersiz veya adil olmayan bir tazminatla mülkiyetten yoksun bırakmanın, bu hükmün gereklerinin yerine getirmeyeceğini iddia etmişlerdir. Başvuruculara göre, kendileriyle ilgili olayda olduğu gibi, mülkiyetin elden alınmasına ödenen tazminat miktarının mülkün değeriyle makul bir ilişkisi bulunmaması halinde, bu anlamdaki mülkiyetin elden alınması keyfi olacak ve böylece "hukukun öngördüğü şartlara" aykırı düşecektir.

Mahkeme sürekli olarak, Sözleşme'de geçen "hukuk" veya "hukukilik" terimlerinin "sadece iç hukuka gönderme yapmakla kalmadığını, ama aynı zamanda hukukun üstünlüğüne uygunluğu gerektiren bir hukukun kalitesiyle de ilgili olduğunu belirtmiştir (bk. en yakın tarihli karar olarak 02.08.1984 tarihli Malone, §67). Ne var ki olayda, yukarıdaki 56 ve 57. paragraflarda gösterilen gerekçelerle, kira reform mevzuatında öngörülen tazminat şartları nedeniyle, başvurucuların mülklerinin franchisement edilmesinin keyfi olduğu sonucuna varmak için sebep yoktur. Mahkeme'nin görüşüne göre, "hukukun öngördüğü şartlara tabi olarak" deyiminde yer alabilecek başka gerekler ise, başvurucuların mülklerinin elden alınması olayında yerine getirilmiştir (bk. Komisyon raporu parag. 141-143 ve ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte yukarıda geçen Malone, §66-68 ve burada zikredilen kararlar).

(iv) Her bir franchisemet işleminin makul olup olmadığının ayrı ayrı ele alınmamış olması

68. Başvurucular, kira reform mevzuatının uygulamada fark gözetmediğini, çünkü kiralanan yerin bir kez yasanın kapsamına girdiği tespit edildiğinde, artık herhangi bir özel olayda yer sahibinin franchisemet'ın haklılığının veya tazminatın hesaplandığı ilkelerin ayrı bir biçimde ele alınmasını isteyebileceği bir mekanizmanın bulunmadığını belirtmişlerdir. Başvurucular, Güney Galler'deki mütevazı evlerin kiracıları ile zaruret halinde ve koruma ihtiyacı içinde görülemeyecek olan Belgravia Bölgesindeki orta sınıf kiracılar arasında açık farklılık bulunduğuna işaret etmişlerdir. Başvuruculara göre yasa, yer sahipleri için olduğu kadar, kiracılar için de adaletsizlikten kaçınmak için, her bir franchisement işleminin ayrıntılarına ve makullüğüne giren bir yargısal denetim sağlamış olmalıydı.

Böyle bir sistem mümkün olabilirdi; aslında bu yönde yasa tasarısının müzakereleri sırasında böyle bir öneri de yapılmıştır (bk. yukarıda §19). Ne var ki Parlamento bunun yerine, içinde franchisement hakkının ileri sürülebileceği geniş ve genel kategoriler getirmeyi tercih etmiştir. Hükümete göre bu tercihin nedeni, münferit inceleme sisteminin binlerce olayda hem kiracılar için ve hem de yer sahipleri için kaçınılmaz biçimde sebep olacağı belirsizlik, uyuşmazlık, masraf ve gecikmeden kaçınmaktır. Geniş kapsamlı bir kamulaştırma yasası, hele sosyal ve ekonomik bir reform programı uyguluyorsa, çok sayıda bireyin farklı durumlarının bulunduğu ortamda adaleti tam olarak gerçekleştirebilmesi zordur.

Mevcut çeşitli alternatifler arasında avantajları ve dezavantajları değerlendirmek ilk aşamada Parlamentonun işidir (bk. yukarıda §46). Bu yasanın İngiltere ve Galler'de uzun süreli kiralanmış yaklaşık bir milyon iki yüz elli bin kadar konuttan yüzde 98-99 unun

etkilenebileceği hesaplandığından, Parlamento tarafından seçilen bu sistem, mantıksız ve yersiz olduğu gerekçesiyle kendiliğinden reddedilemez.

(v) Ferdi işlemler

69. Başvuruculara göre son olarak, franchisement kural olarak "kamu yararına" olsa bile, şikayet konusu münferit 80 işlem (bk. yukarıda §27) haklı görülemez. Başvurucular, Belgravia'da söz konusu 80 evin franchising kiracılarının, 1966 tarihli White Paper'ın yasadan yararlandırılmayı hedeflediği söylenen (bk. yukarıda §18) türden korunmayı hak etmiş kişilere hiç benzemediklerini göstermek için, yukarıdaki 29. paragrafta listelenen faktörlere dikkat çekmişlerdir. Kira reform yasasının Birinci Protokolün 1. maddesine genel olarak potansiyel uygunluğu ne olursa olsun, yasa bu işlemlerin somut şartlarında uygulandığı şekliyle açık amacını gerçekleştirmek üzere gerektirdiği sonuçların çok ötesine geçmiş olduğu için, orantılılık ilkesini ihlal ettiği iddia edilmiştir. Başvurucular bu durumu göstermek için, 1967 tarihli Yasanın çıkarılmasından önce kira sözleşmesinin sonuna doğru düşük bir bedel karşılığı kiracılığı iktisap eden bir kiracının, bu mülkü franchising'den sonra yeniden satmak suretiyle çok büyük ve bütünüyle "haksız" kazanç elde ettiğini belirtmişlerdir (bk. yukarıda §29 (x)).

Parlamentonun benimsediği ve Mahkeme'nin de Devletin takdir alanı içinde kaldığı sonucuna vardığı (bk. yukarıda §49) evlerin mülkiyeti üzerinde kiracıların "manevi hak sahibi" olduğu görüşü, başvurucuların Belgaravia'daki mülkleri bakımından da eşit bir biçimde geçerlidir. Bu görüşü uygulamaya geçiren yasanın kaçınılmaz bir sonucu olarak, franchising'den sonra evi ve toprağı kapsayan ipoteksiz mülkü satan kiracı, açıkça bir kazanç elde edecektir; çünkü franchisement'ın en azından 1967 tarihli değer tespit esasına göre fiyatı evi içermemekte olup, kiracı bileşik değer denilen değerden yararlanmaktadır (bk. yukarıda §13 ve 23). Buna ek olarak, reform tarafından gerçekleştirilen menfaatlerin yeniden dağıtım kapsamının genişliği ve derecesi, kira sözleşme sürelerinin sonunda doğru zamanda satın alan kiracıların "umulmadık karlar" etmeleri gibi bazı kuraldışı olaylar kaçınılmazdır. Parlamento, bir kaç kiracının "hak etmedikleri" "umulmadık karlar" elde etme riski karşısında, yasadan etkilenen yer sahiplerinin mülkiyetin tekrar kendilerine intikaline yol açacak haksız olduğu düşünülen zenginleşmeden mahrum bırakılmalarına karar vermiştir. Bu Parlamento tarafından verilen politik bir karardır; Mahkeme bunu Devletin takdir alanı dışında görüp gayri makul olduğu sonucuna varamaz. Özellikle başvurucularla ilgili 80 işlemde ortaya çıktığı gibi yasanın uygulamadaki işleyişi, yasanın Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından kabul edilemez olduğu sonucuna götürecek derecede kuraldışı olaylar bulunduğunu göstermemektedir. Dahası, ileri tarihli satışlarda kiracılar tarafından "umulmadık karlar" edildiği işlemler de dâhil, şikâyet konusu tüm özel işlemlerde başvurucular, Parlamentonun kendilerine yer sahibi olarak hakkaniyet gereği verilmesini gerekli gördüğü tazminatı almışlardır(bk. yukarıda §28). "Umulmadık kar" elde etmenin bir sonucu olarak doğan sıkıntı, zararları ve tazminatı etkilenmeyen başvurucular tarafından değil, franchising'e kiracı olarak hak sahibi olan kendilerinin ardılları tarafından çekilmiştir.

Başvurucular tarafından şikâyet konusu 80 franchisement, Mahkeme'nin Birinci Protokolün 1. maddesinin ikinci cümlesine uygun bulduğu yasanın çerçevesi içinde kalmıştır. Bu franchisement'lar, başvuruculara kira reform yasasında düzenlenen planının uygulanmasında, yer sahipleri için var olan genel dezavantajlı etkilerin üstünde ve ötesinde, aşırı bir külfet yüklememiştir. Buna göre Birinci Protokolün 1. maddesinin gerektirdiği denge bozulmamıştır.

4. Özet

70. Özetlenecek olursa, başvurucuların şikâyet ettiği mülkiyetten yoksun bırakmayla ilgili olarak ikinci cümledeki her bir şart yerine getirilmiştir.

C. Birinci fıkranın birinci cümlesi ("mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanma kuralı")

71. Başvurucular alternatif ve ek olarak, Birinci maddenin birinci cümlesindeki mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir.

Mülkiyetten yoksun bırakmayı belirli koşullara tabi tutan ikinci cümledeki kural, mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanma hakkına müdahalenin özel bir kategorisi ve aslında en radikal türüdür (bk. yukarıda §37/son). İkinci cümle, birinci cümlede ifade edilen genel prensibi tamamlamakta ve sınırlandırmaktadır. Durum böyle olduğundan, bu genel prensibin mevcut davada uygulanmasının, Mahkeme tarafından daha önce ikinci cümlenin uygulanması suretiyle vardığı sonuçtan farklı bir sonuca yol açacağını düşünmek zordur.

D. Sonuç

72. 1967 tarihli değişik Kira Reform Yasası hükümleri ve şartları nedeniyle veya başvurucularla ilgili franchisement işlemlerinin özel koşulları nedeniyle Birinci Protokolün 1. maddesi ihlal edilmemiştir.

II. Birinci Protokolün 1. maddesiyle bağlantılı olarak alınan Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlali iddiası

73. Başvurucular, Birinci Protokolün 1. maddesindeki mülkiyet haklarından yararlanırken ayrımcılığın mağduru olduklarından şikâyetçi olmuşlardır. Başvurucular Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. (...)

Başvuruculara göre kira reform yasası, "mülkiyet" esasına (Fransızca metinde "fortune") dayanan bir ayrımcılık getirmiştir; şöyle ki, ilk olarak bu yasa, sadece sınırlı nitelikteki mülklere, yani uzun süreli kiralanmış olup, kiracılarının oturduğu evlere uygulanmakta ve mülkiyeti yeniden dağıtmaktadır; ikinci olarak, mülkü daha az değerli olan yer sahibi daha sert muamele görmektedir.

A. Uygulanabilirlik

74. Hükümet, itiraz konusu yasanın Sözleşme'nin 14. maddesi anlamında "mülkiyet" esasına göre bir ayrım yapmadığını, çünkü ne varlık esasına dayanıldığını ve ne de bunun uygulandığını savunmuştur.

Sözleşme'nin 14. maddesinde belirtilen yasaklanmış ayrımcılık sebepleri listesi sınırlı değildir (bk. en yakın tarihli karar olarak 28.11.1984 tarihli Rasmussen, §34/son). Olayda söz konusu yasa, farklı kategorilerdeki mülk sahiplerinin Birinci Protokolün 1. maddesinde korunan haklarını kullanmalarında farklı muamele yapmaktadır. Mahkeme'ye göre, farklı muamelelerin dayandığı esaslar Sözleşme'nin 14. maddesiyle alakalı olup, 14. madde olayda uygulanabilir durumdadır.

B. Uygunluk

75. Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından farklı bir muamele, objektif ve makul bir haklılığa sahip değilse, yani meşru bir amaç izlemediği veya kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunmuyorsa, ayrımcılık oluşturur (bk. en yakın tarihli karar olarak yukarıda geçen Abdulaziz, Cabales ve Balkandali, §72). Mülkiyet hakkını etkileyen araçlarla ilgili olarak Sözleşmeci Devletler, benzer durumlardaki farklılıkların, hukuken de farklı bir muameleyi haklı kılıp kılmadığını ve kılıyorsa hangi ölçüde kıldığını değerlendirirken belirli bir "takdir alanı"ndan yararlanırlar (bk. aynı yer).

76. Başvurucuların birinci başlık altındaki şikayetleri konusunda, uzun süreli kira sistemine göre yer sahipleri ile oturmakta olan kiracılar arasındaki var olduğu düşünülen dengesizliği gidermeyi hedefleyen itiraz konusu yasanın, diğer veya tüm mülk sahiplerini değil, ama sınırlı kategori içine giren yer sahiplerini etkilemesi kaçınılmazdır. Yasanın izlediği amacın Mahkeme tarafından meşru bir amaç olduğu sonucuna varılmıştır (bk. yukarıda §47 ve 49). Ancak başvuruculara göre bu durum, ayrımı haklı kılmak için yeterli değildir; çünkü yasa, yer sahipleri ile kiracıların kişisel koşullarını ve özellikle kaynaklarını ve ihtiyaçlarını dikkate almamaktadır. Bu şikâyet, farklı bir açıdan görülmesine rağmen, özü itibarıyla Birinci Protokolün 1. maddesine göre incelenen şikâyet ile aynıdır. O bağlamda Mahkeme, her bir franchisement işleminin münferit esaslarını ve ayrıntılarını araştırmak için bir mekanizma bulunmamasını, yasanın işleyişinin kabul edilemeyecek sonuçlara yol açacağına hükmetmemişti (bk. yukarıda §68). Mahkeme, Sözleşme'nin 14. maddesiyle ilgili olarak farklı bir sonuca varmak için bir sebep görmemektedir; çünkü takdir alanı dikkate alındığında, Birleşik Krallık yasakoyucusu orantılılık ilkesini aşmamıştır. Bu nedenle, Mahkeme'ye göre itiraz konusu yasada yapılan ayrım, makul ve objektif olarak haklı bir ayrımdır.

77. Şikâyetin ikinci başlığı da, Mahkeme'nin Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından vardığı sonuç ışığında incelenmelidir; Mahkeme'nin vardığı bu sonuca göre Birleşik Krallık Parlamentosu, kira reform yasasında yer alan hükümleri izlenen amacı gerçekleştirmek için makul ve uygun bir araç olarak görme hakkına sahiptir. Komisyon'un da işaret ettiği gibi, 1967 ve 1974 tarihli Yasalarda franchisement hakkının mevcudiyeti ve tazminat düzeyleri ile ilgili olarak yapılan ayrımlar (bk. yukarıda §21 ve 23), mülkün vergi değeri gibi objektif bir temele sahiptir. Mülk vergi değer sınırlarının getirilmesi ve iki tazminat düzeyinin kurulması, Parlamentonun franchisement'ın getirdiği menfaatlerden ekonomik korunma ihtiyacı görülmeyen daha iyi konumda bulunan küçük orandaki kiracıları hariç tutmak ve mevcut sistemin sıkıntılarını çeken büyük orandaki kiracıların daha uygun şartlarda satın almalarını sağlamak arzusunda olduğunu göstermektedir (bk. yukarıda §19). Kamu yararı gibi meşru bir amacın izlenmiş olması ve davalı Devletin takdir alanı dikkate alındığında, bu şekildeki farklı muamele, gayri makul veya başvuruculara orantısız külfet yükleyen bir politika olarak görülemez (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte Mahkeme'nin Birinci Protokolün 1. maddesi bağlamında benzer sonuca vardığı yukarıda parag. 52 ve 56). Mülkü az değerli yer sahiplerinden ilerledikçe dezavantajlı bir muameleye götüren mevzuat hükümlerinin, makul ve objektif bir haklılık oluşturduğu ve ayrımcılık yaratmadığı kabul edilmelidir.

C. Sonuç

78. O halde Komisyon gibi Mahkeme de mevcut davadaki olayların Birinci Protokolün 1. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlalini ortaya çıkarmadığı sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

Tek başına veya Sözleşme'nin 14. maddesiyle birlikte Birinci Protokolün 1. maddesinin veya Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ve 13. maddesinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

08.07.1986 9006/80 LITHGOW VE DİĞERLERİ - BİRLEŞİK KRALLIK

♦ *mülkiyetin kaybı—millileştirme* (başvuruculara ait hava ve deniz sanayi alanındaki şirketlerin millileştirilmesi nedeniyle mülkiyetlerini kaybetmeleri) ■ mülkiyet hakkı—kamu yararı—hukuken öngörülmüş olma—tazminat hakkı—uluslararası hukukun genel prensipleri

DAVANIN ESASI

Davanın konusu, 1977 tarihli Hava ve Deniz İnşaat Sanayi Yasasına uyarınca, başvurucuların bu alandaki şirketlerinin millileştirilmesidir. Başvurucular millileştirmeye prensip olarak karşı olmadıkları halde, aldıkları tazminatın yetersiz olduğunu ve bu işlemin ayrımcı bir şekilde gerçekleştirildiğini ileri sürmüşlerdir. Başvurucular, Sözleşme'ye ek Birinci Protokolün 1. maddesinin tek başına veya Sözleşme'nin 14. maddesiyle bağlantılı olarak ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Başvurucular ayrıca Sözleşme'nin 6(1). fıkrasının ve bir olayda 13. maddesini ileri sürmüşlerdir. Komisyon önünde ileri sürülen Sözleşme'nin 17 ve 18. maddelerinin ihlali iddiası, Mahkeme önünde devam ettirilmemiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlali iddiası

A. Giriş

105. Başvurucular, millileştirmeye prensip olarak karşı çıkmamışlardır; ancak çeşitli gerekçelerle, aldıkları tazminatın çok yetersiz olduğunu ve bu nedenle Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlalinden ötürü mağduru olduklarını iddia etmişlerdir. (...)

Hükümet, başvurucuların iddiasına karşı çıkmış, bu iddia Komisyon tarafından da oy çokluğuyla reddedilmiştir.

106. Mahkeme, Birinci Protokolün 1. maddesinin esas itibarıyla mülkiyet hakkını güvence altına aldığını hatırlatır (Marckx, §63). Mahkeme 23 Eylül 1982 tarihli Sporrong ve Lönnroth kararında, Birinci Protokolün 1. maddesine ilişkin yaptığı analizde "birbirinden ayrı üç kural"ın bulunduğu tespit etmiştir. Birinci fıkranın birinci cümlesindeki birinci kural, genel nitelikte bir kural olup, mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma prensibini beyan etmektedir; birinci fıkranın ikinci cümlesindeki ikinci kural, mülkiyetten yoksun bırakılmayı içermekte ve bunu belirli koşullara bağlamaktadır; ikinci fıkrada ifade edilen üçüncü kural, başka şeylerin yanında, mülkiyetin kullanılması üzerinde Devletin kontrol hakkıyla ilgilidir (Sporrong ve Lönnroth, §61). Ne var ki Mahkeme, 21 Şubat 1986 tarihli James ve Diğerleri kararında, bu kuralların bağlantısız oldukları anlamına gelebilecek şekilde birbirinden "ayrı" olmadıklarını açıklığa kavuşturmuştur. Buna göre ikinci ve üçüncü kurallar, mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma hakkına müdahalenin özel örnekleri olup, bunlar birinci kuralda beyan edilen genel prensibin ışığında yorumlanmalıdırlar (James ve Diğerleri, §37/son).

107. Başvurucular açıkça, Birinci Protokolün 1. maddesinin ikinci cümlesi anlamında "mülkiyetten yoksun bırakılmış"lardır; aslında bu nokta Mahkeme'de itiraz görmemiştir. O halde Mahkeme, önce bu cümledeki şartların kapsamını ve daha sonra bunların yerine getirilip getirilmediğini inceleyecektir.

B. Başvurucular, "kamu yararı"yla ve "hukuken öngörülmüş şartlara tabi olarak" mı, mülklerinden yoksun bırakılmışladır?

108. Başvuruculara göre, mevcut olayda olduğu gibi, mülkiyetin elden alındığı tarihteki değerinin sadece bir kısmını karşıladığı için gayri adil olan bir tazminatla mülkiyetin elden alınması işleminde, Birinci Protokolün 1. maddesinin ikinci cümlesi bakımından

"kamu yararı" yoktur. Başvurucular ayrıca, bu olayda olduğu gibi, bir tazminat mülkün değeriyle makul bir orantı taşımadığı için keyfi ise, mülkiyetin elden alınmasının, yine aynı cümledeki "hukukun öngördüğü şartlara tabi olarak" gerçekleştirilmiş görülemeyeceğini de iddia etmişlerdir.

109. Mahkeme bu iddialardan birincisini kabul edememektedir. Tazminat ödeme yükümlülüğü, "kamu yararı" şartından değil, bir bütün olarak okunduğunda, Birinci Protokolün 1. maddesine içkin olan bir koşuldan (bk. aşağıda, §120) çıkmaktadır. "Kamu yararı" şartı, mülkiyeti elden alma işleminin gerçek saiki ve haklılığıyla ilgilidir; başvurucuların bu konularda bir itiraz yoktur.

110. "Hukukun öngördüğü şartlara tabi olarak" deyimi, ilk olarak, yeterince ulaşılabilir ve açık nitelikteki iç hukuk hükümlerinin varlığını ve bunlara uygunluğu gerektirir (*Malone, §66-68*). Başvurucular, aşağıda 153. paragrafta belirtilen durum hariç, bu gereklerin yerine getirilmiş olduğuna itiraz etmemişlerdir.

Bu bağlamda geçen "hukuk" sözcüğünün, iç hukuktan başka bir yere göndermede bulunmadığı doğrudur (ibid, §67). Ancak Mahkeme'nin görüşüne göre başvurucuların bu konudaki iddiaları (bk. yukarıda §108), aşağıda 123-175. paragraflarda ele alınan mevcut davadaki temel meselelerle öylesine bağlantılıdır ki, bu sorunu bir de Birinci Protokolün 1. maddesindeki kamu yararı deyimi altında ele almak yapay olacaktır.

C. Uluslararası hukukun genel prensipleri

111. Başvurucular, Birinci Protokolün 1. maddesinin ikinci cümlesinde "uluslararası hukukun genel prensipleri"ne atıfta bulunulmasının, yabancıların mülkiyetten yoksun bırakılmaları halinde kendilerine hemen, yeterli ve etkili bir tazminat ödenmesine dair uluslararası hukuk gereğinin, vatandaşlara da uygulanacağı anlamına geldiğini iddia etmişlerdir.

112. Komisyon istikrarlı bir biçimde, bir Devletin kendi vatandaşlarının mülkiyetini ellerinden alması halinde, söz konusu prensiplerin uygulanabilir olmadığına karar vermiştir. Mahkeme de yukarıda geçen James ve Diğerli davasında daha önce belirttiği (James ve Diğerleri, §58-66) ve burada ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte tekrarlanan gerekçelerle, Komisyon'un görüşüne katılmaktadır.

113. İlk önce, genel uluslararası hukukun gereği olarak söz konusu prensipler, sadece vatandaş olmayanlara uygulanır. Bu prensipler, münhasıran vatandaş olmayan kişilerin yararına geliştirilmiş prensiplerdir. Bu prensipler Devletlerin kendi vatandaşlarına yaptıkları işlemlerle ilgili değildir.

114. Başvurucular kendi iddialarını desteklemek için, ilk önce Birinci Protokolün 1. maddesinin metnine dayanmışlardır. Başvuruculara göre ikinci cümle "hiç kimse" sözcükleriyle başladığı için, "kamu yararı" ve "hukukun öngördüğü koşullara tabi olarak" deyimleriyle herkese güvence sağlayan bu cümleyi, "uluslararası hukukun genel ilkeleri tarafından (...) öngörülen koşullara tabi olarak", sadece vatandaş olmayanlara güvence sağladığı şeklinde yorumlamak mümkün değildir. Başvurucular ayrıca, Sözleşme'yi yapanların vatandaşlar ile vatandaş olmayanlar arasında fark yaratmak istediklerinde, Sözleşme'nin 16. maddesinde olduğu gibi, bunu açıkça yapmış olduklarına işaret etmişlerdir.

Başvurucuların argümanındaki gramatik yorumun belirli bir ağırlığı bulunmasına rağmen, daha farklı bir yorum için ikna edici sebepler de bulunmaktadır. Mahkeme, lafzi olarak Birinci Protokolün 1. maddesindeki uluslararası hukukun genel prensiplerine atfı, bu prensiplerin bu maddeye içselleştirilmiş olduğu, ama bu prensiplerin sadece normal olarak uygulanabilir olduğu tasarruflar bakımından, yani bir Devletin vatandaş olmayanlara

yönelik tasarrufları bakımından uygulanabilir olduğu şeklinde yorumlamayı daha doğal görmektedir. Dahası, bir antlaşmadaki kelimeler olağan anlamlarıyla anlaşılmalıdır (1969 tarihli Andlaşmalar Hukukuna dair Viyana Sözleşmesi, md. 31); söz konusu uluslararası hukukun genel prensipleri deyimini, normal uygulanabilir alanın dışına taşacak şekilde yorumlamak, kelimelerin kullanıldığı bağlam ne olursa olsun, olağan anlamına daha az uygundur.

115. Başvurucular ayrıca, Komisyon'un yorumu karşısında, Birinci Protokolün 1. maddesinde uluslararası hukukun genel ilkelerine atıfta bulunulmasının gereksiz kalacağını, çünkü vatandaş olmayanların buradaki korumadan zaten yararlandıklarını iddia etmişlerdir.

Mahkeme bu görüşe katılmamaktadır. Bu atfın maddeye dâhil edilmesinin en az iki amaca hizmet ettiği görülebilir. İlk olarak bu atıf, vatandaş olmayanlara, uluslararası hukukun ilgili prensiplerine dayanarak, haklarının korunması için Sözleşme mekanizmasına doğrudan başvurabilme imkânı sağlamaktadır; aksi takdirde bunu yapabilmek için diplomatik kanallara veya sorunun çözümü için diğer mevcut araçlara başvurmak zorunda kalacaklardır. İkinci olarak bu atıf, vatandaş olmayanlara, Birinci Protokolün yürürlüğe girmesinin kendilerinin haklarını azalttığı şeklindeki muhtemel gerekçelere karşı güvence sağlamaktadır. Bu bağlamda Birinci Protokolün 1. maddesinin, mülkiyetten yoksun bırakmanın "kamu yararına" yapılması gerektiğine dair hükme açıkça yer verdiği vurgulanmalıdır. Böyle bir gereklilik, uluslararası hukukun genel prensipleri arasında hemen her zaman yer aldığından, Birinci Protokolün 1. maddesi söz konusu prensipleri vatandaş olmayanlar gibi vatandaşlara da uygulanabilir hale getirmiş olsaydı, bu açık hükmün kendisi gereksiz olurdu.

116. Son olarak başvurucular, uluslararası hukukun genel ilkelerinin, bir Devletin kendi vatandaşlarının mülkiyetini elinden almasına uygulanabilir olmadığını kabul etmenin, vatandaşlık esasına dayanan bir farklılaştırmaya imkân vereceğine işaret etmişlerdir. Başvuruculara göre bu durum, Birinci Protokolün 5. maddesi yoluyla Protokole içselleştirilmiş olan iki hüküm ile bağdaşmaz. Bunlar, Sözleşmeci Devletlerin egemenlik yetkisi içinde bulunan herkesin haklarını ve özgürlüklerini güvence altına almakla yükümlü tutan Sözleşme'nin 1. maddesi ile ayrımcılık yasağı ilkesini içeren Sözleşme'nin 14. maddesidir.

Sözleşme'nin 1. maddesi konusunda, Sözleşme ve Protokollerin hemen her hükmünden vatandaş ve vatandaş olmayanların aynı korumadan yararlandığı doğrudur; fakat bu durum özel hükümlerde işaret edilen istisnaları ortadan kaldırmamaktadır (bk. örneğin Sözleşme Md 4(3)(b), Md 5(1)(f) ve Md 16, Dördüncü Protokol Md 3 ve 4).

Sözleşme'nin 14. maddesi konusunda ise, Mahkeme sürekli olarak, "objektif ve makul haklılığa" sahip olan bir farklı muamelenin ayrımcılık oluşturmayacağını belirtmiştir(bk. en yakın tarihli karar olarak 28.05.1985 tarihli Abdulaziz, Cabales ve Balkandali, §72).

Özellikle bir sosyal reform veya ekonomik nitelikte bir yeniden yapılandırma bağlamında, mülkiyetin elden alınması sırasında tazminat ile ilgili olarak vatandaşlar ile vatandaş olmayanlar arasında bir ayrım yapılması için sağlam gerekçeler bulunabilir. İlk olarak, vatandaş olmayanlar iç hukukta daha zayıf durumdadırlar; vatandaşlardan farklı olarak iç hukuk oluşturanların seçiminde veya atanmalarında genel olarak hiçbir rol oynamazlar; iç hukukun kabulü sırasında da kendilerine danışılmaz. İkinci olarak, bir mülkiyeti elden alma işleminin her zaman kamu yararına yapılması gerekmesine rağmen, vatandaşlar ve vatandaş olmayanlar için farklı düşünceler geçerli olabilir ve kamu yararı bakımından vatandaşların vatandaş olmayanlara göre daha fazla külfet yüklenmelerini gerektiren meşru sebepler bulunabilir(bk. aşağıda, §120).

117. Yorumu konusunda böyle bir uzlaşmazlığın ortaya çıktığı bir metinle karşılaşan Mahkeme, ek bir yorum vasıtası olarak hazırlık çalışmalarına (travaux preparatoires) başvurmayı uygun görmektedir (bk. Antlaşmalar Hukuku hakkında Viyana Sözleşmesi md. 32).

Hazırlık çalışmaları üzerinde yapılan inceleme göstermektedir ki, Birinci Protokolün 1. maddesinin ilk tasarılarında yer alan tazminat hakkına açık atıf, özellikle Birleşik Krallık ve diğer Devletlerin muhalefeti karşısında çıkarılmıştır. Daha sonra uluslararası hukukun genel prensipleri deyimine yer verilmiş ve bunun da sadece yabancıların korunması anlamına geleceğine dair birçok beyanda bulunulmuştur. Alman Hükümeti bu metni, kamulaştırma olayında tazminat ödenmesi yükümlülüğünü içeren prensiplere açıkça yer verilmesi şartıyla kabul edebileceğini beyan ettiği zaman, İsveç temsilcisi bu prensiplerin sadece bir Devlet ile vatandaş olmayanlar arasındaki ilişkilere uygulandığına işaret etmiştir. İşte bundan sonra Alman ve Belçika temsilcilerinin talebi üzerine, "bu bağlamda uluslararası hukukun genel prensipleri kamulaştırma olaylarında vatandaş olmayanlara tazminat ödeme yükümlülüğünü yüklemesi" konusunda anlaşılmıştır (vurgular eklenmiştir).

Her şeyden öte Bakanlar Komitesi Birinci Protokol metnini tasdik ve imzaya açan 19 Mart 1952 tarihli ve (52) 1 sayılı Kararında "bu bağlamda Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından uluslararası hukukun genel prensiplerinin kamulaştırma olaylarında vatandaş olmayanlara tazminat ödenmesi yükümlülüğü yüklediği"ni açıkça belirtmiştir (vurgular eklenmiştir). Müzakere tutanakları bir bütün olarak dikkate alındığında, Mahkeme bu Kararın, uluslararası hukukun genel prensipleri atfının vatandaşları kapsamayı amaçlamadığına dair açık bir belirti olarak alınabileceğini kabul etmektedir.

Buna göre hazırlık çalışmaları başvurucuların kabul ettiği yorumu desteklememektedir.

118. Son olarak, Birinci Protokolün yürürlüğe girmesinden sonra bu belgeye taraf olan Devletlerin bu belgede uluslararası hukukun genel prensiplerine yapılmış olan atfı, kendi vatandaşlarına da uygulanabilecek şeklinde geliştirdikleri kanıtlanamamıştır. Sunulan deliller tam tersi yönü işaret etmektedir.

119. Bütün bu gerekçelerle Mahkeme, uluslararası hukukun genel prensiplerinin bir Devlet tarafından kendi vatandaşlarının mülkiyetini elden almasına uygulanabilir olmadığı sonucuna varmaktadır.

D. Tazminatı hakediş

120. Tazminatın mevcudiyet ve miktarının, bu konuda bir hüküm içermeyen Birinci Protokolün 1. maddesinin 1 fıkrasının ikinci cümlesine göre bir şart olup olmadığı sorunu durmaktadır. Hükümetin ve başvurucuların da görüşüne katıldığı Komisyon, Birinci Protokolün 1. maddesini, bir Sözleşmeci Devletin egemenlik yetkisi içinde bulunan bir kimsenin mülkiyetinin elinden alınması için gerekli şartlardan biri olarak tazminat ödemeyi zımnen gerektirdiği şeklinde yorumlamıştır.

Komisyon gibi Mahkeme de, Sözleşmeci Devletlerin hukuk sistemlerinde kamu yararıyla tazminat ödenmeksizin mülkiyetin elden alınmasının, burada söz konusu olmayan amaçlarla, sadece istisnai durumlarda haklı görülmekte olduğunu gözlemlemektedir. Buna eşdeğer bir prensip bulunmadıkça, Birinci Protokolün 1. maddesinin getirdiği mülkiyetin hakkının korunması büyük ölçüde hayali ve etkisiz kalacaktır.

Bu bağlamda Mahkeme, bir kimseyi mülkiyetinden yoksun bırakan bir işlemin, hem fiilen ve hem de prensip olarak sadece "kamu yararıyla" meşru bir amacı izlemek zorunda olmadığını, ama aynı zamanda gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi de bulunması gerektiğini hatırlatır. Bu ikinci şart, yukarıda geçen Sporrong ve Lönnroth kararında, toplumun genel menfaatlerinin gerekleri ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında kurulması zorunlu "adil denge"

kavramıyla ifade edilmiştir (bk. Sporrong ve Lönnroth, §69). Eğer bir kimse "münferit ve aşırı bir külfet"e katlanmak zorunda bırakılmış ise, gerekli denge kurulamaz (bk. Sporrong ve Lönnroth, §73). Mahkeme o kararda, birinci fıkranın birinci cümlesindeki mülkiyetten barışçıl bir biçimde yararlanma genel kuralı bağlamında bunları söylemiş olmakla birlikte, bir bütün olarak "bu denge arayışının (...) Birinci Protokolün 1. maddesinin yapısında yansıtıldığına" işaret etmiştir (bk. aynı yer parag. 69).

Açıktır ki tazminat şartları, tehlikeye giren çeşitli menfaatler arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının ve özellikle mal veya mülkünden yoksun bırakılan bir kimseye orantısız bir külfet yüklenip yüklenmediğinin değerlendirilmesinde esaslı bir unsurdur.

E. Tazminat standardı

121. Mahkeme ayrıca, Komisyon'un tazminat standardına dair görüşünü de kabul etmektedir. Buna göre, mülkiyetin değeriyle orantılı bir miktar ödemeksizin mülkiyetin elden alınması, normal şartlarda, Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından haklı görülemeyecek orantısız bir müdahale oluşturur. Bununla birlikte Birinci Protokolün 1. maddesi, her durumda tazminatın tam olarak ödenmesi hakkını güvence altına almamaktadır; çünkü ekonomik reform tedbirlerinin veya daha geniş bir sosyal adaleti gerçekleştirmeye yönelik tedbirlerin izlediği "kamu yararı" meşru amacı, tam piyasa değerinden daha az bir ödeme yapılmasını gerektirebilir (bk. yukarıda geçen James ve Diğerleri, §54).

Bu bağlamda başvurucular, millileştirme ile kamusal amaçlarla arazinin zorunlu temliki gibi mülkiyetin başka şekillerde Devlet tarafından elden alınması arasında, tazminat standardı bakımından ayrım yapılamayacağını iddia etmişlerdir.

Mahkeme bu görüşe katılamamaktadır. Bu iki kategorik durumda, hem elden alınan mülkiyetin niteliği ve hem de elden alınma koşulları, şahısların kamu yararına konu olan şahısların özel menfaatleri arasında, adil bir dengenin kurulması sırasında, haklı olarak dikkate alınabilecek değişik unsurlar ortaya çıkabilir. Örneğin, bütün bir sanayi kolunun millileştirilmesi amacıyla büyük sanayi kuruluşlarının değer tespiti, zorunlu olarak temlik edilen bir arazinin değer tespitinden daha karmaşık bir işlem olup, normal şartlarda ülkenin her yerinde bu kapsama giren bütün işletmelere uygulanabilecek özel bir mevzuat çıkarılmasını gerektirir. Buna göre bir millileştirmenin gerektirdiği tazminat standardı, yukarıda söylenen adil dengenin her zaman sağlanması koşuluyla, mülkiyetin diğer şekillerde elden alınması hallerinin gerektirdiğinden daha farklı olabilir.

122. Başvurucular, Devletin mal sahibini mülkiyetinden yoksun bırakıp bırakmama konusunda karar verirken bir takdir alanına sahip olduğuna itiraz etmemekle birlikte, Komisyon'un bu öncülden, Devletin mülkiyetin elden alınmasıyla ilgili hükümleri ve şartları belirlerken, geniş bir takdir hakkına sahip olduğu sonucuna varmasının hatalı olduğunu savunmuşlardır.

Mahkeme bu savunmayı kabul edememektedir. Bir millileştirme yasası çıkarılmasıyla ilgili bir karar, demokratik bir toplumda fikirlerin tabi ki geniş ölçüde farklılaştığı çeşitli meselelerin ele alınmasıyla ilgili olacaktır. Ulusal makamlar, kendi toplumları ve onun ihtiyaçları ile kaynakları hakkında doğrudan bilgi sahibi oldukları için, bu alanda hangi tedbirlerin daha uygun olduğunu takdir etme konusunda uluslararası bir yargıca göre daha iyi bir konumdadırlar; bu nedenle ulusal makamların takdir alanı geniş olmalıdır. Mahkeme'ye göre tazminat hükümlerini, verilen bir millileştirme kararından ayırmak yapay bir girişim olur; çünkü ikincisini etkileyen faktörler, zorunlu olarak birincisini de etkiler. Buna göre Mahkeme'nin mevcut davadaki denetim yetkisi, tazminat konusunda verdiği kararların Birleşik Krallığın geniş takdir alanı dışında kalıp kalmadığını belirlemekle sınırlıdır. Mahkeme bu bağlamda, yasama organının hükmü açıkça makul bir temelden yoksun olmadıkça, onun hükmüne saygı gösterecektir.

F. Başvurucular için hükmedilen tazminat Mahkeme'nin belirlediği standarda uygun mudur?

1. Bütün başvurucular için ortak konular

(a) Olaya yaklaşım

123. Başvurucular, Komisyon raporunda tazminat sistemine sadece 1977 tarihli Yasanın düzenlediği kadarıyla bakılmış olmasını eleştirmişlerdir; başvuruculara göre Komisyon, daha çok bu sistemin uygulanmasının sonuçlarını incelemiş olması gerekirken, bunu yapmamıştır.

Öte yandan Hükümet, mevzuatta düzenlenen değer tespit yöntemi doğru bir yöntem ise, bu yöntemin gerçek ve etkili bir tazminat verilmesi sonucunu doğuracağını savunmuştur. Hükümete göre millileştirilen mülkiyetin değeri, sadece doğru bir değer tespit yönteminin uygulanmasıyla belirlenebilir.

124. Mahkeme, bireysel başvurudan kaynaklanan bir davada mümkün olduğu kadar önündeki somut olayı incelemekle yetinmelidir (bk. diğer birçok karar arasında 28.05.1985 tarihli Ashingdane, §59). Mevcut davada başvurucuların, 1977 tarihli yasanın, ellerinden alınan mülkiyetin değeriyle makul ilişkisi olmayan bir tazminat ödenmesi sonucunu doğurmuş olduğundan şikâyet etmişlerdir. Bu durum, mevzuatın hem şartları ve hükümleri ve hem de sonuçlarıyla ilgile meseleler ortaya çıkarmaktadır. Bu nedenle Mahkeme dikkatini ilk önce itiraz konusu mevzuata karşı yöneltmelidir; mevzuatın uygulamadaki sonuçları ise, Parlamentonun önceden belirlemesi gereken ve millileştirilen şirketlere uygulanan şartlar ve hükümler bağlamında ele alınmalıdır.

(b) 1977 tarihli Yasayla kurulan sistem

(i) Hisse değerlerine dayanan tazminat

125. Parlamento, tazminatın millileştirilen şirketlerdeki hisselerin değeri esas alınarak belirlenmesine karar vermiştir. 1977 tarihli Yasaya göre, kamunun mülkiyetine geçen şey hisseler olduğundan, başvurucular tarafından da itiraz edilmeyen bu karar, Mahkeme'ye de uygun görünmektedir. Dahası, özellikle vergi alanında hisselerin değerini tespit eden yerleşik teknikler bulunmaktadır.

Tazminata esas alınabilecek başlıca alternatif, mevcut varlığın değeri olabilirdi; fakat Hükümetin de işaret ettiği gibi, nominal değerin muhasebesinde değişik uygulamalar bulunduğundan, söz konusu varlığın yeniden değer tespiti, masrafa ve zaman kaybına yol açacaktı. Ayrıca değer tespitinde, bir şirketin başarılı bir şekilde kazanmaya devam etmesi, işletmenin varlığından bazen daha önemli bir faktör olabilir. Her halükarda seçilen değer tespit yöntemi, diğer faktörlerin yanında varlık değerlerinin de dikkate alınmasına imkân vermiştir (bk. yukarıda §36).

126. Böylece Mahkeme, Parlamento kararının, prensip olarak Birinci Protokolün 1. maddesinin gerekleriyle bağdaşmaz olmadığı sonucuna varmaktadır.

(ii) Değer tespit yöntemi olarak Borsadaki hipotetik piyasa fiyatı (kotasyonu)

127. 1977 tarihli Yasa, Londra Borsasında listelenmiş olan senetlerin tazminatı için "taban değer"in, Referans Dönemi boyunca haftalık fiyat ortalaması olmasını öngörmüştür. Listeye girmemiş senetlerin "taban değeri" ise, Referans Dönemi (bk. yukarıda §19) boyunca, Borsada listeye girmiş olsalardı sahip olacakları taban değerdir. Bütün şikâyetleri bu ikinci kategori hisselerle ilgili olan başvurucular, öngörülen yöntemin değer tespit esası için çarpıtılmış ve yanlış bir yöntem olduğunu savunmuşlardır.

128. Değer tespit bakımından piyasa fiyatı açıklanmamış hisselerin sanki açıklanmış gibi işlem görmesi karmaşıklık içerse bile, Mahkeme seçilen yöntemin başka bir avantajı olduğunu kaydetmektedir. Bir Borsa yatırımcısının söz konusu şirket hakkında sahip olabileceği izlenimine dayanan bu yöntem, önceki ve gelecekteki kazançlar, varlık desteği, temettü hasılatı ve piyasa fiyatı açıklanmış hisselerin bedeli ile karşılaştırılabilme gibi, bütün ilgili faktörlerin dikkate alınmasına imkân vermiştir(bk. yukarıda §36 ve 97). Bu yöntem ayrıca daha önce Birleşik Krallıkta 1949 ve 1967 tarihli Demir ve Çelik Yasalarında uygulanmış bir yöntemdir.

Başvurucuların da işaret ettiği gibi bu sistem, girişimciler için mevcut olduğu varsayılan bilgiye başvurmak suretiyle, ilk aşamada, bazıları değer tespit referans döneminden öncesiyle ilgili bulunan daha önce yayınlanmış materyallerin dikkate alınmasını gerektirdiği doğrudur. Ancak uygulamada söz konusu hisseler, listeye girmiş olsaydı kâğıt piyasası için sağlanmış olabilecek diğer bilgiler için de varsayımlar kurulmuş ve güncelleştirilmiştir (bk. yukarıda §97). Ayrıca seçilen bu yöntem, tazminatın müzakeresi sırasında, bir şirketin Referans Döneminden sonra gelecekteki muhtemel kazançlarının göz önünde tutulmasını engellememektedir.

129. Başvurucular hisselerinin bedelini, satmak isteyen ile satın almak isteyen arasında özel anlaşmayla yapılan bir satışın sağlayacağı gelire göre hesaplayan bir yöntemin, daha uygun bir yöntem alacağını belirtmişlerdir. Ne var ki Komisyon gibi Mahkeme de, bu esasa göre hazırlanan ve başvurucular tarafından sunulan değer tespitlerinde bile, piyasa fiyatı belirlenmiş benzer durumdaki hisselerle ve özellikle bu amaç için seçilmiş uygun bir bedel/kazanç oranıyla karşılaştırılmak zorunda olduğunu gözlemlemektedir.

Tazminatın, hisselerin büyük veya kontrol eden oranını temsil eden bir unsur içermeyen Borsa farazi piyasa fiyatı yöntemiyle değerlendirilmesinden (ki, bu konu aşağıda 148-150. paragraflarda ele alınacaktır) ayrı olarak, yöntemler arasındaki başlıca fark, özel anlaşmayla satın alıcının, bir şirket hakkında bir Borsa yatırımcısına göre daha tam bir bilgiye sahip olabileceğinin varsayılmasıdır (bk. yukarıda §98). Ancak Mahkeme, bu farklılığın, Birleşik Krallığın Borsadaki hipotetik piyasa fiyatı yöntemini seçmekle, gayri makul ve takdir alanı dışında hareket ettiği sonucuna varmasını sağlayacak güçte olmadığını düşünmektedir. Söz konusu bu özel sanayilere girmiş olan bir şirketin, hisselerinin büyük oranını satın almaya istekli bir alıcının bulunabileceği varsayımında da bir yapaylık bulunduğunu düşünenler için, durum özellikle böyledir.

130. Bu nedenle Mahkeme, tartışma konusu yönteme başvurmanın prensip olarak Birinci Protokolün 1. maddesini ihlal etmediği sonucuna varmaktadır.

(iii) Referans Dönemi

131. Başvurucuların aldıkları tazminat, sahip oldukları hisselerin 1977 tarihli Yasayla belirlenen Referans Dönemindeki, yani 1 Eylül 1973'ten 28 Şubat 1974'e kadar olan dönemdeki değerine dayandırılmıştır. Bu dönem, hisselerin resmen devrinden üç yıldan fazla bir süre öncesine karşılık gelmektedir (bk. yukarıda §18). Başvurucular ise tazminatın, elden alınan mülkiyetin değeriyle "makul bir ilişki içinde olması" için, elden alınma tarihindeki değerin dikkate alınarak takdir edilmesi gerektiğini savunmuşlardır.

Hükümet, değer tespit için referans dönemi belirlerken, hisselerin değerinin millileştirme veya tazminat hükümlerinin ilanıyla çarpıtılmamış olduğu bir dönem olması koşuluyla, sıra dışı olmayan ve mümkün olduğu kadar yakın bir tarihi kapsayan bir dönemi bulmak istemiştir. Çünkü tecrübeler, bu tür bir ilanın söz konusu malın değerini etkilediğini, bu etkilerden uzak olan objektif bir değer tespitinin, ancak değer tespit tarihinin veya döneminin ilandan önceki bir tarih veya dönem olması halinde sağlanabileceğini göstermiştir.

132. Mahkeme ilk önce Referans Döneminin, İşçi Partisi Hükümetinin seçilme tarihinde sona erdiğini kaydeder (bk. yukarıda §10 ve 19). Her ne kadar başvurucular 1977 tarihli Yasa Kraliyetten onay alıncaya kadar hangi işletmelerin kamuya geçecek olduğunun kesin olarak bilinmediğine işaret etmiş olsalar da, bu tarih, millileştirme tarihinin gerçekleştiği tarihtir.

Başvurucular, hisseleri devir gününden daha önceki bir dönemi, referans dönemi olarak seçmeyi haklı kılan tek şeyin, millileştirmenin veya millileştirme kaygısının mülkiyetin değeri üzerinde sebep olacağı yapay etkiden uzak tutmak olduğunu savunmuşlardır. Başvurucular mevcut olayda millileştirme ihtimalinin kendilerine ait şirketlerin malvarlığı veya karları üzerinde bir etkide bulunmadığını ve bunun hisseler üzerinde yaratabileceği herhangi bir etkinin, farazi piyasa fiyatı yöntemiyle hesap dışı bırakılabileceğini iddia etmişlerdir.

Mahkeme, hisselerin değerini çarpıtma ihtimalinin, olaydan sonra ortaya çıkan bilgilerle daha önceden değerlendirilemeyeceğine işaret edecektir. Mahkeme'ye göre Hükümet, yasanın hazırlığı ve kabulü sırasında millileştirme programının, temlik edilecek hisselerin değeri üzerinde çarpıtıcı bir etkiye sahip olacağını varsaymakla, gayri makul hareket etmemiştir. Gerçekten de, o tarihte var olan koşullarda ve özellikle Financial Times Genel Sanayi Hisse Indeks'inin (bk. yukarıda §93) gösterdiği gibi hisselerin değerinin Şubat 1974'ten sonra düştüğü bir ortamda, değer tespit için bundan daha sonraki bir referans döneminin seçilmesi hiç kimse tarafından hoş karşılanmayacaktı.

133. Mahkeme ayrıca, devir tarihinden önceki bir dönemin değer tespiti yapmak için referans dönemi olarak kullanılmasına dair örnekler bulunduğunu not etmektedir.

O halde böyle bir sistem, başvurucuların dayandığı ve adil ve makul tazminat sağladığını kabul ettikleri Birleşik Krallıktaki önceki millileştirme yasalarına içselleştirilmiştir. Hükümetin de işaret ettiği gibi o yasaların hiç birinde, sistemin işleyişinden önce fiyatların veya değerlerin gerçekten çarpıtılmasına dair bir koşul yer almamıştır.

134. Başvurucular ayrıca, uluslararası hukuk davalarında değer tespit için devir gününe göndermeler yapılmış olduğunu vurgulamışlardır. Ancak Mahkeme, bu göndermeleri ikna edici görmemektedir. Zikredilen davalardan bir kısmında, mevcut davayla karşılaştırılabilir meseleler bulunmamaktadır; dahası, birçok uluslararası davada millileştirme ilanı ile mülkiyetin elden alınması, aslında tek ve aynı gündür; bu durum, millileştirme tehdidinin çarpıtmaya sebep olabileceği bir dönemin bulunmaması sonucunu doğurmuştur. Her halükarda uluslararası uygulama, sadece devir gününün değer tespit için esas alınabileceğini göstermemektedir.

135. Bu gerekçelerle, Mahkeme'ye göre Referans Döneminin seçilmesi, kural olarak Birinci Protokolün 1. maddesine aykırı değildir.

(iv) 1977 tarihli Yasayla kurulan sistem hakkında varılan sonuç

136. Bu nedenle Mahkeme, 1977 tarihli Yasayla kurulan tazminat sisteminin unsurlarından hiç birinin, kural olarak Birinci Protokolün 1. madde hükümleri bakımından kabul edilemez sayılamayacağı sonucuna varmaktadır.

(c) 1977 tarihli Yasayla kurulan sistemin sonuçları

(i) Giriş

137. Başvurucular, hükmedilen tazminat ile millileştirilen işletmelerin Devir Günündeki gerçek değeri arasında çok büyük bir orantısızlık bulunduğuna ilişkin iddialarını desteklemek üzere, Mahkeme'ye bazı belgelerin kopyalarının sunmuşlardır. Hükümet bu belgeler

üzerinde genel olarak bir yorumda bulunmamakla birlikte, belgelerin doğruluğunu kabul ettiği şeklinde anlaşılmaması gerektiğini belirtmiştir (bk. yukarıda §39).

Mahkeme, esas itibarıyla iddia konusu orantısızlığın, 1977 tarihli Yasayla kurulan sistemin üç genel sebebe yüklenebilir olduğunu kaydetmektedir. Mahkeme bu sebepleri sırasıyla inceleyecektir.

(ii) Şirketlerde 1974 ile 1977 tarihleri arasındaki gelişmeler için bir tazminat ödenmemesi

138. Başvurucular, adil bir tazminat alamadıklarını, çünkü 1977 tarihli Yasa gereğince millileştirilen şirketlerdeki hisselerin, Referans Dönemindeki değerlerine göre değer tespit yapıldığını iddia etmişlerdir. Başvurucular bu yasa hükmünün, Devir Gününe kadar şirketlerde meydana gelebilecek gelişmeler için ve özellikle mevcut davaya konu olan işletmede meydana gelen büyüme için bir tazminat ödemekten kaçınma sonucunu doğurduğunu iddia etmişlerdir.

Komisyon ise Birleşik Krallık Parlamentosunun, millileştirme sürecinin başlamasından sonraki artışı tazmin edilmesi gerekli olmayan bir artış olarak görmekle, Birinci Protokolün 1. maddesinin sınırları içinde kaldığı görüşündedir.

139. Başvurucuların bu şikâyeti, Mahkeme'nin aşağıdaki tespitlerde bulunmasını gerektirmektedir:

(a) Bir millileştirme tedbiri kabul edildiğinde, başvurucuların da hak verdikleri gibi, tazminat hükümlerinin önceden tespit edilmesi asıldır. Bu sadece hukuki belirginliğin bir gereği değildir; fakat ayrıca tazminatın, çok sayıda işletmenin söz konusu olduğu bir yerde, olayın şartlarına veya her bir olayda, takdirini dilediği gibi kullanabilecek olan Hükümetin takdir ve tespitine bırakılması pratik de değildir. Mahkeme, bir dereceye kadar, henüz kurulmamış bir esneklikle yumuşatılmış olsa bile, bütün ülkede ilgili şirketlere uygulanabilir nitelikte genel bir formülün, daha başlangıçta belirlenmesinin gerekli olduğunu kabul etmektedir.

(b) Referans Dönemindeki değerleri esas alan bir tazminat, sadece durumları o tarih ile Devir Günü arasında ilerlemiş olan şirketler bakımından değil, ama aynı zamanda durumları gerilemiş olan şirketler bakımından da ödenebilir bir tazminattır. Böylece kamu sektörü, sadece değer artışından doğan getirileri elde etmemiş, fakat değer azalmasının külfetini de çekmiştir. Başvurucuların da işaret ettiği gibi, yasanın çıkarılma sürecinde belirli şirketler, millileştirme programından çıkarılabilirlerdi; aslında borçlarını ödemeyecek durumda bulunan Drypool Group Ltd., bu şekilde programdan çıkarılmıştır (bk. yukarıda §14-15). Ancak bu tekil olay işin sonunda, millileştirilmiş şirketler bakımından kamu sektörü için bir tehlike bulunduğu gerçeğini değiştirmemektedir; aslında, mevcut davayla ilgili olmayan millileştirilmiş başka bazı şirketlerin değerinin, 1974 ile 1977 arasında düştüğü görülmektedir.

(c) Söz konusu dönemde, başvurucuların şirketlerinin değerlerinde artış meydana gelmiş olması, kısmen kendilerinin göstermiş oldukları çabalara ve özellikle hissedarlarına karşı olan yasal yükümlülüklerini yerine getirmiş olmalarına bağlanabilir. Ancak kısmen de, millileştirmenin gerçekleşiyor olması ve Hükümetin bu şirketlerin yaşamlarını sürdürmeleri için mali yardımda bulunması gibi, başvurucuların kontrolü dışındaki çok çeşitli faktörlere de bağlanabileceği göz ardı edilemez.

(d) Borsadaki hipotetik piyasa fiyatı şeklindeki değer tespit yöntemi gereğince, şirketlerin durumlarında gelecekte meydana gelecek gelişmeler, Referans Döneminde basiretli bir yatırımcı tarafından öngörülebildiği ölçüde, "ilgili faktörler"den biri olarak dikkate alınmıştır (bk. yukarıda §97).

140. Başvurucular Mahkeme önündeki duruşmada, tazminat miktarının adil olmasını sağlama görevinin, devam eden bir görev olduğunu vurgulamışlardır. Başvuruculara göre, başlangıçta seçildiği zaman adil bulunan bir tazminat formülü, burada olduğu gibi, daha sonraki gelişmelerin bir sonucu olarak adil olmaktan çıkınca, değiştirilmelidir.

141. Mahkeme, Referans Dönemi ile Devir Günü arasındaki uzun aralığın, mevcut davada başvurucular tarafından yapılan eleştirilerle tamamen aynı eleştirilerin yapıldığı ve her noktanın tartışıldığı (bk. yukarıda §13 ve 16) tam olarak işleyen demokratik parlamenter sürecin bir sonucu olduğunu gözlemlemektedir. Özellikle, araya giren gelişmelerin dikkate alınması için yasal tazminat formülünü değiştirme olasılığı, bütünüyle tartışılmış ve reddedilmiştir.

142. Mahkeme'ye göre, geçmişteki bu olayların kendileri belirleyici olmamakla birlikte, zamanında yapılan tartışmalarda, önerilen sistemin değiştirilmesi halinde aşağıdaki güçlüklerin meydana gelebileceğine dikkat çekilmiştir:

(a) Yapılabilecek herhangi bir değişiklik, başlangıçta tercih edilen tazminat formülüyle oluşturulan hukuki kesinliği zayıflatacaktır.

(b) Açıklanan tazminat hükümleri, hisse alış verişinin meydana gelmesine dayanan belirli bir beklenti yaratmıştır.

(c) 1974 ile 1977 yılları arasında Financial Times Genel Sanayi Hisse İndeksi düzensiz olarak değişmiştir; bu İndeks, o sıralarda ve özellikle Referans Döneminin sonu ile tazminat hükümlerinin ilk kez açıklandığı Mart 1975 arasında, Referans Döneminin sonunda ulaşılan sayıların altında kalmıştır (bk. yukarıda §93). O halde farklı bir tarihin veya dönemin seçilmesi, eski hak sahiplerinin dezavantajına olabilecektir; aslında başlangıçta seçilen referans döneminde kalınması, hak sahiplerinin borsa fiyatlarındaki düşüşün doğuracağı olumsuz etkiye karşı korunmalarını sağlamıştır.

(d) Mahkeme daha önce, Birleşik Krallık Hükümetinin başvurucuların hisselerinin değer tespitinin çarpıtılmadan kurtulmasını sağlamak amacıyla, millileştirmenin açıklanmasına ön gelen bir değer tespit referans dönemi seçmekle, gayri makul hareket etmediğini gözlemlemişti (bk. yukarıda §132). Çarpıtma tehlikesi, hisseler kamunun eline geçinceye kadar varlığını sürdürdüğünden, başlangıçtaki tazminat hükümlerini değiştirerek daha ileriki bir referans döneminin tercih edilmesi, bu etkilerin gerçekleşmesine imkân verecekti.

143. Mahkeme davanın bu yönü bakımından sonuca varırken, millileştirmenin Devlete geniş bir takdir alanı bırakılması zorunlu ekonomik nitelikte genel bir tedbir olduğu (bk. yukarıda §122) ve ortak bir tazminat formülü düzenleyen bir yasanın benimsenmesini gerektirdiği (bk. yukarıda §139) konusundaki görüşlere özel bir önem vermektedir. Ayrıca 1977 tarihli Yasayla kurulmuş olan sistem, kural olarak, Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından kabul edilemez görülmemiştir (bk. yukarıda §136). Bu faktörler ve ayrıca bir bütün olarak yukarıda 139 ve 141-142. paragraflarda belirtilen görüşler nedeniyle Mahkeme, takdir alanını kullanırken makul sınırlar içinde kalan Birleşik Krallığın, ilgili şirketlerde daha sonra meydana gelebilecek gelişmeler için tazminat verilmesi konusunda bir madde kabul etmeme kararının, yeterince sağlam gerekçeleri bulunduğu görüşündedir.

(iii) Enflasyon için tazminat bulunmaması

144. Başvurucular, 1977 tarihli Yasanın, tazminatı Referans Dönemindeki hisse değerleriyle sabitlediğini ve bu tazminatın bir kaç yıl geçinceye kadar ödenmediğini belirtmişlerdir. Başvurucuların iddiasına göre, bu olaylara birbirleriyle bağlantılı olarak bakılınca, adil bir tazminat alamadıkları görülmektedir; çünkü yüksek enflasyonunun bulunduğu bir dönem olan 1974 ile tazminatı ödeme tarihi arasında paranın değerindeki düşüş (bk. yukarıda §92) dikkate alınmamıştır.

145. Bu şikâyete temel teşkil eden olaylar bakımından Mahkeme, tazminatın Devir Gününden itibaren, İngiltere Bankasının asgari kredi faiz oranının ortalamasına yakın bir oranda faiz içerdiğini (bk. yukarıda §21/a ve 94), böylece bu tarihten ödeme tarihine kadar bir dönem için, enflasyona karşı bir koruma sağladığını gözlemlemektedir. Ayrıca bütün başvurucular, Devir Gününden sonra tazminatın bir kısmını almışlar ve tazminat miktarının kesinleşmesini beklemek zorunda kalmamışlardır (bk. yukarıda §45, 53, 64, 69, 75, 82 ve 91).

Yine başvurucular, Referans Dönemi ile Devir Günü arasındaki dönem bakımından da yatırımlarının gelirinden yoksun bırakılmamışlardır; çünkü bu dönem bakımından da sahip oldukları hisselerin temettü hakları devam etmiştir. 1977 tarihli Yasada yer alan koruyucu hükümlerin bu konuda kısıtlamalar getirdiği doğrudur; fakat geniş anlamda bu hükümler, bu tür temettülerin miktarını Referans Döneminden hemen önceki dönemde ödenen miktarla sınırlamaktan öteye gitmemiştir (bk. yukarıda §23). Dahası, Sanayi Bakanının izniyle daha yüksek bir oran ödenebilmiştir.

146. Mahkeme'ye verilen bilgilere göre hisse fiyatları, Referans Dönemi ile Devir Günü arasındaki dönemde, Perakende Satış Fiyat İndeksi ile aynı ölçüde artmamıştır(bk. yukarıda §92-93). Bu durumda tazminatın bu İndekse göre ayarlanması, başvuruculara, diğer yatırımcıların hisseleri için mevcut olmayan bir avantaj sağlayacaktır.

Komisyona göre tazminat, hisse fiyatlarının genel düzeyi ile ilişkilendirilmiş olsaydı, arzu edilebilecek olanın en fazlası gerçekleştirilmiş olurdu. Financial Times Genel Sanayi Hisse İndeksine göre, Referans Dönemi ile daha sonraki Devir Günü arasında hisselerin değeri arasında, genel olarak belirli bir artış olduğu doğrudur (bk. yukarıda §93). Ne var ki bu tür konular hakkında sonradan ortaya çıkan bilgilerle önceden yargıda bulunulamaz; 1977 tarihli Yasa, millileştirilen hisselerin değerini Referans Dönemindeki sayılarla dondurmak suretiyle, hisse fiyat indeksinde sadece meydana gelebilecek bir artış bir kenara bırakmakla kalmamış, fakat aynı zamanda başvurucuları, aynı indekste daha sonra oluşabilecek iniş çıkışların olumsuz sonuçlarına karşı da korumuştur.

147. Bu nedenle Mahkeme, var olan bu şartlarda Birleşik Krallığın, enflasyon için tazminat ödenmesi ihtimalini hesaba katmayan hükümleri benimseme kararını, kendisinin takdir alanına giren bir kararı olarak görmektedir.

(iv) Büyük veya kontrol edici hisselerin özel değerini temsil eden bir unsur bulunmaması

148. Başvurucular sahip oldukları hisselerinin, 1977 tarihli Yasa gereğince Borsadaki hipotetik fiyat yöntemiyle değer tespiti yapıldığından ve Borsadaki bu fiyatların, hisselerin sadece küçük bir bölümü için ödenebilecek olan fiyata karşılık geldiğinden söz etmişlerdir (bk. yukarıda §98). Başvurucuların iddiasına göre bu faktörler birlikte ele alındığında, kendilerinin adil bir tazminat almadığı anlamına gelmektedir; çünkü kendilerine ödenen miktarlar, söz konusu şirketlerde sahip oldukları büyük ve çoğu kez kontrol edici hisselere bağlanan özel değeri yansıtan bir unsur içermemiştir.

149. Hükümetin haklı olarak işaret ettiği gibi, bir millileştirme işlemi, müzayedeli satışa benzetilemez; millileştiren Devlet, bunu teşvikle değil, fakat zorlamayla yapmaktadır. Bu çerçevede, Mahkeme'ye göre başvuruculara ödenen tazminatın, bir müzayededе teklif edilecek fiyatla aynı düzeye getirilmesine gerek yoktur.

Satmak isteyen ile satın almak isteyen arasında yapılacak özel bir satış anlaşmasında, başvurucuların hisselerine karşı ödenecek fiyatın, kendilerinin sahip oldukları hisselerin büyüklüğüne bağlanabilecek özel değeri yansıtan bir unsur içerebilirdi. Ancak tazminatı

bu esasa göre hesaplamak, bu kadar büyük miktardaki hisselere bir alıcının bulunabileceği varsaymak demektir ki, bu varsayım bu özel sanayiler için en azından kuşkuludur.

Son olarak Mahkeme, Birleşik Krallığın, Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından eski mal sahiplerine, millileştirilen işletmelerdeki hisselerinin sınıfına veya büyüklüğüne göre farklı muamele etme yükümlülüğü altında olduğunu düşünmemektedir; Birleşik Krallık, bütün mal sahiplerine aynı şekilde muamele edildiği takdirde tazminatın daha adilane dağıtılacağı görüşüyle hareket ederken, gayri makul davranmamıştır.

150. Bu koşullarda Mahkeme'ye göre, başvurucuların büyük veya kontrol edici miktardaki hisselerinin özel değerini yansıtan bir unsurun tazminata katılmamasını benimseyen bir karar, Birleşik Krallığın takdir yetkisini kullanırken makul olarak verebileceği bir karardır.

(v) 1977 tarihli Yasayla kurulan sistemin etkileriyle ilgili sonuçlar

151. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında Mahkeme, bütün başvurucular için ortak olan konular bakımından 1977 tarihli Yasayla kurulan sistemin yarattığı etkilerin, Birinci Protokolün 1. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varmaktadır.

Mahkeme bu sonuca ulaşırken, tazminat ödeme yönteminin bazı yönlerinin, eski mal sahiplerinin avantajına olduğunu da görmüştür. Devir Gününden itibaren tazminata tahakkuk eden makul orandaki faizler ve ilk ödemeler, mümkün olan en kısa süre içinde yapılmış ve kesin miktar belirlenince geri kalan miktarlar da hemen ödenmiştir (bk. yukarıda §20-21 ve 45, 53, 64, 69, 75, 82 ve 91).

2. Bazı başvuruculara özgü meseleler

152. Bazı başvurucular, yukarıda ele alınan ortak meselelerin yanında, kendi başvurularına özgü bazı faktörler nedeniyle, kendilerine verilen tazminatın, Birinci Protokolün 1. maddesinin gereklerini yerine getirmediğini iddia etmişlerdir. Hükümet tarafından karşı çıkılan ve Komisyon tarafından da reddedilen başvurucuların şikâyetleri sırasıyla incelenecektir.

(a) Ödenen tazminat ile Referans Dönemi değerleri arasındaki fark (Kincaid ve Yarrow Gemi İnşaat Şirketi olayları)

153. Başvurucu Sir William Lithgow ve Yarrow PLC alternatif bir savunma olarak, aldıkları tazminatın Kincaid ve Yarrow Gemi İnşaat Şirketinde var olan hisselerinin Referans Dönemindeki değerlerine karşılık gelmediğini ileri sürmüşlerdir.

154. Mahkeme'ye göre bu şikayetle, esas itibarıyla 1977 tarihli Yasanın yanlış uygulandığı ileri sürülmektedir.

Ancak, müzakerelerin sonunda Sanayi Bakanlığı tarafından önerilen tazminat miktarlarının, hissedarların Borsa Temsilcileri tarafından, yasal formülün sınırları içinde kabuledilebilir bir değer tespiti olduğu görüşüne katıldıkları kaydedilmelidir. Ayrıca, eski sahiplerin bu yasal formüle göre teklif edilenden daha fazla miktara hak sahibi oldukları iddiası, her iki olayda da, Temsilcileri tarafından Tahkim Kurulu önüne getirilebilirdi. Tabi ki, tartışmalı olmakla birlikte böyle bir yol, Sir William Lithgow'un kendisi için açık olmayabilirdi (bk. yukarıda §30). Ancak Kincaid'ın diğer hissedarları bu konuda bir itirazda bulunmamışlar (bk. yukarıda §44) ve Lithgow aşağıda 193-197. paragraflarda gösterilen haklı gerekçelerle, 1977 tarihli Yasayla kurulmuş olan kolektif sisteme tabi olmuştur.

155. Bu koşullarda Mahkeme, yapılan anlaşmalarının sonuçlarının, yasal formülün sınırları içinde, makul değer tespitleri olduğundan kuşkulanmak için hiçbir sebep görmemektedir. Bu nedenle Mahkeme bu şikâyeti reddetmektedir.

(b) Değer artış kazanç vergisinin etkisi (Kincaid olayı)

156. Sir William Lithgow, tazminat olarak aldığı Hazine Tahvilleri, alındığı zaman vergiye tabi olmamakla birlikte, satılmaları veya paraya çevrilmeleri halinde değer artış kazanç vergisine tabi olmalarından şikâyetçi olmuştur (bk. yukarıda §21/b ve 45). Lithgow'un görüşüne göre bu tazminat, eşdeğerde bir malvarlığı edinmesine imkân vermediğinden, "etkili" bir tazminat değildir.

157. Bu şikâyet Mahkeme'ye, sağlam temellere sahip bir şikâyet olarak görünmemektedir. Komisyon'un da işaret ettiği gibi başvurucu, Kincaid'deki hisselerini 1977'den önce satmış olsaydı, potansiyel olarak bu tür vergilere tabi olacaktı. Hisseleri karşılığında aldığı Tazminat Tahvillerini daha önce satma veya paraya çevirme halinde aynı şeyin geçerli olması, gayri makul görülemez.

(c) Değer tespit için kazanç yönteminin kullanılması (Kincaid olayı)

158. Sir William Lithgow, Kincaid'deki olağan hisseleri için kendisine ödenen tazminatın, varlığa değil de kazanca dayanılarak ve gelecekteki kazanca değil de geçmişteki kazanca dayanılarak takdir edilmiş olmasından şikâyetçi olmuştur. Lithgow'un dediğine göre bu durum kendisini, diğer faktörlere atfedilebilecek değerden yoksun bırakmıştır.

159. Mahkeme kazanca dayanan yöntemin kullanılmasının, Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından uygunsuz görülebileceğini düşünmemektedir. Bu, özellikle borsa bağlamında Kincaid gibi karlı şirketlerin değer tespiti yapılırken genellikle kullanılan bir yoldur. Dahası, Kincaid'in ne gelecekteki kazançları ne de varlıkları gözden uzak tutulmuştur; Messrs. Whinney Murray ve Co., değer tespit önerisini hazırlarken şirketin gelecekteki kazançlarını da dikkate almış (bk. yukarıda §43); bu değer tespitini, varlık-destek kriteri karşısında incelemiştir.

Her şeyden öte Mahkeme, 1977 tarihli Yasanın listelenmemiş hisselerin "taban değeri"nin, "ilgili bütün faktörler" dikkate alınarak hesaplanmasını öngördüğünü (bk. yukarıda §19) not etmektedir. Yasa, bu amaç için izlenecek belirli özel bir yol göstermemiş, bunu müzakerelere, anlaşma olmaması halinde de Tahkim Kurulunun vereceği karara bırakmıştır. O halde, Sir William Lithgow'un kendisine bu yol açık olsa da olmasa da (bk. yukarıda §154), Kincaid Hissedarlarının Temsilcisi, tazminat müzakereleri sırasında şirketin varlıklarına veya gelecekteki kazançlarına daha fazla ağırlık verilmesi gerektiği ileri sürebilirdi ve bundan tatmin olmaması halinde işi tahkime götürebilirdi. Ne var ki Hissedarların Temsilcisi hissedarlara danıştıktan sonra böyle yapmamış ve Hükümetin teklifini kabul etmiştir (bk. yukarıda §44).

160. O halde bu şikayet reddedilmelidir.

(d) Değer tespit için ana-şirket-bağlantısı yönteminin kullanılması (Yarrow Gemi İnşaat Şirketi olayı)

161. Yarrow, kendisinin bir yan kuruluşu olan Yarrow Gemi İnşaat Şirketindeki hisseleri için ödenen tazminatın sadece, kendisinin (Yarrow'un) Referans Dönemindeki hisselerinin borsadaki fiyatına bakılarak takdir edilmiş olmasından şikâyetçi olmuştur. Yarrow, yan kuruluşun ana şirket tarafından temettü ödemelerine Savunma Bakanlığı kredi hükümleri tarafından konulmuş olup Referans Döneminde de yürürlükte olan kısıtlamalar bulunduğundan söz etmiştir. Yarrow'a göre bu kısıtlamalar sonucunda, kendisinin hissedarlarına temettü ödemek için gelirden yoksun bırakılmış ve böylece hisselerinin fiyatı bastırılmıştır. O halde, bu fiyat üzerinden Yarrow Gemi İnşaat Şirketinin yapılan değer tespiti, karlılığını ve gelecekteki kazancını yansıtmamış olup, bu etmenler o sırada borsa tarafından bilinmemektedir. Bu değer tespit yönteminin sonucunda ödenen tazminat,

temettü kısıtlamaları nedeniyle Yarrow Gemi İnşaat Şirketinin elde tutmak zorunda kaldığı toplam 9.400.000 Sterlin karı için ek bir ödeme içermemiştir (bk. yukarıda §71/a).

162. Mahkeme, mevcut olayda şikâyet konusu yöntemin kullanılmış olmasının Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından kabul edilemez olduğunu düşünmemektedir. Komisyon'un haklı olarak belirttiği gibi, Yarrow Gemi İnşaat Şirketi gibi ana şirketlerin toplam faaliyetlerinin önemli bir kısmını oluşturan yan kuruluşların değer tespiti yapılırken, yan kuruluşların fiyatının dikkate alınması makuldür.

Ayrıca, 1977 tarihli Yasanın borsadaki listeye girmeyen hisselerin "taban değer"ne ulaşılması için özel bir yol öngörmemiştir. Komisyon'un da işaret ettiği gibi, ana şirketin hisselerinin borsadaki fiyatı, dikkate alınması gereken "ilgili faktörler"den sadece biridir (bk. yukarıda §19). Buna göre Yarrow Gemi İnşaat Şirketi Hissedarlarının Temsilcisi müzakereler sırasında bu faktöre çok fazla, yan kuruluşun gelirlerine, kazançlarına ve elde bulundurduğu karına çok az ağırlık verildiğini savunabilirdi. Gerçekten de Mahkeme, millileştirilen şirketlerin değer tespiti üzerinde Savunma Bakanlığının kredi hükümlerinin etkisinin "ilgili bütün faktörler" terimi içine gireceği Parlamento görüşmeleri sırasında Hükümet namına belirtildiğini kaydetmektedir. Yine Hissedarların Temsilcisi müzakereler sırasında bu nokta üzerinde tatmin olmamış idiyse, meseleyi tahkim kurulu önüne getirebilirdi. Ancak, Hükümetin teklifini kabul eden Yarrow'a danıştıktan sonra, bu yola gitmemiştir (bk. yukarıda §74).

Son olarak, bu değer tespit yönteminin etkileri konusunda Mahkeme, Yarrow hisselerinin borsadaki fiyatına ek olarak, yan kuruluşun gelirleri, gelecekteki kazançları ve elindeki kar için de Hükümetin bir miktar ödeme yapmış olması gerektiğini görmektedir; çünkü toplam olarak ödenen 6.000.000 Sterlin, Referans Döneminde toplam değeri 4.800.000 Sterlin olan Yarrow'un toplam sermayesini aşmaktadır (bk. yukarıda §71/c ve 74). Mahkeme'ye göre, Yarrow Gemi İnşaat Şirketinin hem Savunma Bakanlığının kredi vermesi biçiminde ve hem de gemi yapım teşvikleri biçimde Hükümetin mali yardımına bağımlı olması (bk. yukarıda §71/a), bu başlıklar için tam bir tazminat ödenmiş olamamasını haklı kılmaktadır.

163. Bu nedenle Mahkeme, bu şikâyeti kabul edememektedir.

(e) Koruyucu hükümlerin işleyişi (BAC olayı)

164. İngiliz Electric ve Vickers Şirketi, 1977 tarihli Yasanın koruyucu hükümlerine göre, kanun gereği ödenmiş toplam 19.700.000 Sterlin temettünün BAC'taki hisselerinin "taban değeri"inden indirilmiş (bk. yukarıda §22-24 ve 61-62) olması nedeniyle şikâyetçi olmuştur. Bu başvurucuya göre, söz konusu indirim haksız olup, özellikle 1973-1976 tarihleri arasındaki hisse gelirlerinden yoksun bırakmıştır.

165. Mahkeme, söz konusu temettülerin 28 Şubat 1974 tarihinden sonra alınan kararlar gereğince, yani koruyucu hükümlerin yürürlüğe girdiği tarihten sonra ödendiğini kaydetmektedir. Temettüler Sanayi Bakanlığı tarafından onaylanmış olsaydı, indirim yapılmayacaktı (bk. yukarıda §22). Ne var ki ufak istisnalar dışında, BAC Hissedarlar Temsilcisinin tazminat müzakereleri sırasında meseleyi ortaya attığı tarihe kadar (bk. yukarıda §62) bu tür bir onay istenmemiştir.

Ayrıca, söz konusu indirimin 1977 tarihli Yasa hükümlerine aykırı olduğu gösteren herhangi bir şey yoktur; çünkü aksi olsaydı, Hissedarlar Temsilcisi meseleyi Tahkim Kurulu önüne getirebilirdi; ama getirmemiştir.

Son olarak Mahkeme, koruyucu hükümlerin tamamen gayri makul olmadığını gözlemlemektedir; çünkü millileştirilen işletmelerin varlıklarının, Referans Dönemi ile Devir Günü arasında dağıtılmasını önlemek gerekliydi (bk. yukarıda §22). Ödenen gelir

açısından bakıldığında da Mahkeme, bu hükümlerin uygulanmasının sonuçlarının Birinci Protokolün 1. madde hükümleri bakımından gayri makul olmadığını düşünmektedir. Bunun geniş anlamda sonucu, Referans Dönemi sonrası temettü miktarlarının, Bakanlığın takdiri yetkisine tabi olarak, hemen önceki dönemde ödenen miktarla sınırlı olmasıdır (bk. yukarıda §23). Bu şekilde temettü düzeylerinde istikrarın sağlanması, millileştirilen bir şirketin servetinde Referans Döneminden sonra bir yükselmenin, kamu sektörünün tıpkı düşüş riskini taşıması gibi, menfaatine olabilecek bir artış kavramıyla tutarlıdır (bk. yukarıda §139/b).

166. Bu nedenle Mahkeme, bu şikâyetin de reddedilmesi gerektiği sonucuna varmaktadır.

(f) tazminatın geç ödendiği ve bu dönemde yeterli ödeme yapılmadığı iddiaları (Vickers Gemi İnşaat Şirketi olayı)

167. Vickers şirketi tazminatın geç ödendiğinden ve bu dönemde yapılan ödemenin yeterli olmadığından şikâyetçi olmuştur, ki bu konuların yeniden yapılan planların uygulanmasını geciktirdiği söylenmiştir.

168. Mahkeme, Parlamento görüşmelerine bakarak (bk. yukarıda §12-16) 1977 tarihli Yasanın tartışmalı bir niteliğe sahip olduğunu kaydeder. Kraliyet Onayı aldığı 17 Mart 1977 tarihine kadar, Yasanın alacağı şekil konusunda bir kesinlik yoktur; o nedenle bu tarihten önce tazminat müzakerelerini başlatmak imkânsızdır. Vicker Gemi İnşaat Şirketinin müzakereleri 26 Eylül 1980 tarihinde sonuçlanmış olup, son ödeme bu tarihten hemen sonra yapılmıştır; bu şikâyet bakımından dikkate alınması gereken süre, Devir Gününden (1 Temmuz 1977) hesaplaşma tarihine kadar, yaklaşık üç yıl dört aydır (bk. yukarıda §76 ve 81-82).

Bu olayda resmi müzakereler Haziran 1978'de başlamıştır; ancak Kraliyet Onayından bu tarihe kadar süre, sadece Messrs. Whinney Murray ve Ortaklarının değer tespit raporunun hazırlanması için değil, tek yatırımcı olarak Vickers Gemi İnşaat Şirketinin iştirak payı ile ilgili mali verilerin hesaplanması için geçmiştir (bk. yukarıda §33 ve 79-80). Bunlar karmaşık konulardır. Yine, Eylül 1979 ile Eylül 1980 arasındaki dönem, Vickers Gemi İnşaat Şirket Hissedarları Temsilcisinin Tahkim Kuruluna başvurması nedeniyle geçmiştir (bk. yukarıda §81). Bu koşullarda millileştirilen teminatların hacmi dikkate alındında Mahkeme, on beş ayı müzakerelerle geçen toplam sürenin gayri makul olmadığı sonucuna varmaktadır.

169. Bu dönemde yapılan ödemeler bakımından ise, ödemelerin koşulsuz yapıldığı (bk. yukarıda §20) ve böylece miktar bakımından da zorunlu olarak sınırlı olduğu hatırlatılmalıdır. Dahası Vickers, resmi müzakerelerin başladığı tarih olan Kasım 1978'den yaklaşık beş ay kadar sonra, nihai olarak anlaşılan 14.450.000 Sterlinin yarısından fazlası olan 8.450.000 Sterlin ve daha sonra tahkim süreci henüz devam ederken Mart 1980'de 3.150.000 Sterlin almıştır (bk. yukarıda §82). Her şeyden öte, tazminat toplamı, Devri Gününden (bk. yukarıda §21/a) itibaren faiz içermiş olup, bu durum bu dönemde yapılan ödemelerin tarihleri dikkate alındığında, nihai ödemenin yapılmasındaki gecikmenin etkilerini hafifletici bir unsur olarak görülmelidir.

170. Bu nedenle Mahkeme, bu şikâyetleri de kabul edememektedir.

(g) Brooke Marine Şirketi olayındaki Referans Döneminde uygunsuzluklar bulunduğu iddiası

171. Brooke Marine Şirketinin eski sahipleri 1977 tarihli Yasadaki tazminat hükümlerinin özellikle kendileri bakımından uygunsuz olduğunu, çünkü bu şirketteki hisselerinin değerinin Devir Gününde değil ama Referans Döneminde aleyhteki bazı anlaşmalar ve

ilk kez satılacak hisseleri tahvil imkânı nedeniyle olumsuz etkilendiğini iddia etmişlerdir (bk. yukarıda §89).

172. Mahkeme, bu şikâyetin sürdürülemeyeceği konusunda Komisyon'un görüşüne katılmıştır. İlkin, bir millileştirme tedbirinde bütün ülkede uygulanabilir nitelikte ortak bir formülün kurulması gereği bulunmaktadır (bk. yukarıda §39/a); her bir şirket için en uygun değer tespit tarihinin belirlenmemiş olması, Birinci Protokolün 1. maddesine aykırı görülemez (bk. ayrıntılarda farklılıklarla birlikte, yukarıda geçen James ve Diğerleri, §68). İkinci olarak bu özel şikâyet, esas itibarıyla değer tespitinin Devir Gününde geçerli olması gerektiği iddiasında bulunma anlamına gelmektedir; fakat Mahkeme daha önceki bir dönemin ölçü alınmış olmasının hem kural olarak hem de sonuçları bakımından Birinci Protokolün 1. maddesine aykırı olmadığı sonucuna varmıştır (bk. yukarıda §136 ve 151).

(h) Ödenen tazminat ile eldeki nakit miktarı arasındaki fark (Kincaid, Vosper Thornycroft, BAC, Hall Russel ve Brooke Marine)

173. Sir William Lithgow ve Vosper Thornycroft, BAC, Hall Russell ve Brooke Marine'nin eski sahipleri, aldıkları tazminat ile söz konusu şirketlerin Devir Gününde sahip oldukları nakit miktarını karşılaştırmışlardır (bk. yukarıda §41/b, 47/b, 55/b, 66/b ve 84/b).

174. Mahkeme bu faktörün, uygun tazminat standardının karşılanmadığını ortaya koyduğuna ikna olmamıştır. Devir Gününde elde bulunan nakit miktarı belirleyici değildir, çünkü kamu mülkiyetine geçecek olan hisselerin değeri, millileştirme sürecinin başlamasıyla birlikte dondurulmuştur. Her halükarda bir şirketin şu andaki aktif pozisyonu sadece eldeki nakit miktarına göre değil, fakat aynı zamanda borçları ve sözleşmelerden kaynaklanan ödeyecek olduğu miktarlara göre de belirlenir (bk. yukarıda §38).

G. Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından varılan sonuç

175. Yukarıda anlatılanlar ışığında Mahkeme mevcut davada, Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğinin kanıtlanamadığı sonucunu varmaktadır.

Mahkeme, Hükümetin "1977 tarihli Yasayla getirilen tazminat hükümlerinin bazı şirketler bakımından büyük oranda adaletsiz olduğunu" açıklamış olduğu için (bk. yukarıda §17) adil bir tazminat ödendiğini iddia etmenin mümkün olmadığı şeklindeki başvuruculara ın iddialarını kabul edememektedir. Söz konusu beyan, Hükümetin siyasal bağlamda bir düşüncesini açıklama niteliğinde olup, Mahkeme'nin olayı değerlendirirken belirleyici nitelikte değildir.

II. Birinci Protokol ile birlikte alınan 14. maddenin ihlali iddiası

A. Giriş

176. Başvurucuların bir kısmı, kendi olaylarına özgü etmenler nedeniyle, Birinci Protokolün 1. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı biçimde, ayrımcılık yasağının mağduru olduklarını iddia etmişlerdir. (...)

Hükümetin karşı çıktığı bu iddialar, Komisyon tarafında da reddedilmiştir.

177. Mahkeme, çeşitli şikâyetleri sırasıyla ele almadan önce, Sözleşme'nin 14. maddesinin, Sözleşme'nin tanıdığı hakların ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklamadığını (Belçika'da Eğitim Dili Davası, §10) hatırlatır. Bu madde "benzer durumda bulunan" kişileri (tüzel kişiler dâhil), ayrımcı nitelikteki farklı muamelelere karşı korumaktadır. Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından bir farklı muamele, "objektif ve makul haklılığa sahip değilse", yani "meşru bir amaç" gütmüyorsa veya "kullanılan araçlar ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi" bulunmuyorsa, ayrımcı niteliktedir (bk. diğer birçok karar arasında 28.11.1984 tarihli

Rasmussen, §35 ve 38). Dahası Sözleşmeci Devletler, benzer durumlar arasındaki farklılıkların hukuken de farklı bir muameleyi haklı kılıp kılmadığını ve kılıyorsa hangi ölçüde kıldığını takdir ederken, belirli bir "takdir alanı"ndan yararlanırlar; bu takdir alanının kapsamı, olayın şartlarına, konusuna ve ardalanına göre değişir (aynı karar, parag. 49).

B. 1977 tarihli Yasaya göre millileştirilmiş diğer işletme sahipleriyle karşılaştırıldığında ayrımcılık iddiası

1. Değer artış kazanç vergisinin etkisi (Kincaid olayı)

178. Sir William Lithgow, elde ettiği Tazminat Tahvillerini satması halinde değer artış kazanç vergisi ödemekle yükümlü olduğunu, buna karşılık 1977 tarihli Yasa göre millileştirilen şirket niteliğindeki işletmelerin eski sahiplerinin, 1976 tarihli Finansman Yasasının "roll-over relief" hükümlerine göre (bk. yukarıda §21/b ve 45) bu yükümlülüğü erteleme hakkına sahip olduklarını iddia etmiştir.

179. Mahkeme bu iddiayı kabul edememektedir. Komisyon'un da işaret ettiği gibi "roll-over relief", Sir William Lithgow'un sahip olduğu gibi millileştirilen bir işletme hisselerinin sadece yüzde 28'ine sahip olan şirketler için mevcut olamazdı. Bu nedenle başvurucu kendisiyle benzer durumda bulunan eski mal sahiplerinden farklı muamele görmemiştir.

2. Kazançlara dayanan yöntemin değer tespit için kullanılması (Kincaid olayı)

180. Sir William Lithgow, tazminat bakımından kar getirmeyen bazı şirketlerin değer tespiti malvarlıklarına dayanılarak yapıldığı halde, Kincaid'daki olağan hisselerin değer tespitinin kazançlarına dayanılarak yapılmış olmasından şikâyetçi olmuştur (bk. yukarıda §36). Başvurucu, birinci yöntemin kendisinin daha lehine olduğunu ve kar getiren bir şirket olarak Kincaid'a ayrımcılık yapıldığını iddia etmiştir.

181. Mahkeme, 1977 tarihli Yasanın listelenmiş teminatların değer tespiti bakımından özel bir yol öngörmediğini hatırlatır (bk. yukarıda §159). Bu nedenle Yasa, bütün faktörlerin dikkate alınarak, Borsadaki hipotetik piyasa fiyatına dayanılıp, müzakereler veya tahkim yoluyla belirlenmesini öngörmüştür. Bu genel yöntem, listelenmemiş diğer hisseler için olduğu gibi Kincaid'in olağan hisseleri için de uygulanmıştır. Yine, Kincaid hissedarları müzakere sonucu varılan uzlaşmayı kabul etmemişler ise, aynı durmadaki diğer Borsa Temsilcilerine olduğu gibi kendilerinin Temsilcilerine de tahkime başvuru yolu açık tutulmuştur. O halde bu konuda Mahkeme, Sir William Lithgow dâhil, Kincaid olağan hisselerini elinde bulunduranların diğer hisse sahiplerinden farklı bir muameleye tabi tutulmadıklarına dair Komisyon'un görüşüne katılmaktadır.

Tabi ki yasal formülün, farklı şirketlere faklı uygulanabilen ve uygulanmış olan bir esneklik unsuru getirdiği doğrudur. Ancak bu unsur, şirketler arasında benzemezliklerin ve özellikle her bir olayda çeşitli faktörlerin göreli öneminin dikkate alınmasına imkân vermiştir. Bu nedenle bir şirket karlı ise onun değer tespiti için kazançlarının daha uygun bir yol olduğu açıktır, fakat karlı değilse şirketin malvarlığı daha uygun bir yoldur. Bu nedenle genel yöntemin uygulanmasındaki farklılıkların objektif ve makul bir haklılaştırmaya sahiptir.

3. Büyüyen ve küçülen şirketlere aynı muamele (Vosper Thornycroft, Hall Russell ve Brooke Marine olayı)

182. Vıspir Thorncroft, Hall Russell ve Brooke Marine'nin eski sahipleri, millileştirilmiş şirketlerden büyüyenlere de küçülenlere de aynı muamele yapılması nedeniyle ayrımcılık mağdurları olduğunu iddia etmişledir. Özellikle Vosper Thornycroft olayının da gösterdiği gibi, Devir Günündeki değerleri veya kazançları bakımından karşılaştırıldığında, büyüyen şirketlere ödenen tazminat küçülenlere göre orantısız bir şekilde azdır.

183. Mahkeme, 1977 tarihli Yasaya göre millileştirilen şirketlerin değer tespiti için referans dönemi seçilmiş olmasının ve bu dönemden sonraki gelişmeler için ek bir tazminata yer verilmemesinin makul sebeplere dayandığı sonucuna varmıştı (bk. yukarıda §131-135 ve 138-143). Sonuç olarak, Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamına girsin veya girmesin, başvurucular tarafından büyüyen ve küçülen şirketlere aynı muamele uygulanmasından kaynaklandığı söylenen farklılığın, objektif ve makul bir haklılığı olduğu söylenebilir.

4. Değer tespit için ana-şirket bağlantısı yönteminin kullanılması (Yarrow Gemiş İnşaat şirketi olayı)

184. Yarrow, ayrımcılıktan ötürü mağduru olduğunu, çünkü bir yan kuruluşu olan Yarrow Gemi İnşaat şirketindeki hisselerinin tazminat için değer tespitinin, kendisinin (Yarrow'un) borsadaki fiyatına bakılarak yapıldığını, oysa hisseleri borsa listesine girmemiş olan diğer millileştirilmiş şirketlerin bu yolla değil, fakat bu şirketlerin özellikle kazançlarına bakılarak değer tespitlerinin yapıldığını (bk. yukarıda §36) iddia etmiştir. Yarrow bu iddiasını desteklemek üzere, ister Referans dönemi isterse Devir Günündeki rakamlar üzerinden hesaplama yapılmış olsun kendisinin aldığı tazminatın, diğer şirketlerin eski sahiplerine ödenen tazminata göre, millileştirilen şirketlerin karları veya varlıklarının küçük bir oranını yansıttığına işaret etmiştir.

185. Mahkeme, yukarıda 181. paragrafın birinci alt paragrafında gösterilen gerekçelerle, Yarrow'un diğer mal sahiplerinden farklı bir muameleye tabi tutulmadığına, çünkü her bir olayda aynı genel yöntemin uygulandığına ve tahkime başvurma imkanının mevcut olduğuna dair Komisyon'un görüşüne katılmaktadır.

Mahkeme ayrıca, genel yöntemin uygulanmasında Yarrow ile diğer mal sahipleri arasındaki farklılıkların, objektif ve makul bir haklılığı bulunduğunu düşünmektedir. Borsadaki hipotetik piyasa fiyatı yönteminin uygulanmasında, değer tespiti yapılacak olan bir şirketin hisseleri listelenmiş bir ana şirketi varsa ve bu yan kuruluşun faaliyetleri ana kuruluşun faaliyetlerinin önemli bir kısmını oluşturuyorsa, değer tespit bakımından listelenmiş hisselerin fiyatlarının diğer faktörlere göre daha uygun ve daha az yapay bir yol sağladığı açıktır.

C. Önceki mevzuata göre millileştirilen işletme sahipleriyle karşılaştırıldığında ayrımcılık yapıldığı iddiası (Vosper Thornycroft ve Brooke Marine olayları)

186. Vosper Thornycroft e Brooke Marine'nın eski sahipleri, kendilerinin ayrımcılık mağduru olduklarını, çünkü 1977 tarihli Yasada düzenlenen tazminat hükümlerinin, Birleşik Krallıktaki eski millileştirme mevzuat hükümlerinden bir kaç yönden farklı olduğunu (bk. yukarıda §99) iddia etmişlerdir.

187. Bu başvurucuların eski mevzuata göre mal ve mülklerinden yoksun bırakılan kişilerle benzer durumda olup olmadıkları sorunundan tamamen uzak olarak, Mahkeme şikayet edilen farklılığın Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından bir sorun ortaya çıkarmadığını düşünmektedir. Sözleşmeci Devletlerin Parlamentoları kural olarak, yeni yaklaşımlara göre yeni kanunlar çıkarmakta serbesttirler.

D. Zorunlu satış mevzuatına göre mal ve mülklerinden yoksun bırakılan kişilerle karşılaştırıldığında ayrımcılık iddiası (Vosper Thornycroft ve Brooke Marine olayları)

188. Vosper Thornycroft ve Brooke Marine'nın eski sahipleri ayrıca, 1977 tarihli Yasaya göre tazminatın mülkiyetin elden alındığı tarihteki değerine bakılarak takdir edilmediği, oysa Birleşik Krallıkta zorunlu satış mevzuatına göre elden alınan mülkiyetin böyle

takdir edildiğini (bk. yukarıda §101) belirterek, bir kez daha ayrımcılık mağduru olduklarını iddia etmişlerdir.

189. Mahkeme, zorunlu satış mevzuatı ile millileştirme yasası tarafından yerine getirilen işlevlerin farklı olduğunu hatırlatır. Yukarıda 121. paragrafın üçüncü alt paragrafında gösterilen gerekçelerle Mahkeme, bu başvurucular tarafından belirtilen iki durum arasında yeterince benzerlik bulunmadığı için Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından bir sorun doğmadığı şeklindeki Komisyon görüşüne katılmaktadır.

E. Sözleşme'nin 14. maddesi bakımından varılan sonuç

190. Yukarıda anlatılanlara göre Mahkeme, mevcut davada Birinci Protokolün 1. maddesiyle bağlantılı olarak alınan Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Beşe karşı on üç oyla, 1977 tarihli Yasanın 1974 ile 1977 tarihleri arasında ilgili şirketlerdeki gelişmeler için bir ek ödemenin yapılmasını sağlayan hükümler içermediği gerekçesiyle Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edilmediğine,

2. Bire karşı on yedi oyla, başvurucular tarafından ileri sürülen diğer herhangi bir sebeple Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edilmediğine;

3. Oybirliğiyle, Birinci Protokolün 1. maddesiyle bağlantılı olarak alınan Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmediğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

09.07.1997 19263/92 AKKUŞ - TÜRKİYE

♦ *kamulaştırma tazminatı—ödeme zamanında enflasyon farkından doğan kayıp* (Türkiye'de enflasyon oranının yıllık yüzde 70 olduğu bir dönemde taşınmazının kamulaştırılmasından sonra aldığı ek tazminatın ulusal makamlar tarafından geç ödenmesi ve bunun sonucu olarak başvurucunun uğradığı zarar) ■ mülkiyet hakkı—tazminat hakkı

DAVANIN ESASI

Baraj yapımıyla görevli bir devlet kuruluşu olan Devlet Su İşleri Müdürlüğü, Kızılırmak nehri üzerinde Altınkaya hidroelektrik santral barajını yapabilmek için, Eylül - Ekim 1987 tarihlerinde Bayan Akkuş'a ve 1992'de ölen kocasına ait araziyi de kamulaştırmıştır. Sinop ilinin Gökdoğan köyünde bulunan ve pirinç yetiştirmek için kullanılmış olan arazi, şimdi sular altındadır.

Baraj yapımı için gerçekleştirilen kamulaştırmalardan üç binden fazla aile, yaklaşık 17 bin kişi etkilenmiştir.

Başvurucuya göre, Devlet Su İşleri tarafından Ziraat Fakültesine yaptırılan bir bilimsel çalışma, arazilerin metre kare birim fiyatının 3 bin 200 ile 3 bin 500 TL arasında olduğunu tespit etmiş, ancak 1987 yılında metre karesine 800 - 850 TL ödenmiştir.

Devlet Su İşlerinden bir bilirkişi heyeti başvurucuya ait arazinin değerini 122,000 TL olarak takdir etmiştir. Kamulaştırma yapılınca bu miktar başvurucuya ödenmiştir.

Başvurucu kamulaştırma bedelinin artırılması için 12 Ekim 1987'de Durağan Hukuk Mahkemesine dava açmış ve bedel artış miktarı tespit edilirken enflasyon oranının dikkate alınmasını talep etmiştir. Bu mahkeme Haziran 1989'da verdiği kararda başvurucuya 271,039 TL daha ek ödeme yapılmasına ve kamulaştırmanın yapıldığı 4 Eylül 1987 tarihinden itibaren yüzde 30 basit kanuni faiz uygulanmasına hükmetmiştir. Bu suretle toplam miktar 393,039 TL'yi bulmuştur. Bu mahkeme başvurucuya hukuki giderler için ayrıca 61,123 TL ödenmesine de karar vermiştir.

Devlet Su İşleri Müdürlüğü bu kararı Yargıtay'da temyiz etmiştir. Bayan Akkuş da Borçlar Kanununun 105. maddesine (bk. aşağıda, §14) dayanan karşı temyiz dilekçesinde, bedel artış miktarına yasal gecikme faiz oranının değil, enflasyon oranının uygulanmasını istemiştir. Yargıtay 17 Eylül 1990'da, ilk derece mahkemesinin kararını onamıştır.

Bedel artış miktarı, İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na başvuru yapıldıktan altı ay sonra ve Yargıtay'ın kararından yaklaşık on yedi ay sonra, Şubat 1992'de ödenmiştir.

İç hukuk: 4 Aralık 1984 tarihli 3095 sayılı Yasayla, devlet borçlarında gecikme faiz oranı yıllık yüzde 30 olarak tespit edilmiştir. Olayların geçtiği tarihte ise yıllık enflasyon oranı yüzde 70'tir; devlete olan borçlara ise aylık yüzde 7 (yıllık 84) faiz uygulanmaktadır (bk. Amme Alacaklıların Tahsilatı hakkında 6183 sayılı Kanunun 51. maddesi ve 89/14915 sayılı Bakanlar Kurulu Kararnamesi).

Borçlar Kanununun 105. Maddesi şöyledir:

"Alacaklının duçar olduğu zarar geçmiş günler faizinden fazla olduğu surette borçlu kendisine hiçbir kusur isnat edilemeyeceğini ispat etmedikçe bu zararı dahi tazmin ile mükelleftir.

Bu munzam zarar derhal takdir olunabilirse hâkim, esasa dair karar verirken bu zararın miktarını dahi tayin edebilir."

Kamulaştırma ile ilgili davalara bakmakla görevli Yargıtay Beşinci Hukuk Dairesi 3 Haziran 1991'de verdiği kararda şöyle demiştir:

"Borçların geç ödenmesi nedeniyle alacaklıların uğradıkları zararlara kanuni faiz oranı uygulanır. Alacaklılar icra tedbirlerine başvururken alacaklarının yanında faiz de isteyebilecekleri için, başkaca bir tazminat talep edemezler; buna göre alacaklının yüksek enflasyon oranına dayanan talebinin kabul edilmesi yersizdir.

…"

16. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 23 Şubat 1994 tarihinde (E:1993/5-600, K:1994/80) şöyle bir karar vermiştir:

"3095 sayılı Kanun, ülkede yıllık enflasyon oranının yüzde 30'un çok üstünde olduğu bir dönemde kabul edilmiş ve yürürlüğe girmiştir. Yasama organı bu duruma rağmen gecikme faizini yüzde 30 olarak tespit etmiştir. Bu nedenle bu davada hatalı bir biçimde mevduata uygulanan faiz oranına dayanarak yıllık yüzde 30'u aşan bileşik faiz oranını uygulamak yasaya aykırıdır."

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Hükümetin ilk itirazları

A. Altı aylık süre kuralına uymama

20. Hükümet Mahkeme'den, Sözleşme'nin 26. maddesindeki altı aylık süre kuralına uymadığı gerekçesiyle Akkuş'un başvurusunu reddetmesini istemiştir. Hükümete göre

bu süre, Komisyon'un kabul ettiği gibi bedel artışının başvurucuya fiilen ödendiği Mart 1992 tarihinde değil, Durağan Hukuk Mahkemesinin tespit ettiği artışın onanmasına dair Yargıtay'ın kararını verdiği 17 Eylül 1990 tarihinde (bk. yukarıda §10) başlar. Başvurucunun durumu bu kararın verildiği tarihten itibaren etkilenmiştir.

21. Mahkeme bu şikâyetin, sadece tazminat artışının ulusal makamlar tarafından geç ödenmesi ve bunun sonucu olarak başvurucunun uğradığı zararla ilgili olduğunu kaydeder. Başvurucu Yargıtay'ın nihai kararından sonra bir süre geçinceye kadar bu konuda bir şikâyette bulunamazdı. Başvurucu tazminatın henüz ödenmediği 26 Ağustos 1991 tarihinde Komisyon'a başvurmakla, Sözleşme'nin 26. maddesinin bu konudaki şartını yerine getirmiştir. Bu nedenle itiraz reddedilmelidir.

B. İç hukuk yollarının tüketilmemesi

22. Hükümetin savunmasına göre Bayan Akkuş, Türk mahkemeleri önünde Sözleşme hükümlerini ileri sürmediği ve Borçlar Kanununun 105. maddesindeki hukuk yolunu (bk. yukarıda §14) doğru bir biçimde kullanmadığı için, Sözleşme'nin 26. maddesindeki iç hukuk yollarını tüketmemiştir.

23. Mahkeme, ilgili devletin itirazını Komisyon önünde ve kural olarak başlangıçta kabuledilebilirlik incelemesi yapılırken ileri sürmüş olması halinde, itirazın niteliği ve koşulların izin verdiği ölçüde inceleyebileceğine dair yerleşik içtihadını hatırlatır. Bu nedenle Hükümetin bu itirazı ileri sürme hakkı düşmüştür.

II. Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlali iddiası

24. Başvurucu, Türkiye'de enflasyon oranının yıllık yüzde 70 olduğu bir dönemde, taşınmazının kamulaştırılmasından sonra aldığı ek tazminata (bedel artışına) yetersiz bir faiz uygulanmasından ve bu miktarın ödemesinde de gecikildiğinden şikâyetçi olmuştur. Başvurucu Birinci Protokolün 1. maddesine dayanmıştır. (...)

Başvurucu kamu makamları tarafından bedel artışının, arazinin kamulaştırmanın yapıldığı veya davanın açıldığı tarihteki değeri üzerinden hesaplanmış olması (bk. yukarıda §6 ve 9) nedeniyle şikâyetçi olmuştur. Başvurucu Yargıtay'ın verdiği kararda, Borçlar Kanununun 105. maddesinin dikkate alınmamış olmasını ve bedel artışı hesabında enflasyon oranı yerine yasal faiz oranının uygulanmış olmasını eleştirmiştir. Başvurucu ek tazminatın kendisine Şubat 1992'de, yani davanın açılmasından dört yıl dört ay sonra ve daha da önemlisi Yargıtay kararından on yedi ay sonra ödendiğini, oysa 1980 yılından önce benzer davalardaki ödemelerin iki ay içinde yapıldığını belirtmiştir. Son olarak başvurucu, Türk hukukunda özel şahıslara borcundan ötürü devlete karşı icra takibi yapılmasına imkân veren hükümlerin bulunmamasından yakınmıştır.

25. Komisyon, başvurucunun kayıpları nedeniyle Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Komisyon, Bayan Akkuş'un 390,000 TL aldığını, oysa ulusal makamlar bedel artışına karar verildiği tarih ile ödemenin yapıldığı tarih arasındaki on yedi aylık dönemde paranın değerindeki düşüşü tam olarak dikkate almış olsalardı, başvurucunun yaklaşık 594,000 TL almış olacağını hesaplamıştır.

26. Hükümet bu görüşlere katılmamıştır. Hükümet, arazinin mülkiyetini edinmeden devletin Bayan Akkuş'a tazminat [kamulaştırma bedeli] olarak 122,000 TL ve ayrıca arazinin değerinin yeniden takdir edildiği dava sonunda yüzde 30 faizle 271,039 TL ek tazminat ödediğini (bk. yukarıda §9) belirtmiştir. Hükümet, kamulaştırılan mülkiyetin değeri ile ödenen bedel arasında makul bir orantının bulunmasına dair Mahkeme'nin içtihatlarına dayanarak, bu miktarların hesaplanmasında enflasyon dikkate alınmamış olsa bile, Birinci Protokolün 1. maddesindeki koşulların yerine getirilmiş olduğunu iddia etmiştir. Hükümete göre, işte özellikle binlerce kişinin yararlanacağı böylesine büyük bir proje

söz konusu olduğunda, durum böyledir. Devletin tam bir tazminat ödemesini istemek, bu tür projelerin gerçekleştirilmesini engelleyecektir. Ayrıca bu davada başvurucunun "şahsen ve aşırı ölçüde" külfet altına girdiğini söyleyemez; çünkü Borçlar Kanununun 105. maddesiyle sağlanan imkândan yararlanmamaya bizzat kendisi karar vermiştir. Dahası, başvurucunun avukatı bile bir Türk gazetesinde yayınlanan bir yazısında, başvurucunun arazisi dâhil, bazı taşınmazlar hakkında takdir komitesi tarafından biçilen değerin ve mahkemeler tarafından karar verilen kamulaştırma bedellerinin, piyasa değerinin bir hayli üzerinde olduğu kabul edilmiştir.

Hükümet sona olarak, kamu hizmetini kurma ve sağlam bir biçimde yürütme politikasının bütünleyici bir parçası olan faiz oranlarını belirleme ve uygulama konusunda Hükümetin takdir yetkisi bulunduğunu belirtmiştir. Devlete karşı olan borçlarda yüksek faiz oranı alınması, kamu hizmetlerinin kesilmemesi için düşünülmüş olup, bu konuda yetkisini kullanan yasama organı tarafından bilinçli olarak karar verilmiş, dolaylı bir vergidir.

27. Başvurucu "sahibi olduğu şeyden barışçıl bir biçimde yararlanma hakkı" bakımından şikâyette bulunduğundan, Mahkeme genel yararın gerekleri ile kişinin temel haklarının korunması gereği arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığını incelemek zorundadır. Bu noktada, iç hukuka göre ödenecek bedelin şartları ve çerçevesiyle bunların başvurucunun olayında uygulanma tarzının dikkate alınması zorunludur (Lithgow ve Diğerleri - Birleşik Krallık, §120).

28. Mahkeme hemen başlangıçta, hidro-elektrik santralı yapmak için arazisi kamulaştırılan başvurucuya, kamulaştırma yapıldığı zaman bedelin ödenmiş olduğunu (bk. yukarıda §8) kaydeder. Durağan Hukuk Mahkemesi daha sonra başvurucuya kamulaştırma tarihinden geçerli olacak şekilde yıllık yüzde 30 faiz oranıyla birlikte ek tazminat (bedel artışı) ödenmesine karar vermiştir.

Mahkeme'nin buradaki görevi, Devlet Su İşleri Müdürlüğünün takdir komitesi tarafından arazinin değeri hakkında yapılan değer takdiri veya ek tazminat (bedel artışı) hakkında karar vermek değildir. Uyuşmazlığın konusu Komisyon'un kabuledilebilirlik kararıyla belirlenmiş olup, bu karar sadece Bayan Akkuş'un kamu makamlarının ödemeleri gereken tazminatı zamanında ödememiş olmaları nedeniyle uğradığını iddia ettiği zararla ilgilidir.

29. Mahkeme bu konuda daha önce, bir tazminatın makul olmayan ölçüde gecikmeyle ödenmesi gibi, değerinin düşmesine yol açabilecek şartlarda ödenmesi halinde de tazminatın yeterli olmayacağına karar vermiştir (bk. ayrıntılardaki farklılıklarla birlikte, 09.12.1994 tarihli Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis – Yunanistan, §82). Kamulaştırma bedelinin normalin üstünde geciktirilmesi, hele bazı ülkelerde paranın değerindeki kayıp dikkate alındığında, taşınmazı kamulaştırılan kişiyi belirsiz bir duruma sokmakta ve mali kayıplarının artmasına yol açmaktadır. Mahkeme bu konuda, Türkiye'de devlete olan borçlar bakımından uygulanan faizin yıllık yüzde 84 olduğunu ve bu oranın da borçluların borçlarını hemen ödemeye teşvik ettiğini, öte yandan Devletten alacaklı olanların ise devletin ödeme yapmaması veya ödemede gecikmesi halinde esaslı bir kayba uğradıklarını kaydeder.

30. Bu olayda ek tazminat (bedel artışı) başvurucuya yüzde otuz faizle birlikte Şubat 1992'de, yani Türkiye'de yıllık enflasyonun yüzde 70 olduğu bir dönemde, Yargıtay kararından on yedi ay sonra ödenmiştir.

Sadece kamu makamlarının ödemeyi geciktirmesinden dolayı, Yargıtay tarafından kesin olarak belirlenen tazminatın değeri ile bu tazminatın fiilen ödendiği tarihteki değeri arasındaki fark, Akkuş'un arazisinin kamulaştırılmasından doğan kaybının yanında, ayrı bir zarara uğramasına neden olmuştur.

31. Kamu makamları tazminatın ödenmesini on yedi ay geciktirmekle, tazminatı yetersiz duruma sokmuşlar ve sonuç olarak mülkiyet hakkının korunması ile genel yararın gerekleri arasındaki dengeyi bozmuşlardır.

Bu nedenle Birinci Protokolün 1. maddesi ihlal edilmiştir.

III. Sözleşme'nin 50. Maddesinin uygulanması

32. (...)

A. Zararlar

1. Maddi zararlar

33. Bayan Akkuş maddi tazminat olarak 50,000 Amerikan Doları istemiştir. Başvurucuya göre, Yargıtay'ın karar verdiği 17 Eylül 1990 tarihinde eğer yıllık 70 enflasyon oranı dikkate alınmış olsaydı, kendisine 739,163 TL ödenmesi gerekirdi. Başvurucu, kamu makamları Şubat 1992'ye kadar kendisine toplam 758,200 TL ödemekle, aslında ödemeleri gereken miktarın yarısını ödemiş olduklarını iddia etmiştir.

34. Hükümet bu talebin "tamamıyla gayri makul" olduğunu, çünkü bu talebin kamulaştırılan bütün arazinin değerini aştığını, oysa başvurucunun bu arazinin sadece beşte birinin sahibi olduğunu belirtmiştir. Hükümet ayrıca 1988 ile 1992 yılları arasındaki ortalama enflasyonun yıllık yüzde 61 olduğuna işaret etmiştir.

35. Mahkeme, Durağan Hukuk mahkemesi tarafından verilen kararın Yargıtay tarafından 17 Eylül 1990 tarihinde onandığını kaydeder. Hukuk mahkemesi Bayan Akkuş'a 271.039 TL ek tazminatın 4 Eylül 1987 tarihinden itibaren yıllık yüzde 30 basit faizle birlikte ödenmesine ve yargılama giderleri için de 61.123 TL ödenmesine hükmetmiştir. Yargıtay'ın karar verdiği tarihte veya örneğin üç ay gibi makul bir süre içinde başvurucunun 576.097 TL alması gerekirdi. Ancak ödeme on yedi ay sonra Şubat 1992'de yapıldığı için, Mahkeme'nin hesabına göre kendisi aslında 772.276 TL almıştır.

Yukarıda 30 ve 31. Paragraflar vardığı sonuçları dikkate alan Mahkeme, başvurucunun uğradığı zararın, Şubat 1992'de kendisine fiilen ödenen miktar ile, alacaklı olduğu 576.097 TL.'nin en az on dört aylık süre içinde paranın değer kaybı dikkate alınıp yükseltilerek ödenmesi halinde alacak olduğu miktar arasındaki fark olduğunu kabul eder. Bu miktar bölgedeki yıllık yüzde 70 enflasyon oranına göre ödemenin yapıldığı tarihte başvurucuya ödenmesi gereken miktar 1.046.192 TL.'dır. Sonuç olarak başvurucunun toplam kaybı 273 bin 916 TL., yani Bayan Akkuş Dolar üzerinden istediği ve Hükümet de itiraz etmediği için, yaklaşık 48 Amerikan Dolarıdır.

36. Bu şartlarda Mahkeme başvurucuya, ödeme tarihindeki kur üzerinden Türk parasına çevrilecek olan 48 Amerikan Doları ödemesinin uygun olacağını kabul eder.

2. Manevi zararlar

37. Bayan Akkuş, arazinin kamulaştırılması nedeniyle aldığı tazminatın yetersiz olması nedeniyle korunmasız durumda kaldığını ileri sürmüştür. Başvurucu sadece geçimini değil, fakat ayrıca köyündeki anılarını ve güvenliğini de kaybettiğini, damadının yanına sığınmak zorunda kaldığını ve onun desteğine muhtaç durumunda yaşadığını, bunun da Türk aile gelenekleri açısından aşağılayıcı bir durum olduğunu ileri sürmüştür. Başvurucu gördüğü manevi zararın mümkün olduğu kadar tamir edilmesi için 50,000 Amerikan Doları istemiştir.

38. Hükümet ve Komisyon temsilcisi bu konuda görüş bildirmemişlerdir.

39. Mahkeme başvurucunun kesinlikle manevi bir zarara uğradığını kabul ederek, bu zarar için hakkaniyet ölçüsüne göre 1,000 Dolar takdir etmektedir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Hükümetin ilk itirazlarının reddine;

2. İkiye karşı yedi oyla, Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlaline;

3. İkiye karşı yedi oyla,

davalı Hükümetin başvurucuya üç ay içinde, ödeme tarihindeki kur üzerinden aşağıdaki miktarları ödemesine:

(i) maddi zararlar için 48 (kırk sekiz) Amerikan Doları;

(ii) manevi zararlar için 1,000 (bin) Amerikan Doları;

(iii) ücretler ve masraflar için, daha önce adli yardım olarak alınan 8,898 (sekiz bin dokuz yüz atmış sekiz) Fransız Frangının düşüleceği 5,000 (beş bin) Amerikan Doları;

(b) Amerikan doları cinsinden belirlenen bu miktarlar için, yukarıda belirtilen üç aylık sürenin dolmasından itibaren yıllık yüzde 5 basit faiz uygulanmasına;

4. Oybirliğiyle, geri kalan taleplerin reddine

KARAR VERMİŞTİR.

02.07.2002 48161/99 MOTAIS DE NARBONNE - FRANSA

♦ *kamulaştırma amacı—taşınmazı geri alamama* (sosyal konut yapmak için arazi rezervi oluşturulması amacıyla kamulaştırılan taşınmaz üzerinde beş yıl içinde herhangi bir tesis yapılmadığı için taşınmazın geri verilmesi gerekirken bu sürenin sosyal konut amacıyla kamulaştırılan taşınmazlar bakımından uygunlanmayacağı gerkçesiyle tazminat talebinin reddedilmesi) ■ mülkiyet hakkı—mal sahibinin geri alma hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucular Saint-Denis'te bulunan bir arazinin sahipleridir. Reunion Valiliği 1 Aralık 1982 tarihinde, bu arazinin, "sosyal konut için arazi rezervi oluşturulması" amacıyla, Valiliğe bağlı Reunion (SEDRE) Emlak Müdürlüğü tarafından kamulaştırılması için kamu yararı kararı vermiştir. 24 Şubat 1983'te 1,966,700 Fransız Frank kamulaştırma bedeli tayin edilmiş ve arazi 6 Temmuz 1983'te kamulaştırılmıştır.

Vilayet bu araziyi 27 Ağustos 1984 tarihinde Saint-Denis Belediyesine satmıştır. Bu belediye arazinin bir kısmını, Mayıs 1988'de Reunion Taşınmaz Şirketi (SIDR) adlı bir emlak şirketine takas yoluyla devretmiştir.

1989 yılına kadar, söz konusu arazinin kullanılmadan olduğu gibi bırakılması üzerine, mülk sahibi Reunion Valiliğine, SEDRE'e, Belediyeye ve SIDR'e karşı, Saint-Denis Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açmıştır. Davacı kamulaştırma kararından bu yana beş yıldan uzun bir süre geçtiği halde, arsanın kamu yararı kararında belirtilen amaca tahsis edilmediğinin tespit edilmesini istemiştir. Davacı ayrıca, Kamulaştırma Kanunun 12(6). fıkrasına dayanarak taşınmazın geri verilmesini ve yararlanma hakkından yoksun bırakıldığı için de tazminat ödenmesini istemiştir.

Davacı daha sonra yukarıda adı geçen SEDR, Belediye ve SIDR yönünden davasından feragat etmiş, ayrıca mülkün geri verilmesi talebinden de vazgeçmiş; o tarihte Belediyeye

satılmış ve bir kısmı SIDR'a devredilmiş olduğu için kamulaştırmayı yapan Valiliğin malvarlığı içinde yer almayan taşınmazın bugünkü değerinden kamulaştırma bedeli düşülerek Valilik tarafından kendisine tazminat olarak ödenmesine karar verilmesini istemiştir.

Asliye Hukuk Mahkemesi 19 Mayıs 1992 tarihinde, Vilayetin "Kamulaştırma Kanununun 12(6). fıkrasına uymamış olduğu" sonucuna varmıştır. Bu mahkeme, kamulaştırılan taşınmazın kamulaştırma yapan kurumun malvarlığından çıkmış olması durumunda, geri alma hakkının tazminat hakkına dönüşeceğini, bu nedenle davacının talebinin kural olarak temeli bulunduğunu belirtmiş ve bir bilirkişi incelemesi yaptırılarak başvurucuya ödenmesi gereken tazminat tutarının belirlenmesine karar vermiştir. Bu kararın gerekçesinde aşağıdaki husus yer almaktadır:

"(...) 1 Aralık 1982 tarihli kamu yararı kararı, kamulaştırılan arazinin "sosyal konut amaçlı arazi rezervi" haline getirilmesini sağlamıştır. 6 Temmuz 1983 tarihli kamulaştırma kararını izleyen beş yıl boyunca, söz konusu arazide bu türde herhangi bir yerleşim oluşturulmadığı (...) ve parsel üzerinde işin başlatılması olarak nitelendirilebilecek bir çalışmanın yapılmadığı sabittir. Valiliğin bu beş yıllık süre içinde araziyi belediyeye satmış olması ve belediyenin de arsanın bir kısmını, kuruluş amacı sosyal konut projeleri gerçekleştirmek olan SIDR ile takas etmiş olması, söz konusu yerlerde görünür herhangi bir çalışma olmadığından, bu amaca yönelik çalışmalara başlanmış olduğu şeklinde yorumlanamaz."

Valilik bu karar karşı üst başvuruda bulunmuştur. Saint-Denis Üst Mahkemesi 9 Ağustos 1996'te, Asliye Mahkemesinin kararını bozmuştur. Üst Mahkeme kararı bozarken, özellikle aşağıdaki hususları vurgulamıştır:

"(...) kamulaştırma yoluyla oluşturulan arazi rezervinin, Kamulaştırma Kanununun 12(6). fıkrasında belirtilen beş yıllık süre içinde bir işe tahsis edilmesi gerektiğini söyleyen herhangi bir yasa hükmü veya idari bir düzenleme yoktur; (...) arazi rezervi oluşturulmasının amacı, orta ve uzun vadeli imar çalışmaları ihtiyacını karşılamaktır; bu tür bir ihtiyacın karşılanması, işin doğası gereği, başka kamulaştırma durumları için öngörülmüş olan 5 yıllık süre içine sıkıştırılamaz."

(...) mevcut olayda, en başta öngörülmüş olan imar işleminin gerçekleştirilmeyeceğini düşündürecek hiçbir şey yoktur."

Davacılar tarafından yapılan temyiz, 30 Eylül 1998 tarihinde Temyiz Mahkemesi tarafından Birinci Protokolün 1. maddesine dayanılarak reddedilmiştir. Bu kararda aşağıdaki hususlar belirtilmektedir:

"(...) Üst Mahkeme yakın bir tarihte, Sözleşme'ye Ek Birinci Protokolün 1. maddesini ihlal etmeksizin, kamulaştırma yoluyla oluşturulan arazi rezervinin, Kamulaştırma Kanununun 12(6). fıkrasında belirtilen beş yıllık süre içinde bir işe tahsis edilmesi gerektiğini söyleyen herhangi bir yasa hükmü veya düzenleme bulunmadığı şekilde bir karar vermiştir.

(...)

(...) kamu yararı kararında kamulaştırılan arazinin ileride sosyal konut yapılması amacıyla arazi rezervleri oluşturulmasına tahsis edileceği öngörülmüş ve Reunion Valiliği haklı olarak, kamulaştırılan araziyi Saint-Denis Belediyesine sattığı ve bu belediyenin de arsaları kurum olarak amacı bu türden konutlar yapmak olan SIDR'a devrettiği tespit edilmiş olmakla, üst Mahkemesi bu durumda en başta öngörülen imar işleminin gerçekleştirilmeyeceğini düşündürecek herhangi bir şey olmadığı sonucuna varmış, (...) bu konuda verilen kararı hukuka uygun bulmuştur."

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlali iddiası

16. Başvurucular, Birinci Protokolün 1. maddesine aykırı olarak mülkiyet haklarına orantısız bir müdahalede bulunulduğundan şikâyetçi olmuşlardır. (...)

Başvurucular kamulaştırılan mülkte, 1982 Aralık verilen kamu yararı kararında gösterilen amacın gerçekleştirilmediğini iddia etmişlerdir. Başvurucular şu ana kadar öngörülen imar planının yapılmadığını ve "Reunion Valiliğinin ile Reunion Emlak Müdürlüğünün çalışmaları dikkate alındığında" böyle bir planın da yapılmayacağının anlaşıldığını vurgulamışlardır. Başvurucular bu noktada, kamulaştırmayı yapan makam olan Valiliğin 1984 yılında taşınmazı Saint-Denis belediyesine sattığını, satış sözleşmesinde de taşınmazın belli bir amaçla kullanılması yönünde bir taahhüt veya yükümlülüğün bulunmadığını kaydetmişlerdir. Nitekim belediye, Üst mahkemeye verdiği savunmalarda, "mülkiyet devrinin belediyeye herhangi bir yükümlülük yüklemeden usulüne uygun bir şekilde yapıldığını" belirtmiştir. Diğer yandan, mülkü 1988 yılında devralan SIDR da, "takas işleminin (...) SIDR'a inşaat yapma veya başka bir yükümlülüğü yerine getirme yüklemediğini" aynı mahkemede savunmuştur. Bunun dışında, Hükümetin söylediğinin aksine SIDR'ın kuruluş amacı sosyal konut yapmak değil, ama satış amaçlı konut yapmaktır. Başvurucular bu iddialarını kanıtlamak üzere bir takım reklam ilanları göstermişlerdir. Bu ilanlarda söz konusu kuruluşun metrekaresi yaklaşık 9600 ile 13110 Fransız Frangı olmak üzere, iki konut projesinin pazarlamasını yaptığı anlaşılmaktadır.

17. Hükümet, tartışma konusu kamulaştırmanın "sosyal konut yapmak üzere arazi rezervi oluşturulması amacıyla" gerçekleştirildiğini vurgulamıştır. Hükümet bu arazi üzerinde bir çalışma yapılmadığını inkâr etmemekte, fakat Temyiz Mahkemesinin bu olayda, Kamulaştırma Kanununun 12(6) fıkrasının kamulaştırma yoluyla oluşturulmuş arazi rezervleri için uygulanmayacağı yönündeki içtihadını doğruladığını ve Bu nedenle bu fıkrada kamu yararına tahsis için geçen 5 yıllık sürenin bu kamulaştırmalar için gerekli olmadığını teyit ettiğini savunmaktadır. Hükümet ayrıca, söz konusu arazinin hukuka uygun bir şekilde SIDR'a devredildiğini, SIDR'ın kurum olarak 'başlıca' amacının sosyal konut yapmak olduğunu, bu amacın da kamulaştırma amacına karşılık geldiğini söylemiştir. Hükümet, karma sermayeli bir kuruluş olan SIDR'ın Fransa'nın denizaşırı bölgelerinde sosyal konut yapan başlıca kuruluşu olduğunu; bu kuruluşun konutlarının kiracılarının yüzde 83'ünü, sosyal konuttan yararlanmak için vergiye tabi tavan geliri yüzde 40'ın altında bulunan kişilerin oluşturduğunu belirtmiştir. Her ne kadar SIDR aynı zamanda belediyelerin talebi üzerine, başvurucuların belirttiği türden tanıtım gibi faaliyetlerinde bulunuyor ise de, bu faaliyet, SIDR'ın her yıl ürettiği 600-700 konut arasından sadece 50 konut için yürüttüğü istisnai bir faaliyettir. Ayrıca SIDR tarafından uygulanan satış fiyatı, emlak piyasasındaki en düşük fiyatlar arasında olup, alıcıları genellikle bir ara devlet tarafından "vergiden muaf kılma" yoluyla kiralık konutlarda arzı geliştirmek amacıyla uygulamaya koyulmuş tedbirlerden yararlanmak isteyen ailelerden oluşmaktadır. Kısacası, söz konusu arazinin, kamulaştırma anında öngörülen amaca tahsis edilmediği iddia edilemez.

Hükümet ayrıca, böyle olmadığı varsayılsa bile, Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edilmediğini ileri sürmüştür. Birincisi, uyuşmazlık konusu mülkiyetten yoksun bırakma, iç hukuk bakımından yasaya uygundur. İkincisi, kamulaştırmanın amacı, "sosyal konut için" arazi rezervi oluşturmak olup, bu işlem Protokolün 1. maddesi anlamında "kamu yararına" amacına dayandırılmıştır. Ulusal mahkemenin, arazi rezervi oluşturmak için kamulaştırma yapıldığında Kamulaştırma Kanununun 12(6). fıkrasının uygulanmayacağını belirtmesi, kamu makamının açıklanmış olan kamu yararı amacını gerçekleştirme yükümlüğünden kurtulmuş olduğu anlamına gelmemekte, sadece bu amacın fiilen gerçekleştirilmesinin bu fıkrada öngörülen 5 yıllık süre ile sınırlanamayacağı anlamına

gelmektedir. Bu durum, arazi rezerv etme amacına karşılık gelmektedir; çünkü arazi rezerv etme amacı, önceden tedbir almak suretiyle orta ve uzun vadede imar politikalarının gerçekleştirilmesini sağlamaktır. Bu noktada Hükümet, arazi rezerv tekniğinin İsveç, Hollanda ve Almanya gibi birçok Kuzey Avrupa ülkesinde geniş çapta uygulanmakta olduğunu vurgulamaktadır. Üçüncü olarak Bayan Motais de Narbone'a 1.966.700 Fransız Frangı tutarında bir tazminat ödenmiştir. Bu tutar, mülkün değeri karşısında makuldür. Dördüncü olarak, her ne kadar öngörülen kentleşme projesi halen gerçekleştirilememiş ise de, bunun nedeni kanalizasyon şebekesinin henüz kurulmamış olmasıdır; bunun yapılması da SIDR'ın değil, yerel yönetimlerin görevidir. Kentleşme projesinin gelecekte gerçekleştirilmeyeceğini gösteren herhangi bir şey yoktur. Kısacası, Birinci Protokolün 1. maddesi ihlal edilmemiştir.

18. Mahkeme, söz konusu kamulaştırmanın Birinci Protokolün 1. maddesinin ikinci cümlesi anlamında mülkiyetten yoksun bırakma oluşturduğu ve Fransız iç hukukuna uygunluğu konusunda bir itiraz bulunmadığını kaydeder.

Ancak başvurucular esas itibarıyla, somut olayda, tartışma konusu kamulaştırmanın bu cümle anlamında gerçek bir "kamu yararı amacı"na dayanmadığını ileri sürmüşlerdir.

Bu noktada Mahkeme, 1 Aralık 1982 tarihli kamu yararı kararında söz konusu arazinin, "sosyal konut arazisi oluşturmak için" kamulaştırıldığının açık olduğunu tespit etmektedir (yukarıda parag. 9). Konut yapılması gibi bir sosyal politikanın uygulanmasına yönelik böyle bir hedefin, "meşru bir amaç" taşıdığından ve kamu yararına girdiğinden kuşku yoktur (*James ve Diğerleri, §47; Phocas, §55*). Dahası Mahkeme, Sözleşmeci Devletlerin ve onlara bağlı kuruluşların, kamu yararı bulunup bulunmadığı ve mülkiyetten yoksun bırakma şartlarının oluşup oluşmadığını değerlendirme konusunda sahip oldukları takdir alanını göz önünde tutarak, uyuşmazlık konusu arazinin bulunduğu bölgede konut ihtiyacının bulunduğunu kabul etmektedir.

19. Ne var ki sorun çözülmüş değildir. Mülkiyetten yoksun bırakan bir işlemin objektif olarak "kamu yararı" meşru amacını taşıması, kural olarak yeterli değildir: bu amaç ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunması gerekir. Bir bireyin "orantısız bir külfet" altına sokulması halinde, genel yararın gerekleri ile bireyin hakları arasında denge bozulmuş olur (*Kutsal Manastırlar, §70-71*). Kamu yararı "meşru amacı" taşınmazın tam piyasa değerinin altında bir ödeme yapılmasını gerektirse bile, taşınmazı kamulaştırılan kişiye normal şartlarda "taşınmazın değeriyle makul bir şekilde orantılı" bir tazminat ödenmelidir (aynı yer). Buradan çıkan sonuca göre, genellikle kamulaştırma işlemi tamamlandığında mülkün "satın alınabilir" değeri ile kamulaştırılan taşınmaz için ödenen tazminatın makul bir orantı için de olması halinde, yukarıda sözü edilen denge kurulmuş olur.

Ancak bazı durumlarda, bu nitelikte bir tazminat ödenmiş olsa bile, denge bozulabilir.

Mahkeme, idare tarafından geç ödenen kamulaştırma tazminatının enflasyon nedeniyle azalmasıyla ilgili *Akkuş – Türkiye* davasında (§29), "bir tazminatın makul olmayan ölçüde gecikmeyle ödenmesi gibi, değerinin düşmesine yol açabilecek şartlarda ödenmesi halinde de tazminatın yeterli olmayacağına" karar vermiştir (*Malama – Yunanistan kararı* ve *Tsirikakis – Yunanistan kararı*).

Mahkeme'ye göre bir mülkün kamulaştırılmasına kararı verilmesi ile mülkiyetten yoksun kalmanın dayanağını oluşturan projenin fiilen gerçekleştirilmesi arasında uzun bir zaman geçmesi halinde de aynı şey söz konusu olabilir. Böyle bir durumda kamulaştırma, mülkün yarattığı artı değerden ilgili kişiyi yoksun bırakma sonucu doğurabilir; eğer bizzat bu özel yoksun bırakma, kamu yararı bakımından meşru bir nedene dayanmıyorsa, ilgili

kişi Birinci Protokolün 1. maddesi gerekleriyle bağdaşmayan ek bir külfet altına girebilir (*Akkuş, §30-31*).

20. Mevcut davada başvurucular, uyuşmazlık konusu mülkün eski sahibine verilmiş olan kamulaştırma tazminatının, mülkün kamulaştırma anındaki değeriyle orantısız olduğunu iddia etmemektedirler. Ancak başvurucular, kamulaştırmanın üzerinden 19 yıl geçtiği halde, söz konusu arazi üzerinde kamu yararı amacına uygun bir şekilde sosyal amaçlı tesislerin inşası yönünde bir çalışma yapılmadığını ve bu geçen süre içinde söz konusu arazinin piyasa değerinin önemli ölçüde arttığını belirtmişlerdir. Başvurucular bu durumdan, söz konusu mülkün değerinin bir kısmından haksız yere yoksun bırakıldıkları sonucunu çıkarmaktadırlar.

Mülkün eski sahibi bu durumdan şikâyetle Kamulaştırma Kanununun 12(6). fıkrasına dayanarak, önce mülkün iadesi ve daha sonra da iade yerine arazinin güncelleştirilmiş değerinin, kamulaştırma tazminatı düşüldükten sonra ödenmesi talebiyle ulusal mahkemelere başvurmuştur. Mülkün eski sahibi ilk derece mahkemesinde esas itibarıyla olumlu sonuç elde etmiş, ancak Saint-Denis Üst Mahkemesi, kamulaştırma kararından 13 yıl sonra, "kamulaştırma yoluyla oluşturulan emlak rezervinin Kamulaştırma Kanununun 12(6). fıkrasında belirtilen beş yıllık süre içinde bir işe tahsis edilmesi gerektiğini düzenleyen herhangi bir yasa hükmü veya idari düzenlemenin" bulunmadığı gerekçesiyle başvurucunun talebini reddetmiştir (bk. yukarıda §11-12).

Hükümet, Saint-Denis Üst Mahkemesinin bu kararıyla Temyiz Mahkemesinin, kamulaştırma yoluyla oluşturulan emlak rezervinin, Kamulaştırma Kanununun 12(6). fıkrasında belirtilen beş yıllık süre içinde bir işe tahsis edilmesi gerekmediğini söyleyen içtihadına uygun hareket ettiğini savunmuştur. Hükümet bu içtihadın, kamulaştırma yapan yetkili makamın arazi rezervini, ileride kamu yararı kararına uygun bir amaca tahsis etme yükümlülüğünden kurtarmadığını kabul etmektedir. Ancak Hükümet, uyuşmazlık konusu arazinin, kamulaştırma yapan makam tarafından amacı sosyal konutlar yapmak olan bir şirkete devredilmesi halinde, söz konusu arazinin öngörüldüğü şekilde tahsis edilmiş olacağını savunmuştur.

Mahkeme, "kamu yararı" kavramının çok soyut olarak yorumlanmasına dayanan bu analize katılmamaktadır. Mahkeme'ye göre, tartışma konusu kamulaştırmanın dayanağı olan "kamu yararı", Birinci Protokolün 1. maddesi anlamında zorunlu olarak, kamu yararı kararında açıklanan amaç, yani "sosyal konut yapmak için arazi rezervi oluşturma" amacıdır. Somut olarak değerlendirildiğinde, mevcut olayda "sebep" iki kısımdan oluşmaktadır: kamulaştırmadan sonra arazi rezervi oluşturulması ve nihayet sosyal tesislerin fiilen gerçekleştirilmesi.

Kanunun ilgili hükümleri de bu somut değerlendirmeyi teyit etme eğilimindedir. İmar Kanununun 221(1). fıkrası, bazı kamu kuruluşlarının, "bu Kanunun 300(1). fıkrasında gösterilen geliştirme veya uygulama projelerini gerçekleştirmek amacıyla arazi rezervi oluşturmak üzere, gerektiği takdirde kamulaştırma yoluyla mülk edinebileceklerini" belirtmektedir. Söz konusu maddede bu amaç, "İmar ve uygulama planları bir kentleşme projesini veya bir yerel konut projesini gerçekleştirmek; sosyal yerleşim alanları oluşturmak; (...) veya kentsel dönüşümü sağlamak; (...)" olarak tanımlanmıştır.

Bu nedenle başvurucular, söz konusu kamulaştırmanın "kamu yararı" amacının dayandığı "sebebin", uzun bir süre geçtiği halde fiilen gerçekleştirilmemiş olduğunu savunabilirler.

21. Bununla birlikte böyle bir durum, Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmak için yeterli değildir. Hükümet haklı olarak, arazi rezerv tekniğinin Sözleşmeci Devletlerin iç hukuklarında öngörüldüğünü ve bu tekniğin kullanılmasının özellikle

sosyal ve imar politikalarını uygulama tarzı dâhil, devletlerin bu konudaki takdir alanları içinde kaldığını belirtmektedir.

Mahkeme'ye göre, kamulaştırılmış bir mülkün uzun bir süre bile rezerv olarak elde tutulması, Birinci Protokolün 1. maddesini mutlaka ihlal etmez.

Ancak mevcut olayda olduğu gibi, bir mülkün uzun bir süre rezerv olarak tutulması kamu yararı ile ilgili sebeplere dayanmıyorsa ve bu süre boyunca söz konusu mülkte önemli bir artı değer meydana geliyor ve mülkün sahipleri de bu artı değerden yoksun bırakılıyorsa, bu madde açısından bir sorun ortaya çıkar. Birinci Protokolün 1. Maddesi, Sözleşmeci Devletleri, arazi rezerv tekniğinin kendilerinin aleyhine bir spekülasyon biçimi olarak kullanılması riskine karşı bireyleri korumaya zorlamaktadır.

22. Mevcut olayda başvurucular, kamulaştırmanın ardından geçen 19 yılda söz konusu arazinin değerinin önemli ölçüde arttığını belirtmişler, Hükümet de buna itiraz etmemiştir. Başvurucular bu iddialarını destekleyen çeşitli belgeler sunmuşlardır. Bu nedenle söz konusu arazide bir artı değer oluşmuş, başvurucular da bu artı değerin büyük bir bölümünden yoksun kalmışlardır.

Öte yandan Mahkeme Hükümetin sadece, öngörülen imar işlemlerinin gerçekleştirilememesinin nedeninin kanalizasyon şebekesinin yapılmamış olması olduğunu ve bu işi yapmanın şu anda arsanın bir kısmının sahibi olan karma sermayeli şirketin değil ama yerel yönetimin görevi olduğunu ileri sürdüğünü kaydetmektedir. Mahkeme'ye göre bu, tümüyle kamu makamlarına yüklenebilir bir olaydır. Mahkeme burada, öngörülen imar işlemlerinin gerçekleştirilmemesinin ve bunun sonucunda arazinin rezervde tutulmasının kamu yararı ile ilgili herhangi bir nedene dayandığı sonucuna varılmasını sağlayacak bir unsur görmemektedir.

23. Kısacası, bu olayın özel şartları içinde başvurucular, kamulaştırılmış mülkün yarattığı artı değerden haksız bir şekilde yoksun bırakıldıkları ve bunun sonucu olarak söz konusu kamulaştırma nedeniyle fiilen aşırı bir külfet altına sokuldukları iddiasında haklıdırlar. Bu nedenle Birinci Protokolün 1. maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

30.11.2004 48939/99 ÖNERYILDIZ - TÜRKİYE

♦ *patlama nedeniyle sahibi olunan evin yıkılması—tapusuz gecekondu—mülkiyetin kaybı* (şehir çöplüğündeki metan gazı sıkışması nedeniyle meydana gelen patlama sonucu meydana gelen heyelan nedeniyle civardaki tapusuz gecekonduların yıkılması) ■ mülkiyet hakkı—sahibi olunan şeyler kavramı

DAVANIN ESASI

1955 doğumlu olan başvurucu, halen doğduğu yer olan Siirt ili Şirvan ilçesinde oturmaktadır. Başvurucu olayların geçtiği tarihte, Türkiye'nin güneydoğu bölgesinde yaptığı köy koruculuğu görevinden ayrıldıktan sonra yerleştiği İstanbul Ümraniye'deki Kazım Karabekir gecekondu mahallesinde, on iki yakınıyla birlikte yaşamaktadır.

A. Ümraniye çöplüğü ve başvurucunun yaşadığı yer

1970'lerin ilk yıllarından bu yana, Kazım Karabekir mahallesine bitişik bir gecekondu mahallesi olan Hekimbaşı mahallesinde, ev atıklarının toplandığı bir çöplük bulunmaktadır. 22 Ocak 1960'ta Orman Müdürlüğüne (Bu nedenle Hazineye) ait olan arazinin kullanımı doksan dokuz yıllığına İstanbul Belediyesine verilmiştir. Bir vadiye yukarıdan bakan eğimli bir arazi üzerindeki bu alan, yaklaşık 350,000 m2'lik bir genişliğe sahip olup, 1972'den bu yana Belediyenin ve nihai olarak Bakanlığın gözetim ve denetim altında Beykoz, Üsküdar, Kadıköy ve Ümraniye ilçeleri tarafından çöplük alanı olarak kullanılmaktadır.

Bu alan çöplük olarak kullanılmaya başlandığı zaman henüz civarda yerleşim yeri yoktur ve en yakın yapılaşma yaklaşık 3,5 km. uzaklıktadır. Bununla beraber, yıllar ilerledikçe çöplüğü çevreleyen alanda izinsiz gecekondular yapılmaya başlanmış, sonunda bu bölgede Ümraniye'nin gecekondu *mahalleleri* meydana gelmiştir.

Ümraniye Belediyesinin Teknik Hizmetler Müdürlüğünün hazırladığı, Hekimbaşı ile Kazım Karabekir mahallelerini kapsayan resmi bir haritasına göre başvurucunun evi, Dereboyu Sokak ile Gerze Sokağın birleştiği köşede bulunmaktadır. Evin bir tarafı belediyeye ait çöplüğe bitişik olup, 1978'den bu yana ilçe belediyesine bağlı bulunan Belediye Başkanlığının yetkisi içindedir.

B. Ümraniye Belediyesinin aldığı tedbirler

26 Mart 1989'daki yerel seçimlerin ardından Ümraniye Belediyesi, imar planını 1:1000 ölçeğinde değiştirmek istemiştir. Ancak karar mercileri, belediye çöplüğüne çok yakın bir alanı içine aldığı için, bu planı reddetmişlerdir.

4 Aralık 1989'dan itibaren Ümraniye Belediyesi, çöplük alanını iyileştirmek için Ümraniye'nin gecekondu mahallelerini çevreleyen alan üzerine toprak ve hafriyat yığınlarını dökmeye başlamıştır.

Ancak 15 Aralık 1989'da, Hekimbaşı'nda oturan M.C ve A.C., Üsküdar 4. Asliye Hukuk Mahkemesinde belediye aleyhine tapu tescil davası açmışlardır. Bu kişiler arazilerine verilen zarardan şikayetçi olmuşlar ve bu çalışmanın durdurulmasını istemişlerdir. M.C. ve A.C. delil olarak, 1977'den beri 168900 vergi numarasıyla belediye vergisi ve emlak vergisi ödemekle yükümlü olduklarını gösteren belgeler sunmuşlardır. 1983'te yetkililer M.C. ve A.C.'den arazi ve binalarının düzenlenebilmesi için yasadışı binaları bildirim için standart bir form doldurmalarını istemişlerdir (bk. aşağıda, §54). Bu iki şahsın 21 Ağustos 1989'da istekleri üzerine, belediyenin su ve kanalizasyon idaresi, bu kişilerin evlerine sayaç takılmasına karar vermiştir. Ayrıca elektrik faturaları, su sayaçlarından alınan okumalara göre M.C. ve A.C.'nin kullandıkları su için düzenli ödemeler yaptıklarını göstermektedir.

İlçe belediyesi Asliye Hukuk Mahkemesine verdiği savunmada, M.C. ve A.C.'nin hak iddia ettikleri arazinin çöplerin toplandığı yerde olduğunu; orada bulunan evlerin sağlık koşullarına aykırı olduğunu; tapu için başvuru yapmış olmalarının kendilerine bir hak vermediğini belirtmiştir.

2 Mayıs 1991'de Asliye Hukuk Mahkemesi, başvurucuların söz konusu arazi üzerindeki haklarının kullanılmasına müdahalede bulunulduğu gerekçesiyle, M.C. ve A.C.'nin lehine karar vermiştir (dava no. 1989/1088). Ancak Yargıtay 2 Mart 1992'de bu kararı bozmuştur. 22 Ekim 1992'de Asliye Hukuk Mahkemesi Yargıtay'ın kararına uyarak, M.C. ve A.C.'nin taleplerini reddetmiştir.

Çöplüğün geleceği ile ilgili incelemeler devam eken, Ümraniye Belediyesi, 15 Mayıs 1993'ten itibaren çöp dökülmesine izin verilmeyeceğini İstanbul Büyükşehir Belediye Başkanı'na bildirmiştir.

C. Kaza

28 Nisan 1993 günü sabah 11:00 sularında çöplük alanında metan gazı patlaması meydana gelmiştir. Basınç çıkışının sebep olduğu toprak kaymasının ardından, atıklar çöp yığınından kopmuş ve başvurucuya ait konutun da aralarında bulunduğu çöplüğün kurulduğu vadinin tabanına yerleşmiş on civarında gecekondunun üzerine kaymıştır. Kazada otuz dokuz kişi hayatını kaybetmiştir.

D. Bu olayla ilgili açılan soruşturmalar

1. İçişleri Bakanlığının girişimi

Kazanın hemen ardından, iki belediye zabıtası olayları tespit etmeye çalışmışlardır. Evini 1988'de yaptığını ifade eden başvurucu dâhil olmak üzere mağdurların ifadesini alan zabıtalar, on üç evin tahrip olduğunu belirtmişlerdir.

Aynı gün, İstanbul Valiliği tarafından kurulan kriz masasından memurlar da olay yerine gitmişler ve toprak kaymasının metan gazı patlamasından kaynaklandığını saptamışlardır.

Ertesi gün, 29 Nisan 1993'te, İçişleri Bakanlığı ("Bakanlık"), Belediye Başkanları Bay Sözen ve Bay Öktem hakkında dava açılmasının gerekli olup olmadığı belirleyebilmek için, felakete sebep olan olayları incelemekle Teftişi Kurulunu görevlendirmiştir.

2. Ceza soruşturması

Bu idari soruşturma devam ederken, 30 Nisan 1993'te Üsküdar Cumhuriyet Savcısı, farklı üniversitelerden üç inşaat mühendisi profesöründen oluşan bir bilirkişi heyetiyle kaza yerine gitmiştir.

14 Mayıs 1993'te Cumhuriyet Savcısı, bazı mağdurların ve tanıkların ifadelerini almıştır. Bilirkişi heyeti 18 Mayıs 1993'te raporunu Cumhuriyet Savcısına sunmuştur. Bu raporda heyet ilk olarak, bu bölge için 1:5000 ölçeğinde bir imar planı bulunmadığını, 1:1000 ölçeğindeki nazım planının da onaylanmadığını ve yığın altında kalan evlerden çoğunun aslında nazım planın kapsadığı alanın dışında çöp alanının uzak kenarında bulunduğunu ifade etmiştir. Bilirkişiler, zaten sağlam olmayan zemini etkileyen toprak kaymasının, hem çöplüğün içindeki gazın basıncının açığa çıkmasıyla ve hem de gaz patlamasıyla açıklanabileceğini belirtmişlerdir.

21 Mayıs 1993'te Cumhuriyet Savcısı 1974-1993 yıllan arasında kusurlu görülen idari yetkililer, yani İstanbul Büyükşehir Belediyesi, Ümraniye Belediyesi, Çevre Bakanlığı ve Hükümet yetkilileri bakımından kişi bakımından (ratione personae) yetkisizlik kararı vermiştir. Cumhuriyet Savcısı bu olayın Memurin Muhakemat-ı Kanunu kapsamına girdiğini belirterek, bu kanunun uygulaması İstanbul İl İdare Kurulunu ilgilendirdiğinden, dosyayı İstanbul Valiliğine göndermiştir. Bununla birlikte Cumhuriyet Savcısı verdiği kararda, söz konusu yetkililere uygulanabilecek olan yasa hükümlerinin, Ceza Kanununun görevi ihmal suçuyla ilgili 230. maddesi ve tedbirsizlik ve dikkatsizlik sonucu adam öldürme suçuyla ilgili 455(2). fıkrası olduğunu belirtmiştir.

Bu olay, başvurucu gibi sadece mağdur değil ama aynı zamanda Ceza Kanununun 455(2). fıkrasına göre sanık olan gecekondu sakinlerinin kusurlarıyla da ilgili olduğundan, Cumhuriyet Savcısı aynı Kanunun 10 ve 15. maddeleri göz önünde tutulduğunda, bu kişilerin şikayetlerini ayırmanın mümkün olmadığını ifade etmiştir.

27 Mayıs 1993'te, soruşturmayı tamamlayan Cumhuriyet Savcılığının dosyası Bakanlığa göndermiştir.

3. Yetkililer hakkındaki idari soruşturmanın sonucu

27 Mayıs 1993'te Teftiş Kurulu, yaptığı soruşturmanın sonuçlarını göz önünde tutarak, olayda suça karıştığı düşünülen iki belediye başkanı hakkında cezai soruşturma açılmasına izin vermesi için Bakanlıktan izin istemiştir.

Teftiş Kurulunun istediği izin 17 Haziran 1993'te verilmiş, Bakanlıktan bir başmüfettiş olayı soruşturmakla görevlendirilmiştir.

Başmüfettiş, düzenlenen soruşturma dosyasının ışığında, Bay Sözen ve Bay Öktem'in ifadelerini almıştır. Bay Öktem, Aralık 1989'da kendi belediyesinin Hekimbaşı gecekondu bölgesinde toprak dökme çalışmalarına başladığını, ancak burada oturan iki kişinin talebi üzerine çalışmaların durdurulduğunu ifade etmiştir (bk. yukarıda §11).

Başmüfettiş, 9 Temmuz 1993'te raporunu tamamlamıştır. Raporda, şimdiye kadar görevlendirilen bilirkişilerin vardığı sonuç onaylamış ve Cumhuriyet Savcısının topladığı bütün deliller dikkate alınmıştır. Raporda ayrıca, biri Çevre Bakanlığından bir mühendisin diğeri Boğaziçi Üniversitesinden bir profesörün hazırladıkları ve İstanbul Valiliğine gönderilen iki bilimsel görüşe de yer vermiştir. Bu iki görüş, ölümlere neden olan toprak kaymasının metan gazı patlamasından kaynaklandığını teyit etmiştir.

4. Başvurucuya konut yardımının yapılması

Bu arada, Büyükşehir Belediyesi Mesken ve Gecekondu Müdürlüğü başvurucuya, Büyükşehir Belediyesinin 25 Mayıs 1993 tarihli bir kararla (no. 1739), ihtiyaç sahipleri için yaptırılmış olan Çobançeşme'deki (Eyüp, Alibeyköy) siteden bir daire tahsis ettiğini bildirerek, Müdürlük ile temasa geçmesini istemiştir. Başvurucu, 18 Haziran 1993'te sitenin C-1 bloğundaki 7 no'lu daireyi üzerine almak için imza atmıştır. Bu işlem Belediyenin 17 Eylül 1993 tarihli kararıyla (no. 3927) resmiyet kazanmıştır. Başvurucu 13 Kasım 1993'te sözleşme yerine geçen ve bu dairenin 1/4'ü peşin, kalanı ayda 732,844 TL ödenmek üzere toplam 125,000,000 TL'ye kendisine "satıldığını" belirten noterden bir beyanname imzalamıştır.

İlk ödemenin daha sonra İstanbul Valiliğine yapıldığı, Valiliğin de bunu Büyükşehir Belediyesine gönderdiği anlaşılmaktadır. Başvurucu ilk aylık taksiti 9 Kasım 1993'te yatırmış ve 1996 Haziranına kadar ödemeye devam etmiştir. Bu arada başvurucu 23 Şubat 1995'ten önce, bu daireyi aylık 2.000.000 TL karşılığı H.Ö.'ye kiralamıştır. Yetkili makamların Ocak 1996'dan itibaren, ödenmemiş taksitleri tahsil edebilmek için icra takibine başvurmaları gerekmiştir.

Belediyeye olan borcunu ödeyen başvurucu, 24 Mart 1998 tarihinde peşin olarak 20,000 Alman Markı karşılığında dairesini E.B.'ye satmak için noterden sözleşme yapmıştır.

5. Yetkililer hakkında açılan ceza davası

İl İdare Kurulu, 15 Temmuz 1993 tarihinde başmüfettişin raporuna dayanarak, Bay Sözen ve Bay Öktem'in Türk Ceza Kanununun 230. maddesini ihlal ettikleri gerekçesiyle haklarında cezai kovuşturma yapılmasına çoğunlukla karar vermiştir.

Sözen ve Öktem, bu kararın iptali için Danıştay'a başvurmuşlardır. Danıştay 18 Ocak 1995'te başvuruyu reddetmiştir. Sonuç olarak soruşturma dosyası, 30 Mart 1995'te savcılığa gönderilmiştir. Savcı iki belediye başkanı hakkında İstanbul 4. Ağır Ceza Mahkemesinde dava açmıştır.

Ağır Ceza Mahkemesindeki yargılama 29 Mayıs 1995'te başlamıştır. Sözen duruşmada, başka şeylerin yanı sıra, kendisinin olmayan görevleri yerine getirmesinin kendisinden beklenemeyeceğini ve 1970'ten beri süregelen bir durumdan tek başına sorumlu tutulamayacağını ifade etmiştir. Sözen Türkiye'de bulunan diğer 2,000 çöplük yenileştirilmezken kendisinin Ümraniye Çöplüğünü yenileştirmediği için suçlanamayacağını; bu bağlamda Büyükşehir Belediyesinin her şeye rağmen bazı önlemler aldığını, ancak atıklar dökülmeye devam ettiği sürece çöplüğün tamamen iyileştirilemeyeceğini belirtmiştir. Sözen son olarak şöyle demiştir: "Görevi ihmal kastıyla hareket etmediğim için ve [olay ile ihmalim] arasında bir nedensellik ilişkisi bulunmadığından, görevi ihmal suçunun unsurları oluşmamıştır."

Öktem ise çöp yığınları altında kalan evlerin, Belediye Başkanı seçildiği 26 Mart 1989'daki seçimden önce yapıldığını ve o zamandan itibaren kendisinin gecekondulaşmaya izin vermediğini belirtmiştir. Öktem, İstanbul Büyükşehir Belediyesini ve İstanbul Valiliğini sorunlara karşı kayıtsız kalmakla suçlayarak, burada yasadışı konutların yapımını engellemenin Orman Müdürlüğü memurlarının görevi olduğunu ve İlçe Belediyesi olarak bu evleri yıkmak için gerekli aracı bulunmadığını savunmuştur.

Ceza Mahkemesi 4 Nisan 1996'da verdiği kararda, iki belediye başkanının savunmalarını temelsiz kabul ederek, onları iddia edildiği şekilde suçlu bulmuştur.

Ceza Mahkemesi Sözen'e ve Öktem'e Türk Ceza Kanununun 230. maddesindeki asgari hadden üç ay hapis ve 160,000 TL para cezası vermiştir. Bu mahkeme, 647 sayılı Kanunun 4(1). fıkrası gereğince hapis cezalarını para cezasına çevirmiş ve sonuç olarak para cezası 610,000 TL olmuştur. Sanıkların tekrar suç işlemeyeceklerine kanaat getiren Ceza Mahkemesi, aynı Kanunun 6. maddesine göre cezaları ertelemiştir.

İki belediye başkanı da kararı temyiz etmiştir. Belediye Başkanları, Ceza Mahkemesinin olayları değerlendirirken Ceza Kanununun 230. maddesinin dışına çıktığını ve olayı Ceza Kanununun 455. maddesindeki taksirle adam öldürme şeklinde ele aldığını ifade etmişlerdir.

Yargıtay, 10 Kasım 1997'de verdiği bir kararla Ceza Mahkemesinin kararını onamıştır.

Başvurucunun hiç bir zaman bu davadan haberdar edilmediği, ceza mahkemelerine veya idari soruşturma yapan birimlere ifade vermediği gibi herhangi bir mahkeme kararının da başvurucuya tebliğ edilmediği anlaşılmaktadır.

6. Başvurucunun açtığı idari dava

Başvurucu 3 Eylül 1993'te, maddi ve manevi tazminat için Ümraniye Belediyesine, İstanbul Büyükşehir Belediyesine, İçişleri Bakanlığına ve Çevre Bakanlığına başvurmuştur.

16 Eylül 1993 tarihli yazıyla Ümraniye Belediye Başkanlığı ve 2 Kasım 1993 tarihli yazıyla Çevre Bakanlığı başvurucunun tazminat taleplerini reddetmişlerdir. Diğer makamlar cevap vermemişlerdir.

Başvurucu daha sonra üç oğlu ve kendi adına, bu dört idari kuruluşa karşı İstanbul İdare Mahkemesinde tazminat davası açmıştır. Başvurucu bu kuruluşların hizmet kusurlarının, yakınlarının ölümüne, evinin ve evindeki eşyaların yok olmasına neden olduğundan şikayetçi olmuş ve yukarıda sözü edilen miktarların ödenmesine hükmedilmesini talep etmiştir. 4 Ocak 1994'te başvurucuya adli yardım verilmiştir.

İdare Mahkemesi 30 Kasım 1995'te kararını vermiştir. İdare Mahkemesi 18 Mayıs 1993 tarihli bilirkişi raporuna dayanarak, 28 Nisan 1993'teki kaza ile söz konusu dört kuruluşun gösterdiği ihmal arasında doğrudan bir nedensellik bağı bulunduğunu tespit etmiştir.

Buna göre mahkeme, bu kuruluşların başvurucuya ve çocuklarına 100.000.000 TL manevi ve 10.000.000 TL maddi tazminat ödemelerine hükmetmiştir (o tarihte bu meblağlar 2,077 Euro ile 208 Euro'ya karşılık gelmektedir).

Hakkaniyet esasına göre belirlenen maddi tazminat miktarı, başvurucunun elektrikli ev eşyalarına da sahip olabileceği dikkate alınmadan, sadece diğer ev eşyalarıyla sınırlı tutulmuştur. Bu noktada mahkemenin, yetkililerin "bu evlerin ne suyu ne elektriği vardı" savunmasını kabul ettiği anlaşılmaktadır. İdare Mahkemesi, başvurucunun zarardan kısmen kendisinin de sorumlu olduğu ve mağdurların ailenin geçimine katkıda bulunabilecek ücretli işleri bulunmayan küçük çocuklar ile ev hanımları oldukları gerekçesiyle başvurucunun destekten yoksun kaldığını iddia edemeyeceğini belirtmiş ve diğer tazminat taleplerini reddetmiştir. Ayrıca bu mahkemeye göre, Ümraniye Belediyesinin gecekonduyu yıkmak için herhangi bir engel bulunmadığı halde yıkma yetkisini kullanmadığı ve başvurucuya kazadan sonra devlet yardımı olarak bir ev tahsis edildiği göz önünde tutulacak olursa, başvurucu gecekondusunun yıkılması nedeniyle tazminat talebinde bulunamaz.

Mahkeme son olarak, manevi tazminata faiz uygulanmamasına karar vermiştir.

Danıştay 21 Nisan 1998'deki kararıyla temyizi başvurularını reddetmiştir.

İstanbul Büyükşehir Belediyesinin karar düzeltme talebi de olumsuz sonuçlanmış, böylece karar kesinleşmiş ve 10 Ağustos 1998'de başvurucuya tebliğ edilmiştir.

Hükmedilen tazminat henüz ödenmemiştir.

7. Gecekondu sakinleri aleyhine açılan ceza davasının sonucu

22 Aralık 2000'de yürürlüğe giren 4616 sayılı Yasa, 23 Nisan 1999'dan önce işlenmiş olan bazı suçlarla ilgili görülmekte olan davaların ertelenmesini öngörmüştür.

Adalet Bakanlığı 22 Nisan 2003'te İstanbul Cumhuriyet Savcılığına gönderdiği yazıda, gecekondu sakinleriyle ilgili devam etmekte olan cezai soruşturmayı sonuçlandırmanın mümkün olmadığını, bu kişilerle ilgili tek kararın 21 Mayıs 1993'teki bir görevsizlik kararı olduğunu ve kendileri aleyhindeki suçlamanın 28 Nisan 2003'te zamanaşımına uğrayacağını bildirmiştir.

Sonuç olarak, İstanbul Cumhuriyet Savcılığı 24 Nisan 2003'te, başvurucu dâhil olmak üzere gecekondu sakinleri aleyhine ceza davası açılmasının ertelenmesine karar vermiş, dört gün sonra da kendileri aleyhindeki cezai soruşturma zamanaşımına uğramıştır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

(...)

I. Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlali iddiası

(...)

II. Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlali iddiası

119. Başvurucu, evinin ve tüm taşınabilir mallarının kaybıyla sonuçlanan ulusal makamların kusurlarından Devletin sorumlu tutulması gerektiğini iddia etmiş ve uğradığı zarar için kendisine tazminat ödenmediğinden şikâyetçi olmuştur. (...)

120. Hükümet, bu bağlamda bir ihlal olmadığını savunmuştur.

A. Uygulanabilirlik: "sahibi olduğu şey" bulunup bulunmadığı

(...)

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

124. Mahkeme, Birinci Protokolün 1. maddesinin ilk kısmındaki "sahibi olduğu şey" (possessions) kavramının, maddi şeylere sahip olmakla sınırlı olmayan ve iç hukuktaki resmi sınıflandırmadan bağımsız, özerk bir anlamı olduğunu hatırlatır. Burada incelenmesi gereken husus, olayın içinde bulunduğu şartlar bir bütün olarak ele alındığında, başvurucuya bu maddeyle korunan ayni bir hak verip vermediğidir (*Zwierzynski, §63*). Buna göre, maddi şeylerin yanı sıra, bir değer oluşturan belirli bazı haklar ve menfaatler de bu hüküm bakımından "mülkiyet hakkı" ve Bu nedenle "sahibi olduğu şey" olarak görülebilir (*latridis [BD], §54; Beyeler, [BD], §100*). "Sahibi olduğu şey" kavramı, "mevcut şeyler" ile sınırlı olmayıp, başvurucunun mülkiyet hakkından fiilen yararlanabilmek için en azından makul ve "meşru beklentisi" bulunduğunu savunabileceği talepleri de içeren değerleri kapsar (*Prince Hans-Adam II of Liechtenstein, [BD], §83*).

125. Başvurucunun meskenini Türk imar mevzuatına aykırı olarak inşa ettiği ve ilgili teknik standartlara uymadığı veya işgal ettiği arazinin Hazineye ait olduğu, Mahkeme önünde tartışma konusu olmamıştır. Ancak taraflar, başvurucunun Birinci Protokolün 1. maddesi anlamında "sahibi olduğu şey"e sahibi olup olmadığı konusunda farklı düşünmektedirler.

126. İlk olarak başvurucu, meskenin üzerinde inşa edildiği ve 28 Nisan 1993'e kadar bu şekilde işgal edilen araziye ilişkin olarak, söz konusu usule göre arazinin mülkiyetini kazanması için gerekli işlemleri yapmasının önünde hiçbir bir engel bulunmadığım belirtmiştir.

Ancak Mahkeme'nin bu spekülatif savı kabul etmesi mümkün değildir. Aslında taraflar ayrıntılı bilgi sunmadığından, Hekimbaşı mahallesinin aksine (bk. yukarıda §11), Mahkeme'nin Kazım Karabekir mahallesinin gecekondu-rehabilitasyon planına dahil olup olmadığını; başvurucunun söz konusu tarihte işgal etmiş olduğu kamu arazisinin mülkiyetini kazanmak için imar mevzuatı uyarınca gerekli şekil şartlarını taşıyıp taşımadığını (bk. yukarıda §54) belirlemesi mümkün olmamıştır. Her halükarda başvurucu, hiçbir zaman bu yönde bir adım atmadığını kabul etmiştir.

Bu şartlarda Mahkeme, başvurucunun bir gün söz konusu arazinin kendisine devredileceği ümidinin, dava hakkı doğurduğu yeterince kanıtlanmış bir iddia ve Bu nedenle Mahkeme'nin içtihatları anlamında ayrı bir "sahibi olduğu şey" oluşturduğunu kabul edemez (*Kopecky, [BD], §25-26*).

127. Bunun dışında, başvurucunun meskeni konusunda ise farklı düşünceler geçerlidir.

Mahkeme'nin bu bağlamda, başvurucunun eylemlerinin Devlet makamları tarafından hoş görüldüğü sonucuna varmasını sağlayan yukarıda belirtilen gerekçelere (bk. yukarıda §105 ve 106) atıfta bulunması yeterlidir. Bu gerekçeler, Birinci Protokolün 1. maddesi bağlamında da geçerli olup, yetkililerin başvurucu ve akrabalarının meskenleri ile taşınabilir malları üzerinde mülkiyet hakları bulunduğunu de facto biçimde kabul ettikleri sonucunu desteklemektedir.

128. Bu noktada Mahkeme, ilgili makamların neredeyse beş yıldır haberdar oldukları usulsüzlükler (bk. yukarıda §122) nedeniyle başvurucu ve akrabalarının bu şekilde eleştirilmesini kabul edemez.

Tabi ki Mahkeme, imar planlarının ve bunlardan doğan tedbirlerin seçiminde ve uygulanmasında çeşitli yerel etkenleri kapsayan bir takdir yetkisinin mevcut olduğunu kabul etmektedir. Ancak mevcut olaydaki gibi bir sorunla karşılaşıldığında, yetkililer bu takdir yetkilerine dayanamazlar; çünkü bunun kendilerini zamanında, gerektiği gibi ve her şeyden öte kararlı bir şekilde hareket etme görevlerinden muaf tutması beklenemez.

Mevcut olayda durum böyle değildir; zira kaçak yapıları engellemeye yönelik mevzuatın uygulanmasında Türk toplumunda yaratılan belirsizlik nedeniyle, başvurucunun meskenine ilişkin durumun bir gecede değişebileceğini düşünmesi elbette mümkün değildir.

129. Mahkeme, başvurucunun meskeni üzerinde mülkiyet hakkının, Birinci Protokolün 1. maddesinin ilk cümlesi anlamında ayni bir hak ve Bu nedenle "sahibi olduğu şey" oluşturmaya yetecek niteliğe sahip olduğu ve yeterince tanındığı kanısındadır.

B. Uygunluk

(...)

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

133. Mahkeme, maddi ve hukuki durumun karmaşıklığının mevcut olayın Birinci Protokolün 1. maddesinin birinci fıkrasının ikinci cümlesine veya ikinci fıkrasına girmesini engellediği (*Beyeler, §98*), ayrıca başvurucunun Devlet'in eylemi nedeniyle değil ama eylemsizliği nedeniyle şikayetçi olduğunun göz önünde tutulması gerektiği görüşündedir.

Bu nedenle Mahkeme, olayı birinci fıkranın ilk cümlesindeki mülkiyetten barışçıl biçimde yararlanmayı getiren genel kuralın ışığında incelemesi gerektiği kanısındadır.

134. Bu bağlamda Mahkeme, Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından özü itibarıyla ortaya konmuş olan (*Bielectric S.r.l. – İtalya [k.k], no. 36811/97*) bir ilkeyi yeniden vurgular. Buna göre bu maddeyle korunan hakkın gerçekten ve etkili bir şekilde kullanılabilmesi, devletin sadece müdahale etmekten kaçınmasına bağlanamaz, ama özellikle başvurucunun yetkililerden meşru beklentisinin olduğu tedbirler ile sahibi olduğu şeyden etkili bir biçimde yararlanabilmesi arasında doğrudan bir bağ bulunduğu durumlarda, pozitif koruma tedbirleri alınmasını da gerektirebilir.

135. Mevcut olayda devlete isnat olunabilecek ağır kusur ile can kayıpları arasında kurulan nedensellik bağı, hiç kuşkusuz başvurucunun evinin yıkılması için de geçerlidir. Mahkeme'ye göre ortaya çıkan sonuç bir "müdahale" değil, ama pozitif yükümlülüğün ihlalini oluşturmaktadır; çünkü kamu görevlileri ve makamları başvurucunun mülkiyet hakkını korumak için yetkileri içinde bulunan her şeyi yapmamışlardır.

Türk yetkililerinin insani sebeplerle başvurucunun evini yıkmaktan kaçındıkları için eleştirilemeyeceklerini ileri süren (bk. yukarıda §80 ve 131) Hükümetin iddiasının, Birinci Protokolün 1. maddesinin ikinci fıkrasında belirtilen "meşru amaç" konusuna yönelik bir iddia olduğu anlaşılmaktadır.

136. Ne var ki Mahkeme bu savı kabul edememekte ve Sözleşme'nin 2. maddesinin ihlal edildiği iddialarına ilişkin olarak gösterilen gerekçelerin aynısıyla (bk. yukarıda §106 ve 108) Birinci Protokolün 1. maddesindeki pozitif yükümlülüğün, ulusal makamların başvurucunun evinin yıkılmasını önlemek için yukarıda belirtilen tedbirleri almasını gerektirdiği sonucuna varmaktadır.

137. Bu tedbirlerin alınmadığı açık olduğuna göre Mahkeme'nin, Hükümetin başvurucuya önemli miktarda maddi tazminat ödendiği ve çok uygun şartlarla konut tahsis ettiği için, başvurucunun mülkiyet hakkından barışçıl bir biçimde yararlanma hakkının ihlal edildiğini öne süremeyeceğine dair görüşüne yanıt vermesi gerekmektedir.

Mahkeme bu görüşe katılmamaktadır. Söz konusu konutun uygun şartlarla satılmasının, mevcut olayda belirlenen ihmalin sonuçlarını kısmen giderdiği kabul edilse bile, bunun başvurucunun uğradığı zarar için yeterli bir tazminat oluşturduğunu düşünmek mümkün değildir. Bu nedenle, özellikle satış senedinde ve dosyadaki diğer belgelerde başvurucunun mülkiyetinden barışçıl bir biçimde yararlanma hakkının ihlal edildiğinin

yetkili makamlar tarafından kabul edildiğini gösteren bir şey bulunmadığından, sağlanan bu avantajlar başvurucunun "mağdur"luk statüsünü ortadan kaldırmamıştır (*Amuur, §36; Dalban, [BD], §44*).

Maddi zarara karşılık verilen tazminatla ilgili olarak, nihai karar verilmiş olmasına rağmen bu miktarın hala ödenmemiş olduğunu (bk. yukarıda §42) belirtmek yeterlidir; bu durumu, Birinci Protokolün 1. maddesi ile korunduğu kabul edilen bir kararın uygulanması hakkına yapılan bir müdahaleden başka bir şey olarak görmek mümkün değildir (*Antonakopoulos, Vortsela ve Antonakopoulou, §31*).

Ancak Mahkeme, Sözleşme'nin 13. maddesi uyarınca yaptığı değerlendirme göz önünde tutulduğunda, bu konuyu re'sen incelemesinin gerekli olmadığı kanısındadır.

138. Bu nedenle mevcut olayda Birinci Protokolün 1. maddesi ihlal edilmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

(...)

İkiye karşı on beş oyla, Birinci Protokolün l. maddesinin ihlaline;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

Sözleşme madde 45 §2 ve Mahkeme İç Tüzüğü 74 §2 uyarınca aşağıdaki görüşler karara eklenmiştir:

(a) Yargıç Türmen'in kısmi muhalefet şerhi;

(b) Yargıç Mularoni'nin kısmi muhalefet şerhi.

09.01.2007 34478/97 FENER RUM ERKEK LİSESİ VAKFI - TÜRKİYE

♦ *tapu iptali—azınlık vakıflarına taşınmaz edinme yasağı—mülkiyetin kaybı* (başvurucu vakfın taşınmazları kazanmasından 38 ve 44 yıl sonra tapularının iptalinin mülkiyet hakkına bir müdahale oluşturması, 2762 sayılı Yasanın 1936 beyannamesinde yer alanlar dışında taşınmaz mal edinmelerini yasaklayan bir hüküm içermemesi, başvurucu vakfın kazanımlarını valiliğin verdiği belgeyle ve tapuya tescille geçerli kılınmış olması, başvurucu vakfın taşınmazları hukuka uygun olarak kazanmasından yıllar sonra kabul edilmiş bir içtihadı uygulayarak taşınmaz tescilinin iptalinin başvurucu vakıf tarafından önceden görülemeyen bir müdahale oluşturması, başvurucu vakıf 38 ve 44 yıl meşru hak sahibi olarak taşınmazlardan yararlandığı ve vergisini ödediği halde sahibi olduğu şeyden yararlanma hakkına müdahalenin hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmaması) ■ mülkiyet hakkı—hukukilik

DAVANIN ESASI

Başvurucu Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı, Osmanlı İmparatorluğu döneminde Fener'deki Rum Lisesinde eğitime kolaylık sağlamak amacıyla Türk hukukuna göre kurulmuş bir vakıftır. Vakfın kuruluş senedi, dini azınlıklar için kamu hizmetlerinde bulunan vakıfların korunmasını da sağlayan 1923 tarihli Lozan Andlaşlamasına uygundur. Vakıf, Osmanlı İmparatorluğu zamanında kurulan vakıflardandır. Cumhuriyetin ilanından sonra kendisine tüzel kişilik de kazandıran 13 Haziran 1935 tarih ve 2762 sayılı Kanunla tüzüğü yeniden düzenlenmiştir.

2762 sayılı Vakıflar Kanunu, Osmanlı'dan intikal eden vakıfların taşınmaz mallarını tapuya tescil ettirme yükümlülüğü getirmemiştir. Ancak bu Yasanın geçici maddesi, bu vakıfların üç ay içinde, idare ettikleri vakfiyelerin niteliklerini, gelir kaynaklarını ve bunların

sarf ve tahsis yerlerini gösterir bir 'beyanname' vermelerini zorunlu kılmıştır. Başvurucu Vakıf buna göre bir beyanname sunmuştur.

Başvurucu vakıf daha sonra 1952 yılında İstanbul'daki bir binanın bir kısmını bağış olarak kabul etmiş ve 1958 yılında bir bina satın almıştır. Başvurucu vakıf bu işlemler için o tarihte yürürlükteki hükümlere göre Valilikten izin almış ve taşınmazları kendisi adına tapuya tescil edilmiştir. İstanbul Valiliğinin 3 Ekim 1952 tarihinde verdiği bir belge şöyledir:

"Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı, vakıflara ilişkin yasaya göre taşınmaz mal edinme ehliyeti olan bir tüzel kişidir. (...) tarafından oluşan yönetim kurulunca yönetilmektedir. Bu belge, Beyoğlu tapu sicil müdürlüğünün 3 Ekim 1952 tarihli talebinin ardından, (...) yer alan ilgili taşınmazın 29 Aralık 1934 tarih ve 2644 sayılı Tapu Sicil Kanununun 2. maddesine göre devri için verilmiştir." Ardından söz konusu taşınmaz tapu siciline kaydedilmiştir. Başvurucu taşınmazla ilgili vergi ve harçları ödemiştir.

Başvurucu aynı şekilde 16 Aralık 1958'de satın alma yoluyla başka bir taşınmazın bir kısmının mülkiyetini kazanmıştır. 15 Kasım 1958'de İstanbul Valiliği, tapu sicil kanununun 2. maddesinin aradığı ve "Fener Rum Erkek Lisesi Vakfının, vakıflar kanununa göre taşınmaz mal edinme ehliyeti olan bir vakıf" olduğunu belirten bir belge vermiştir. Böylece başvurucu tapu siciline malik olarak kaydedilmiş ve taşınmazla ilgili harç ve vergileri ödemiştir.

Yargıtay, 8 Mayıs 1974 tarihli bir içtihadında, 1936 yılında verilen beyannamelerin, vakıfların hukuki statülerini belirleyen vakıf senedi olduklarını belirtmiştir. Buna göre bu vakıflar, beyannamelerde aksine açık bir düzenleme bulunmaması halinde, beyannamede yer alanların dışında taşınmaz mal edinemeyeceklerdir. Yargıtay'a göre vakıf niteliğini kazanan cemaatlere ait kuruluşların vakıfnameleri bulunmadığı için, bunların süresinde verdikleri beyannamelerin vakıfname olarak kabulü zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Yine Yargıtay'a göre, nasıl ki vakıfnamede mal edinme için açıklık olmayan hallerde vakıf tüzel kişiliği mal edinemezse, beyannamelerinde bağış kabul edecekleri yolunda açıklık olmayan hayır kurumları da gerek doğrudan doğruya, gerekse vasiyet yolu ile taşınmaz iktisap edemezler.

Mevcut olayda Hazine 1992 yılında, başvurucu vakfın 1952 ve 1958 yıllarında edindiği bu taşınmazların tapularının iptali talebiyle dava açmıştır. Başvurucu, Asliye Hukuk Mahkemesinde Hazinenin 1936 tarihli beyannamesine ilişkin nitelemesine itiraz etmiştir. Özellikle, bu beyannamenin, malvarlığını ve gelirlerini kaydetmek için devlet tarafından istendiğini ve kurucu işlem olarak kabul edilemeyeceğini ileri sürmüştür. Tapu Sicil Kanununa göre de bu vakıfların taşınmaz mal edinme ehliyetlerinin olduğunu iddia etmiştir.

İstanbul Asliye Hukuk Mahkemesi 7 Mart 1996 tarihide verdiği kararı, kendisine sunulan bir bilirkişi raporuna dayandırmıştır. Bu rapora göre yukarıda sözü edilen Yargıtay'ın 8 Mayıs 1974 tarihli kararı gereğince, üyelerini Lozan Antlaşmasında tanımlanan dinsel azınlıkların oluşturduğu ve kuruluş senedlerinde taşınmaz mal edinme yetkileri bulunmayan vakıflar, sonradan taşınmaz mal edinemezler ve bağış kabul edemezler. Asliye Hukuk Mahkemesi, başvurucunun tapularının iptaline ve bu taşınmazların eski malikleri adına tapuya tesciline aşağıdaki gerekçeyle karar vermiştir:

"Hazinenin beyanında olduğu gibi, davalı vakıf 1936 tarihli beyannamesinde, 2762 sayılı kanun hükümlerine aykırı olarak, satın alma veya bağışla kazandığı uyuşmazlık konusu taşınmazları belirtmemiştir. Bu nedenle, bilirkişi raporunda da belirtildiği gibi, bu kazanımlar kanuni temelden yoksun olup, sonuç olarak tescillerinin iptaliyle eski maliklerinin adına tescil edilmelidirler."

Başvurucu, 17 Nisan 1996'da temyize başvurmuştur. Özellikle, 1. Protokolün 1. maddesinde yer alan, mülkiyet hakkına saygı gösterilmesini istemiştir. Temyiz talebi 11 Haziran 1996'da reddedilmiştir. 9 Aralık 1996'da Temyiz Mahkemesi başvurucunun karar düzeltme talebini reddetmiştir.

16 Ekim 2000'de başvurucu, Vakıflar Genel Müdürlüğünden ("Müdürlük") tüzüğünün değiştirilmesini talep etmiştir. Taşınmaz mal edinme hakkını veren yeni bir vakıf senedi düzenlenmesini istemiştir. Talep 20 Ekim 2000'de reddedilmiştir. Kararın gerekçesinde, Yargıtay Hukuk Genel Kurulunu 8 Mayıs 1974 tarihli kararına atıfta bulunarak, 1936'da teslim edilen azınlık vakıfları beyannamelerin bu kurumların vakıf senedi yerine geçtiğini ve kamu düzeninden kaynaklanan nedenlerle değiştirilmelerinin söz konusu olmadığı belirtilmiştir.Hükümet, tapu iptallerinin ancak 2002'de gerçekleştiğini söylemiştir.

İç hukuk: Osmanlı İmparatorluğu hukuk sisteminde 1912 yılına kadar vakıflar tüzel kişilik olarak kabul edilmemişlerdir. Tüzel kişilikleri olmadığından, taşınmazlarını ölmüş aziz kişiler veya güvendikleri yaşayan kişiler üzerine kaydettirmişlerdir. Hicri 16 Şubat 1328 (1912) tarihli yasa vakıflara tüzel kişilik tanımış ve mülk sahibi olabilmelerini sağlamıştır. Bu yasaya göre vakıflar taşınmaz mallarını tapu siciline kaydettirmişlerdi.

1923'te cumhuriyetin ilanından sonra Medeni Kanun ve onun yürürlük ve uygulama şekli hakkındaki 864 sayılı kanun 4 Ekim 1926' da yürürlüğe girmiştir.

Yargıtay, 8 Mayıs 1974 tarihli bir kararında, 1936 yılında verilen beyannamelerin, vakıfların hukuki statülerini belirleyen vakıf senedi olduklarına karar vermiştir. Beyannamelerde aksine açık bir düzenleme olmaması halinde, beyannamede yer alanların dışında taşınmaz mal edinemeyeceklerini belirtmiştir. Yargıtay, bu tür vakıfların beyannamelerinde yer alanların dışında taşınmaz mal edinmelerini milli güvenliği tehdit olarak görmüştür. Yargıtay kararında bunu şöyle ifade etmiştir:

"Türk olmayanların meydana getirdikleri tüzel kişiliklerin taşınmaz mal edinmeleri yasaklanmıştır (...). Bunların taşınmaz mal edinmelerinin kısıtlanmamış olması halinde, Devletin çeşitli tehlikelerle karşılaşacağı ve türlü sakıncalar doğabileceği açıktır.

Vakıflar Kanununun 1. maddesinin son fıkrasında, cemaatlerin ve esnafa ait vakıfların kendileri tarafından seçilen kişi veya kurullarca yönetileceği öngörülmüş, böylece bunlar, tüzel kişiliklerine dokunulmamak üzere bir statüye bağlanmıştır. Vakıflar Kanununun 44. maddesinde, (16 Şubat 1328 tarihli Kanunun yayınlanmasından sonra tapuya verilmiş defterleri ve buna benzer belgelerle anlaşılacak olan yerlerin vakıflar kütüğüne geçeceği hükmü yer almıştır. Bu suretle, vakıf niteliği kazanan cemaatlere ait hayri, ilmi, bedii amaçlar güden kuruluşların düzenlenmiş vakıfnameleri bulunmadığı için az önce belirtilen 44. madde gereğince bunların süresinde verdikleri beyannamelerinin (vakıfname) olarak kabulü zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Nasıl ki, vakıfname de mal edinme için açıklık olmayan hallerde vakıf tüzel kişiliği mal edinemezse; beyannamelerinde bağış kabul edecekleri yolunda açıklık olmayan hayır kurumları da gerek doğrudan doğruya, gerekse vasiyet yolu ile taşınmaz iktisap edemezler (...)".

Daha sonra, 2002 yılında vakıfların statüsüne ilişkin mevzuatta değişiklik yapılmıştır. 9 Ağustos 2002 tarih ve 4771 sayılı kanunun 4. maddesine göre:

"A) 05/06/1935 tarihli ve 2762 sayılı Vakıflar Kanununun 1 inci maddesinin sonuna aşağıdaki fıkralar eklenmiştir.

"Cemaat vakıfları, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, Bakanlar Kurulunun izniyle dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere taşınmaz mal edinebilirler ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabilirler.

Bu vakıfların dini, hayri, sosyal, eğitsel, sıhhi ve kültürel alanlardaki ihtiyaçlarını karşılamak üzere, her ne suretle olursa olsun, tasarrufları altında bulunduğu, vergi kayıtları, kira sözleşmeleri ve diğer belgelerle belirlenen taşınmaz mallar, bu Kanunun yürürlüğe girdiği tarihten itibaren altı ay içinde başvurulması halinde vakıf adına tescil olunur. Cemaat vakıfları adına bağışlanan veya vasiyet olunan taşınmaz mallar da bu madde hükümlerine tabidir."

Öte yandan, 2 Ocak 2003 tarih ve 4778 sayılı yasanın 3. maddesi, Cemaat vakıflarının, vakfiyeleri olup olmadığına bakılmaksızın, taşınmaz mal edinebileceklerini ve taşınmaz malları üzerinde tasarrufta bulunabileceklerini öngörmektedir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

(...)

II. Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği iddiası

35. Başvurucu, vakıflara ilişkin mevzuatın ve bunun mahkemeler tarafından yorumlanışının Birinci Protokolün 1. maddesiyle güvence altına alınan mülkiyet hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

A. Tarafların görüşleri

(...)

B. Mahkemenin değerlendirmesi

44. Mahkeme, başvurucunun Birinci Protokolün 1. maddesine göre korunmaya değer bir malvarlığı bulunup bulunmadığı konusunda tarafların farklı görüşleri bulunduğunu kaydetmiştir. Mahkeme'ye göre ilk önce, taşınmaz mal iktisapları iptal edildiğine göre, başvurucunun içinde bulunduğu hukuki durumunun tespiti için, satın alma ve bağış yoluyla iktisap ettiği taşınmazların Birinci Protokolün 1. maddesindeki mallardan olup olmadığının tespiti gerekir.

1. Bir müdahalenin varlığı

45. Mahkeme Birinci Protokolün 1. maddesi devlete, mülkiyet hakkının kullanılmasına kamu makamları tarafından sadece keyfi müdahalede bulunmama değil, ama aynı zamanda bu hakkın etkili bir biçimde kullanımı için devlete pozitif yükümlülükler de yükleyebileceğini kabul etmiştir (*Broniowski, §143*).

Bu maddenin ihlal edildiğinin iddia edildiği davalarda Mahkeme, devletin eylemi veya ihmali nedeniyle, toplumun genel yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması arasında bir denge kurulup kurulmadığını ve kişinin ağır ve orantısız külfet yüklenmek zorunda kalıp kalmadığını belirlemek zorundadır (*Sporrong ve Lönnroth, §69*).

46. Mahkeme, devletin eyleminin Birinci Protokolünün 1. maddesine uygunluğunu değerlendirirken, Sözleşme'nin amacının hakları "pratik ve etkili" bir şekilde korumak olduğunu göz önünde tutarak, somut olayda yer alan tüm menfaatleri bütünsel bir değerlendirmeye tabi tutar. Mahkeme, görünenin ötesine geçerek uyuşmazlık konusunun gerçekliğini araştırmalıdır. Gerçekten de, genel bir yararın söz konusu olduğu olaylarda yetkilerin zamanında, doğru bir şekilde ve tutarlılık içinde kullanılmaları gerekir (*Vasilescu, §51*).

47. Mahkeme, başvurucunun 1952 ve 1958 yıllarında tapu senediyle maliki olduğu taşınmazlardan Yargıtay tarafından tapuların 17 Nisan 1996 tarihinde kesin olarak iptal edilinceye kadar yararlandığını, vergi ve harçlarını ödediğini kaydetmiştir.

48. O halde başvurucu, bu taşınmazları edinmesinden 44 ve 38 yıl sonra, 17 Nisan 1996 tarihli Yargıtay kararıyla, sahibi olduğu şeylerden yoksun bırakılmıştır.

49. Başvurucunun tapusunun iptaline ilişkin yargı kararı, Birinci Protokolün 1. maddesinin birinci cümlesindeki "yoksun bırakma" anlamında, ilgilinin sahibi olduğu şeye bir müdahale oluşturmuştur (*Brumarescu [BD], §77; Zich ve Diğerleri, §67*). Öte yandan, bu kesinleşmiş kararın 2002'de yerine getirilmiş olması durumu değiştirmemektedir. Bu husus aslında, müdahale nedeniyle doğmuş olan zararın incelenmesi sırasında dikkate alınacak bir unsurdur (bk. aşağıda §76).

2. Hukukilik ilkesine saygı

50. Birinci Protokolün 1. maddesi, her şeyden önce ve en önemlisi, kişinin sahibi olduğu şeyden yararlanma hakkına kamu makamlarının müdahalesinin hukuki olmasını gerektirmektedir. Demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü, Sözleşme maddelerinin tümünün içkindir (*Iatridis [BD], §58*). Mahkeme'ye göre hukukilik, iç hukuk kurallarının ulaşılabilir, açık ve sonuçlarının önceden görülebilir olmasını ifade eder (*Hentrich, §19, 20 ve 42; Lithgow ve Diğerleri, §110; La Rosa ve Alba* (*no 1*)*, §76*).

51. Daha önce de birçok kez belirttiği gibi Mahkeme, içtihat niteliğinde bir ilkenin hukuki temeli bulunması ve ulaşılabilirlik ve açıklık ve önceden görülebilirlik ölçütlerini karşılaması halinde, bu hukukun Kara Avrupası hukuk sistemindeki mevzuat hükümlerine benzer olup olmadığını soyut olarak incelemeyi gerekli bulmamaktadır. Mahkeme her zaman, böyle bir hukuki temelin varlığının hukukilik ilkesini karşılamaya yeterli olmadığı ve hukukilik niteliği sorununun üzerinde durmak gerektiği kanısını taşımaktadır (*La Rosa ve Alba* (*no 1*)*, §77*).

52. Kuşku yok ki, Birinci Protokolün 1. maddesi, mülk edinme hakkını güvence altına almamıştır (*Jantner, §34*). Sözleşmeci Devletlerin, tüzel kişilerin ve bu arada vakıfların taşınmaz mal edinmelerine ilişkin rejimi düzenleme konusunda geniş bir takdir alanına sahip oldukları konusunda da kuşku yoktur. Böylece devletler, vakıfların açıkladıkları amaçları gerçekleştirebilmelerini, kamu düzenini ve üyelerinin çıkarlarını korumayı gözetmek bakımından, kamu yararına uygun olarak gerekli önlemleri alabilirler.

53. Mahkeme, Beyoğlu Asliye Hukuk Mahkemesi 7 Mart 1996 tarihli kararını, vakfiyelerinde taşınmaz mal iktisap edebilecekleri yazılı olamayan dinsel azınlık vakıflarının taşınmaz iktisap edemeyeceklerini belirten 1974 tarihli içtihattan söz eden bir bilirkişi raporuna dayandırdıklarını kaydetmiştir.

54. Ne var ki Mahkeme'ye göre 2762 sayılı Kanun, söz konusu vakıfların 1936 beyannamesinden yer alan taşınmazlardan başka bir taşınmaz iktisap edemeyeceklerine dair bir hüküm yoktur. Ne 1952'de ne de 1958'de söz konusu malların edinimi sırasında bir kamu makamı bu işlemlere karşı çıkmamış, bu kısıtlamaya Yargıtay'ın 2762 sayılı kanunun 1974'teki yargısal yorumu neden olmuştur.

55. Dahası, başvurucu vakıf taşınmaz iktisabı, Valilikten verilen belge ve tapu sicili ile geçerli hale gelmiştir. 22 Aralık 1934 tarih ve 2644 sayılı Tapu kanununa göre verilen bu belge açıkça, başvurucunun tüzel kişi olarak taşınmaz mal edinmeye ehliyetli olduğunu belirtmektedir. 16 Aralık 1958'deki satın alma yoluyla edinimde de aynı durum söz konusudur. Bu taşınmazlara ilişkin müşterek malik sıfatı bu şekilde tapuya tescil edilmiştir.

56. Mahkeme, 1952 ve 1958'deki edinimler sırasında başvurucunun o dönemdeki Türk hukukuna göre bu işlemlerin hukuka uygun olduğuna inandığı konusunda şüphe duymamaktadır. Öte yandan, başvurucunun taşınmaz mal edinebilme ehliyeti konusunda, 1974 içtihadının kabulüne kadar "hukuk güvenliği" de bulunmaktadır.

57. Mahkeme'ye göre sonuç olarak, bu taşınmaz malların iktisabından 16 ve 22 yıl sonra kabul edilen bir içtihatla, söz konusu taşınmazlara ilişkin tescillerin iptal edilmesi, başvurucu bakımından öngörülebilir bir durum değildir. Gerçekten de başvurucu, taşınmaz mal edinme ehliyeti konusunda sessiz kalan yürürlükteki hukuk metinlerinin yeniden yorumuyla varılan içtihatla, yıllar önce edindiği malik sıfatının iptal edilebileceğini haklı olarak öngöremeyecektir. Üstelik idare, edinimlerini geçerli kılan bir belge vererek, başvurucunun bu konudaki ehliyetinin varlığını da kabul etmiştir. Taşınmazların bu şekilde tapuya tescilinden 38 ve 44 yıl boyunca başvurucu taşınmazların kanuni maliki olarak bunlardan faydalanabilmiş ve harç ve vergilerini de ödemiştir.

58. Mahkeme Türk hukuk sisteminin yakın zamanda geçirdiği değişimi ve cemaat vakıflarına taşınmaz mal edinme ehliyetini tanıdığını kaydetmiştir. Bununla birlikte bu değişimden başvurucunun faydalanamadığını da saptamıştır.

59. Bu görüşler ışığında Mahkeme, uyuşmazlık konusu müdahalenin hukukilik ilkesiyle bağdaşmadığı ve başvurucunun sahibi olduğu şeylerden barışçıl bir biçimde yararlanma hakkının ihlal edildiği kanaatindedir.

60. O halde, olayda 1. Protokolün 1. maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

IV. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması

(...)

Zarar

64. Başvurucu, 1996'da malik sıfatının iptalinden ve bu tarihten itibaren taşınmazlardan yararlanamaması nedeniyle doğan zararlarının tazminini talep etmiştir.

65. Taşınmazların değeri olan ve 1996'daki değer değişim oranını uygulayarak 65,695,000,000 Türk Lirası veya 840,420 Amerikan Doları istemiştir. Bu miktarı, 19 Ağustos 2004'te Vakıf Gayrimenkul Ekspertiz ve Değerlendirme tarafından hazırlanmış ve taşınmazların 1996'da 65,695,000,000 TL olduğunu belirten rapora dayanarak istemiştir.

66. Başvurucu ayrıca iki uzman raporu daha sunmuştur. 19 Ağustos 2004'te İstanbul Emlakçılar Odasınca hazırlanan bir rapora göre taşınmazların 1996'daki değeri 750,000 ABD dolarıdır. 20 Ağustos 2004 tarihinde İstanbul Ticaret Odasınca hazırlanan son uzman raporuna göre ise söz konusu taşınmazların değeri 787,500 ABD dolarıdır.

67. Başvurucu, mallarından 1996 yılından itibaren yararlanamaması nedeniyle doğan zararının karşılığı olarak ise 924 232 ABD doları talep etmiştir. Bu miktarı da, (ilk uzman raporuna göre tahmin edilen değer olan bk. yukarıda §66) 840,420 ABD dolarına Mayıs 1996-Ağustos 2005 arasında Türkiye'de ABD dolarına uygulanan faiz oranıyla güncelleştirerek elde etmiştir.

68. Başvurucu ayrıca İstanbul Göztepe'de bulunan ve adına olan araziye ilişkin tescilin iptali iddiasıyla buna ilişkin zararının da giderilmesini istemiştir.

69. Hükümet bu iddiaları reddetmiştir. Göztepe'de bulunan araziyle ilgili olarak ise, başvurunun sadece Beyoğlu'ndaki taşınmazların mülkiyetiyle ilgili olduğunu açıklamıştır.

70. Öte yandan Hükümet, söz konusu taşınmazların değerinin başvurucunun belirlediği uzmanlarca saptanmasına itiraz etmektedir. Ayrıca 7 Mart 1996'da verilen mahkeme hükmünün 2002'de infaz edildiğini ve bu tarihe kadar başvurucunun malik sıfatının tapuda yazılı kaldığını, Bu nedenle başvurucunun bunlardan tamamen yararlandığını da

belirtmiştir. Öte yandan, başvurucunun sunduğu belgeler ilgilinin bu yerlerin kirasını bu tarihe kadar aldığını göstermektedir.

71. Göztepe'de bulunan ve başvurucu adına olan tescilinin iptal edildiği araziye gelince, Mahkeme, başvurucunun dilekçesinde sadece Beyoğlu'nda bulunan taşınmazların tescillerinin iptalini şikâyet etmiştir. Sonuç olarak Mahkeme bu talebi reddetmiştir.

72. Beyoğlu'ndaki taşınmazların mülkiyetine gelince, Mahkeme, ihlalin tespitinin davalı devleti, ihlale son verme ve ihlalin sonuçlarını mümkün olduğunca eski hale getirecek şekilde ortadan kaldırmaya yönelttiğini hatırlatır (*Iatridis* (*adil karşılık*) *[BD], §32*).

73. Bir davada taraf olan Sözleşmeci Devletler, ilke olarak ihlalin tespitine ilişkin bir karara uymak için kullanacakları araçları seçmekte serbesttirler. Bir hükmün infazındaki çeşitliliğe ilişkin takdir yetkisini seçme özgürlüğü, Sözleşme'nin taraf Devletlere yüklediği birincil yükümlülük olan, güvence altına alınan hak ve özgürlüklere saygı (1. madde) gösterilmesi yükümlülüğüyle uyumludur. İhlalin niteliği eski hale iadeye imkân veriyorsa, davalı devlete düşen, bunu gerçekleştirmektir; Mahkeme'nin bunu kendinin yerine getirmeye ne fiilen imkânı ne de yetkisi vardır. Buna karşılık iç hukuk ihlalin sonuçlarını kısmen veya tamamen ortadan kaldırmaya elvermiyorsa, 41. madde Mahkeme'ye, gerektiği takdirde zarar gören tarafa orantılı bir tazminat verme yetkisi vermektedir (*Brumarescu* (*adil karşılık*) *[BD], §20*).

74. Mahkeme olayın özelliklerine göre, uyuşmazlık konusu taşınmazların yeniden başvurucu adına tapuya kaydı, başvuranı mümkün olduğunca 1. Protokolün 1. maddesinin gerekliliklerinin ihlal edilmiş olmaması halindeki durumuna eşdeğer konuma sokacağını kabul etmektedir. Bu kararın kesinleştiği günden itibaren üç ay içinde davalı devletin yeniden tescil işlemine başlamaması halinde Mahkeme, taşınmazların bugünkü değerine eşdeğer miktarın maddi tazminat olarak taraf devletçe başvurana ödenmesine karar vermiştir.

Söz konusu mallardan faydalanamama nedeniyle doğan zarara gelince, Mahkeme, Hükümetin, söz konusu mülkiyetlerin ancak 2002'de Hazine'ye devredildiği iddiasını dikkate almıştır. Üstelik başvurucunun sunduğu belgeler sadece varsayımsal hesaplamalardır ve söz konusu mallardan faydalanamama nedeniyle yoksun kalınan kazancın kesin miktarını göstermemektedirler.

75. elindeki tüm unsurları hesaba katarak, Mahkeme, mülkiyetlerin yeniden tescil edilmemesi halinde, mülkiyet tescillerinin iptalinden ve 2002 yılından sonra malların gerçekten kullanılamamasından doğan maddi zarar için Devletin başvurana 890 000 Euro ödemesine karar vermiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine;

(...)

a) Davalı devlet tarafından, Sözleşme'nin 44(2). fıkrası uyarınca bu kararın kesinleştiği tarihten itibaren 3 ay içinde, uyuşmazlık konusu taşınmazların tapu sicilinde başvurucu adına tesciline;

b) Bu tescilin yapılmaması halinde, davalı devletin aynı üç aylık sürede başvurucuya maddi tazminat olarak 890,000 Euro ve mahkeme masraf ve harcamaları olarak 20,000 Euro ve bu miktarlara uygulanabilecek her türlü vergiyi ödemesine;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

15.01.2008 6489/03 KARAMAN - TÜRKİYE

♦ *taşınmazı iade etmeme* (başvurucunun hastane yapılması için beldiyeye devrettiği taşınmazın sadece bir kısmının kamu yararı amacıyla kullanılmış olması, başvurucunun bağışlama amacı dışında kullanıldığı iddiasıyla taşınmazı iade davasının reddedilmesi, Yargıtay'ın, bunların kamu yararına yönelik bir amaca tahsis edilip edilmemiş olduklarına bakılmaksızın eski maliklerin mülklerini idareye devretmiş olmaları nedeniyle hak iddia edemeyecekleri konusundaki yorumunun kamunun genel yararı ile bireysel haklar ve özgürlükler arasındaki adil dengeyi bozması) ■ mülkiyet hakkı—hukukilik—kamu yararı—adil denge

DAVANIN ESASI

1939 ve 1949 yıllarında doğmuş olan başvurucular İstanbul'da ikamet etmektedir.

26 Ağustos 2007 tarihinde başvurucuların İstanbul Sultan Çiftliğinde 13,625 metre karelik arazilerinin kadastro çalışmaları gerçekleştirilmiştir. Başvurucular, noterden yaptıkları bir işlemle bu arazinin 2,335.89 metre karelik bir bölümünü imar planına uygun olarak yol yapımı için devretmişlerdir. Bunun yanında 3,165 metre karelik bir parseli de bir sağlık kuruluşu yapılması amacıyla Sultan Çiftliği Belediyesi'ne devretmişlerdir.

Belediye, sağlık kuruluşu yapımı amacıyla devredilen parseli üçe bölmüştür. 2,037 metre karelik ilk bölümü üçüncü bir kişiye satılmış, 127 metrekarelik ikinci bölümü Tapu Kütüğünde Belediye adına tescil edilmiş, 1,000 metre karelik üçüncü bölümü de sağlık kuruluşu inşası için hazineye devredilmiştir.

Başvurucular 6 Eylül 1999 tarihinde, Borçlar Kanunu'nun 244. maddesinin 3. fıkrasına dayanarak Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesi'ne başvurmuşlardır. Başvurucular, üçüncü kişilere satılan kısım için tazminat talep etmişler, ayrıca belediye adına tescil edilen kısmın kendilerine iadesine karar verilmesini istemişlerdir. Başvurucular, özellikle bu sonuncusunun söz konusu taşınmazın devir şartlarına uymadığını ileri sürmüşlerdir.

Asliye Hukuk Mahkemesi, 29 Haziran 2000 tarihli bir kararla davacının davasının tamamen kabulüne karar vermiştir. Asliye Mahkemesi, taşınmazın bir bölümünün üçüncü kişilere satışı ile diğer bölümünün belediye adına tescilinin, bu malları idareye devreden davacı tarafından belirlenen şartlara uygun olduğunun kabul edilemeyeceğine karar vermiştir. Asliye Mahkemesi sonuç olarak, idareyi başvuruculara arazinin birinci kısmının satışı nedeniyle faiziyle birlikte 10,187,000,000.- Türk Lirası tazminat ödemeye; arazinin ikinci kısmının devri nedeniyle Belediyenin ikinci kısım üzerindeki tapu kaydının iptaliyle bunun davacılar adına tesciline karar vermiştir.

Yargıtay, Belediyenin yaptığı temyiz başvurusu üzerine, 30 Ocak 2001 tarihinde yerel mahkeme kararının bozulmasına karar vermiştir. Yargıtay şöyle demiştir:

" (…) Kamulaştırma Kanunun 35. maddesine göre eski malikler, imar mevzuatı gereğince düzenlemeye tabi tutulan parsellerden düzenleme ortaklık payı karşılığı olarak bir defaya mahsus alınan yol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmet ve tesislerine ayrılan yerlerle ilgili olarak mülkiyet hakkı veya tazminat talebinde bulunamazlar. Bu durum, kadastrosu yapılıp malikin rızasıyla kamunun kullanımına geçmiş araziler için de geçerlidir. Olayda davaya konu ihtilafın temelinde 13,000 metrekarelik bir taşınmaz bulunmaktadır; bu taşınmaz bir düzenlemeye konu olmuş ve malikin rızasıyla davalı idareye bırakılmıştır. Bu arazinin belirli bir kısmı üzerinde bir sağlık kuruluşu inşa edilmiştir. Davacı taraf, üçüncü kişilere yapılan satış nedeniyle bir tazminat talep ettiği gibi, belediyeye ait olan diğer parselin de hazine adına tescilinin iptaline karar verilmesini talep etmektedir. Oysa terk işlemi, şartlı bir bağışlama olarak kabul edilemez."

Yargıtay 6 Temmuz 2001 tarihinde, karar düzeltme talebini reddetmiştir.

Yerel mahkeme, 30 Ekim 2001 tarihinde, Yargıtay'ın bozma kararına uyma kararı vermiş ve davacıların davasını reddetmiştir. Yerel mahkeme bu bağlamda Yargıtay'ın gerekçelerini benimsemiştir.

29 Ocak ve 11 Ekim 2002 tarihinde Yargıtay yerel mahkeme kararının onanmasına karar vermiş ve 30 Ekim 2001 tarihinde karar düzeltme talebinin reddine karar vermiştir.

İç hukuk: Borçlar Kanununun 244. maddesinin 3. fıkrasına göre, şartlı bağışlama kapsamında bağış yapan, bağış alanın haklı bir gerekçe olmaksızın bağışlamanın şartlarını yerine getirmemesi halinde, bağışlamayı geri alabilir. Bağışlayan aynı zamanda bağışlananın bu nedenle elde ettiği zenginleşmenin tahsilini de talep edebilir.

Kamulaştırma Kanununun 35. maddesine göre eski malikler, mülklerinin İmar Kanununa uygun olarak yol, yeşil alan vb. kamu yararına yönelik araçların inşası amacıyla devri nedeniyle herhangi bir hak talep edemezler. Aynı şey özel mülkiyete tabi olmakla birlikte malikin rızasıyla kamunun kullanımına geçen mallar için de geçerlidir.

Hükümet, 35. maddenin uygulamasıyla ilgili olarak bir dizi Yargıtay kararına atıf yapmaktadır. (1996/5090 K, 28 Mayıs 1996 Tarih, 2002/685 karar, 2 Nisan 2002 Tarih, 2001/3361 Karar, 11 Mart 2001 Tarih, 2000/8413 Karar, 29 Mayıs 2000 Tarih, 2005/12736 Karar, 24 Ekim 2005 Tarih.) Bu kararlarda Yargıtay, maliklerin taşınmazların iadesi talebini reddetmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

1. Birinci Protokolü'nün 1. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucular Sözleşme'nin aşağıda ilgili kısmı verilen 1 Numaralı Protokol'ün 1. maddesinin ihlal edildiğini iddia etmektedirler. Hükümet başvurucunun görüşüne karşı çıkmıştır.

A. Kabuledilebilirlik hakkında

19. Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 35. maddesinin 3. fıkrası kapsamında temelden yoksunluk niteliği arz etmediği kanaatindedir. Mahkeme, bunun yanında herhangi bir kabul edilemezlik kriterine de rastlanmadığını tespit etmektedir. Bu nedenle kararın kabuledilebilir bulunması gerekmektedir.

B. Esas Hakkında

1. Tarafların iddiaları

20. Başvurucular, kamu yararına yönelik bir eserin inşası amacıyla 3,165 metre karelik bir taşınmaz idareye devretmiş olduklarını; ancak bu taşınmazın yalnızca 1,000 metrekarelik bir kısmının bu amaçla kullanılmış olduğunu belirtmişlerdir. Bu arada Yargıtay, Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesi uyarınca, belediye adına tescilli 127 metrekarelik parselin iadesini ve 2,165 metrekarelik parselin de üçüncü kişilere satılması nedeniyle uğranılan zararlarının tazmini taleplerini reddetmiştir. Başvuruculara göre bu durum mülkiyet hakkı ile bağdaşmamaktadır.

21. Bunun yanında başvuruculara göre, bu olaya 35. maddenin uygulanması da mümkün değildir; zira kendileri ne yol yapımı amacıyla idareye devredilen 2.335,89 metrekarelik alanın ne de üzerine önceden bir bina inşa edilmiş olan 1.000 metrekarelik arazinin iadesini talep etmemektedirler. Başvurucular bu bağlamda Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesi'nin 29 Haziran 2000 tarihli kararında davalarını kabul ettiğini vurgulamaktadırlar. Başvurucular bu bağlamda Borçlar Kanunu'nun 244. maddesinin 3. fıkrasına göre,

bağışlananın haklı bir gerekçe olmaksızın şartlarını yerine getirmemesi halinde bağışlamadan dönülebileceğinin belirtmektedirler.

22. Hükümete göre başvurucular, mahkeme içtihadı bakımından ne mülkiyet hakkına ve ne de bir meşru beklentiye sahiptir. Hükümete göre bu olay iç hukukun uygulanmasından ibarettir. Bu bağlamda bu davada uygulanması gereken hukuk kuralı Medeni Kanun değil, Kamulaştırma Kanunun 35. maddesidir. Bunun sonucunda Türk Hukukuna göre kamu yararına yönelik bir tesisin inşası amacıyla idareye yapılan devirlerde herhangi bir şart ileri sürülemez ve eski malik bu mülkün devri nedeniyle mülkün iadesini ya da herhangi bir tazminini talep edemez.

23. Hükümet iddiasına dayanak olarak bir dizi Yargıtay kararı göstermekte ve yukarıdaki düzenlemenin uygulanmasına ilişkin olarak yerleşik bir içtihat bulunduğunu iddia etmektedir. Hükümet bu bağlamda, ilgili iç hukuku uygulamanın ilk olarak ulusal mercilerin görevi olduğunu hatırlatmaktadır.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

24. Mahkeme'ye göre Birinci Protokolün 1. maddesi, hem "mevcut malları" ve hem de başvurucunun en azından mülkiyet hakkından etkili bir şekilde yararlanabileceğine dair "meşru bekletisi"nin bulunduğunu iddia edebileceği talepleri de içeren "sahibi olduğu şey"leri korumaktadır. Bununla birlikte bu madde, mülk edinme hakkını güvence altına almamaktadır (*Kopecky [BD], §35*). Bir başvurucunun Birinci Protokolün 1. maddesinin korumasını gerektiren bir ayni menfaatinin olup olmadığı ile ilgili bir uyuşmazlık bulunduğu zaman, Mahkeme'nin başvurucunun hukuki durumunu tespit etmesi gerekmektedir (*Beyeler [BD*).

25. Mahkeme bu bağlamda Sözleşme organlarının, Birinci Protokolün 1. maddesi anlamında "sahibi olduğu şey'in" mevcut bir "mülkiyet"i olduğu gibi (*Van Der Mussele, §48; Malhous [k.k.]*), alacaklar dahil, başvurucunun en azından gerçekleşmesini görmek istediği "meşru beklentisi"nin bulunduğu değerleri ifade ettiği yönündeki yerleşik içtihadını hatırlatır (*Pressos Compania Naviera S.A. ve Diğerleri kararı; Ouzonis ve Diğerleri, §24*). Buna karşılık ne uzun zamandır ortadan kalkmış olan mülkiyet hakkının yeniden canlandırılması umudu ve ne de bir şartın yerine getirilmemesi nedeniyle yarıda kalmış bir hak doğumu, Birinci Protokolün 1. maddesi bakımından "sahibi olduğu şey" olarak değerlendirilemez.

26. Bu davada başvurucular, ilk olarak sahibi oldukları bir taşınmazı, kamu yararına yönelik bir eserin, yani bir sağlık kuruluşunun inşası amacıyla idareye devretmişlerdir. Bu arada idarenin bu taşınmazın yalnızca bir kısmını bu amaçla kullandığını fark etmeleri üzerine, mülkiyet haklarının kaybı nedeniyle tazminat ve mülkün kalan kısmı üzerinde tapunun kendi adlarına tescilini talep eden bir dava açmışlardır. Başvurucular, bu amaçla Borçlar Kanununun ilgili maddelerine dayanmışlardır.

27. Söz konusu davanın "halen sahibi olunan şeyler" ile ilgili olmadığını ve başvuruculların dava açtıkları sırada taşınmazlar üzerinde malik sıfatına sahip olmadıklarını kabul etmek elbette mümkündür (*krş., Gratzinger ve Gratzingerova [BD], §69*). Ancak Mahkeme, usulüne uygun olarak kamulaştırılmış olup da daha sonra kullanılmamış olan bir taşınmazla ilgili olan *Benefico Cappella Paolini – San Marino* kararında (§33), kamulaştırılmış bir taşınmazın kullanımı ile ilgili yeni bir planın yürürlüğe girmesi üzerine taşınmazın kısmen kullanılmasının, mülkiyet hakkının gerekleriyle ilgili bir sorun yarattığını kabul etmiştir. Aynı şey, Mahkeme'nin bir taşınmazın kamulaştırılması kararı ile kamulaştırmaya dayalı olarak kamu yararına ilişkin projenin uygulanması arasında önemli bir zaman diliminin bulunmasının Birinci Protokolün 1. maddesine aykırı olduğuna karar verdiği 19 Temmuz 2002 tarihli *Narbone Motais – Fransa* kararı için de geçerlidir.

28. Yukarıda anılan iki kararda da kamulaştırma işlemleri söz konusu olmasına rağmen, mevcut davada taşınmazın başvurucular tarafından idareye devredilmesi söz konusudur. Her halükarda bu devir, kamu yararına yönelik bir amacın gerçekleştirilmesi için yapıldığından, söz konusu devir işlemini düzenleyen sistem ne olursa olsun, Mahkeme'nin yukarıda anılan kararlarındaki gerekçesi burada da uygulanır (*Benefico Cappella Paolini §9; Motais de Narbonne, §9*). Mahkeme yukarıda anılan *Benefico Cappella Paolini* kararında (§33), kamu yararı amacıyla kamulaştırılan arazinin kamu yararına yönelik bir amaçla kullanılmayan kısmının sahiplerine iadesini öngören bir düzenlemenin var olmaması halinde bile, arazinin kamu yararıyla kullanılmayan kısmının mülkiyet hakkı bakımından bir sorun doğurduğuna karar vermiştir.

29. Mahkeme mevcut olayda, başvurucuların devrin yapılmasına dayanak oluşturan kamusal amaca veya başka herhangi bir kamu yararı amacına uygun olarak kullanılmayan arazinin kendilerine devri konusunda meşru bir beklenti içinde olabilecekleri kanaatindedir. Mahkeme'ye göre, bu tür bir hak, en azından bir "malvarlığı değeri" olarak görülebilir ve dolayısıyla Sözleşme'nin 1 Numaralı Protokolü'nün 1. maddesi kapsamında maliki olunan şey olarak değerlendirilebilir.

30. Mahkeme bu bağlamda, Yargıtay'ın özel hukuk kurallarının kamu yararına yönelik bir amaçla idareye devredilen mallara uygulanmayacağına karar verdiğini gözlemlemektedir. Yargıtay, Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesine dayanarak eski maliklerin iade talebinde bulunma haklarının olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme bu bağlamda, iç hukuku uygulamakla ve yorumlamakla öncelikle yükümlü olan ulusal yargı mercileri tarafından işlendiği iddia edilen maddi veya hukuki hataları, Sözleşme'yle korunan hakları veya özgürlükleri ihlal etmedikçe, bu hataları incelemekle görevli olmadığını hatırlatır (*Garcia Ruiz, §28*). Bunu göz önünde bulunduran Mahkeme, olayda uygulanabilecek olan düzenlemeyi soyut bir şekilde ele almayı gerekli görmemektedir; burada kendisine düşen görev, ilgili iç hukukun uygulanma şeklinin Sözleşme'yle bağdaşıp bağdaşmadığını denetlemektir (*mutatis mutandis, Pla ve Puncernau, §46*).

31. Başvurucuların arazilerinin bir bölümünü kamu yararına yönelik tesislerin yapılması için belediyeye devretmiş oldukları, fakat devredilen taşınmazın belirli bir bölümünün bu amaçla kullanılmamış olduğu konusunda taraflar arasında ihtilaf bulunmamaktadır. Ayrıca Üsküdar Asliye Hukuk Mahkemesi'nin Yargıtay tarafından bozulan 29 Haziran 2000 tarihli kararında vurguladığı gibi, bu mülkün kamu yararına yönelik bir amaçla kullanılmaması, davacı tarafından bağışlama için öngörülen şartın yerine getirilmemesi anlamına gelmektedir (bk. yukarıda §9).

32. Taşınmazın idareye devri sırasında öngörülen şarta aykırı olarak, taşınmazın yalnızca bir bölümünün kamu yararına yönelik bir amaca tahsis edilmiş olması, iade talebinin reddini haklı kılmaz (*Benefico Cappella Paolini, §33*). Taşınmazın iade edilmemesini haklı gösterecek başka bir kamu yararı amacı bulunduğunu ileri süremeyen idare, "yol, yeşil saha ve bunun gibi kamu hizmet ve tesislerinin yapılması için" taşınmazın idareye devrini düzenleyen Kamulaştırma Kanunun 35. maddesiyle oluşturulan bir statüden yararlanmıştır (bk. yukarıda §15).

33. Sonuç olarak Yargıtay'ın, bunların kamu yararına yönelik bir amaca tahsis edilip edilmemiş olduklarına bakılmaksızın eski maliklerin mülklerini idareye devretmiş olmaları nedeniyle hak iddia edemeyecekleri konusundaki yorumu, kamunun genel yararı ile bireysel haklar ve özgürlükler arasındaki adil dengeyi bozucu niteliktedir.

34. Yukarıdaki bilgiler ve dosyada bulunan belgeler ışığında, Kamulaştırma Kanunu'nun 35. maddesinin uygulanması, Birinci Protokolün 1. maddesi ile bağdaşmamaktadır. Bu nedenle bu madde ihlal edilmiştir.

II. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması hakkında

(...)

38. Mahkeme'ye göre bu talepler tamamen maddi nitelikteki bir zararın telafisine yöneliktir. Mahkeme olayın şartları ışığında davada henüz 41. maddenin uygulanabilecek durumda bulunmadığı kanaatindedir. Mahkeme davalı devlet ile başvurucular arasında bir uzlaşma ihtimalini göz önüne alarak, bu konuda karar vermeyi saklı tutmuştur.

MAHKEME BU GEREKÇELERLE;

1. Oyçokluğuyla, başvurunun kabuledilebilir olduğuna;
2. Bire karşı altı oyla, Birinci Protokolünün 1. maddesinin ihlal edildiğine;
3. Oybirliğiyle, Birinci Protokolün 1. maddesine ilişkin zararla ilgili olarak 41. maddenin uygulanmasına halihazırda yer olmadığına;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

08.07.2008 14340/05 FENER RUM PATRİKLİĞİ - TÜRKİYE

♦ *tapu iptali—mülkiyetin kaybı* (başvurucunun sahibi olduğu taşınmazı kullanması için bıraktığı yetimhane vakfı yönetiminin Vakıflar Genel Müdürlüğüne geçmesinin ardından, bu vakfa geçtiği iddia edilen patrikhaneye ait taşınmaz tapusunun iptali) ■ mülkiyet hakkı—hukukilik—kamu yararı

DAVANIN ESASI

İstanbul'da bulunan başvurucu Fener Rum Patrikliği (Ecumenical Patriarchate) Ortodoks kiliseleri arasında itibar önceliği, liderlik ve koordinasyon rolüne sahip bir Ortodoks Kilisesi olup, Türkiye'deki Ortodoks cemaatini bir araya getirmekte ve temsil etmektedir. Fener Rum Patrikliği Ekümenik Patrik Bartholomeos I tarafından temsil edilmektedir.

Başvurucu 06.01.1902 tarihli bir satış sözleşmesiyle, 246,650 Pound Sterling karşılığında İstanbul'da bir taşınmaz mal satın almıştır. Bu taşınmaz Büyükada'da 23,255 m2 bir alan olup, üzerinde 5 katlı bir ana ve 2 katlı bir ek bina bulunmaktadır. Devir işlemi Osmanlı hukukuna göre Sultan fermanıyla yapılmış ve Defter-i Hakani'ye kaydedilmiştir. Başvurucu 1903 yılında bu mülkün kullanımını, bir Ortodoks azınlık vakfı olan 'Büyükada Rum Erkek Yetimhanesi Vakfı'na bırakmıştır. Ayrıca tapuda bu arazi üzerindeki binadan, 'Ahşap Rum Yetimhanesi' olarak bahsedilmiştir.

Yetimhane Vakfı, 1853 yılında İstanbul'daki Ortodoks Rumlar tarafından tarafından kurulmuştur. Başlarda Yedikule'de faaliyette bulunan Vakıf, binalarının bir depremde yıkılması üzerine faaliyetlerini durdurmak zorunda kalmıştır. 13 Haziran 1935 tarihinde yürürlüğe giren 2762 sayılı Vakıflar Kanunu gereğince, Yetimhanenin tüzel kişiliği resmen tanınmıştır. Bu yasanın Geçici 1. maddesine gereğince verilen Beyannamede, uyuşmazlık konusu taşınmaza yer verilmiştir. Bu Beyannameye göre vakıf, söz konusu 'Rum Erkek Yetimhanesini' yönetmektedir.

1964 yılında Türk idari makamlar, Yetimhanede yangın riski gibi güvenlik nedenleriyle, söz konusu taşınmazın tahliye edilmesini istemişlerdir. Başvurucu Fener Rum Patrikliği, aynı yıl taşınmazın zilyedliğini ve yönetimini tekrar ele aldığını ileri sürmektedir. 1995 yılında başvurucu, yapının bakım ve onarımı için bir özel şirket ile 49 yıllığına işletme karşılığında bir anlaşmaya girişmiştir. Ancak idari makamların karşı çıkması üzerine bu anlaşma yapılamamıştır.

Yetimhane Vakfı ile ilgili idari işlem ve dava

22 Ocak 1997 tarihinde Vakıflar Genel Müdürlüğü, 2762 sayılı Kanunun 1. maddesine daynarak, bu tarihe kadar 'mülhak vakıf' kategorisindeki Yetimhane Vakfını 'mazbut vakıf' haline dönüştüren bir karar almıştır. Bu karar gereğince Vakfın yönetim kurulu görevden alınmış ve yönetim Vakıflar Genel Müdürlüğüne geçmiştir. 4 Nisan 1997'de Yetimhane Vakfı, söz konusu kararın iptali için İdare Mahkemesinde dava açmıştır. İdare Mahkemesi 12 Mart 1998 tarihli kararla, davayı reddetmiştir. Danıştay 19 Şubat 2001 tarihinde bu kararı bozmuştur. 3 Nisan 2002 tarihli kararla, İdare Mahkemesi Yetimhane Vakfının talebini yeniden reddetmiştir. Kararın temyiz edilmesi üzerine Danıştay, 19 Kasım 2003 tarihli kararla, İdare Mahkemesinin kararını onamıştır. Onama kararı üzerine yapılan karar düzeltme talebi halen devam etmektedir.

[Not: Adalar Tapu Sicil Müdürlüğünün 21 Mart 2006 tarihli yazına göre, 'Büyükada Maden Mah. 199 Ada 2. parsel sayılı Rum Patrikanesi adına kayıtlı taşınmaz 20.3.2006 tarih ve 494 Yev. No.su ile Büyükada Rum Erkek Yetimhanesi Vakfı adına tescil edilmiştir'.

Öte yandan İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin 08.07.2008 tarihli esas hakkındaki bu kararından sonra Danıştay 4 Aralık 2008 (2008/2201) tarihli kararla, Yetimhane Vakfının karar düzeltme talebini kabul etmiş ve böylece Yetimhane Vakfının "mazbut vakıf" olmaktan çıkarılması öngörülmüştür.]

Başvurucuyla ilgili dava

Öte yandan 16 Mart 1999'da, Yetimhane Vakfı namına hareket eden Vakıflar Genel Müdürlüğü Adalar Asliye Hukuk Mahkemesinde dava açarak, Fener Rum Patrikliği adına tescilli bulunan söz konusu taşınmaz tapusunun iptal edilmesini ve tapunun Yetimhane Vakfı üzerine kaydedilmesini talep etmiştir. Adalar Asliye Hukuk Mahkemesi 18 Aralık 2002 tarihinde Vakıflar Genel Müdürlüğünün davasını kabul ederek, taşınmazın 1997'den beri Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından yönetilen Yetimhane Vakfı üzerine kaydedilmesine karar vermiştir. Adalar Asliye Hukuk Mahkemesi bu bağlamda, Yetimhane Vakfı'nın "mazbut" vakıf olarak kabul edildiğini hatırlatmış, sözkonusu taşınmazın adı geçen vakıf tarafından 1936 Beyannamesinde beyan edildiğini tespit etmiştir. Adalar Asliye Hukuk Mahkemesi ayrıca, Patrikhanenin uluslararası önemi bulunan bu tarihi binanın bakımı için hiçbir çalışma yapmadığını da göz önüne almıştır.

Yargıtay 30 Eylül 2003 tarihinde, sözkonusu kararı usulden bozmuştur.

Adalar Asliye Hukuk Mahkemesi 25 Şubat 2004 tarihinde verdiği kararda, başvurucu Fener Rum Patrikliği'nin söz konusu taşınmazın kendisi adına tescil edilmiş olduğunu gösteren tapu kayıtlarını zikretmiş, davacı Vakıflar Genel Müdürlüğünün söz konusu Yetimhane Vakfının mazbut vakıf olduğu için dava konusu taşınmazın tapu kaydının iptalini istediğini belirtmiş; davalı Fener Rum Patrikliği'nin söz konusu taşınmazın maliki olmasına rağmen taşınmazı atıl vaziyette bıraktığını ve uluslararası öneme sahip olduğundan bahsettiği halde taşınmazı sağlam ve ayakta kalabilmesi için hiçbir faaliyette bulunmadığını belirtmiş ve şöyle demiştir:

'Buradan hareketle, dava konusu taşınmazın tapu kaydının gerek Türk Medeni Yasası gerek uluslararası andlaşmalar, gerek Vakıflar Yasası doğrultusunda tapu kaydının mazbut vakıf sayıldığı için tapuda iptali gerektiği açıktır. …'.

Böylece Adalar Asliye Hukuk Mahkemesi bir kez daha başvurucu Fener Rum Patrikliği'nin tapusunun iptaline ve taşınmazın Yetimhane Vakfı adına tescil edilmesine karar vermiştir.

Yargıtay 21 Ekim 2004 tarihinde, başvurucunun esastan temyiz taleplerini redderek, bu yönden kararı onamıştır. Yargıtay'a göre '…Vakıflar Genel Müdürlüğünce idare edilen ve

mazbuteye alınan vakıflar kapsamında olduğu, bu yerin rum erkek yetimhanesi vakfiyesi yerine kaim 1936 tarihli beyannamede mevcut bulunduğu anlaşıldığına göre davanın kabul edilmiş olmasında bir isabetsizlik yoktur. Davalının bu yöne değinen temyiz itirazları yerinde değildir.' Yargıtay 7 Şubat 2005 tarihinde karar düzeltme talebini reddetmiştir. Başvurucu Fener Rum Patrikliği 19 Nisan 2005 tarihinde İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne başvurmuştur.

Başvurucu tarafından sunulan belgeler

Başvurucu Mahkeme'ye, vergi idareleri tarafından verilen iki karara ilişkin belgeler de sunmuştur. Birinci kararda vergi dairesi 18 Temmuz 1944 tarihinde başvurucuya, söz konusu taşınmazdaki 135 odanın Yetimhane Vakfı tarafından kullanılmadığı gerekçesiyle başvurucunun vergi ödemesi gerektiğini bildirmiştir. Ancak itirazı inceleyen vergi dairesi 18 Haziran 1945'te, bu binanın Yetimhane Vakfı tarafından gelir elde etmek amacıyla kullanılmadığı gerekçesiyle, başvurucudan vergi alınmasının gerekli olmadığı sonucuna varmıştır. İkinci olarak İstanbul Belediyesi başvurucuya gönderdiği 1 Aralık 1959 tarihli bir yazıda, "Patrikanenin tahtı tasarrufunda bulunan" Yetimhane Vakfı binasında restorasyon yapabileceğini belirtmiş, ikinci bir bina yapmak için ise başvurucunun İçişleri Bakanlığına başvurması gerektiğini belirtmiştir. Aynı şekilde belediye 5 Kasım 1962 tarihli yazısında, başvurucuya gönderiği yazının içeriğini teyid etmiştir. Ayrıca Adalar Belediyesi başvurucuya gönderdiği 9 Şubat 2004 tarihli yazıda, başvurucuyu binadaki yangın riskine karşı bilgiledirmiştir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

Başvurucu, İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'ne yaptığı başvuruda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin başka bazı maddelerinin yanında, 1 no.lu Ek Protokolün 1. maddesindeki mülkiyet hakkının ihlal edildiğinden şikayetçi olmuştur.

I. Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiği iddiası

A. Tarafların görüşleri

[46-59]: Başvurucu bir yüzyıldan beri kendisine ait taşınmazın, Türk idari makamları tarafından yönetilen Büyükada Rum Erkek Yetimhanesi Vakfı adına tapuya kaydedilmesinin, mülkiyet hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

Başvurucu, uyuşmazlık konusu taşınmazın Yetimhane Vakfının 1936 Beyannamesinde 'beyan edilmiş olması'nın, bu taşınmazın açıkça Yetimhane Vakfı'na devredildiğini teyid ettiği yönündeki Hükümetin iddiasına karşı çıkmıştır. Başvurucuya göre bu beyannamede sözkonusu taşınmazdan açıkça söz edilmemiş olup, sözkonusu Beyannamenin bir senet veya Yetimhane Vakfı'nın ihtilaf konusu mülkün tesciline dair bir talebi olarak değerlendirilemez. Bu beyannameler, ilgili vakıfların mali durumlarını göstermeleri için verilmiştir. Bu nedenle, sözkonusu vakıfların bu beyannameyi vermelerini gerekli kılan 2762 sayılı Kanun hükümeleri, 1. no.lu Protokolün 1. maddesi anlamında 'ulaşılabilir', 'açık' ve 'önceden görülebilir' bir hukuk kaynağı değildir. Başvurucuya göre ayrıca mülkiyet hakkına bu müdahale hiçbir kamu yararı amacı taşımamaktadır. Ayrıca başvurucu, mülkiyetten yoksun bırakma işleminin, kendisine bir tazminat ödenmeden ve haklı bir gerekçeye dayanmadan yapılmış olması nedeniyle açıkça orantısız bir müdahale olduğunu ve mülkiyet hakkı ihlal edildiğini iddia etmiştir.

Hükümet ise uyuşmazlık konusu taşınmazın Osmanlı hukukunun bir özelliği olarak Patriklik üzerine tescil edildiğini, oysa başından itibaren Yetimhane Vakfına ait olduğunu, 1936 tarihli Beyannamenin bunu teyid ettiğini, tapu iptalinin bir hatanın düzeltilmesinden ibaret olduğunu savunmuştur. Hükümet ayrıca taşınmazın Hazine adına değil, asıl malik olan Yetimhane Vakfı adına tescil edildiğine dikkat çekmiştir.

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Birinci Protokolün 1. maddesi anlamında 'sahibi olduğu şey'in varlığı

[60-65]: Mahkeme, olayda Birinci Protokolün 1. maddesi anlamında 'sahibi olunan şey' (possession) bulunup bulunmadığını incelemiştir. Bu bağlamda Mahkeme, olayın içinde bulunduğu koşullarda başvurucunun Birinci Protokolün 1. maddesi anlamında ayni bir menfaat sahibi olup olmadığını incelemiştir.

Mahkeme öncelikle, o tarihlerdeki işlemlere göre asıl malikin Fener Rum Patrikliği değil de Yetimhane Vakfı olduğuna dair Hükümetin iddiasını kabul etmemiştir. Uyuşmazlık konusu taşınmazın başlangıçtan beri yetimhane olarak kullanılmak üzere tahsis edildiği doğrudur; ancak Mahkeme böyle bir tahsisin başvurucuyu malik olmaktan çıkarması için sebep görmemiştir. Başvurucu bu taşınmazı 1902 yılında bedelini ödeyerek iktisap etmiş, bu tarihten sonra taşınmazı Vakfa satmamış veya bağışlamamıştır. Hükümetin sunduğu belgeler bu taşınmazın Yetimhane Vakfı'nın kullanımına tahsis edildiğini gösterdiği gibi, bu belgelerde de taşınmazın malikinin başvurucu olduğu görülmektedir. Ayrıca idari makamlar bir çok kez Patriklikten taşınmazın 'sahibi' olarak söz etmişlerdir. Ayrıca, Asliye Hukuk Mahkemesinin 25 Şubat 2004 tarihli kararında, başvurucunun söz konusu taşınmazın maliki olarak görüldüğü anlaşılmaktadır.

Bu noktada başvurucunun tapusunun iptal nedenlerinden birinin, malik olarak yapıyı sağlamlaştırmaması olduğunu kaydetmek yeterlidir. Mahkeme'ye göre bu sonuca ancak, başvurucunun mülk sahibi olduğu ilkesinden yola çıkılarak varılabilir; başvurucu hiçbir zaman taşınmazın sahibi olmamış olsaydı veya mülkiyet 1936 yılında Yetimhane Vakfına geçmiş olsaydı, bu gerekçelerin bir temeli olmazdı. Mahkeme, dini azınlıklara ait vakıfların kullandığı mallara uygulanan Osmanlı Hukukunun özel hükümleri yönünden Hükümetin ileri sürdüğü iddiayla ilgili olarak, bu imtiyazların Cumhuriyetin ilanıyla birlikte kaldırıldığını tespit etmektedir. 4 Ekim 1926'da Medeni Kanun'un ve 13 Haziran 1935 tarihinde Vakıflar Kanunu'nun yürürlüğe girmesiyle birlikte bu vakıfların tabi olduğu hukuki rejim köklü bir değişime uğramıştır. Bu çerçevede Mahkeme, sözü edilen bu kanunların kabul edilmesinin ardından kamu makamlarının başvurucunun malik sıfatına hiç itiraz etmedikleri ve Yetimhane Vakfı'nın da herhangi bir şekilde mülkiyet iddiasında bulunmadığı hususuna özel bir önem atfetmektedir. Yukarıda anlatılanları göz önünde tutan Mahkeme, söz konusu taşınmazın özel bir rejime tabi olduğunu kabul edilse bile, yarıkamusal bir nitelik taşıdığı ve hiçbir zaman başvurucuya ait olmadığı sonucuna varamaz.

Dolayısıyla Mahkeme, söz konusu taşınmazın başvurucuya ait olduğu, Birinci Protokol'ün 1. maddesi bakımından bir 'maliki olunan şey' oluşturduğu ve Birinci Protokol'ün 1. maddesinin mevcut davada uygulanabilir olduğu sonucuna varmaktadır.

2. Birinci Protokolün 1. maddesine uygunluk

a) Mülkiyet hakkına bir müdahalenin varlığı

[66-69]: Mülkiyetin başvurucuya ait olduğunu kabul eden Mahkeme, olayda mülkiyet hakkına bir müdahale bulunup bulunmadığı sorununu ele almıştır. Mahkeme tapu iptalinin başvurucunun mülkiyet hakkına yönelik bir müdahale oluşturduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda Mahkeme, Sözleşme'nin hakları ve özgürlükleri 'somut ve etkili' bir şekilde korumayı amaçladığından, bu müdahalenin fiili bir kamulaştırma oluşturup oluşturmadığını incelemiştir.

Hükümet, olayda fiili ya da hukuki bir kamulaştırmanın değil, sadece basit bir kayıt hatasının düzeltilmesinin söz konusu olduğunu savunmuştur. Hükümet özellikle, söz konusu taşınmazın başlangıçtaki tahsis amacını korumak için, tapunun Hazine adına değil ama asıl malik adına tescil edildiğini vurgulamıştır.

Mahkeme ise görünüşün ardına bakılması ve olaydaki gerçeklerin araştırılması gerektiği kanaatini belirtmiştir. Bu noktada Mahkeme, başvurucunun tapusunu iptal eden ulusal mahkemelerin söz konusu taşınmazın mülkiyetini, Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından 'mazbut vakıf' olarak nitelenen ve hayır işlerine son verdiği belirtilen Yetimhane Vakfına nakledildiğini kaydetmiştir. Dolayısıyla, söz konusu taşınmazın artık başvurucuya ait olmadığı ve bundan sonra Başbakanlığa bağlı bir kamu kuruluşu olan bu Genel Müdürlük tarafından idare edileceği hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır. Bu nedenle başvurucunun mülkiyet hakkına, Birinci Protokol'ün 1. maddesinin birinci bendinin ikinci cümlesi anlamında mülkiyetten yoksun bırakma olarak değerlendirilmesi gereken bir müdahale söz konusudur.

b) Hukukilik ilkesine saygı

[70-75]: Mahkeme daha sonra bu müdahalenin hukukiliği sorununu ele almıştır. Mahkeme'ye göre Birinci Protokolün 1. maddesi her şeyden önce, kamu makamlarının mülkiyet hakkına müdahalesinin hukuka uygun olmasını gerektirir. Demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesi, Sözleşme maddelerinin tamamına içkindir (*Iatridis, §58*). Mahkeme'ye göre hukukilik ilkesi, ulusal hukukun yeterince erişilebilir, açık ve önceden görülebilir olması demektir (*Hentrich, §42; Lithgow ve Diğerleri, §110; La Rosa ve Alba* (*no. 1*)*, §76*).

Hükümet, Medeni Kanunun 1024. ve 1025. maddeleri uyarınca, tescil işleminin haksız olması ve asıl malikin haklarının ihlal edilmesi halinde, tapu sicillerinin bir mahkeme kararıyla düzeltilebileceğini öngördüğünü söylemiştir. Hükümete göre ulusal mahkemeler, Yetimhanenin 1936 Beyannamesinde söz konusu taşınmazın bildirilmiş olmasına dayanarak tapu kayıtlarını düzeltmişlerdir. Başvurucu ise bu el koymanın hiçbir hukuki dayanağının olmadığını iddia etmiştir. Mahkeme, 25 Şubat 2004 tarihli Asliye Hukuk Mahkemesinin kararında tapu iptaline gerekçe olarak, belirli bir kanun maddesine veya ilgili bir uluslararası anlaşmaya atıfta bulunulmaksızın, başvurucunun tapusunun iptalini haklı göstermek için sadece 'Medeni Kanun, uluslararası anlaşmalar ve (…) Vakıflar Kanunu'nun zikredildiğini kaydetmiştir.

Mahkeme, dava mahkemesinin söz konusu müdahaleyi haklı kılmak için gösterdiği gerekçelerin muğlak olmasına rağmen, Yargıtay'ın 21 Ekim 2004 tarihli kararında açıkça Yetimhane Vakfının 1936 Beyannamesine ve bu Beyannamenin sonuçlarına atıfta bulunulduğunu gözlemlemiştir. Dolayısıyla Mahkeme, bu gerekçeyi göz önünde bulundurarak, başvurucunun tapusunun iptalinin 2762 sayılı Kanun hükümlerine dayandırılmış olduğunu varsaymıştır. Bu noktada Mahkeme sorunun, söz konusu kanun hükümlerinin ulaşılabilirlik ve öngörülebilirlik şartlarını taşıyıp taşımadığı sorunu olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme, müdahalenin orantılılığı ile ilgili aşağıda vardığı sonucu dikkate alarak, bu meseleyi incelemeyi gerekli görmemiştir.

c) Kamu yararı meşru amacı

[76-82]: Mahkeme daha sonra bu müdahalenin Birinci Protokolün 1. maddesinin ikinci kuralında yer alan 'kamu yararı' gibi meşru bir amaca sahip olup olmadığını ele almıştır. Hükümet başvurucunun tapusunun iptalinin, uyuşmazlık konusu taşınmazın başlangıçtaki tahsis amacının korunması ihtiyacından kaynaklandığını savunmuştur. Hükümete göre bu nedenle tapu iptal kararı meşru bir amaca sahiptir. Başvurucuya göre ise, artık söz konusu tahsis amacı kalmadığından, taşınmazına el koyulması meşru bir amaç taşımamıştır. Başvurucu esasen İstanbul'da çok az sayıda yetim Rum çocuğunun kaldığını, bunların da daha elverişli binalarda barındırıldığını belirtmiştir. Başvurucu ayrıca, Vakfın amacı ortadan kalktığı halde, taşınmaz sahibini mülkiyetten yoksun bırakmanın kamuya ne şekilde hizmet ettiği hususunun Hükümet tarafından açıklanamadığını söylemiştir.

Mahkeme, 'kamu yararı' kavramını niteliği gereği hep geniş bir kavram olarak değerlendirdiğini hatırlatmıştır. Mahkeme'ye göre özellikle kamulaştırma konusundaki yasaların kabulü çoğu zaman politik, ekonomik ve sosyal düşünceler içerir. Yasakoyucunun ekonomik ve sosyal politikaları yerine getirmek için takdir alanı bulunduğunu kabul eden Mahkeme, bu takdirin açıkça makul bir temelden yoksun olmaması şartıyla, 'kamu yararı'nın gereklerini yerine getirme tarzına saygı duyduğunu hatırlatmıştır (*James ve Diğerleri, §46; Pressos Compania Naviera S.A. ve Diğerleri, §3; Broniowski, §149*).

Mahkeme mevcut olayda ilk önce, Adalar Asliye Hukuk Mahkemesi tarafından söz konusu müdahaleyi haklı kılmak için gösterilen gerekçelerden birinin, sahibinin tarihi öneme sahip bu taşınmazı sağlamlaştırmak için gerekli tedbirleri almaması olduğunu gözlemlemiştir. Ancak Mahkeme'ye göre mevcut olayda böyle bir gerekçe konuyla ilgisizdir, çünkü ulusal mahkemeler veya Hükümet, mevcut olaydaki gibi tarihi, kültürel veya mimari öneme sahip mirası korumak amacıyla alınması gereken tedbirleri belirleyen mevzuata dayanmamışlardır. Bununla birlikte Mahkeme, Türk devletinin vakıfların statüsü ve malvarlıklarıyla ilgili hukuki bir sorunu çözmek zorunda kaldıklarının farkında olduğunu belirtmiştir. Aslında Mahkeme, daha önce Sözleşmeci Devletlerin vakıflar gibi tüzel kişilerin mal ve mülk iktisap etme usulünü düzenlerken geniş bir takdir alanından yararlandıklarını söylemiştir. Dolayısıyla Sözleşmeci Devletler, açıkladıkları amaç ve hedefleri gerçekleştirmek ve kamu düzenini ile vakıf üyelerinin menfaatlerini korumak için, genel yarara uygun gerekli tedbirleri alabilirler (Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı, parag. 52). Bu nedenle, 1936 Beyannamesinden 61 yıldan fazla bir süre sonra 1997 yılında tapu iptal davasının açılması, bu tedbirin gerekçelerine ilişkin soru işaretlerine neden olsa da, bu durum tek başına, Vakıflar Kanununun genel olarak 'kamu yararına' olma şeklindeki meşruiyetini ortadan kaldırmaz (Yunanistan Eski Kralı ve Diğerleri kararı, parag. 88).

d) Müdahalenin orantılılığı

[83-92]: Mahkeme daha sonra olaydaki müdahalenin kamu yararının gerekleri ile bireyin temel haklarının korunması arasında adil bir denge kurup kurmadığı sorununu ele almıştır. Adil dengenin sağlanması düşüncesi, Birinci Protokolün 1. maddesinin yapısında ve dolayısıyla birinci cümlede güvence altına alınan prensiple bağlantılı yorumlanması gereken ikinci cümlesinde de bulunmaktadır. Mahkeme'ye göre, özellikle bir kişiyi mülkiyetten yoksun bırakan tedbirin amacı ile kullanılan araçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisinin bulunması gerekmektedir (*Prssos Compania Naviera S.A. ve Diğerleri, §38*). Mahkeme, mevcut olayda başvurucunun tazminatsız olarak mülkünden yoksun bırakıldığını gözlemlemiştir. Mahkeme'nin içtihatlarına göre, bir müdahale hukukilik şartına uygunsa ve keyfi değilse, tazminat ödenmemesi, devletin başvurucunun mülkiyeti elinden almasını kendiliğinden hukuka aykırı hale getirmez (*Jahn ve Diğerleri kararı, §95*). Başvurucu, kendisini mülkiyetten yoksun bırakan bir müdahale ile karşılaşmıştır. Bu durumda Mahkeme'ye göre başvurucunun orantısız ve aşırı bir külfete katlanıp katlanmadığının araştırılması gerekmektedir. Mahkeme, daha önce değerine göre makul bir bedel ödenmeksizin mülkiyetten yoksun bırakmanın, aşırı bir müdahale teşkil ettiğini ve tazminatın hiç ödenmemesinin ise Birinci Protokol'ün 1. maddesi bakımından yalnızca istisnai koşullarda haklı görülebileceğini belirtmiştir. Mevcut olayda Mahkeme, tazminat ödemeksizin başvurucuyu mülkiyetten yoksun bırakmayı haklı göstermek için, söz konusu taşınmazın aslında Yetimhane Vakfı'na ait olduğunu ve başvurucunun rolünün ancak bir 'gözetmen' veya "kayyım' gibi olduğu şeklindeki Hükümetin savunmasına katılmamıştır. Çünkü başvurucu söz konusu taşınmazı kendi kaynaklarıyla satın almasına ve hemen sonra bu taşınmazı belli bir kullanım amacına tahsis etmesine rağmen, hep bu malın sahibi olarak muamele görmüştür. Ayrıca 18 Temmuz 1944 ve 18 Haziran 1945 tarihli vergi dairesi kararlarında da görüldüğü üzere, binanın yalnızca bir kısmı sözü edilen kullanıma tahsis edilmiştir. Ayrıca, 1902 tarihinde satın almadan sonra veya 1936 Beyannamesinin

ardından iptal davasının açıldığı 1997 tarihine kadar, başvurucunun tapusu ulusal mahkemeler veya idari makamlar tarafından tartışma konusu yapılmamıştır. Aynı şey, güvenlik nedeniyle taşınmazın boşaltıldığı 1964 yılı ile 1997 yılı arasında geçen dönem için de geçerlidir. Zira 1964'ten sonra uygulamada binanın tahsis edildiği amaç son bulmuştur. Ayrıca Yetimhane Vakfı, 1903 yılında uyuşmazlık konusu taşınmazı edindikten sonra veya 1936 Beyannamesi sırasında veya sonrasında, 1995 yılında Vakıflar Genel Müdürlüğü tarafından "mazbut" olarak nitelendirilene kadar hiçbir zaman taşınmazın sahibi olduğunu ileri sürmemiştir. Sadece bu tarihte, Yetimhane Vakfı adına hareket eden Vakıflar Genel Müdürlüğü 1936 Beyannamesine dayanarak taşınmazın tapusunu istemiştir. Bu bağlamda Mahkeme, söz konusu Beyannamede Yetimhane Vakfı'nın 'malik' sıfatına atıfta bulunmaksızın, "Rum Erkek Yetimhanesini" yönettiğini beyan ettiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre ayrıca ilgili mevzuat, vakıflara 'gelirlerinin niteliğini ve kaynağını, harcamalarını, gelir ve giderlerinin miktar ve niteliğini' belirtecekleri bir beyanname sunma yükümlülüğü getirmiştir. Mahkeme'ye göre, Yargıtay kararının aksine, söz konusu iki metinden, taşınmazın Yetimhane Vakfı'na devrildiğinin teyit edildiği soncuna varmak zordur. Mahkeme ayrıca, dini azınlıklara ait vakıflar tarafından 1936 yılında verilen beyannamelerin bu vakıfların 'vakıf senedi' yerine geçtiğine ilişkin 1974 tarihli içtihadın uygulanmasının, hukuken 'öngörülebilirlik' şartıyla bağdaşmadığı sonucuna ulaştığını hatırlatmıştır (*Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı, §57*). Ne var ki, Yetimhane Vakfı'nın 1936 Beyannamesinde bu taşınmazdan söz etmek suretiyle taşınmazın sahibi olduğu yönünde varılan sonucun işte bu içtihada dayandığı görülmektedir.

Bu nedenle Mahkeme'ye göre söz konusu taşınmazın uzun yıllar boyunca belirli bir kullanıma tahsis edildiği göz önüne alınsa bile, bu tahsisin herhangi bir şekilde mülkiyet hakkının içeriğinin boşaltılmasını gerektirdiğini düşündürecek bir durum bulunmamaktadır. Mahkeme'ye göre davalı devletin söz konusu taşınmazın tahsis edildiği amacı korumak istemesi kendiliğinden bir sorun oluşturmamakla birlikte, Türk yetkililer başvurucuya yeterli bir tazminat ödemeksizin başvurucuyu bu şekilde mülkiyetten yoksun bırakamazlar. Başvurucunun mevcut olayda herhangi bir tazminat almadığı açıktır. Mahkeme'ye göre bu koşullarda, mülkiyetten yoksun bırakmanın hukuken öngörülmüş olduğunun ve kamu yararı amacı taşıdığının kanıtlandığı varsayılsa bile, mülkiyet hakkının korunması ile kamu yararının gerekleri arasında kurulması gereken adil denge bozulmuş ve başvurucu aşırı bir külfet altına girmiştir. Bu durumda, Birinci Protokolün 1. maddesi ihlal edilmiştir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Sözleşme'ye Ek Birinci Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine;
2. Sözleşme'nin 14. maddesi ile 6(1). fıkrası bakımından incelemenin gerekli olmadığına
3. Sözleşme'nin 41. maddesinin uygulanması sorunun saklı tutulmasına

KARAR VERMİŞTİR.

EĞİTİM HAKKI

P1, md. 2 – Eğitim hakkı

Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yüklendiği görevleri yerine getirirken, anne ve babaların çocuklarına kendi dini ve felsefi inançlarına uygun bir eğitim ve öğretimin verilmesini isteme haklarına saygı gösterir.

AÇIKLAMA

Eğitim hakkı, Sözleşme sisteminde yer alan haklar arasında içeriği en tartışmalı haklardan biridir. Mahkeme'nin eğitim hakkı konusunda verdiği kararların sayısı da fazla değildir. Bu madde, birbiri ile bağlantılı iki düzenleme içermektedir. Bu maddenin ilk cümlesi genel hüküm olup, kişinin eğitim hakkından yoksun bırakılmama hakkını güvence altına almakta, devlete de kimseyi eğitimden yoksun bırakmama yükümlülüğü yüklemektedir. Bu maddenin ikinci cümlesi ise, anne babaların eğitim konusunda devletten çocukları için talepte bulunma haklarını güvence altına almakta, devlete de eğitim ve öğretim verirken ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına saygı gösterme yükümlülüğü yüklemektedir.

Eğitimden yoksun bırakılmama ve eğitimle ilgili talepte bulunma haklarını sınırlayan koşullar gösterilmemiştir. Ama bu, eğitim hakkının sınırsız olduğu anlamına gelmemektedir. Eğitim hakkı, bireyler tarafından kullanılması düzenlemeyi gerektiren bir haktır; devlet hakkın özünü zedelememek koşuluyla eğitim hakkını sınırlayabilir.

Mahkeme'ye göre çocukların "eğitimi", bir toplumda yetişkinlerin kendi inançlarını, kültürlerini ve öteki değerlerini gençlere nakletme çabalarını kapsayan bütün bir süreci, "öğretim" ise özellikle bilginin ve entelektüel gelişmenin nakledilmesini kapsar (*Campbell ve Cosans, §33*).

Eğitimden yoksun bırakılmama hakkı

Mahkeme, Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinde düzenlenen eğitim hakkını ilk kez 1968 tarihli "*Belçika'da Eğitim Dili" Davası* kararında yorumlamış ve şu temel ilkeleri belirlemiştir:

i) "Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz" ifadesi her ne kadar olumsuz bir cümle olsa da, bu düzenleme kişilere bir hak tanımakta, devlete de pozitif bir yükümlülük yüklemektedir.

ii) Sözleşme devletlere öğretimin tarzı, kapsamı ve öğretimin örgütlenmesi veya desteklenmesi konusunda belirli yükümlülükler getirmemektedir.

iii) Bu maddenin birinci cümlesi belirli bir zamanda mevcut öğretim kurumlarına erişme hakkı tanımaktadır; ancak öğretim kurumlarına erişim, eğitim hakkının sadece bir yönüdür.

iv) Eğitim hakkının yararlı sonuçlar verebilmesi için, eğitimden yararlanan kişinin ülkede yürürlükte bulunan kurallara göre tamamladığı eğitimin resmen tanınması gereklidir.

v) Birinci cümledeki eğitim hakkı, toplumun kaynakları ile bireyin ihtiyaçları açısından, devletin zamana ve yere göre değişebilecek düzenlemeler yapmasını gerektirir. Bu düzenlemeler eğitim hakkının özünü zedelememeli ve diğer haklarla çelişmemelidir. Sözleşme, toplumun genel yararı ile temel insan hakları arasında adil bir denge kurulmasını öngörürken, ikinciye özel bir önem vermektedir.

vi) Bu maddeden kamu makamlarından bir eğitim kurma yükümlüğü çıkarılamaz; ancak eğer bir eğitim kurumu zaten varsa devlet buraya erişimi ayrımcı tedbirlerle sınırlandıramaz.

vii) Bu düzenleme eğitimin hangi dilde verilmesi gerektiğini belirtmemekle birlikte, eğitim hakkı, eğer bu hakka sahip olanlara ulusal dilde ya da ulusal dillerden birisinde eğitim alma hakkı tanımıyorsa bu hakkın içi boşalır.

Strazburg organlarının içtihatlarında Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin yüksek öğretimi de kapsayıp kapsamadığı hususu tartışılmıştır. Mahkeme, bu tartışmaya *Leyla Şahin – Türkiye* kararıyla noktayı koymuş ve bu düzenlemenin (elbette sadece ilk cümlede tanınan eğitim hakkının) o ülkede mevcut olan yüksek öğrenim kurumlarına da uygulanabilir olduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme bu maddenin yüksek öğretime ya da eğitim veya öğretimin herhangi bir düzeyine uygulanmayacağı yönünde bir ifade içermediğini kaydetmiştir. Mahkeme'ye göre, *"Belçika'da Eğitim Dili"* kararında bu maddenin yüksek öğrenimi kapsamadığı belirtilmemiştir. Bu maddenin ilk cümlesi temelde, ilk ve orta öğretim kurumlarına girişi öngörmekte ise de, Mahkeme'ye göre yüksek öğrenimi, eğitimin diğer türlerinden ayıran herhangi bir sınır yoktur. Esasen Avrupa Konseyi yakın tarihlerde kabul ettiği birçok metinde, insan hakları ve temel özgürlüklerin geliştirilmesi ile demokrasinin güçlendirilmesi için yüksek öğrenime giriş hakkının rolünü ve önemini vurgulamıştır. Avrupa Bölgesinde Yüksek Öğrenime İlişkin Niteliklerin Tanınması Hakkında Sözleşme'de de vurgulandığı üzere, yüksek öğrenim "bilginin ediniminde ve ilerlemesinde önde gelen bir rol oynamakta" ve "birey için olduğu kadar toplum için de bulunmaz bir kültürel ve bilimsel zenginlik teşkil etmektedir" (*Leyla Şahin, §134-136*). Bu değerlendirmelerden sonra, şu sonuca varmıştır:

"137. … Bu madde Sözleşmeci Devletlere yüksek öğrenim kurumu kurma görevi getirmemekle birlikte, yüksek öğrenim kurumu kurmuş olan devletler bu tür kurumlara girme hakkını etkili bir şekilde sağlamakla yükümlüdürler. Demokratik bir toplumda, insan haklarının var olması için vazgeçilmez olan eğitim hakkı o kadar temel bir yer işgal etmektedir ki, Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin kısıtlı bir şekilde yorumlanması, bu hükmün amaç ve hedefine uygun düşmeyecektir. …

141. … belli bir zamanda mevcut yüksek öğretim kurumlarının Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin uygulama alanına girdiği açıktır, zira söz konusu kurumlara giriş hakkı, bu hükümde öngörülen hakkın ayrılmaz bir parçasıdır. Burada Sözleşmeci Devletlere yeni yükümlülükler getirecek şekilde genişletilmiş bir yorumlama söz konusu değildir. Bu yorum, Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin, kendi bağlamında ve kural koyucu bir anlaşma olan Sözleşme'nin amaç ve hedefleri açısından ele alınmasına dayanmaktadır. …"

Ayrıca, Birinci Protokolün 2. maddesinde tanınan haklar, sadece kamu eğitim kurumlarında değil, özel eğitim kurumlarında da geçerlidir (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §50*). Dolayısıyla devlet, özel öğretim kurumlarının eğitim hakkını ihlal eden tutumlarından sorumlu tutulabilir.

Eğitim hakkı tüm önemine karşı, mutlak ve sınırsız bir hak değildir; "niteliği gereği devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirdiğinden", bazı zımni kısıtlamalara tabi tutulabilir. Şüphesiz eğitim kurumlarını düzenleyen kurallar, başka şeylerin yanı sıra, toplumun ihtiyaç ve kaynakları ile eğitimin farklı düzeylerine has özelliklere göre, zaman ve mekân içinde değişiklik gösterebilir. Bu nedenle, ulusal makamlar bu konuda belli bir takdir alanından yararlanırlar. Ayrıca devletin bu takdir alanı, eğitim kurumunun seviyesi yükseldikçe artmakta, buna karşılık bu eğitimin birey ve toplum bakımından önemine bağlı olarak azalmaktadır (*Ponomaryovi, §56*).

Ancak Mahkeme, getirilen kısıtlamaların söz konusu hakkın özünü zedeleyecek ve etkililiğinden yoksun bırakacak düzeyde olmamasını sağlamak amacıyla, bu kısıtlamaların ilgili kişiler açısından öngörülebilir olduğuna ve meşru bir amaç güttüğüne ikna olmalıdır. Mahkeme, bir sınırlamanın Sözleşme'ye uygunluğunu denetlerken Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerdeki durumdan farklı olarak, Birinci Protokolün 2. maddesi bakımından sınırlı bir "meşru amaçlar" listesiyle bağlı değildir (*Leyla Şahin, §154*). Başka bir anlatımla devletler bir sınırlama kabul ederken herhangi bir meşru amaca dayanabilirler. Fakat her halükârda, ancak kullanılan araçlar ile güdülen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunduğu takdirde, bu türden bir kısıtlama Birinci Protokolün 2. maddesine uygun olacaktır.

Ayrıca eğitim hakkına getirilen kısıtlamalar, Sözleşme'de ve Protokollerde benimsenen diğer haklarla çatışmamalıdır (*Campbell ve Cosans, §41*). Sözleşme ve Protokollerdeki hükümler bir bütün olarak düşünülmelidir.

Eğitim hakkı, eğitim kurumlarının iç düzenlemelerine uyulmasını sağlamak üzere okuldan geçici ya da daimi olarak uzaklaştırma cezası dâhil, disiplin cezalarına başvurulmasını dışlamaz. Disiplin cezası uygulaması, öğrencilerin kişiliklerinin ve zihinsel yetilerinin geliştirilip biçimlendirilmesi gibi, okulun kuruluşunda var olan hedefe ulaşmaya çalıştığı sürecin ayrılmaz bir parçasını oluşturur (*Campbell ve Cosans, §33*). Mahkeme, bir öğrencinin askeri okuldan atılması olayında (*Yanaşık* [k.k.] ve bir öğrencinin sahtekârlıktan ötürü okuldan atılmasıyla ilgili olayda (*Sulak [k.k.]*) bu maddeyi uygulamıştır.

Devletin kişiye belirli bir tarzda eğitim sağlama yükümlülüğünün olup olmadığı, bazı davalara konu olmuştur. Strasburg organları, yetişkinlere özel eğitim sağlanmamasını (*X – Belçika*), anne babaların dini inançları doğrultusunda okul açılmamasını (*X ve Y – Birleşik Krallık*) veya öğrenme güçlüğü geçen öğrencinin engelli çocuklar için özel eğitim olanaklarına sahip olan devlet okulunda yer olduğu gerekçesiyle gittiği özel okulun masraflarının devlet tarafından karşılanmamasını Sözleşme'ye aykırı bulmamışlardır.

Mahkeme, Protokolün 2. maddesi kapsamında özel okul açma mecburiyeti olmadığını belirtmekle birlikte, özel okulların varlığı halinde maddenin özel okullara da uygulanmasının devletin sorumluluğunda olduğunu ifade etmiştir. Devletin madde kapsamındaki saygı yükümlülüğü bütün eğitim sistemini kapsamaktadır (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen*).

Ebeveynin tercihlerine saygı hakkı

Birinci Protokolün 2. maddesinin birinci ve ikinci cümlelerinin, sadece birbirinin değil, fakat aynı zamanda ve özellikle Sözleşme'nin 8, 9 ve 10. maddelerinin ışığında yorumlanmaları gerekir (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §52*). Bu çerçevede, ana ve babanın kendi dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı, birinci cümledeki bu temel hak üzerine şekillenmiş olup, ikinci cümle birinci cümle gibi, devlet eğitimi ve özel eğitim arasında ayrım yapmamaktadır. Kısacası, 2. maddenin ikinci cümlesi, eğitimde çoğulculuğu güvence altına almayı amaçlamakta olup, bu imkân Sözleşme'nin tasarladığı şekliyle "demokratik toplum"un korunması için temel bir öneme sahiptir. Nitekim Mahkeme'ye göre, modern devletin gücü göz önüne alındığında, devlet eğitimi vasıtasıyla bu amacın gerçekleştirilmesinin gerekliliği büyük önem arz eder (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §50*).

Ebeveynin dini veya felsefi tercihi

Birinci Protokolün 2. maddesi, eğitimde dini konular ile diğer konular arasında bir ayrım yapılmasına izin vermemektedir. Bu madde devlete, ister dini ister felsefi olsun, eğitim programının tamamında ana ve babanın inançlarına saygı göstermesini emretmektedir (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §51*). Bu görev, sadece eğitimin içeriğine ve bunun hazırlanma şekline değil, fakat devlet tarafından üstlenilen tüm eğitsel "işlevler"in yerine getirilmesine uygulanması nedeniyle geniş kapsamlıdır. "Saygı gösterme" fiili, "kabul etme" veya "dikkate alma"dan daha fazla bir anlam taşımaktadır. Devletin esas olarak negatif yükümlülüğüne ilaveten bazı pozitif yükümlülüklerini de ortaya koymaktadır.

Bu maddede belirtilen "inançlar" kelimesi tek başına ele alındığında "düşünceler" ve "fikirler" sözcükleriyle eş anlamlı değildir. Bu kavram belli ölçüde "inandırıcılık", "ciddiyet", "tutarlılık" ve "önem" taşıyan görüşleri ifade etmektedir (*Campbell ve Cosans, §36 ve 37*). "Felsefi" sıfatına gelince, bu kavramın sınırlayıcı bir tanımını vermek mümkün değildir. "Felsefi inançlar" insan onuru ile bağdaşmaz olmayan, demokratik bir toplumda saygıyı hak eden ve çocuğun temel hakkı olan eğitim hakkını ortadan kaldırmaya yönelmeyen inanç ya da kanaatleri kapsar. Bu bağlamda, "tanınan dinlerden birisi" ile irtibatlı inançlar açıkça bu düzenlemeden yararlanırlar (*Valsamis, §26*).

Çocuklarının "eğitim ve öğretimi"nden öncelikle sorumlu olan ana babaların çocuklarına karşı doğal görevleri bulunduğundan, ana babalar devletten kendilerinin dini ve felsefi inançlarına saygı göstermesini isteyebilirler. Böylece ana ve babanın bu hakkı, eğitim hakkından yararlanma ve bu hakkı kullanmayla sıkı sıkıya bağlantılı bir sorumluluğa karşılık gelmektedir (*Hasan ve Eylem Zengin, §50*). Ancak, müfredatın oluşturulması ve planlanması, ilke olarak Sözleşmeci Devletlerin yetkisi içindedir. Bu iş esasen, çözümü Mahkeme'nin görevi olmayan ve haklı olarak ülkeye ve zamana göre değişen amaca uygunluk meselelerini içerir (*Valsamis, §28*).

Ayrıca Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesi, devletlerin kamu okullarında verilen öğretim aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak dini veya felsefi türde objektif bilgiler yaymasını engellememektedir. Bu hüküm, ana ve babanın bu tür öğretim veya eğitimin okul müfredatına eklenmesine karşı çıkmasına da izin vermemektedir; zira aksi takdirde tüm kurumsallaşmış öğretimin işleyişi tehlikeye girer (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §53*).

Gerçekten, okulda öğretilen birçok konunun, az ya da çok bazı felsefi yönlere veya sonuçlara sahip olmaması çok zor gözükmektedir. Eğer felsefi, kozmolojik veya ahlaki nitelikteki her soruya cevabı olan veya cevap bulabilen çok geniş bir dogmatik ve ahlaki

yapı oluşturan dinlerin mevcudiyeti anımsanırsa, aynı durum aslen benzer olan dinler için de geçerlidir (*Hasan ve Eylem Zengin, §53*).

Diğer yandan 2. maddenin ikinci cümlesine göre devlet, eğitim ve öğretim konusunda üstlendiği işlevleri yerine getirirken, müfredatta yer alan bilgilerin bir dinin telkininden uzak sakin bir ortamda (*Şefika Köse ve Diğerleri – Türkiye,* (*k.k*)), öğrencilerin din hakkında eleştirel düşünce geliştirmelerine imkân verecek şekilde objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda iletilmesine özen göstermelidir. Devletin, ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına saygısızlık olarak değerlendirilebilir nitelikte belli bir fikrin aşılanması (indoctrination) amacını gütmesi yasaktır. Aşılmaması gereken sınır budur (*Hasan ve Eylem Zengin, §52*).

Sözleşme organları, geçmişte dinler hakkında bilgi veren eğitimi Sözleşme'ye aykırı bulmamalarına rağmen, öğrencilerin bir şekilde dini ibadete katılmaya zorlanıp zorlanmadıklarını veya herhangi bir şekilde dinsel aşılamaya maruz kalıp kalmadıklarını dikkatle incelemişlerdir. Bu bağlamda, dersten muafiyet için yapılan düzenlemeler de dikkate alınması gereken bir konudur (*Anna-Nina Angeleni – İsveç, Komisyon [k.k.]*; *Bernard – Lüksemburg, Komisyon [k.k.]*; *C.J., J.J. ve E.J. – Polonya, Komisyon [k.k.]*). Elbette bir ülkede eğitimle ilgili yürürlükte bulunan hükümlerin, belirli bir okul veya öğretmen tarafından uygulanmasına ilişkin istismarlar olabilir; bu durumda yetkili makamların, ana babaların dini veya felsefi inançlarının bu düzeyde özensizlik, aldırmazlık veya dini telkin yoluyla göz ardı edilmemesi için azami özeni gösterme görevleri bulunmaktadır (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §54*).

Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen – Danimarka karara konu olan olayda, başvurucu ailelerin çocuklarına verilmemesini istedikleri ders, bilimsel bir dersti: Cinsel eğitim dersi. Başvurucular bu dersinin içeriğinin dini inançlarına aykırı bilgiler içerdiğini ileri sürerek Mahkeme'ye başvurmuşlardı. Mahkeme bu davada Birinci Protokolün 2. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bu kararında Mahkeme devletlerin eğitim ve öğretim yoluyla, doğrudan veya dolaylı olarak, dinsel veya felsefi türden bilgi vermelerini engellemediğini vurgulamıştır. Bu madde, anne babaların bu türden bir öğretimin müfredata konulmasına karşı çıkmalarına da izin vermemektedir; çünkü aksi takdirde, kurumsallaşmış bütünsel eğitim uygulanamaz hale gelebilecektir. Mahkeme'ye göre, aslında okullarda okutulan birçok dersin az ya da çok felsefe ile bir bağlantısı olmadığını söylemek zordur. Öte yandan 2. maddenin ikinci cümlesi, devletin eğitim ve öğretim alanında üstlendiği görevleri yerine getirirken, müfredata dâhil edilen bilgilerin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda nakledilmesine dikkat etmek zorunda olduğunu ortaya koymaktadır. Devletin, anne babaların dinsel ve felsefi kanaatlerine saygı göstermeyip, fikir aşılama amacını izlemesi yasaktır. Diğer yönüyle bu madde ebeveynlere çocuklarının dini veya felsefi inançlarına uygun olarak öğretim almaları yönünde mutlak bir hak da tanımaz.

Folgero ve Diğerleri – Norveç kararında Mahkeme, ebeveynlerin felsefi kanaatleri ile çatışma içinde olan dini eğitim konusunu incelemiş ve Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Bu davada başvurucu ebeveynler, Norveç Hümanist Derneği üyesi kişiler olup, çocukları kamu ilkokullarında öğretim görmektedir. Öğretim müfredatı reformu sırasında Hristiyan dini ağırlıklı bir ders programı kabul edilmiştir. Çocuklar bu dersten ancak felsefi inançlarını ortaya koyarak kısmen muaf tutulabilmektedir. Mahkeme, bu davada her ne kadar çoğunluğu Hristiyan bir toplumda bu dinin öğretimine ağırlık verilmesini kendi başına Sözleşme'ye aykırı bulmasa da, bu ağırlığın fazla olduğunu ve muafiyet sisteminin sorunlu olduğunu belirtmiştir. Mahkeme bu davada tam bir muafiyet rejimi olmadığını da dikkate alarak Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Hasan ve Eylem Zengin – Türkiye kararına konu olan olay ise, Alevi inançlı başvurucunun kızının izlemek zorunda olduğu "din kültürü ve ahlak bilgisi" dersinin içeriğinin ebeveynin dini kanaatleriyle çatışması ve bu derse uygun bir muafiyet rejiminin öngörülmemesidir. Mahkeme, bu davada ilk olarak söz konusu dersin içeriğini incelemiş ve bu derste İslam dini ağırlıklı bir öğretim verildiğini belirtmiştir. Mahkeme, bu derslerde kullanılan ders kitapları üzerinde yapılan inceleme sonucunda, bu kitapların genel olarak dinler konusunda bilgi aktarmakla sınırlı kalmayıp, ayrıca Müslümanlık inancının başlıca ilkeleri hakkında eğitim verildiği ve öğrencilerin Kuran'dan pek çok süre ezberlemek ve görüntüler yardımıyla namaz kılmayı öğrenmek ve değerlendirme için de bunlardan yazılı sınav olmak zorunda olduklarını belirtmiştir. Ancak Mahkeme bu durumu kendi başına 2. maddeye aykırı görmemiştir:

"63. Böylece, Milli Eğitim Bakanlığı'nın 373 sayılı ve 19 Eylül 2000 tarihli kararı uyarınca hazırlanan ilk ve ortaokullardaki müfredat ve tüm ders kitapları, diğer dinlere ve felsefelere göre İslam bilgisine büyük öncelik vermektedir. Devletin laik yapısına rağmen, İslam'ın Türkiye'de çoğunluğun benimsediği bir din olduğu göz önünde tutulduğunda, Mahkeme'ye göre bu durum kendi başına, belli bir fikrin aşılanması olarak görülecek şekilde çoğulculuk ve objektiflik ilkelerinden uzaklaşıldığı anlamına gelmemektedir. (...)"

Mahkeme için önemli olan ilk husus İslam öğretimine verilen önceliğin, Birinci Protokolün 2. maddesi bakımından kabul edilebilir sınırlar içerisinde kalmış olarak görülüp görülemeyeceğidir. Mahkeme'nin değerlendirmesine göre, "söz konusu müfredat ve ders kitapları ele alındığında, bu derslere devam eden çocukların zihinlerinin etkilenebileceğinin düşünülmesi makuldür. Bu nedenle, müfredatta yer alan bilgilerin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda verilip verilmediğinin incelenmesi gerekir". Bu inceleme sonucunda Mahkeme, iki nedenle Birinci Protokolün 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

İlk olarak Alevi inancı hakkında yeterince bilgi verilmemektedir. Mahkeme'ye göre, "Sözleşmeci Devletlerin din olgusunun öğretilmesini okul müfredatına eklemeleri durumunda, öğrencilerin ana babaları haklı olarak, muafiyet koşullarından bağımsız bir biçimde, konunun objektiflik ve çoğulculuk kriterlerine uygun olarak ve kendi dini ve felsefi inançlarına saygılı bir şekilde öğretilmesini bekleyeceklerdir" (*Hasan ve Eylem Zengin, §68*). Mahkeme'ye göre (*§69*):

"(...) demokratik bir toplumda, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü bağlamında, sadece eğitimde çoğulculuğun öğrencilerin dini konular bakımından eleştirel bir zihin geliştirmesine imkân verebileceği kanaatindedir. (...) Bu hususta da şu belirtilmelidir ki, Mahkeme'nin birçok kez dediği gibi bu özgürlük, dini boyutu bakımından inananların kimliği ve yaşam anlayışlarına dair en önemli unsurlardan biri olmasının yanı sıra, ateistler, agnostikler, şüpheciler ya da kayıtsızlar için de değerli bir kazanımdır. …"

Bu çerçevede Mahkeme, dinsel olgunun öğretilmesinde "objektiflik ve çoğulculuk" kriterlerinin yerine getirilmediği ve özellikle başvurucunun babasının inancının yetersiz olarak öğretildiği sonucuna varmıştır.

İkinci olarak Mahkeme, muafiyet rejimini eleştirmiştir. Hükümet talep edildiği takdirde muafiyet imkânının Hristiyan ya da Musevi inançlar dışındaki diğer inançları da kapsayabileceğini ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme'ye göre (*§75*):

"(...) bu muafiyetin kapsamı ne olursa olsun, ana ve babaların okul yetkililerine kendi dini veya felsefi inançları hakkında bilgi vermek zorunda tutulmaları, muafiyet yöntemini, kendilerinin inanç özgürlüğüne saygının temininde elverişsiz bir araç haline getirmektedir. Ayrıca Eylem Zengin'in durumunda olduğu gibi, açık bir metin bulunmadığı sürece, okul yetkilileri her zaman bu tür bir talebi reddetme imkânına sahiptirler."

Lautsi ve Diğerleri – İtalya davası, sınıflarda çarmıha gerilmiş İsa figürlü haçın (crusifix) duvarlara asılı bulunmasını tartışma konusu yapan bir grup laiklik tarafı velinin açtığı bir davadır. Bu davada ilk olarak Mahkeme'nin İkinci Dairesi, Sözleşmenin 9. maddesinin ve Birinci Protokolün 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Ancak bu dava, Mahkeme'nin Büyük Dairesi tarafından yeniden görülmüş ve Büyük Daire 18 Mart 2011 tarihli kararında, ilköğretim sınıflarında bu dini sembolün bulunması konusunu devletlerin takdir alanı içinde gördüğünü belirterek, eğitim hakkının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Bu kararda Mahkeme ilk olarak, laiklik taraftarı olmanın 9. madde ve Birinci Protokolün 2. maddesinin öngördüğü ve güvence altına aldığı anlamda ciddi bir "kanaat" olduğunu saptamış, ancak davanın okullarda duvarlara çarmıha gerilmiş İsa figürlü haç konmasının laiklik ilkesi ile bağdaşmazlığı konusu ile ilgili olmadığını belirterek incelemeye başlamıştır (*Lautsi ve Diğerleri, §57*).

Lautsi ve Diğerleri kararında Mahkeme, konuyu devletlere geniş takdir yetkisi veren eğitim ve öğretimde ebeveynin dinsel ve felsefi kanaatlerine saygı hakkı açısından incelenmiştir. Mahkeme bu hakkın öncelikle ders programının içeriği ile ilgili olduğunu ve esas itibarıyla sistematik telkin yasağı getirdiğini, ancak tek yanlı dinsel telkinden uzak, dinsel olguya eleştirel gözle bakmayı da içeren çoğulcu ve tarafsız bir müfredat izleme yükümlülüğünü öngördüğünü de hatırlatmıştır (*Lautsi ve Diğerleri, §62*). Mahkeme, ilke olarak sınıflarda çarmıha gerilmiş İsa figürlü haç bulundurma ya da bulundurmama konusunun devletlerin takdirinde olduğunu belirtmiş ve bu takdir yetkisinin kapsamını değerlendirirken, *Folgero* ile *Hasan ve Eylem Zengin* kararlarında din kültürü derslerinde çoğunluk dinine diğer dinlere göre daha geniş yer verilmesinin sorun oluşturmadığı değerlendirmesini temel almıştır. Mahkeme'ye göre çarmıha gerilmiş İsa figürlü haç, "esas olarak pasif bir semboldür" ve öğrenciler üzerinde, dinsel etkinliklere katılmak ya da bu konuda didaktik bir söyleme maruz kalmak gibi bir etkiye sahip değildir (*Lautsi ve Diğerleri, §72*). Bu bağlamda Mahkeme, *Dahlab – İsviçre [k.k.]* kararında anaokulu sınıflarında bir öğretmenin İslami başörtüsü ile derse girmesi ile sınıflarda çarmıha gerilmiş İsa figürlü haç olması konularının birbirinden farklı durumlar olduğunu belirtmiştir (*Lautsi ve Diğerleri, §73*). Bu sonuca varırken Mahkeme, İtalya'da diğer dinlere karşı hoşgörü ortamının olduğunu, İslami başörtüsünün öğrenciler bakımından yasak olmadığını, diğer dinlerin genellikle bayramlarının kutlandığı gibi hususları da dikkate almıştır (*Lautsi ve Diğerleri, §74*).

Ebeveynin dil tercihi

Birinci Protokolün 2. maddesi, devletlere eğitim ve öğretim alanında ana babaların "dil" tercihlerine değil, ama sadece dinsel ve felsefi inançlarına saygı gösterme yükümlülüğü yüklemektedir. Bu nedenle, bu düzenleme eğitim hakkı bakımından ebeveynin dil tercihini güvence altına almaz. Bu düzenleme eğitimin hangi dilde verilmesi gerektiğini belirtmemekle birlikte, eğitim hakkı, eğer bu hakka sahip olanlara ulusal dilde ya da ulusal dillerden birisinde eğitim alma hakkı tanımıyorsa bu hakkın içi boşalacağını da kabul etmek gerekir.

Sözleşme'nin hazırlık çalışmaları sırasında Birinci Protokolün 2. maddesinin amacının, o ülkenin dilinden başka bir dille eğitim verilmesi haklarına devlet tarafından saygı gösterilmesini sağlamak olmadığı belirtilmiş, Uzmanlar Komitesi de bu sorunun etnik azınlıklar sorunuyla ilgili olduğunu ve Sözleşme'nin alanı dışında kaldığını belirtmiştir (*"Belçika'da Eğitim Dili" Davası*).

"Belçika'da Eğitim Dili" Davası'nda başvurucular Belçika'nın farklı bölgelerinde yaşayan, okul çağında çocukları olan ve Fransızca konuşan ebeveynlerdir. Başvuruculara şikâyetleri, çocuklarının ebeveynlerinin dili olan Fransızca eğitim alamamalarıdır.

Mahkeme bu davada Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesinin eğitim ve öğretim alanında ebeveynlerin dil tercihlerine değil, sadece dini ve felsefi tercihlerine bağlı eğitim hakkını güvence altına aldığını belirtmiştir. Diğer yandan Mahkeme'ye göre, bu madde ayrımcılık yasağını öngören 14. madde ile birlikte yorumlansa dahi, ebeveynlerin dilsel tercihine bağlı bir eğitim hakkı tanıyacak şekilde yorumlanamaz. Bu kararında Mahkeme, Belçika'da tek dilli bölge siyasetinin Sözleşme'ye aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Ancak Mahkeme, eğitim çağındaki çocukların anne babalarının ikamet yerine göre eğitim dilinin belirlenmesi nedeniyle Fransızca eğitim veren okullara alınmamaları, buna karşılık Flaman dil grubu için aynı koşulun aranmamasını nedeniyle, eğitim hakkıyla bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Kıbrıs – Türkiye davasında, Kıbrıs Rum yönetimi, Kuzey Kıbrıs'ta oturan Kıbrıs Rum kökenli çocukların Rumca ortaöğretim hakkından yoksun kaldıkları gerekçesiyle şikâyette bulunmuştur. Mahkeme bu davada ilk olarak, Kuzey Kıbrıs'ta yerleşik Rum kökenli çocukların Türkçe veya İngilizce eğitim alabildiklerini ve bu nedenle dar anlamda eğitim hakkından yoksun olmadıklarını belirtmiştir. Ancak Mahkeme'ye göre, Rumca ilköğretim okulları bulunan Kuzey Kıbrıs kesiminin, ortaöğretim okulları kurmaması ve çocukların bu dilde ortaöğretim almak için Kıbrıs'ın güney kesimine geçmek zorunda bırakılmaları, eğitim hakkının özüne dokunan bir sınırlamadır (*Kıbrıs – Türkiye, §277-280*).

Skender – Makedonya [k.k.] davasında başvurucu, ikametgâhları nedeniyle, kızının ana dili olan Türkçe eğitim yapan bir öğretim kurumuna erişiminin olmamasının Birinci Protokolün 2. maddesiyle bağlantılı olarak Sözleşme'nin 14. maddesini ihlal ettiğini ileri sürmüştür. Mahkeme bu başvuruyu başvurucunun kızı ilköğretimi Türkçe yapmadığı ve iç hukuk yolları tüketilmediği gerekçesiyle reddetmiştir.

D.H. ve Diğerleri – Çek Cumhuriyeti davasında başvurucular, 18 Roman kökenli Çek Cumhuriyeti vatandaşı çocuktur. Bu çocuklar Çek diline yeterince hâkim olmadıkları ve özel ihtiyaçları olduğu gerekçesiyle düşük düzeyde eğitim veren özel okullarda öğretim görmektedirler. Başvuruculara göre bu durum, Roman kökenli çocuklara yönelik ayrımcı bir uygulamadır. Bu davada Mahkeme, Birinci Protokolün 2. maddesiyle bağlantı olarak Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, ilgili Çek mevzuatı Roman toplumuna orantısız zarar veren bir sonuç doğurmaktadır. *Orsus ve Diğerleri – Hırvatistan* kararında da Mahkeme, yukarıdaki sonuca varmıştır. Bu davada Mahkeme, belirli bir etnik grubu (Romanlar) hedef alan uygulamayı Sözleşme'ye aykırı bulmuştur.

Temel ve Diğerleri – Türkiye kararında ise Mahkeme, Kürtçe seçmeli eğitim istedikleri için okuldan uzaklaştırma cezasına çarptırılan öğrencilerin durumunu incelemiştir. Mahkeme bu davada bu cezanın öğretim hakkını sınırlandırdığını ve orantısız bir müdahale olduğu sonucuna varmıştır.

Catan ve Diğerleri – Rusya ve Moldova kararına konu olan olay, Transdinyester Moldova Cumhuriyeti adlı ayrılıkçı bir coğrafyada Latin alfabesi kullanan okulların kapatılması ve öğrencilerin farklı tacizlere uğraması hakkındadır. Bu bölgede ayrılıkçı devlet, Latin alfabesi kullanan okulları kapatmaya girişmiş ve Kiril alfabesi zorunluluğu getirilmiştir. Mahkeme, bu önlemlerin eğitim hakkına haksız ve toplumu Ruslaştırmayı amaçlayan ve bu nedenle meşru amaçtan yoksun bir müdahale oluşturduğu belirtmiştir. Mahkeme, bu durumdan her ne kadar doğrudan sorumlu olmasa da o bölgede fiili bir denetim uyguladığı için Rusya Cumhuriyeti'nin de sorumlu olduğu sonucuna varmıştır.

ÖNEMLİ KARARLAR

23.07.1968 1474/62 BELÇİKA'DA EĞİTİM DİLİ DAVASI - BELÇİKA

♦ *anadilde eğitim vermeme* (eğitimde kullanılacak olan dili anadil ve ailelerin yerleşimine göre düzenleyen mevzuat nedeniyle devletin başvurucuların oturdukları yakın çevrede anadilde eğitim yapan okul açmamış olması), *anne babanın dil tercihi* (çocuğa anne babanın anadilinde eğitim verecek bir okulun devlet tarafından açılmamış olması nedeniyle anne ve babanın dinsel ve felsefi inançlarına uygun eğitim hakkının ihlali şikayeti), *eğitim hakkı konusunda ayrımcılık—öğrenciler arasında farklı muamele* (eğitim çağındaki çocukların anne babalarının ikamet yerine göre eğitim dilinin belirlenmesi nedeniyle Fransızca eğitim veren okullara alınmama) —*aile yaşamına saygı hakkı*--eğitim nedeniyle ailenin bölünmesi--eğitim alanında alınan tedbirlerin çocukların ailelerinden uzaklaştırması halinde özel ve aile yaşamını etkilemesi) ■ eğitim hakkı—ayrımcılık yasağı

DAVANIN ESASI

I. Dava Konusu Olaylar

Başvurucular Belçika vatandaşı olan anne-babalardır. Başvurucular hem kendi adlarına ve hem de sayıları 800'ü bulan çocukları adına Strasburg organlarına başvurmuşlardır. Kendileri Fransızca konuşmakta ve kendilerini daha çok Fransız olarak tanımlamaktadırlar. Beş başvurunun sahibi aileler, kanunen Flamanca konuşulan bölge olarak kabul edilen bölgede, altıncı başvuruyu imzalayan aileler 'özel statülü' ayrı bir bölgede yaşamaktadır.

Başvuruların benzer noktaları şöyle özetlenebilir: (a) Belçika Devleti başvurucuların yaşadıkları bölgelerde Fransızca eğitim veren okullar açmamakta, özel statülü bölgede açsa bile, bu yetersiz kalmaktadır; (b) bu bölgelerde eğitimde kullanılacak olan dille ilgili mevzuata uygun düşmeyen okullara Devlet tarafından maddi destek verilmemektedir; (c) Devlet bu tür okullardan mezun olanların diplomalarına denklik vermemektedir; (d) bazı bölgelerde başvurucuların çocukları Fransızca eğitim veren sınıflara alınmamaktadır; (e) aileler çocuklarını, oturdukları bölgede kendi inançlarına aykırı eğitim veren okullara göndermeye veya çocuğun kendi anadilinde eğitim alabilmesi için Brüksel Büyükşehir bölgesine ya da Fransızca konuşan bölgelere göndermeye zorlanmaktadırlar. Böylesi bir 'eğitim göçü' ciddi riskler taşımaktadır.

II. Konuyla İlgili İç hukuk

Belçika Anayasasının 17 maddesine göre: "Eğitim hakkı kısıtlanamaz; kısıtlayıcı her türlü tedbir yasaktır… Devlet harcaması ile yapılan genel eğitim yasayla düzenlenir". Yine 23. maddeye göre "Belçika'da konuşma dili serbesttir. Kamu kurumlarının işlemlerinde ve yargısal işlemlerde kullanılacak dil yasayla gösterilir."

Belçika'daki eğitim dili mevzuatı, tek dilli olarak gösterilen bölgelerde o bölgenin dilinde eğitim verilmesini; çift dilli olarak gösterilen bölgelerde çocuğun anadilinde eğitim verilmesini; 'özel statülü' altı bölgede, aile reisinin bu bölgede oturması şartıyla ilköğretimde seçmeli dilde eğitim verilmesini öngörmektedir. Bu mevzuata aykırı olarak, örneğin Felemenk tek dilli bölgede Fransızca eğitim veren bir okul açılması halinde bunun yaptırımı, bu okula Devlet desteği verilmemesi ve bu tür okullardan mezun olanların diplomalarına denklik tanınmamasıdır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

Mahkeme önce eğitim hakkı ile özel ve aile yaşamına saygı ve ayrımcılık yasağını yorumlamış, daha sonra bu davada önüne getirilen altı sorunu incelemiştir.

I. Birinci Protokolün 2. maddesinin birinci cümlesi

Mahkeme'ye göre bu maddede hak kelimesi kullanıldığı, hüküm içinde eğitim hakkından ve Birinci Protokolün Başlangıcında da 'hak ve özgürlükler'i birlikte yerine getirmekten söz edildiği için, bu maddenin bir hakkı içerdiğinden kuşku yoktur. Maddenin negatif ifade tarzına rağmen, Devletin eğitim hakkını sağlamada olumlu bir yükümlülüğü bulunmadığı sonucu çıkarılamaz; bir hak var olduğunda, Sözleşme'nin birinci maddesine göre Devletin egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için bu hak güvence altına alınır. Avrupa Konseyi'ne üye Devletler bu Protokolü onaylarken ve halen genel ve resmi bir eğitim sistemine sahiptirler. Sözleşme'de eğitimin örgütlenme tarzı ve desteklenmesi, ayrıca eğitimin yürütüleceği dil ile ilgili bir hüküm yoktur. Ancak ulusal bir dilde veya dillerde eğitimin verilmemesi halinde eğitim hakkının bir anlamı kalmaz. Eğitim hakkıyla ilgili birinci cümle ilk olarak belirli bir zamanda var olan bir eğitim kurumuna girebilme hakkını güvence altına alır; bu hakkın etkili olabilmesi, eğitimden yararlanan kişinin ülkede yürürlükte bulunan kurallara göre tamamladığı eğitimin resmen tanınmasını gerektirir. Birinci cümledeki eğitim hakkı, toplumun kaynakları ile bireyin ihtiyaçları açısından, Devletin zamana ve yere göre değişebilecek düzenlemeler yapmasını gerektirir. Bu düzenlemeler eğitim hakkının özünü zedelememeli ve diğer haklarla çelişmemelidir. Sözleşme, toplumun genel yararı ile temel insan hakları arasında adil bir denge kurulmasını öngörürken, ikinciye özel bir önem vermektedir.

II. Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesi

Mahkeme'ye göre bu hüküm, eğitim hakkını güvence altına almamaktadır. Bu hüküm Devletlerin eğitim ve öğretim alanında anne-babaların 'dil' tercihlerine değil, sadece dinsel ve felsefi inançlarına saygı gösterme yükümlülüğünü göstermektedir. 'Dinsel ve felsefi inançlar' terimlerini dil tercihlerini de kapsayacak şekilde genişletmek, bu terimlerin olağan anlamlarını zorlamak ve Sözleşme'de olmayan bir şeyi Sözleşme'ye ithal etmek olur. Hazırlık çalışmaları sırasında bu hükmün amacının, o ülkenin dilinden başka bir dille eğitim verilmesi haklarına Devlet tarafından saygı gösterilmesini sağlamak olmadığı belirtilmiş, Uzmanlar Komitesi de bu sorunun etnik azınlıklar sorunuyla ilgili olduğunu ve Sözleşme'nin alanı dışında kaldığını belirtmiştir. Bu nedenle ikinci maddenin ikinci cümlesi bu davayla ilgili değildir.

III. Sözleşme'nin 8. maddesi

Mahkeme'ye göre bu madde, kişiyi özel ve aile yaşamında kamu makamlarının keyfi tasarruflarına karşı korumaktadır. Öte yandan eğitim alanındaki bazı tasarruflar özel ve aile yaşamına saygı hakkını etkileyebilir. Örneğin çocukları ailelerinden keyfi bir biçimde ayırarak, özel ve aile yaşamlarını haklı görülemeyecek bir tarzda tahrip etme amacı taşıyan veya bu sonucu doğuran tasarruflar olabilir.

IV. Sözleşme'nin 14. maddesi

Mahkeme'ye göre bu maddedeki güvencenin bağımsız bir varlığı yoktur. Bu güvence Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerle ilgilidir. Bir tasarruf kendi başına Sözleşme'deki hak ve özgürlüklere uygun olabilir; ancak bu tasarruf 14. madde ile birlikte okunduğunda ayrımcılık niteliğine sahip olduğu gerekçesiyle Sözleşme'deki bir hakkı ihlal edebilir. Ele alınan hakkın niteliği ne olursa olsun, 14. madde hak ve özgürlükleri düzenleyen her bir maddenin bütünleyici bir parçasını oluşturur.

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 14. maddesi, hak ve özgürlüklerin kullanılmasında her türlü farklı muameleyi yasaklayıcı bir biçimde yorumlanamaz. Belirli bir farklılaştırma hiç bir objektif ve makul sebebe dayanmıyorsa, eşit muamele prensibini ihlal eder. Makul bir sebebin var olup olmadığı, (a) tasarrufun amacı ile sonucu arasındaki ilişki; (b)

kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen sonuç arasındaki orantılılık; ve (c) toplumun yaşamını tanımlayan hukuki ve fiili unsurlara bakılarak değerlendirilir. Mahkeme bu değerlendirmeyi yaparken, yetkili ulusal makamların görevini üstlenemez; aksi takdirde Mahkeme, Sözleşmeyle kurulan ikincil bir uluslararası mekanizma olma özelliğini yitirir.

Mahkeme'ye göre Sözleşmeci Devletin egemenlik yetkisi içinde bulunan kimseler Birinci Protokolün ikinci maddesine dayanarak kamu makamlarının belirli bir türde eğitim sistemi kurmasını isteyemezler. Ancak belirli bir eğitim sistemi kuran bir Devlet, bir eğitim kurumuna girişi şarta bağlarken 14. madde anlamında ayrımcılık niteliğinde bir tasarrufta bulunamaz. Bu davada Sözleşme'nin 14. maddesi, Birinci Protokolün 2. maddesiyle birlikte okunduğunda bile, anne-babaların kendi tercih ettikleri bir dilde çocuklarına eğitim verilmesini isteme hakkını güvence altına almamaktadır. Bu maddelerin birlikte okunmasından, dil sebebine dayanarak bir ayrımcılık yapmadan eğitim hakkını güvence altına alma yükümlülüğü çıkmaktadır. Sözleşme, kişilere kullandıkları veya anladıkları dil ile ilgili özel bir hak vermek isteğinde 5(2). fıkrasında ve 6(3)(a) bendinde olduğu gibi açık ifadeler kullanmıştır. Birinci Protokolün ikinci maddesinde böyle bir ifade yoktur.

V. Sözleşme'nin 8. maddesi ve Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümle ile birlikte ele alınan 14. maddesi

Mahkeme bundan sonra, başvurucuların eğitim dili ile ilgili mevzuat hükümlerinin Sözleşme'ye aykırı olduğu şeklindeki altı konudaki iddialarını ele almıştır. Mahkeme sadece beşinci sorunla ilgili olarak Sözleşme'ye aykırılık tespit etmiştir.

1) Başvuruculara göre, tek dilli olarak tanımlanan bölgelerde o bölgenin dili ile eğitim yapan resmi eğitim kurumlarının açılmasını ve sadece bu kurumlara Devlet desteği verilmemesini öngören mevzuat, Sözleşme hükümlerine aykırıdır.

Mahkeme'ye göre, bu mevzuatın öngördüğü dil şartlarına uymayan okulların Devlet tarafından kurulmasını ve kurulmuş olan özel okullara Devlet desteğinin verilmesini engelleyen mevzuat, Sözleşme'ye aykırı değildir. Çünkü bu mevzuat hükümleri anadili Fransızca olan çocukların aileleri yeterli mali imkâna sahip olmadıkları için kendilerini Fransızca eğitim veren okullara gönderememeleri özel ve aile yaşamı üzerinde belirli bir etki yapmakla birlikte 8. maddeyi ihlal etmez. Öte yandan bu hükümler ayrımcılık yasağını da ihlal etmemektedir; çünkü bu madde esasen farklı maddi koşulların objektif değerlendirmesine dayanan ve toplumun menfaatlerinin korunması ile Sözleşme'deki hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesi arasındaki denge üzerinde kurulmuş bir farklı muamele bulunmaktadır. Ayrıca bu mevzuat hükümleri resmi eğitim veya resmen desteklenen eğitim ile ilgili olduğundan, bu bölgede Fransızca eğitim veren bağımsız ve özel okulların kurulmasını engellememektedir.

2) Başvuruculara göre tek dilli olarak ayrılan bölgelerde, o bölgenin dilinden başka bir dilde tam veya kısmi eğitim veren 'karışık dilli' okullardaki yetiştirme sınıflarından Devlet desteğinin çekilerek kapanmalarını öngören mevzuat hükümleri Sözleşme'ye aykırıdır.

Mahkeme'ye göre, alınan önlem sert olmasına rağmen keyfi bir farklı muamele değildir; tedbirin dayanağı olan objektif kriterin amacı ve sonucu, Fransızca eğitim veren özel okulların organizasyonunu hiç bir biçimde etkilemek olmadığından, bu tedbirler ayrımcılık niteliğinde sayılamazlar.

3) Başvuruculara göre, özel statülü bölgelerde Fransızca ana ve hazırlık sınıfları açılmasını sağlayan ve fakat bu okullarda ağırlıklı olarak Felemenkçe okutulmasını öngören mevzuat hükümleri Sözleşme'ye aykırıdır.

Mahkeme'ye göre, bir çocuğun kendi anadili dışında bir ulusal dilde ağırlıklı olarak çalışmasını öngörmek, çocuğun 'şahsiyetsizleştirilmesi' olarak görülemez. Başvurucuların

çocuklarını kendi bölgeleri dışındaki bir okula göndermeleri kendi tercihlerinin bir sonucu olup kamu makamlarının bir müdahalesi yoktur. Tedbirler kamu yararına dayandığından ayrımcılık yasağı ihlal edilmemiştir.

4) Başvuruculara göre Brüksel Büyükşehir bölgesinde oturan ailelerin çocuklarının anadillerinde, aileleri burada oturmayan çocukların ise ailelerinin oturduğu bölgenin dilinde eğitim görmelerini öngören mevzuat Sözleşme hükümlerine aykırıdır.

Mahkeme'ye göre, iki dilli sistemin Devlet tarafından desteklendiği bölgelerde ailelerin çocuklarını Fransızca veya Felemenkçe öğrenim veren okullardan birine kaydettirmek için tercih hakkı verilmemesi, bu olayda teorik bir sorundur. Çünkü başvurucu aileler kendilerini Fransızca konuşan kişiler olarak tanımlamakta ve çocuklarının Fransızca eğitim görmelerini istemektedirler. Bu davada ortada bulunmayan bir sorunu Mahkeme'nin çözmesi gerekmemektedir.

5) Başvuruculara göre bazı bölgelerde anadilleri Fransızca olan çocukların Fransızca eğitim veren okullara alınmamaları, yani (a) Louvain ve Heverlee beldelerinde sadece, çift dille eğitim veren Louvain Üniversitesinde çalışan ve burada ikamet etmeyen işçilerin, öğrencilerin ve üniversite öğretmenlerinin çocuklarının kaydedilmeleri; (b) özel statülü altı bölgede ikamet etmeyen ve anadili Fransızca olan öğrencilerin Fransızca sınıflarına alınmalarını engelleyen mevzuat hükümleri Sözleşme'ye aykırıdır.

Mahkeme'ye göre birinci durumda, yani Felemenk tek dilli bölgede yaşayan, sadece anne-babaları Üniversitede öğretmen, işçi veya öğrenci olup, anadili Fransızca olan çocuklara kayıt hakkı tanınması Sözleşme'ye aykırı değildir. İkinci durumda, yani özel statülü beldelerde ikamet etmeyen ve anadili Felemenkçe olan çocukların Felemenk sınıflarına kabul edilmesi, buna karşılık anadili Fransızca olan çocukların Fransızca sınıflara kabul edilmemesi, ikametten çok dil ölçüsü üzerine kurulan ayrımcılık niteliğinde bir muameledir. Bu konudaki mevzuatın Felemenk ve Fransızca konuşan ailelere aynı şekilde uygulanmadığı anlaşılmaktadır. Ayrıca bu tedbirde, gerçekleştirilmek istenen amaç ile kullanılan araç arasında orantılılık bulunmamaktadır. Bu nedenlerle Mahkeme olayda, ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

6) Başvurucular, dil ile ilgili eğitim şartlarına uymayan ortaöğretim okullarından alınan bitirme belgelerine eşdeğerlik tanımayan ve bu belgeleri alanların hukuken tanınmış bir diplomaya hak kazanabilmeleri için sınava girmelerini öngören mevzuatın Sözleşme'ye aykırı olduğunu ileri sürmüşlerdir.

Mahkeme'ye göre, söz konusu mevzuat hükümleri, her Devlette yürürlükte olan kurallara uygun olarak tamamlanan öğretim çalışmalarının resmen tanınmasını engellememekte, sadece merkezi bir heyet tarafından yapılacak sınava tabi tutmaktadır. Tedbirin amacı kamu yararına dayanan objektif bir amaçtır; kullanılan araç ile gerçekleştirilmek istenen amaç arasındaki orantı makuldür. Mahkeme bu durumda ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Yediye karşı sekiz oyla, bazı çocukların sadece anne-babalarının ikamet yerleri nedeniyle Kraainem'in de dahil olduğu Brüksel çevresinin özel statüdeki altı beldesinde bulunan Fransızca eğitim veren okullara alınmamaları nedeniyle 2 Ağustos 1963 tarihli Yasanın 7(3). fıkrasının, Birinci Protokolün 2. maddesinin birinci cümlesiyle bağlantılı olarak okunan Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olduğuna;

durumun gerektirmesi halinde başvurucunun bu özel nokta bakımından adil karşılık için başvurma hakkını saklı tutmaya;

2. Oybirliğiyle, başvurucular tarafından ileri sürülen diğer noktalar bakımından Sözleşme veya Protokol maddelerine herhangi bir aykırılık bulunmadığına

KARAR VERMİŞTİR.

07.12.1976 5095/71 KJELDSEN, BUSK MADSEN VE PEDERSEN - DANİMARKA

♦ *cinsel eğitim verme* (devlet okullarındaki zorunlu derslerle bütünleştirilmiş cinsel eğitim bilgileri verilmesini öngören mevzuat ve müfredat nedeniyle bu eğitim verilmesine karşı olan başvurucu ailelerin çocuklarına bu tür bir eğitim nedeniyle şikayetleri), *eğitim hakkı konusunda ayrımcılık—öğrenciler arasında farklı muamele* (dinsel eğitim almak istemeyen öğrencilerin bu derslerden muaf tutuldukları halde zorunlu cinsel eğitim dersi almak istemeyenlerin bu derslerden muaf tutulmamaları) ■ eğitim hakkı—anne babanın dinsel ve felsefi inançlarına uygun eğitim hakkı—ayrımcılık yasağı

DAVANIN ESASI

Başvurucu anne ve babalar Danimarka vatandaşı olup, öğretmenlik veya din adamlığı yapmaktadırlar. Okul çağında çocukları bulunan başvurucu üç çift, Devlet Okulları Kanununu değiştiren 27 Mayıs 1970 tarihli ve 235 sayılı Yasa ile devlet ilköğretim okullarında zorunlu cinsel eğitim verilmesine karşı çıkmaktadırlar.[14]

I. Konuyla ilgili iç hukuk

Devlet okullarında ilköğretim: Danimarka Anayasasının 76. maddesine göre bütün çocukların ücretsiz ilköğretim görme hakları vardır. Aileler çocuklarını devlet okullarına kaydettirmek zorunda olmayıp, özel okullara gönderebilir veya evde öğretim verebilirler. 1970-71 öğretim yılında toplam 716 bin 665 öğrenci, toplam 2 bin 471 okulda öğretim görmüştür. Bu öğrencilerden 43 bin 689'u, 277 özel okula devam etmişlerdir.[15]

İlköğretim dokuz yıl sürmektedir; onuncu yıl ile beş-altı yaşlardaki çocuklar için okul öncesi eğitim isteğe bağlıdır. İlköğretimin ilk dört yılında, yazı, aritmetik, Hıristiyanlık din bilgisi, tarih, coğrafya, biyoloji, beden eğitimi, müzik, yaratıcı sanatlar ve iğne işleri dersleri verilmektedir. Bunlara beşinci ve altıncı yıllarda İngilizce ve ağaç işleri dersleri, yedinci yılda Almanca, matematik, fen bilgisi ve ev idaresi dersleri eklenmektedir. Sekizinci yıldan itibaren öğrenciler bu derslerden bazılarını seçimlik olarak görmektedirler.[16]

Yasaya göre, Eğitim Bakanlığı eğitimin genel amaçlarını tespit etmektedir. Yerel okul yetkilileri de müfredatı ve görülecek dersleri serbestçe belirlemektedirler. Bu kuralın iki istisnası vardır: Birincisi, din eğitimi Milli Kilise'nin Lutherci Protestan mezhebine uygun olmak zorundadır; ancak öğrenciler bu dersten muaf tutulabilirler. İkincisi, okutulan geleneksel dersler içinde trafik, yurttaşlık bilgisi, temizlik ve cinsel eğitim konularının işlenmesi öngörülmüştür.[16]

Danimarka'da devlet okullarının yönetimi büyük ölçüde yerel makamlara bırakılmıştır. Okullar, ülkenin 274 beldesinde bulunan ve eğitim alanında o beldenin en yüksek makamı olan belediye meclisi, beldenin okul Komisyon'u ve okul kurulları tarafından yönetilmektedir. Kural olarak 11 kişiden oluşan okul Komisyon'unun altı üyesi belediye meclisi, beş üyesi de veliler tarafından seçilmektedir. Okul Komisyon'u, öğretmenler kuruluna danışarak yasanın sınırları içinde, o bölgedeki okullarda okutulacak müfredatı tespit etmektedir. Bu müfredat belediye meclisi tarafından onaylanır. Eğitim Bakanlığı, bu komisyonlara yardımcı olmak üzere, 1958'de kurulan Devlet Okulları Müfredat Komitesi tarafından hazırlanan yönergeleri okullara göndermektedir. Her devlet okulunda, üç veya

beş üyeden oluşan ve üyelerinden biri belediye meclisi, diğerleri veliler tarafından seçilen bir okul kurulu bulunmaktadır. Bu kurul okulu denetler; okul ile veliler arasındaki ilişkiyi düzenler; ne tür öğretim yardımları yapılacağına ve özellikle okulda hangi kitapların okutulacağına karar verir; öğretmenler arasında ders dağılımı yapar.[17]

Özel okullarda ve evde verilen eğitim, devlet okullarındaki standartların altında olamaz. Özel okulların açılması önceden izne tabi değildir; ancak bu okullar daha sonra okul komisyonları tarafından denetlenir. Evde verilen eğitim de komisyonlarca denetlenir. Buralarda özellikle yeterli düzeyde Danimarka dili, yazma ve aritmetik öğretimi yapılıp yapılmadığı denetlenir. Okul komisyonları evde verilen öğretimin art arda iki kez yetersiz olduğunu tespit ederse, anne ve babalar çocuklarını devlet veya özel okullara göndermek zorundadırlar.[18]

Devlet, her sınıfta 10'dan az, toplamda ise 20'den az öğrencisi bulunmayan özel okulları desteklemektedir. Devlet, özel okulların (müdür ve öğretmen maaşı, bina bakımı, ısınma, elektrik, su, temizlik, sigorta vd.) giderlerinin yüzde 85'ini karşılamaktadır. Özel okullara ayrıca, okul yapımı ve büyütülmesi için uygun koşullarla kamu kredileri verilmektedir. Sonuç olarak, çocuklarını özel okullara veren velilerin, her çocuk için giderleri yıllık 1.200 Kronu aşmamaktadır. 1973-74 yılında ortalama 1.050 Kron ödemişlerdir. Danimarka Parlamentosu 1976 yılında, özel okullara giden çocukların taşıma ücretlerinin büyük oranının belediyeler tarafından karşılanmasını öngören bir karar almıştır.[18]

Özel okullarla ilgili 1973-74 öğretim yılına ait istatistikler, 70 tane 'serbest' okul, 101 tane belirli bir din eğitimi vermeyen hazırlık okulu, 25 tane Katolik okulu, 19 tane Alman azınlık okulu, 10 tane diğer din topluluklarına ait okul, 8 tane 'serbest Hıristiyanlık' okulu ve 35 tane diğer türlerde okullar bulunduğunu göstermektedir.[18]

Başvurucular yeterli özel okulun bulunmadığından, çocuklarının özel okula gitmek için çok uzun mesafe kat etmek zorunda kaldıklarından ve çocuklarını Kopenhag'daki özel okullarda okutmak isteyen velilerin üç yıl öncesinden ön kayıt yaptırmaları gerektiğinden şikâyetçi olmuşlardır.[18]

Cinsel eğitim: Danimarka'da devlet okullarında cinsel eğitim yıllardır tartışma konusudur. Daha 1945 yılında Kopenhag'daki devlet okullarında cinsel eğitim verilmeye başlanmış, başkent dışındaki diğer okullar da bu örneği kopya etmişlerdir. Ancak 1958'de Eğitim Bakanı zorunlu cinsel eğitime karşı olduğunu açıklamıştır.[19]

Müfredat Komitesi 1960 yılında yayınladığı 'Devlet okullarında öğretim Rehberi'nde, insanın üremesi konusundaki öğretim ile cinsel eğitimi birbirinden ayırmıştır. Komite, insanın üremesi konusunun biyoloji dersinde verilmesini, sağlık uzmanları tarafından hazırlanacak olan cinsel eğitimin ise öğrenciler ve öğretmenler için seçimlik olmasını tavsiye etmiştir. Komite ayrıca, okullarda verilecek cinsel eğitimin içeriğinin ve kullanılacak terminolojinin düzenlenmesini tavsiye etmiştir. Eğitim Bakanlığı 8 Nisan 1960 tarihli tebliğiyle, Komitenin görüşünü kabul etmiştir. 1960-61 öğretim yılından itibaren üreme konusu biyoloji dersinin bir konusu yapılmıştır. Bakanlığın Eylül 1961 tarihli yönergesine göre cinsel eğitim, rıza gösteren velilerin çocuklarına verilecektir.[19]

İstenmeyen gebeliklerdeki artışın yarattığı rahatsızlığı gidermek isteyen Danimarka Hükümeti, 1961 yılında cinsel eğitim sorununu incelemek üzere bir komite kurmuştur. Bu komitenin kuruluşuna, Parlamento üyesi Else-Merete Ross'un başkanı olduğu Danimarka Kadınları Milli Konseyi, Annelere Yardım Kurumları Heyeti ve diğer kuruluşlar destek olmuşlardır. Bu kuruluşlar her yıl 6 bin dolayında evli olmayan anneden, yardım isteyen dilekçeler almaktadır. Bu annelerden yarısının yaşı 20'nin, dörtte birinin yaşı 17'nin altındadır. Ayrıca, çoğunluğu genç anne-babaya sahip olan çok sayıda bebek, evlilikten

sonra ilk dokuz ayda doğmaktadır. Yıllık doğum sayısı 70 bin dolayında iken, her yıl yasal kürtaj sayısı 4 bini, yasal olmayan kürtaj sayısı ise 15 bini bulmaktadır.[20]

Doktorlardan, eğitimcilerden, hukukçulardan, teologlardan ve Hükümet uzmanlarından oluşan Komite, sorunu her yönüyle inceledikten sonra 1968 yılında 'Devlet Okullarında Cinsel Eğitim' başlıklı bir rapor sunmuştur. Komite bu raporunda devlet okullarının müfredatında zorunlu cinsel eğitim konularının yer alması gerektiğini tavsiye etmiştir. Rapora göre cinsel eğitim çocukların farklı olgunluk derecelerine göre ve diğer konular bağlamında, örneğin çocukların sordukları sorular Bu nedenle, uygun fırsat çıktığında verilmelidir. Komiteye göre bu yöntem, sorunun hassaslaşmasını veya spekülatif hale gelmesini önleyecektir. Raporda, bu konudaki eğitimin öğretmenler ve öğrenciler arasında tartışmalar ve gayri resmi konuşmalar biçiminde yapılması vurgulanmaktadır. Raporda, cinsel eğitimin içeriğinin genel hatları gösterilmekte ve devlet okulları için yeni bir rehberin hazırlanması tavsiye edilmektedir.[21]

Eğitim Bakanlığı Mart 1970'te, Devlet Okulları Kanununu değiştiren bir tasarı sunmuştur. Bu tasarıya göre, devlet ilköğretim okullarında cinsel eğitim zorunlu hale gelmekte ve verilen genel öğretimin bütünleyici bir parçası olmaktadır. Tasarıda öğretmenlere, bu konuda öğretim vermekten muaf olmak gibi genel bir hak verilmemektedir. Tasarı sadece Ulusal Öğretmenler Derneğinin değil, ulusal düzeyde eğitim komitelerini, okul kurullarını ve veli derneklerini temsil eden Okul ve Aile Ulusal Derneği'nin ve Belediye Konseyleri Derneği'nin desteğini almıştır.[22]

27 Mayıs 1970 tarihinde Parlamentoda oybirliğiyle kabul edilen Yasa, Devlet Okulları Yasasına bir madde eklemektedir. Buna göre, ilköğretim şekli Eğitim Bakanlığı tarafında belirlenecek olan trafik, kütüphane düzenlemesi ve cinsel eğitim konuları, öğretimin bütünlüğü içinde yer almaktadır. Yasa 1 Ağustos 1970'te yürürlüğe girmiştir.[22]

Eğitim Bakanlığı daha sonra Müfredat Komitesinden, devlet okullarından cinsel eğitimle ilgili 1961 tarihli rehberin yerine konulacak yeni bir rehber hazırlamasını istemiş, bu rehber Nisan 1971'de tamamlanmıştır. Eğitim Bakanı yeni rehberdeki tavsiyelere dayanarak, 8 Haziran 1971 tarihli ve 274 sayılı Bakanlık Genelgesini yayınlamıştır.[23]

Genelge, Kopenhag dışındaki devlet ilköğretim okullarında ve ikinci öğretimin ilk kademesinde uygulanır. Genelgenin 1(1). fıkrası cinsel eğitimin amacını öğrencilere: a) karşılaşabilecekleri problemlerin neden olabileceği korku ve güvensizlikten kurtulmaları için yardımcı olacak, b) cinsel yaşam, aşk yaşamı ve genel insan ilişkileri arasındaki bağlantıyı kavramalarını sağlayacak, c) her bir öğrencinin kendi kişiliğini en iyi noktaya ulaştırabilecek, d) cinsel konularda sorumluluğun ve saygının önemini vurgulayacak, bilgilerin verilmesi şeklinde tanımlamaktadır. Aynı maddenin ikinci fıkrası cinsel eğitimin okulda okutulan genel derslerin, özellikle Danimarka dili, Hıristiyanlık bilgisi, biyoloji (temizlik), tarih (yurttaşlık bilgisi) ve ev idaresi öğretiminin bütünleyici konuları olarak verilmesini öngörmekte, ayrıca altıncı ve dokuzuncu sınıflarda cinsel eğitimin kapsadığı temel konularda genel araştırma ödevleri verilebileceğini belirtmektedir. Genelgenin 2. maddesi, cinsel eğitimin kapsamı ve organizasyonunun müfredatın içinde veya müfredata göre hazırlanacağını, bu konuda Müfredat Komitesinden yardım alınabileceğini söylemektedir. Aynı maddenin ikinci ve üçüncü fıkraları, ele alınan konular üzerinde cinsel eğitimin amacının yerine getirilmesini önleyici biçimde kısıtlamalar konulamayacağını, ancak cinsel eğitimin verilmesi sırasında, Rehberin 4. bölümünde getirilen kısıtlamaların istisna olduğunu belirtmektedir. Genelgenin 3. maddesi cinsel eğitimin, konuları itibariyle cinsel eğitimin bütünleyici olabileceği derslere giren öğretmenler tarafından ve okul müdürünün isteğine göre verilmesini öngörmektedir. Yine aynı maddeye göre, hangi konuların hangi derslerde verileceğine ilişkin müfredatta açıklık bulunmaması halinde, öğretmenler kurulunun tavsiyesi üzerine sınıf öğretmenleri tarafından konular dağıtılacak,

bu program okul kurulu tarafından onaylanacaktır. Bu maddenin ikinci fıkrası, öğretmenlerin altıncı ve dokuzuncu sınıflarda belirli bir konuyu anlatmaya zorlanamayacaklarını ifade etmektedir. Genelgenin 4. maddesinde, çocuklarını okullarda verilen cinsel eğitimden muaf tutturan velilerin bu haklarının sona erdiği, ancak okul müdürüne başvurarak, Genelgenin 1(2). fıkrasındaki bazı derslerden çocuklarının muaf tutulmasını isteyebilecekleri öngörülmektedir.[24]

Eğitim Bakanlığı tarafından ayrıca yayınlanan 8 Haziran 1971 tarihli bir Tebliğde, devlet okullarında bu konudaki müfredatın bazı noktalarına dikkat çekilmektedir. Bu tebliğe göre beldedeki okul Komisyon'u, öğretmenler kurulu ile konuyu tartıştıktan sonra, beldedeki okulların müfredatlarına konacak cinsel eğitimi düzenleyen taslağı hazırlayacaktır. Tebliğ, okul Komisyon'unun Rehberdeki tavsiyelere göndermede bulunmakla yetinebileceğini, bu durumda konu üzerinde öğretmenler kurulunun karar vereceğini belirtmektedir. Genelgede yer alan amaçlar tebliğde de yer almakta, ayrıca okulların, öğrencilerin insan yaşamının cinsel yönü üzerindeki açıklığını geliştirmesi gerektiği belirtilmektedir. Tebliğde ayrıca, Bakanlık Genelgesinin 1(2). fıkrasındaki bütünleştirme ilkesini açıklamaktadır. Buna göre "bütünleştirmenin temel gayesi, cinsel rehberliği, insan cinselliğini çok özel bir fenomen şeklinde göstermeyecek bir bağlama yerleştirmektir; cinsellik ne sadece fiziksel, ne sadece teknik bir konudur; öte yandan cinsellik, objektif ve ölçülü tartışmaların içinde yer almadığı duygusal bir konu da değildir. Bu nedenle bu konu, okul eğitiminin bütünselliği içinde yer almaktadır.[25-27]

Müfredat Komitesinin hazırladığı Rehber (Guide), cinsel eğitimin tarzı ve kapsamı ile ilgili olarak, devlet okulları müfredatında yer verilebilecek konuları belirtmektedir. Buna göre eğitimin ilk dört yılında, konular aile kavramı ile başlamakta, daha sonra cinsler arasındaki farklılık, doğum, çocuğun gelişmesi, aile planlaması, çocukların tanımadıkları yetişkinlerle ilişkileri ve ergenlik konularıyla devam etmektedir. Beşinci sınıftan yedinci sınıfa kadar işlenmesi önerilen konular şöyle sıralanmaktadır: cinsel organlar, ergenlik, hormonlar, kalıtım, cinsel faaliyetler (mastürbasyon, cinsel ilişki, orgazm), döllenme, gebelikten korunma metotları, zührevi hastalıklar, cinsel sapmalar (özellikle eşcinsellik) ve pornografi. Sekizinci yıldan onuncu yıla kadar verilen öğretimde, aynı konularda, cinsel yaşamın ahlaki, sosyal ve ailevi yönleri ele alınmaktadır. Rehberde ayrıca, cinsel ahlak ve cinsel manevi değerler; evlilik öncesi cinsel yaşam hakkında farklı görüşler; çeşitli dinler ve siyasal görüşler açısından cinsellik ve evlilik sorunu; cinslerin rolleri; evlilikte aşk, cinsellik ve sadakat; boşanma gibi konulara yer verilmektedir.[28]

Rehberde, cinsel konularda öğretmenler ile öğrenciler arasında gayri resmi konuşmalar şeklinde bir öğretim metodunun uygulanması savunulmaktadır. Rehberde eğitimin, çocuğu kırmayacak veya korkutmayacak bir nezaketle ve her çocuğun kendi geliştirdiği görüşlerine saygı gösterilecek şekilde yapılması gerektiği vurgulanmaktadır. Rehber, cinsel yaşamın ahlaki ve manevi değerler ile ilgili sorunların tartışılmasında öğretmenlerin objektif bir tutum almaları, öğretmenin kendisini tartışılan konularla ne özdeşleştirmesi ve ne de kendini konulardan tamamen yalıtması gerektiği, ama öğretmenin kendi kişisel görüşünü de söylemesini engellemediği belirtilmektedir. Rehbere göre okullarda her sosyal sınıftan öğrenci bulunması, objektifliğin alanını genişletmektedir; bu yaklaşım aileleri, çocuklarının evdeki fikirlerden sapabilecek şekilde tek yönlü etkilenmediklerine inandırıcı olmalı; anne-babalar temel ahlaki noktaların objektif ve ılımlı olarak verildiğine güvenebilmelidirler. Rehberde ayrıca öğretmenlerin basit bir terminoloji kullanmamaları, erotik fotoğraflar göstermemeleri, grup dışında tek bir öğrenci ile cinsel konuları konuşmamaları ve cinsel ilişki teknikleri konusunda öğrencilere bilgi aktarmamaları gerektiği belirtilmektedir.[29]

Oysa başvurucular, uygulamada geniş ölçüde basit bir terminolojinin kullanıldığını belirtmekte ve Danimarka'da 55 bin adet satılan bend H. Claesson'un kitabını örnek olarak göstermektedirler. Başvuruculara göre bu kitapta sıklıkla basit bir terminoloji kullanılmakta, çiftleşme teknikleri açıklanmakta ve erotik durumları resmeden fotoğraflar yer almaktadır.[29]

Rehberde ayrıca okul ile veliler arasındaki ilişki de ele alınmaktadır. Rehbere göre, cinsel eğitim konusunda okul ile ev arasında karşılıklı etkileşimi sağlamak için, okulda verilen cinsel eğitimin kapsamı ve yöntemi hakkında velileri bilgilendirmenin önemi büyüktür. Okul ile veliler arasında bu ilişkinin kurulması için veli toplantıları uygun bir zemindir. Bu toplantılarda yapılacak tartışmalar, okuldaki cinsel eğitimin amacını vurgulamak ve bütün tarafların yararına işbirliği sağlamak için bir fırsat oluşturacaktır.[30]

Eğitim Bakanlığının 15 Haziran 1972 tarihli ve 313 sayılı Genelgesi 1 Ağustos 1972'de yürürlüğe girmiş ve 8 Haziran 1971 tarihli Genelgeyi yürürlükten kaldırmıştır. Bu yeni Genelgenin 1(1). fıkrasında cinsel eğitimin amacı, öğrencilerin kendilerine dikkat etmeleri ve aynı konuda başkalarına saygı göstermelerini sağlamak için cinsel yaşam hakkında yeterli bilginin verilmesi, şeklinde açıklanmıştır. Aynı maddenin 2. fıkrasında, üreme organlarının anatomisi, gebelik ve gebelikten korunma, zührevi hastalıklar konusunda, öğrencilerin daha sonraki yaşamlarında bilgisizlikleri nedeniyle güçlük çekmelerini önleyecek ölçüde asgari bilgiler verilmesi öngörülmektedir. Yine bu maddenin 3. fıkrasında, cinsel eğitimin en geç üçüncü sınıfta başlaması, genel derslerin bütünleyici bir parçası olması, altıncı veya yedinci sınıflar ile dokuzuncu sınıfta cinsel eğitimin içerdiği temel konularda ödev verilebileceği belirtilmektedir. Genelgenin 2. maddesinde, cinsel eğitimin organizasyon ve kapsamının müfredat ile veya müfredata göre belirleneceği söylenmektedir. Genelgenin 3(1). fıkrasında, cinsel eğitimin bütünleştiği derslere giren öğretmenler tarafından, okul müdürünün direktiflerine göre verileceği belirtilmektedir. Hangi derslerin öğretilecek konularla bağlantılı olduğu konusunda müfredatta açıklık bulunmaması halinde bu konular, öğretmenler kurulunun tavsiyesi üzerine sınıf öğretmenleri tarafından öğretmenler arasında dağıtılır; tavsiye kararı okul kurulu tarafından onaylanır. Yine 3(2). fıkrasında bir öğretmenin 1(3). fıkrasında belirtilen cinsel eğitim konularında öğretim vermeye zorlanamayacağı veya bir öğretmenin öğrencilere çiftleşme teknikleri hakkında bilgi verme veya erotik durumları resmeden fotoğraflar gösterme yükümünde olmadığı söylenmektedir. Genelgenin 4. maddesinde, velilerin okul müdürlüğüne başvurarak, Genelgenin 1(3). fıkrasındaki derslerden çocuklarının muaf tutulmasını isteyebilecekleri belirtilmektedir.[31]

15 Haziran 1972 tarihli bir Tebliğde de, yeni Genelgenin amacının okul yetkililerine ve velilere cinsel öğretimin organizasyonunda daha fazla etkinlik kazandırmak olduğu vurgulanmıştır. Ayrıca okul eğitiminin bütünleyici bir parçası olmaya, yani zorunlu öğretim konularının bir kısmını oluşturmaya devam eden cinsel eğitimin, daha sınırlı bir amacı bulunduğu ve daha çok somut bilgi vermeye dayandığı belirtilmektedir. Tebliğe göre, Müfredat Komitesinin hazırladığı Rehber hala yürürlüktedir; ancak Genelge bu Rehbere atıfta bulunmadığından, Rehber sadece, okul yetkililerinin müfredatı hazırlarken başvurabilecekleri bir yardımcı niteliğindedir. Tebliğde son olarak öğretmenlerin görevleri üzerinde durulmaktadır. Tebliğe göre eğer bir öğretmen, cinsel eğitim konularında yeterli bir biçimde öğretim yapamayacağına inanıyorsa, Öğretmenler Öğretim Koleji tarafından verilen bilgilendirme kurslarına katılması sağlanmalıdır. Tebliğde cinsel eğitim ile ilgili derslerin dağıtımında öğretmenlerin kişisel ve mesleki niteliklerine özel bir önem verilmesi tavsiye edilmektedir.[32]

Danimarka Parlamentosu 26 Haziran 1975'te yeni bir Devlet Okulları Yasasını kabul etmiş, bu yasa 1 Ağustos 1976'da tam olarak yürürlüğe girmiştir. Ancak bu yeni yasa cinsel

eğitimin, ilköğretimde verilen öğretimin bütünleyici ve zorunlu olması konusunda önceki hükümde bir değişiklik yapmamıştır. Yeni yasa, velilerin devlet okullarının idaresi ve denetimi konusundaki etkinlikleri ile ilgili önceki hükümlerde de bir değişiklik yapmamıştır. Yeni yasa Parlamentoda tartışılırken Hıristiyan Halk Partisi'nin, velilerin çocuklarının cinsel eğitimden muaf tutulmasını isteyebilmelerine ilişkin verdiği değişiklik önergesi, 24'e karşı 103 oyla reddedilmiştir.[33]

Özel okullar: İlköğretim özel okullarında, kural olarak devlet okullarındaki bütün zorunlu dersler yer almaktadır; ancak cinsel eğitim bu kuralın bir istisnasını oluşturmaktadır. Özel okullar bu alanda verdikleri öğretimin, devlet okullarında uygulanan kurallarla hangi oranda paralellik taşıması gerektiği konusunda serbestçe karar verebilirler. Ancak özel okullar da 1960'tan bu yana biyoloji ders programlarında, devlet okullarında olduğu gibi, insanın üremesi konusuna zorunlu olarak yer vermek durumundadırlar.[34]

Başvurucuların iddiasına göre, zorunlu cinsel eğitimin getirilmesi, nüfusun genel isteğini yansıtmamaktadır. Nyborg kentinde bir müdür kısa sürede bunu protesto eden 36 bin imza toplamıştır. Aynı şekilde Oberva adlı Enstitünün 18 ve daha yukarı yaştaki 1.532 kişi arasında yaptığı ve 30 Ocak 1972'de bir gazetede yayınlanan anket sonuçlarına göre, cinsel eğitimin seçimlik olmasını isteyenlerin oranı yüzde 41, ilk öğretimde cinsel eğitim verilmemesini isteyenlerin oranı yüzde 15'tir; 1970 Yasası ile getirilen sistemi sadece yüzde 35'lik bir kesim onaylamaktadır. Öte yandan 1975'te yayınlan ve Mahkeme'ye sunulan iki makaleye göre ilk öğretimde cinsel eğitim, yasakoyucunun istediği sonuçları henüz vermemiştir. Tam tersine, 1970 ile 1974 arasında, istenmeyen gebeliklerin sayısında önemli ölçüde artış vardır. Hükümete göre ise, 1970 ile 1974 arasındaki istatistiklerin, ya sanın etkisini yansıttığı söylenemez; çünkü bu yasa Ağustos 1973'ten itibaren uygulanmaya başlanmıştır.[35]

II. Dava Konusu Olaylar

Başvurucular Bay ve Bayan Kjeldsen'in 1962 doğumlu olan kızları Karen, Varde'deki St. Jacobi belediye okuluna gitmektedir. Bu şehirdeki bütün belediye okulları 1972-73 öğretim yılına kadar, 1969'da kabul edilmiş olan müfredatı uygulamaktadırlar. Varde'deki müfredat 1973-74 öğretim yılında uygulanmaya başlamak üzere değiştirilmiştir. Başvurucular 25 Nisan 1971'de Eğitim Bakanlığından kızlarının cinsel eğitim derslerinden muaf tutulmasını istemişlerdir. Bakanlık 6 Mayıs 1971 tarihli karşılık yazısında, devlet okullarında cinsel eğitim hakkında yeni bir Genelge hazırlanmakta olduğunu bildirmiştir. Başvurucular Danimarka Parlamentosuna ve Parlamentodaki Ombudsman'a durumdan şikâyetçi olmuşlar, ancak Ombudsman bu konuda yetkisinin bulunmadığını belirtmiştir. Eğitim Bakanlığından 14 Temmuz 1971'de başvuruculara gönderilen yazıda, 274 sayılı Genelgenin yayınlandığı ve pratik nedenlerle çocuklarının cinsel öğretimden muaf tutulmasının mümkün olmadığı belirtilmiştir. Başvurucular 5 Ağustosta, Eğitim Bakanlığından bu kez özel okullarda cinsel eğitimin verilip verilmediğini sormuşlardır. Bakanlıktan 20 Eylülde verilen yanıtta, özel okulların cinsel eğitim verme zorunluluğu bulunmadığı, ancak 1960 yılından bu yana biyoloji ders programı içinde bazı konuların işlenmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir. Bundan bir süre önce, yani 31 Ağustos 1971'de, Varde okul Komisyon'u, başvurucu ailenin kızlarına serbest özel eğitim verilmesi yönündeki talebini reddetmiştir.[36-38]

Başvurucu ailenin 6 Eylül tarihli bir başka yazısı üzerine Eğitim Bakanlığının 13 Ekim 1971 tarihli cevabında, cinsel öğretim içermeyen ve serbest eğitim sağlayan bir yasa tasarısı hazırlamadıklarını belirtilmiş ve kız çocuklarının ayrı bir eğitim alması konusundaki talebi de reddedilmiştir. Bakanlık yazısında ayrıca, aynı konuda İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin Birinci Protokolünün 2. maddesini ileri süren bir başka aileye verdiği yanıta dayanarak, cinsel eğitim ile ilgili Yasanın, özellikle özel okulların bulunduğu dikkate

alınarak, Protokole uygun olduğu belirtilmiştir. Bu arada başvurucular çocuklarını St. Jacobi okulundan almışlar ve 1971-72 öğretim yılında evde öğrenim görmesini sağlamışlardır. Ağustos 1972'de çocuklarını yeniden Varde'deki bir okula göndermişlerdir.[39-40]

Başvurucular Komisyon'a yaptıkları başvuruda, en yakın özel okulun evlerinden 19 kilometre uzaklıkta olduğunu, çocuklarının diyabeti bulunduğunu, evden uzun bir süre ayrı kalamayacağını belirtmişlerdir. Hükümet, bu konuda bir itirazda bulunmamıştır.[40]

Diğer başvuruculardan Bay ve Bayan Busk Madsen'in dört çocuğu vardır; en büyüğü 1972 yılında Abenra'daki bir devlet okuluna başlamıştır. Bu başvurucuların çocuklarının cinsel eğitimden muaf tutulması için yaptıkları başvuru da olumsuz sonuçlanmıştır.[41]

Öteki başvurucular Bay ve Bayan Pedersen'in beş çocuğu vardır; bunlardan üçü 1972 yılında okul çağındadır. İki çocuk, cinsel eğitim ile ilgili dersleri almamaları için özel okula gönderilmiştir; üçüncüsü Alborg'daki belediye okuluna gitmektedir. Bu başvurucular da yetkili makamlara çocuklarının cinsel öğretimden muaf tutulmaları için başvurmuşlar, ancak olumsuz sonuç almışlardır. İnsan Hakları Avrupa Komisyonu'na yaptıkları başvuruda, eğer Komisyon kendileri için olumlu bir sonuca varmayacak olursa, üçüncü çocuklarını da özel okula göndereceklerini belirtmişlerdir.[42]

Başvurucular Mart 1972'de, bu okullarda cinsel eğitimle ilgili olarak kullanılan bazı kitapların okutulmasından şikâyetçi olmuşlardır. Şikâyet konusu kitapların okutulmasına, okullardaki öğretmenlere danışıldıktan sonra okul kurulu tarafından onay verildiği anlaşılmaktadır.[43]

HÜKÜM GEREKÇESİ

(...)

II. Birinci Protokolün 2. maddesinin ihlali iddiası

Hükümet, önce 2. maddenin ikinci cümlesinin devlet okullarına uygulanamayacağını ileri sürmüş, daha sonra ise, özel okulların varlığı nedeniyle hemen her olayda bu cümlenin ihlal edilmezliği sonucu çıkarılamayacağı görüşünü kabul etmiştir. Hükümet ayrıca, anne-babaların çocuklarını devlet okullarına göndermeye zorlanmadıklarını; anne-babaların çocuklarına evde öğrenim verebilmelerine, devletin desteklediği özel okullara gönderebilmelerine imkân tanındığını; böylece devletin 2. madde bakımından 'eğitim ve öğretimle ilgili bir görev' üstlendiğini belirtmiştir. Hükümete göre devlet, ikinci cümledeki hükümden çıkan yükümlülüğünü yerine getirmiştir.[50]

Mahkeme, Danimarka'da özel okulların kamu eğitim sistemi ile birlikte var olduğunu not etmiştir. Söz konusu 2. maddenin ikinci cümlesi Sözleşmeci Devletleri, eğitim ve öğretim alanında üstlendikleri 'her türlü' görev bakımından bağlar; kamu eğitiminin organizasyonu ve finansmanı da bu görev içinde yer alır.[50]

İkinci maddenin ikinci cümlesi, herkese eğitim hakkı tanıyan birinci cümlesi ile birlikte okunmalıdır. İkinci cümle, birinci cümledeki bu temel hakkın üzerine anne-babaların dinsel ve felsefi kanaatlerine saygı isteme hakkını eklemiştir. İkinci maddenin birinci cümlesi, ikinci cümlede olduğu gibi, devlet ve özel öğretim arasında bir ayrım yapmamıştır.[50]

Kısacası, ikinci maddenin ikinci cümlesi, Sözleşme'nin kabul ettiği tarzdaki 'demokratik bir toplum'un muhafaza edilmesinde başlıca unsurlardan biri olan eğitimde çoğulculuğu güvence altına almayı amaçlamaktadır.[50]

Mahkeme de Komisyon gibi, Danimarka'da devlet okullarının Birinci Protokolün uygulama alanı dışında kalmadığı sonucuna varmaktadır.[50]

Mahkeme ayrıca, ikinci maddenin ihlal edilip edilmediğini incelerken, Danimarka devleti tarafından eğitim ve öğretim alanında üstlenilen yükümlülüklerin, özel okullara önemli derecede yardım yapılmasını içerdiğini de unutmaz. Özel okullar vasıtasıyla sağlanan alternatif çözüm, bu davada görmezlikten gelinemez.[50]

Bu nedenlerle Mahkeme olayda, Birinci Protokolün ikinci maddesinin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir.

Hükümet ikinci olarak, 2. maddenin gidilmesi zorunlu olmayan devlet okullarına uygulanabilirliği kabul edilse bile, bu maddenin anne-babalara sadece 'mezhepsel nitelikte bir dinsel eğitim'in verildiği derslerden çocuklarını muaf saydırma hakkı verdiğini ileri sürmüştür.[51]

Mahkeme bu görüşe katılmamıştır. Devletin eğitim ve öğretim alanındaki her bir fonksiyonuna uygulanan 2. madde, din eğitimi ile diğer konuların eğitimi arasında bir ayrım yapmaya izin vermemektedir. Bu madde devlete, eğitim programının bütününde, anne-babaların dinsel veya felsefi kanaatlerine saygı göstermeyi emretmektedir.[51]

Birinci Protokolün 2. maddesi, birinci cümlenin egemen olduğu bir bütünü oluşturmaktadır. 'Eğitim hakkından yoksun bırakmama' yükümlüğü ile kendilerini bağlayan Sözleşmeci Devletler, kendi egemenlik yetkisi içinde bulunan herkes için, 'belirli bir zamanda var olan bir eğitim kurumuna girme' ve 'tamamladıkları çalışmaların resmen tanınması suretiyle', 'aldıkları eğitimden bir menfaat sağlama hakkı'nı (Belçika'da Eğitim Dili Davası kararı) güvence altına almışlardır.[52]

İkinci maddenin ikinci cümlesinde düzenlenen hak, birinci cümledeki temel eğitim hakkının uzantısıdır. Çocuklarının eğitim ve öğretiminden asıl sorumlu olan anne ve babalar bu sorumluluklarını yerine getirirken, devletten kendilerinin dinsel ve felsefi kanaatlerine saygı gösterilmesini isteyebilirler. Bu nedenle anne-babaların hakları, eğitim hakkından yararlanma ve bunu kullanma ile yakından ilişki kurulabilecek bir sorumluluğa karşılık gelmektedir.[52]

Öte yandan 'Sözleşme ve Protokol hükümleri bir bütün olarak okunmalıdır' (Belçika'da Eğitim Dili Davası kararı). Buna göre 2. maddenin hükümleri, sadece bu maddede yer alan hükümlerin ışığında değil, ama özellikle Sözleşme'nin anne-babalar ve çocuklar da dâhil, herkesin 8. maddedeki (özel ve aile yaşamına saygı hakkı), 9. maddedeki (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) ile 10. maddedeki (haber ve fikirleri elde etme ve ulaştırma özgürlüğü) hakları ışığında okunmalıdır.[52]

Buradan çıkan sonuca göre, müfredatı hazırlamak ve planlamak, ilk önce Sözleşmeci Devletlerin yetkisine girmektedir. Bu konu, amaca ulaşmak için izlenecek yolun tespiti ile ilgili sorunları kapsamaktadır; bu sorun üzerinde Mahkeme karar veremez; bu sorunların çözümü tabi ki ülkeye ve zamana göre değişmektedir.[53]

Birinci Protokolün 2. maddesi, devletlerin eğitim ve öğretim yoluyla, doğrudan veya dolaylı olarak, dinsel veya felsefi türden bilgi vermelerini engellememektedir. Bu madde, anne-babaların bu türden bir öğretimin müfredata konulmasına karşı çıkmalarına da izin vermemektedir; çünkü aksi takdirde, kurumsallaşmış bütünsel eğitim uygulanamaz hale gelebilecektir. Aslında, okullarda okutulan birçok dersin az ya da çok felsefe ile bir bağlantısı olmadığını söylemek zordur. Felsefi, kozmolojik veya ahlaki nitelikteki her soruya bir yanıtı olan geniş bir dogmatik ve ahlaki bütün oluşturan dinlerin varlığı hatırlanacak olursa, aynı şey dinsel eğilimler bakımından da geçerlidir.[53]

Öte yandan 2. maddenin ikinci cümlesi, devletin eğitim ve öğretim alanında üstlendiği görevleri yerine getirirken, müfredata dâhil edilen bilgilerin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda nakledilmesine dikkat etmek zorunda olduğunu ima etmektedir. Devletin,

anne-babaların dinsel ve felsefi kanaatlerine saygı göstermeyip, fikir aşılama amacını izlemesi yasaktır. Geçilmemesi zorunlu olan sınır budur. Böyle bir yorum, Protokolün 2. maddesinin birinci cümlesi ile birlikte, Sözleşme'nin 8-10. maddeleri ve demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumak ve geliştirmek için düzenlenmiş bir belge olan Sözleşme'nin genel esprisine de uygundur.[53]

Mahkeme'ye göre tartışma konusu mevzuat, yukarıda yorumu yapıldığı şekilde Protokolün 2. maddesine uygun olup olmadığı incelenirken, bir yandan yasama politikasını değerlendirmekten kaçınmak, öte yandan da yasakoyucunun çözüm aradığı somut sorunu göz önünde tutmak gerekir.[54]

Yasayı çıkartmadan önce nitelikli uzmanların görüşlerini almayı ihmal etmeyen Danimarka yasakoyucusu, o sıralarda Danimarka'da çocukların hiç zahmetsiz ve birçok kaynaktan cinsel yaşamlarını ilgilendiren bilgileri aldıkları olgusundan hareket etmiştir. Konu üzerinde devlet okullarında verilen eğitimin amacı, bu konudaki bilgileri daha doğru, açık, objektif ve bilimsel bir tarzda vermektir. Şikâyet konusu mevzuat tarafından sağlanan ve düzenlenen bu öğretim, prensip olarak öğrencilere daha iyi bilgi vermeyi amaçlamaktadır. Bu amaç, diğer belgelerle birlikte Nisan 1971 tarihli Rehberin başlangıç bölümünden çıkmaktadır.[54]

Konu bu çerçevede ele alınsa bile, bu tür bir eğitim, öğretmenlerin dinsel ve felsefi alana taşan bazı bilgiler vermelerini imkânsız kılamaz; çünkü bu konu, maddi bilgilerin verilmesi sırasında kolaylıkla değer yargılarının da ifade edilebileceği türden konulardır. Mahkeme'nin önündeki belgelere göre Danimarka Devleti, gerekli görülen bilgilerin uygun zamanda çocuklara verilmesi suretiyle, örneğin evlilik dışında doğan çocuk sayısındaki fazlalık, kürtaj ve zührevi hastalıklar gibi rahatsızlık verici birçok fenomen karşısında kendilerini uyarmaya çalışmıştır. Kamu makamları, günü geldiğinde çocukların 'kendilerine bakabilmeleri ve aynı konuda başkalarına dikkat etmeleri' ve 'bilgisizlik nedeniyle kendilerini ve başkalarını güç durumda bırakmamaları' için yeterli bilgiyle donatmak istemiştir. Bu konular aslında ahlaki düzen içinde yer alır; ancak bunlar çok genel nitelikte olup, demokratik bir devletin kamu yararı kapsamında görebileceği konulardır.[54]

Tartışma konusu mevzuat hiç bir biçimde, belirli bir tarzda cinsel bir davranışı savunmak suretiyle, fikir aşılamayı amaçlamamaktadır. Bu mevzuat, cinselliği kışkırtan veya öğrencilerin dengelerini bozabilecek, sağlıkları veya gelecekleri için tehlikeli olabilecek bir yaşantıya girmelerini teşvik edecek veya anne-babaların kınamasına sebep olacak bir görüş savunmamaktadır. Bu mevzuat, çocukların doğal eğitimcileri olan anne-babaların onları aydınlatmalarını ve onlara tavsiyelerde bulunmalarını veya kendi dinsel veya felsefi kanaatleri çizgisinde yönlendirmelerini de etkilememektedir.[54]

Mevzuatın uygulanması sırasında bir okul veya öğretmen tarafından kötüye kullanma olabilir; ancak yetkililer bu kötüye kullanmayı görmek ve dikkatsizlik, yetersizlik veya öğrencileri kendi dinine sokmaya çalışmak suretiyle anne-babaların dinsel ve felsefi kanaatlerine saygısızlık yapılmamasına azami özen göstermek zorundadırlar. Komisyon'un kabuledilebilirlik kararlarında böyle bir sorunun bulunmadığı anlaşılmaktadır (Belçika'da Eğitim Dili Davası kararı).[54]

Bu nedenlerle Mahkeme, tartışma konusu mevzuat nedeniyle, başvurucu ailelerin dinsel ve felsefi kanaatlerine uygun eğitim verilmesini isteme hakkının hiç bir biçimde ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

III. Birinci Protokolün 2. maddesiyle birlikte ele alınan 14. maddenin ihlali iddiası

Başvurucular, Danimarka mevzuatının anne-babaların çocuklarını din derslerinden muaf saydırma imkânı verdiği halde, bütünleştirilmiş cinsel eğitimden muaf saydırma imkânı vermediğini, bunun da Sözleşme'nin 14. maddesine aykırı olarak dine dayanan bir ayrımcılık oluşturduğunu iddia etmişlerdir.[56]

Mahkeme'ye göre Sözleşme'nin 14. maddesi, güvence altına alınan hak ve özgürlükler alanında, kişileri veya grupları bir diğerinden ayrılabildiği kişisel bir nitelik ('statü') temeline veya sebebine dayanan ayrımcı muameleleri yasaklamaktadır. Tartışma konusu mevzuatta böyle bir muamelenin bulunduğunu ima eden bir şey yoktur.[56]

Ayrıca, dinsel eğitim ile cinsel eğitim arasında fark vardır. Dinsel eğitim sadece bilgi değil, bir öğreti yayar; oysa cinsel eğitim böyle değildir. Bu nedenle başvurucular tarafından itiraz konusu yapılan dinsel eğitim-cinsel eğitim ayrımı, birbirinin benzeri olmayan maddi esaslara dayanır. Bu nedenlerle Mahkeme, eğitim hakkı bakımından ayrımcılık yasağının ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.[56]

IV. Sözleşme'nin 8 ve 9. maddelerinin ihlali iddiası

Başvurucular ayrıntı vermeden Sözleşme'nin 8 ve 9. maddelerinin ihlal edildiğini ileri sürmüşlerdir. Mahkeme, Birinci Protokolün 2. maddesini yorumlarken ele aldığı gerekçesiyle Sözleşme'nin 8 ve 9. maddelerinin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.[57]

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Bir karşı altı oyla, Sözleşme'nin 14. maddesiyle birlikte ele alındığında, Birinci Protokolün 2. maddesinin ihlal edilmediğine;
2. Oybirliğiyle, Birinci Protokolün 2. maddesiyle birlikte ele alındığında Sözleşme'nin 8 ve 9. maddelerinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

25.02.1982 7511/76 CAMPBELL VE COSANS - BİRLEŞİK KRALLIK

♦ *bedensel ceza* (bazı okullarda öğretmenler tarafından öğrencilerin ellerine kayışla vurulmak suretiyle bedensel ceza uygulaması, muamelenin asgari ağırlıkta olmaması), *eğitimde disiplin cezası olarak bedensel ceza* (birinci başvurucunun çocuğu için okulda bedensel ceza uygulanmayacağı güvencesi verilmemesi, ikinci başvurucunun çocuğuna verilen bedensel cezanın uygulanmasına karşı çıkılması üzerine okuldan kaydının silinmesi nedeniyle aşağılayıcı ceza şikâyeti) ■ eğitim hakkı—anne babanın dinsel ve felsefi inançlarına uygun eğitim hakkı—kötü muamele yasağı

DAVANIN ESASI

Bayan Campbell ve Bayan Cosans, İskoçya'da yaşamaktadırlar. Komisyon'a başvuru yaptıkları tarihlerde, her ikisinin de zorunlu eğitim çağında birer çocukları bulunmaktadır. Başvurucular İskoçya'da devlet okullarında disiplin tedbiri olarak bedensel cezanın uygulanmasıyla ilgili olarak şikâyette bulunmuşlardır. Mali ve pratik sorunlar nedeniyle, başvurucuların çocuklarını devlet okullarından başka bir okula gönderme seçenekleri bulunmamaktadır.[8]

I. Dava Konusu Olaylar

Birinci başvurucu Komisyon'a başvuruda bulunduğu 30 Mart 1976 tarihinde, 7 yaşındaki oğlunu Katolik İlkokula kaydettirmiştir. Bu okulda disiplin amacıyla bedensel ceza uygulanmaktadır. 8 yaşın altındaki çocuklara bu cezanın uygulanıp uygulanmadığı

tartışmalıdır. Başvurucu çocuğuna bedensel ceza verilmeyeceği konusunda okuldan güvence istemiş, okul böyle bir güvence vermeyi reddetmiştir. 1979 yılına kadar, öğrenim gördüğü bu okulda çocuğa bedensel ceza uygulanmamıştır.[9]

İkinci başvurucunun oğlu ortaokul öğrencisidir. Evinin yolunu kısaltmak amacıyla yol üzerindeki mezarlıktan geçtiği gerekçesiyle, kendisine bedensel ceza uygulanması için ertesi günü müdür yardımcısının odasına gelmesi gerektiği 23 Eylül 1976'da söylenmiştir. Babasının tavsiyesi üzerine müdür yardımcısının odasına gitmiş, ancak bedensel ceza uygulamasına razı olmamıştır. Bu nedenle aynı gün, cezasının uygulanmasına razı oluncaya kadar okuldan uzaklaştırılmasına karar verilmiştir.[10]

Bu aileye 1 Ekim 1976'da çocuğun okuldan uzaklaştırıldığı resmen bildirilmiştir. 18 Ekimde okul idaresiyle yaptıkları görüşmede bedensel cezaya karşı olduklarını söylemişlerdir. 14 Ocak 1977'de okul idaresi aileye mektup yazarak, çocuğun uzun süre okuldan uzaklaşmış olmasının yeterli bir ceza oluşturduğu gerekçesiyle, okuldan uzaklaştırma cezasını kaldıracağını bildirmiştir. Yine aynı mektupta, çocuklarının "kurallara, yönetmeliklere ve disiplin şartlarına uyacağının" kendileri tarafından kabul edilmesinin şart olduğu bildirilmiştir. Anne ve baba bunu, çocuklarının bedensel ceza ile karşılaşmayacağı şeklinde anladıklarını belirtmişlerdir. Müdür bunun yukarıdaki şartı reddetmek olduğunu ve uzaklaştırma cezasını kaldırmadığını, eğer çocuklarını okula göndermeyecek olurlarsa kovuşturulabileceklerini belirtmiştir. Başvurucunun çocuğu bir daha okula dönmemiş ve on altı yaşına girince de zorunlu okul çağından çıkmıştır.[11]

II. Konuyla ilgili iç hukuk

Bedensel ceza, İskoç hukuk sisteminde common law tarafından düzenlenmekte ve müessir fiiller kapsamında yer almaktadır. Genel kural olarak müessir fiil, zararların karşılanması için hukuk davasına ve suç olarak cezai kovuşturmaya konu olur. Ancak common law tarafından, devlet okullarında ve diğer okullarda öğretmenlere, öğretmenlik statüleri gereğince, bir disiplin tedbiri olarak bedensel ceza uygulama yetkisi tanınmıştır. Bir öğretmen tarafından aşırı, keyfi veya zalimane bir biçimde veya gereksiz bir saikle bedensel ceza uygulanması, müessir fiil oluşturur. Öğretmenin döverek cezalandırma yetkisi, anne-baba gibi, gözetimi altındaki çocuklarla ilişkisinden kaynaklanmakta olup, devlet tarafından verilmiş bir yetki değildir. Böylece bedensel cezanın uygulanması yukarıdaki sınırlara tabi olup, öğretmenlerin okulla yaptıkları sözleşme şartları arasında yer alıp almaması öğretmenin takdirine bırakılmıştır.[12]

Söz konusu iki okulda bedensel ceza, öğrencinin avuç işine kayışla vurulma şeklinde uygulanmaktadır. Sınıftaki kötü bir davranıştan ötürü ceza sınıfta ve öğrencilerin önünde uygulanır; başka yerlerdeki veya daha ağır kötü davranışlardan dolayı bedensel ceza, okul müdürü veya yardımcı tarafından odasında uygulanır. Okullarında bedensel ceza uygulanmasından dolayı başvurucuların çocukların psikolojik olarak olumsuz yönde etkilendikleri saptanamamıştır.[13]

Eğitimde disiplin tedbiri niteliğindeki bedensel cezanın tedrici bir biçimde kaldırılması eğilimine uygun olarak Eğitim Bakanlığı, Eğitim müdürleri ve öğretmenlerin katıldığı eğitim şurası 1968 yılında, "Okullarda Bedensel Cezanın Tasfiyesi: Prensipler ve Davranış Kuralları" adıyla bir kitapçık hazırlamıştır. Bu kitapçığa göre:[16]

"Bedensel ceza tasfiye edilinceye kadar, uygulanması aşağıdaki kurallara tabidir:

i) Bedensel ceza, ödevleri yapmama veya başarısızlık gibi nedenlerle uygulanmamalıdır; başarısızlık disiplin sorunundan çok eğitsel veya sosyal bir sorun olabilir; cezalandırma yerine çözüm bulmayı gerektirebilir.

ii) bedensel ceza küçük sınıflardaki çocuklara uygulanmamalıdır. Küçük sınıflardan kaldırılmasından sonra ilkokulun diğer sınıflarında da kaldırılmalıdır.

iii) Ortaokullarda öğrenciye sadece istisnai durumlarda ve karşı cinsten bir öğretmen tarafından vurulmalıdır.

iv) Ailenin değil de çocuğun kendi kusuruyla okula gelmediği veya geç geldiği okul müdürü tarafından anlaşılmadıkça, bedensel ceza uygulanmamalıdır.

v) Bedensel cezanın uygulanması dışında, kayış gösterilmemelidir.

vi) Bedensel ceza sadece son çare olarak, okuldaki ve sınıftaki düzenin şartları sağlamak için kusurlu öğrenciye uygulanmalıdır.

vii) Daha önceki kötü davranışın tekrarlanması halinde bu cezanın uygulanacağı konusunda açık bir uyarı yapılmalıdır.

viii) Bedensel ceza çocuğun avucuna kayışla vurulması suretiyle uygulanır; başka şekilde uygulanmaz.

Bu kitapçık 1968'de bütün okullara gönderilmiş, 1972'de yeniden yayınlanmıştır. Bağlayıcı bir yönü yoktur. Ancak mahkemeler hukuk ve ceza davalarında, bedensel cezanın hukuka aykırı bir şekilde uygulandığı iddiaları karşısında bu 'Kuralları' dikkate alabilirler; buna aykırı davranma, disiplin soruşturmasını gerektirebilir.[17]

1974'te okullardaki disiplinsizliği ve devamsızlığı incelemek üzere kurulan bağımsız bir komitenin 1977 tarihli raporunda, bedensel cezanın 1968'de öngörüldüğü şekilde giderek ortadan kalkmakta olduğu belirtilmiştir. Rapora göre bedensel ceza tedricen kaldırılmakta olmasına rağmen, öğretmenler tarafından uygulanmasına birçok aile taraftardır. Hatta bazı cezalara nazaran bedensel cezanın uygulanmasını isteyen öğrenciler bile vardır.[18]

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlali iddiası

Başvurucular, okulda bir disiplin tedbiri olarak bedensel ceza uygulanması nedeniyle çocuklarının 3. maddenin ihlalinden ötürü mağdur olduklarını iddia etmişlerdir. Komisyon ihlal bulmamış; Hükümet ise Komisyon'un görüşüne katılmıştır.[24]

Başvurucuların çocuklarının avuçlarına kayışla vurulmamıştır. Dolaysıyla Mahkeme, bedensel cezanın fiilen uygulanmasını 3. maddeye göre incelemek durumunda değildir.[25]

Ancak Mahkeme, 3. maddeyle yasaklanmış bir fiil tehdidinin dahi, yeterince gerçek ve yakın olmak koşuluyla, bu maddeye aykırı düşebileceği görüşündedir. Bu nedenle, bir kimseyi işkence ile tehdit etmek, bazı koşullarda en azından "insanlıkdışı muamele" oluşturabilir.[26]

Mahkeme'ye göre bedensel ceza sistemi, kendilerine uygulanabilecek olanlarda belirli bir ölçüde endişe uyandırsa da, başvurucuların çocuklarının karşılaştıkları durum, Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında "işkence" veya "insanlıkdışı muamele" değildir; Mahkeme'nin İrlanda -- Birleşik Krallık kararında (bk. parag. 167 ve 174) yorumladığı ve uyguladığı bu kavramlarda içkin gördüğü şiddetten başvurucuların şikâyetçi olduklarına dair hiçbir delil yoktur.[27]

Mahkeme'nin Tyrer davasındaki kararı, "aşağılayıcı ceza" kavramıyla ilgili bazı kriterlere işaret etmektedir (bk. Tyrer, §30). Bu olayda ise, fiilen bir "ceza" uygulanmamıştır. Bununla birlikte, Tyrer kararından çıkan sonuca göre bir "muamele", yapıldığı kişiyi kendisinin veya başkalarının gözünde asgari düzeyde aşağılamış veya küçültmüş olmadıkça,

"aşağılayıcı" sayılmaz (bk. parag. 32). Bu düzey, olayın şartlarına göre değerlendirilir (bk. İrlanda, §167, 179-181).[28]

Mahkeme'ye göre, bedensel cezanın uzun bir zamandır uygulanıyor olması veya genel kabul görmesi, bu tedbiri uygulama tehdidini Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında "aşağılayıcı" olmaktan çıkarmaz. Bununla birlikte, bu cezanın uygulandığı İskoçya'daki okullardaki öğrencilerin, bu cezaya maruz kalma riski nedeniyle kendilerini başkalarının veya kendilerinin gözünde aşağılanmış veya küçülmüş hissettiklerine dair bir delil yoktur.[29]

Mahkeme'ye göre, aşırı duyarsız bir kimseye yöneltilen bir tehdit, onun üzerinde önemli bir etki yaratmasa bile, itiraz edilemeyecek şekilde aşağılayıcı olabilir; öte yandan aşırı duyarlı bir kimse, sadece olağan ve günlük anlamları çarpıtılmak suretiyle aşağılayıcı olarak tanımlanabilecek bir tehditten derin bir biçimde etkilenebilir. Her halükarda, başvurucuların çocuklarının bir sağlık raporuyla veya başka bir şekilde, ruhsal durumlarının olumsuz etkilendiği gösterilmemiştir.[30]

İkinci başvurucunu oğlu kayışla dövülme cezasına yakınlaştığında endişe yaşamış olabilir; ancak bu tür duygular Sözleşme'nin 3. maddesi anlamında aşağılayıcı muamele oluşturmak için yeterli değildir. Birinci başvurucunun oğlu ise hiçbir zaman bedensel cezayla tehdit edilmemiştir. Velisinin iddia ettiği gibi, bu tür bir uygulamanın varlığı, grup içindeki gerginliğe ve bir biçimde yabancılaşmaya neden olabilir; ancak bunlar aşağılanma veya küçültülmeden farklı bir kategori içine girer.[30]

Mahkeme'ye göre, sonuç olarak 3. madde ihlal edilmemiştir.[31]

II. Birinci Protokolün 2. maddesinin birinci cümlesinin ihlali iddiası

Başvurucular, çocuklarının gittikleri okullarda disiplin tedbiri olarak bedensel cezanın varlığı nedeniyle, bu maddenin ikinci cümlesindeki kendi haklarının ihlal edildiğini iddia etmişlerdir. Hükümet buna çeşitli noktalardan itiraz etmiş, Komisyon ise bir ihlal bulunduğunu kabul etmiştir.[32]

Hükümete göre ilk olarak, disiplin gibi bir okulun iç idaresiyle ilgili bir iş, 2. maddedeki anlamıyla "eğitim" ve "öğretim" fonksiyonu değildir; eğitim, imkânların sağlanmasını, öğretim ise bilginin aktarılmasını ifade etmektedir. Mahkeme'ye göre ise çocukların eğitimi, bir toplumda yetişkinlerin kendi inançlarını, kültürlerini ve öteki değerlerini gençlere nakletme çabalarını kapsayan bütün bir süreci, öğretim ise özellikle bilginin ve entelektüel gelişmenin nakledilmesini kapsar. Bedensel cezanın uygulanması bir anlamda, bir okulun iç idaresinin bir parçasıdır, ama aynı zamanda, öğrencilerin zihinsel yeteneklerini geliştirme ve karakterlerini düzeltme gibi, bir okulun üzerinde kurulduğu amaçlarını gerçekleştirmenin de bütünleyici bir parçasıdır. Mahkeme'nin daha önce belirttiği gibi (bk. Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §50), Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesi, Sözleşmeci Devletlerin eğitim ve öğretim alanında üstlendikleri "bütün ve her" iş bakımından bağlayıcıdır.[33]

İkinci olarak Hükümet, İskoçya'da merkezi ve yerel yönetimlerin eğitim alanında üstlendikleri "görevlerin" disiplin konusunu kapsamadığını savunmuştur. Mahkeme'ye göre ise devlet, İskoçya'daki eğitim konusunda genel politikanın oluşturulmasında sorumluluk üstlenmiş olup, başvurucuların çocuklarının gittikleri okullar da devlet okullarıdır. Disiplin, her eğitim sisteminin bütünleyici ve hatta onsuz olmaz bir parçasıdır; İskoçya'da devletin sorumluluğu, günlük disiplin olmasa bile genel olarak disiplin sorununu da kapsar; merkezi ve yerel eğitim makamlarının Davranış Kuralları'nın hazırlanmasına katılması ve Hükümetin bedensel cezayı kaldırmayı amaçlayan bir politikayı taahhüt emesi, bunu teyit etmektedir (bk. yukarıda §16 ve 18).[34]

Üçüncü olarak, Hükümete göre felsefi kanaatlere saygı yükümlülüğü, okul idaresinin her yönüyle ilgili olarak değil, ama sadece verilen bilginin içeriği ve veriliş tarzıyla ilgili olarak ortaya çıkar. Hükümetin de işaret ettiği gibi, Mahkeme Kjeldsen(...) kararında (parag. 53) şöyle demiştir.

"(...) 2. maddenin ikinci cümlesi, devletin eğitim ve öğretim alanında üstlendiği görevleri yerine getirirken, müfredata dâhil edilen bilgilerin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda nakledilmesine dikkat etmek zorunda olduğunu ima etmektedir. Devletin, anne-babaların dinsel ve felsefi kanaatlerine saygı göstermeyip, fikir aşılama amacını izlemesi yasaktır. Geçilmemesi zorunlu olan sınır budur."

O dava öğretimin içeriğiyle ilgili olmakla birlikte, ifade tarzının genişliğinin de gösterdiği gibi, 2. maddenin kapsamı daha geniştir; Mahkeme'nin aynı kararda bu maddenin "Sözleşmeci Devletleri, eğitim ve öğretim alanında üstlendikleri 'her türlü' görev bakımından bağlar; kamu eğitiminin organizasyonu ve finansmanı da bu görev içinde yer alır" demiş olması (bk. Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §50), bunu teyit etmektedir. Bu olayda davalı devletin üstlendiği görev, disiplin sorununu da içermek zorunda olan İskoçya eğitim sisteminin gözetimidir.[35]

Hükümet, başvurucuların bedensel cezanın kullanılması konusundaki görüşlerinin "felsefi kanaatler" olduğu görüşüne de karşı çıkmıştır. Mahkeme'ye göre "kanaatler" terimi kendi başına alındığında, Sözleşme'nin 10. maddesinde geçen "fikirler" ve "düşünceler" terimleriyle eş anlamlı olmayıp, 9. maddedeki "inançlar" terimine daha yakındır ve inandırıcılığı, ciddiyeti, bütünselliği ve önemi bakımından belirli bir düzeye ulaşmış görüşleri ifade eder. "Felsefi" terimi de, ailelerin bu maddedeki haklarını çok dar biçimde kısıtlayacak veya yeterli ağırlığı olmayan konuları da içerecek şekilde yorumlanmamalıdır. Mahkeme'ye göre "felsefi kanaatler" terimi, Sözleşme'ye bir bütün olarak bakıldığında, "demokratik toplumda" saygıya değer bulunan (*Young, James ve Webster, §63*) ve insan haysiyetiyle bağdaşmaz bulunmayan kanaatleri ifade eder; ayrıca bunlar, çocuğun eğitim gibi temel bir hakkı ile çelişmemelidir (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §53*). Başvurucuların görüşleri, kişi bütünlüğü gibi insan yaşamının ve davranışların temel yönleriyle ilgili görüşlerdir.[36]

Dördüncü olarak Hükümet, bedensel cezayı tedricen tasfiye etme politikasını kabul etmekle, başvurucuların kanaatlerine saygı yükümlülüğünü yerine getirdiğini savunmuş, başka çözümlerin bu disiplin yöntemine yandaş olanlar ile muhalif olanlar arasında adil denge kurma gereğiyle ve eğitim hakkıyla ilgili koyduğu çekinceyle bağdaşmayacağını savunmuştur. Mahkeme bu görüşe katılmamıştır. Mahkeme'ye göre, söz konusu politika başvurucuların görüşleri doğrultusunda bir hareket olmakla birlikte, maddedeki "saygı gösterme" terimi, "kabul etme"den veya "dikkate alma"dan daha fazla bir anlam taşır; negatif taahhüt yanında devlete yükümlülükler de yükler (*mutatis mutandis, Marckx, §31*). Böyle olduğundan, anne babanın kanaatlerine saygı gösterme yükümlülüğü, karşıt görüşler arasında denge kurma iddiasıyla çiğnenemez; Hükümetin bedensel cezayı tedricen kaldırma politikası bu görevle bağdaşmaz.[37]

Mahkeme'ye göre, Hükümetin çekince olarak atıfta bulunduğu iç hukuk hükümleri 1962 tarihli yasada yer almaktadır. Sözleşme'nin 64. maddesine uygun çekince, sadece çekincenin konulduğu tarihte yürürlükte olan iç hukuk hükümleri bakımından konulan çekincedir. Birleşik Krallık Sözleşme'yi 1952'de imzalamıştır. Bununla birlikte 1962 tarihli yasada çekinceye konu olan ilgili hükümler, 1946 tarihli yasadaki hükümlerin yeniden yazılması şeklindedir. Bu nedenle söz konusu hükümler, çekincenin konulduğu tarihte yürürlükte olan hükümlerdir. Ne var ki Mahkeme'ye göre, bedensel cezaya itiraz eden anne babaların çocuklarına uygun ayrı okullar kurulması, 2. maddeye "makul olmayan masraflardan kaçınma" şeklindeki çekincenin amacıyla bağdaşmaz.[37]

Mahkeme, başvurucuların Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesindeki annebabanın dinsel ve felsefi inançlarına saygılı eğitim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[38]

III. Birici Protokolün 2. maddesinin birinci cümlesinin ihlali iddiası

İkinci başvurucu, okuldan uzaklaştırılması nedeniyle çocuğunun eğitim hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Komisyon, ikinci cümlede varılan sonuç nedeniyle, bu sorunun ayrıca incelenmesinin gerekli olmadığını savunmuştur. Hükümet de Komisyon ile aynı fikirde olmakla birlikte, alternatif olarak, eğitim kurumlarına girmenin sınırlandırılabileceğini, ikinci başvurucunun okuldan uzaklaştırılma nedeninin onun anne ve babasının böyle bir şartı kabul etmemeleri olduğunu, bu nedenle ihlal bulunmadığını savunmuştur.[39]

Mahkeme ise, ikinci ve birinci cümlelere ilişkin iddialar arasında esaslı bir fark olduğunu, ikinci cümlenin ihlali iddiasına okuldaki belirli bir uygulamanın neden olduğunu, birinci cümlenin ihlali iddiasına ise okula girme yasağının neden olduğunu belirtmiştir. Mahkeme'ye göre, ikinci durumun sonuçları birincisinden daha geniştir. Bu nedenle, iki ayrı şikâyet bulunmakta olup, aralarındaki fark sadece hukuki iddia veya savunma farklılığı değildir (*Le Compte, Van Leuven ve De Meyere, §38*). Mahkeme'ye göre, 2. madde, birinci cümlenin egemenliğinde ikinci cümlenin buna bir ek oluşturduğu bir bütün oluşturmaktadır. Son olarak, biri anne-babanın bir hakkıyla, diğeri çocuğun hakkıyla ilgili olduğundan, temelde farklılık gösteren iki ayrı talep vardır. Bu nedenle birinci fıkrayla ilgili olarak ortaya çıkan sorun, ikinci cümlede varılan ihlal sonucunda erimiş değildir.[40]

Mahkeme'ye göre, 2. maddedeki eğitim hakkı, niteliği gereği devlet tarafından düzenleme yapmayı gerektirir, ancak bu düzenleme hakkın özünü zedelememeli ve Sözleşme ile Protokollerde yer alan haklarla çatışmamalıdır (bk. Belçika'da Eğitim Dili Davası, §52). Olayda bir yıl kadar yürürlükte kalan uzaklaştırma cezasını, kendisinin ve ailesinin bedensel cezayı kabul etmemeleri tahrik etmiştir. Çocuğun okula dönüşü, Hükümetin saygı göstermekle yükümlü olduğu anne ve babanın kanaatlerine aykırı hareket etmeleriyle mümkündür. Bu şekilde diğer bir hakla çelişen eğitim kurumlarına girme şartının, makul olduğu söylenemez. Bu nedenle Mahkeme, eğitim hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.[41]

IV. 50. maddenin uygulanması

İkinci başvurucu adil karşılık talebinde bulunmuştur. Mahkeme sorunun karara hazır olmadığını tespit etmiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edilmediğine,
2. Bire karşı altı oyla, her iki başvurucu bakımından Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesinin ihlal edildiğine,
3. Bire karşı altı oyla, ikinci başvurucu bakımından aynı maddenin birinci cümlesinin ihlal edildiğine
4. Sözleşme'nin 50. maddesinin uygulanması sorunun saklı tutulmasına

KARAR VERMİŞTİR.

25.05.1993 14307/88 LEYLA ŞAHİN - TÜRKİYE [BD]

♦ *başörtülü öğrencinin üniversiteye alınmaması* (İslami başörtüsü kullanan başvurucunun İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi 5. sınıf öğrencisi bulunduğu sırada Şubat 1998'da Rektör Yardımcısının başörtülü ve sakallı öğrencilerin üniversiteye alınmamalarına dair genelgesi doğrultusunda derslere ve sınavlara alınmaması) ■ eğitim hakkı

Not: Bu davaya konu olan olaylar ile Mahkeme'nin 9. maddeyle ilgili değerlendirmesi için bu kitabın 9. maddeyle ilgili bölümüne bakınız

HÜKÜM GEREKÇESİ

II. Birinci Protokolün 2. maddesinin ihlali iddiası

A. Mevcut şikâyetin ayrıca incelenmesine gerek olup olmadığı hakkında

1. Tarafların görüşleri

(...)

2. Daire'nin Kararı

(...)

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

128. Mahkeme, yerleşik içtihatlarına göre Büyük Daire'ye gönderilen "dava"nın, Daire tarafından daha önceden incelenen başvurunun tüm yönlerini kapsadığını ve davanın sadece kısmi olarak Büyük Daire'ye gönderilmesi için herhangi bir dayanak bulunmadığını hatırlatır (*Cumpana ve Mazare [BD], §66; K. ve T. - Finlandiya [BD], §140-141*). Büyük Daire'ye gönderilen "dava", kabuledilebilir bulunmuş bir başvurudur.

129. Mahkeme, davanın içinde bulunduğu özel koşullar ile eğitim hakkının temel niteliğini dikkate alarak ve tarafların tutumlarını göz önünde bulundurarak, her ne kadar söz konusu şikâyetin esası Sözleşme'nin 9. maddesinde olduğu gibi, 23 Şubat 1998 tarihli düzenlemenin eleştirisi ise de, Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin, Sözleşme'nin 9. maddesine dayanan şikâyetten ayrı olarak değerlendirilebileceği kanaatine varmıştır.

130. Sonuç olarak Mahkeme söz konusu şikâyeti ayrı olarak ele alacaktır (*mutatis mutandis, Göç [BD], §46*).

B. Uygulanabilirlik

131. Başvurucu aşağıda belirtilen Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin ihlal edildiğini iddia etmektedir. (...)

1. Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin kapsamı

a) Tarafların Büyük Daire önünde iddia ve savunmaları

(...)

b) Mahkeme'nin değerlendirmesi

134. Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesine göre, hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Bu hükümde yükseköğretimden bahsedilmemesine rağmen, bu hükmün yükseköğretime veya eğitimin herhangi bir düzeyine uygulanmayacağı yönünde de bir şey belirtilmemiştir.

135. Eğitim hakkının içeriği ve bundan doğan yükümlülüğün kapsamına ilişkin olarak Mahkeme, *"Belçika'da Eğitim Dili"* kararında ((*Esas hk*), *§3*), şöyle demiştir: "Hazırlık çalışmalarının da teyit ettiği gibi maddenin negatif ifade tarzı (...), Sözleşmeci Devletlerin masrafları kendilerine ait olan ya da maddi açıdan desteklemelerini gerektiren belirli bir tarzda veya düzeyde eğitimi sağlamalarını gerektirecek bir eğitim hakkını tanımadıklarını ima etmektedir. Ancak bundan, Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinde güvence altına alındığı şekliyle, söz konusu hakka uyulmasını sağlamak için devletlerin herhangi bir pozitif yükümlülüklerinin bulunmadığı sonucu çıkarılamaz. Bir 'hak' varsa, Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca, bir Sözleşmeci Devlet'in egemenlik yetkisi içinde bulunan herkese bu hak sağlanır".

136. Mahkeme, içeriği ekonomik ve toplumsal koşullarda zamana ve yere göre değişebilen eğitim hakkının, esas olarak toplumun ihtiyaçlarına ve kaynaklarına bağlı olarak geliştiğini gözden kaçırmamaktadır. Bununla birlikte Sözleşme'nin, hakları teorik ve hayali olarak değil, ama pratik ve etkili olarak koruma sağlayacak şekilde yorumlanıp uygulanması büyük önem arz etmektedir. Ayrıca Sözleşme, günümüz koşullarının ışığında yorumlanması gereken canlı bir belgedir (*Marckx, §41; Airey, §26; Mamatkulov ve Askarov [BD], §121*). Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesi temelde, ilk ve orta öğretim kurumlarına girişi öngörmekte ise de, yükseköğrenimi eğitimin diğer türlerinden ayıran herhangi bir duvar yoktur. Esasen Avrupa Konseyi yakın tarihlerde kabul ettiği birçok metinde, insan hakları ve temel özgürlüklerin geliştirilmesi ile demokrasinin güçlendirilmesi için yüksek öğrenime giriş hakkının temel rolünü ve önemini vurgulamıştır (bk, diğerleri arasında, Tavsiye Kararı no. R (98) 3 ve Tavsiye Kararı no. 1353 (1998) – yukarıda §68 ve 69). Avrupa Bölgesinde Yüksek Öğrenime İlişkin Niteliklerin Tanınması Hakkında Sözleşme'de vurgulandığı üzere (bk. yukarıda §67), yüksek öğrenim "bilginin ediniminde ve ilerlemesinde önde gelen bir rol oynamakta" ve "birey için olduğu kadar toplum için de bulunmaz bir kültürel ve bilimsel zenginlik teşkil etmektedir".

137. Sonuç olarak belli bir zamanda mevcut yüksek öğretim kurumlarının, Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin alanına girmediğini düşünmek güçtür. Bu madde Sözleşmeci Devletlere yüksek öğrenim kurumu kurma görevi getirmemekle birlikte, yüksek öğrenim kurumu kurmuş olan devletler bu tür kurumlara girme hakkını etkili bir şekilde sağlamakla yükümlüdürler. Demokratik bir toplumda, insan haklarının varolması için vazgeçilmez olan eğitim hakkı o kadar temel bir yer işgal etmektedir ki, Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin kısıtlı bir şekilde yorumlanması, bu hükmün amaç ve hedefine uygun düşmeyecektir (*mutatis mutandis, Belçika'da Eğitim Dili davası, §9; Delcourt, §25*).

138. Bu yaklaşım 1965 tarihine kadar geri giden Komisyon'un "Belçika'da Eğitim Dili" davasındaki raporu (bk. yukarıda geçen karar, s.22) ile uyum içindedir. Bu raporda, Birinci Protokolün 2. maddesi ile güvence altına alınan hakkın uygulama alanı Sözleşme'de tanımlanmamış ya da belirtilmemiş olmasına rağmen, söz konusu maddenin "mevcut davanın incelenmesi amacıyla" "anaokuluna, ilköğretime, ortaöğretime ve yüksek öğretime" girişi de içerdiği söylenmiştir.

139. Daha sonra Komisyon birçok kararında, "2. maddede öngörülen eğitim hakkının, öncelikle ilköğretime ilişkin olduğunu, teknoloji eğitimi veya ileri düzeyde öğretimle ilgili olmadığını" belirtmiştir (*X.- Birleşik Krallık, no. 5962/72, Komisyon [k.k.]; Kramelius - İsveç, no. 21062/92, Komisyon [k.k.]*). Daha yakın tarihli davalarda ise Komisyon, Birinci Protokolün 2. maddesinin uygulama alanını üniversite eğitimine de açarak, yüksek öğretim kurumlarına girişteki bazı kısıtlamaların haklılığını incelemiştir (bk. yüksek öğretime girişteki kısıtlamalara ilişkin olarak bk. *X. - Birleşik Krallık, no. 8844/80, Komisyon [k.k.];* eğitim kurumlarından geçici ya da daimi olarak uzaklaştırma için bk.

Yanaşık - Türkiye, no. 14524/89, Komisyon [k.k.]; Sulak - Türkiye, no. 24515/94, Komisyon [k.k.]).

140. Mahkeme ise "Belçika'da Eğitim Dili Davası" kararının ardından yüksek öğretimle ilgili bir dizi davada, Birinci Protokolün 2. maddesinin birinci cümlesi uygulanamaz olduğu için değil ve fakat başka sebeplerle kabuledilebilir bulunmadığına karar vermiştir (bk. üniversiteye giriş için gerekli koşulları taşımayan özürlü bir kişinin şikayeti, *Lukach – Rusya [k.k.], no. 48041/99;* bir adayın tutukluluğu süresince hukuk diploması almak için final sınavlarına hazırlanmasına ve bu sınavlara girmesine izin verilmemesi, *Georgiou – Yunanistan [k.k.], no. 45138/98;* yasalara uygun olarak verilmiş bir mahkumiyet kararı ve ceza nedeniyle yüksek öğrenime devam edilememesi, *Durmaz ve Diğerleri – Türkiye [k.k.], no. 46506/99*).

141. Yukarıda yapılan açıklamalar ışığında, belli bir zamanda mevcut yüksek öğretim kurumlarının Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin uygulama alanına girdiği açıktır, zira söz konusu kurumlara giriş hakkı, bu hükümde öngörülen hakkın ayrılmaz bir parçasıdır. Burada Sözleşmeci Devletlere yeni yükümlülükler getirecek şekilde genişletilmiş bir yorumlama söz konusu değildir. Bu yorum, Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinin, kendi bağlamında ve kural koyucu bir anlaşma olan Sözleşme'nin amaç ve hedefleri açısından ele alınmasına dayanmaktadır (*mutatis mutandis, Golder, §36*).

142. Sonuç olarak Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesi mevcut davaya uygulanabilir olup, bunun uygulanma biçimi ise eğitim hakkının özel koşullarına bağlıdır.

C. Esas hakkında

1. Tarafların Büyük Daire önündeki iddia ve savunmaları

(...)

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a) Genel ilkeler

152. Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesinde öngörüldüğü şekliyle eğitim hakkı, Sözleşmeci Devletlerin egemenlik yetkisi içinde bulunan herkese "mevcut belirli eğitim kurumlarına giriş hakkı" tanımaktadır; fakat bu kurumlara girilmesi, eğitim hakkının sadece bir kısmını teşkil etmektedir. Bu hakkın "faydalı etkiler doğurabilmesi için, hak sahibinin, özellikle gördüğü eğitimden yarar sağlayabilecek olanağa sahip olması gerekmektedir; başka bir deyişle birey, her devlette şu ya da bu şekilde yürürlükte olan yasalara uygun olarak, tamamladığı eğitimin resmi makamlarca tanınması hakkına sahip olmalıdır" (*Belçika'da Eğitim Dili davası, §3-5; Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §52*) Aynı şekilde "hiç kimse(...)" ifadesi, eğitim hakkının kullanılmasında tüm vatandaşlara eşit muamele edilmesi ilkesini zımnen içermektedir.

153. Herkesin eğitim görme temel hakkı, devlet okullarında ve özel okullarda öğrenciler arasında fark gözetmeksizin güvence altına alınmış bir haktır (*Costello-Roberts, §27*).

154. Önemine rağmen bu hak mutlak değildir; "niteliği gereği devlet tarafından düzenleme yapılmasını gerektirdiğinden", bazı zımni kısıtlamalara tabi tutulabilir (*Belçika'da Eğitim Dili davası, §5; mutatis mutandis Golder, §38; Fayed, §65*). Şüphesiz eğitim kurumlarını düzenleyen kurallar, başka şeylerin yanı sıra, toplumun ihtiyaç ve kaynakları ile eğitimin farklı düzeylerine has özelliklere göre, zaman ve mekân içinde değişiklik gösterebilir. Bu nedenle, ulusal makamlar bu konuda belli bir takdir alanından yararlanmaktadırlar; fakat Sözleşme hükümlerine uyulup uyulmadığı konusunda nihai kararı vermek Mahkeme'ye aittir. Mahkeme, getirilen kısıtlamaların söz konusu hakkın özünü

zedeleyecek ve etkililiğinden yoksun bırakacak düzeyde olmamasını sağlamak amacıyla, bu kısıtlamaların ilgili kişiler açısından öngörülebilir olduğuna ve meşru bir amaç güttüğüne ikna olmalıdır. Bununla birlikte Mahkeme, Sözleşme'nin 8, 9, 10 ve 11. maddelerdeki durumdan farklı olarak, Birinci Protokolün 2. maddesi bakımından sınırlı bir "meşru amaçlar" listesiyle bağlı değildir (*Podkolzina, §36*). Dahası, ancak kullanılan araçlar ile güdülen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunduğu takdirde, bu türden bir kısıtlama Birinci Protokolün 2. maddesi ile uyumlu olacaktır.

155. Bu tür kısıtlamalar, Sözleşme'de ve Protokollerde benimsenen diğer haklarla da çatışmamalıdır (*Belçika'da Eğitim Dili Davası, §5; Campbell ve Cosans, §41; Yanaşık [k.k.]*). Sözleşme ve Protokollerdeki hükümler bir bütün olarak düşünülmelidir. Bu nedenle, Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk cümlesi, gerektiği takdirde Sözleşme'nin özellikle 8, 9 ve 10. maddelerinin ışığında ele alınmalıdır (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §52/son*).

156. Eğitim hakkı ilkesel olarak, eğitim kurumlarının iç düzenlemelerine uyulmasını sağlamak üzere okuldan geçici ya da daimi olarak uzaklaştırma cezası dâhil, disiplin önlemlerine başvurulmasını hariç tutmamaktadır. Disiplin cezası uygulaması, öğrencilerin kişiliklerinin ve zihinsel yetilerinin geliştirilip biçimlendirilmesi dâhil olmak üzere, bir okulun kuruluşunda var olan hedefe ulaşmaya çalıştığı sürecin ayrılmaz bir parçasını teşkil etmektedir (*Campbell ve Cosans, §33;* bir öğrencinin askeri okuldan atılmasına ilişkin olarak bk. *Yanaşık* kararı, ve bir öğrencinin sahtekârlıktan ötürü okuldan atılmasıyla ilgili olarak, *Sulak* kararı).

(b) Bu ilkelerin mevcut davaya uygulanması

157. Mahkeme, Sözleşme'nin 9. maddesi bağlamında müdahalenin varlığı konusunda gösterdiği gerekçeyle (bk. yukarıda §78) kıyaslamada bulunarak, başvurucunun üniversiteye girebilmesine ve üniversite giriş sınavında elde ettiği sonuç yoluyla tercih ettiği bölümü okuyabilmesine rağmen, İslami başörtüsü takması nedeniyle derslere ve sınavlara alınmama işleminin dayandırıldığı düzenlemenin, eğitim hakkı üzerinde bir kısıtlama oluşturduğunu kabul edebilmektedir. Ancak, Sözleşme'nin 9. maddesi bağlamında göz önünde bulundurulan görüşler Birinci 2. maddesinin ilk hükmüne dayandırılan şikâyet için de geçerli olduğundan ve ilgili mevzuatın eleştirisinden oluşan şikâyet ile 9. maddeye dayandırılan şikâyet aynı olduğundan, davanın eğitim hakkı bakımından yapılacak incelemesi 9. maddeye dayanılarak varılan karardan soyutlanmış bir şekilde ele alınamaz.

158. Bu bağlamda Mahkeme daha önce, söz konusu kısıtlamanın ilgili kişiler için önceden görülebilir olduğu sonucuna varmış ve başkalarının haklarını ve özgürlüklerini korumaya ve kamu düzenini sağlamaya ilişkin yasal amaçları izlemiştir (bk. §98 ve 99). Kısıtlamanın aşikâr amacı, eğitim kurumlarının laik karakterini muhafaza etmektir.

159. Mahkeme, orantılılık ilkesi konusunda 118. ve 121. paragraflar arasında kullanılan yöntem ve izlenen amaçlar arasında makul bir orantılılık ilişkisi bulunduğu sonucuna varmıştır. Mahkeme bu şekilde bir sonuca varırken, buradaki durumla açıkça ilişkili olan şu faktörlere dayanmıştır. İlk olarak söz konusu önlemler, öğrencilerin dini adetlerin alışılagelmiş biçimlerinin yüklediği görevleri yerine getirmelerini engellememiştir. İkinci olarak, iç düzenlemeleri uygulamak için mevcut karar verme süreci, mümkün olduğu kadar risk altındaki çeşitli menfaatleri dengeleme şartını karşılamıştır. Üniversite yetkilileri, İslami başörtüsü takan öğrencileri üniversiteye almaktan kaçınma ve aynı zamanda diğerlerinin haklarını ve eğitim sisteminin çıkarlarını koruma yükümlülüklerini yerine getirebilecekleri makul bir yol aramışlardır. Son olarak bu süreci, öğrencilerin çıkarlarını korumaya elverişli tedbirler, yani kanuna ve yargısal denetime uygunluğu gerektiren kurallar tamamlamıştır.

160. Ayrıca, bir tıp öğrencisi olan başvurucunun, İstanbul Üniversitesinin dini kıyafetlerin giyilebileceği mekânları kısıtlayan iç düzenlemesinden haberdar olmadığını veya söz konusu kısıtlamaların getirilme nedenleri hususunda yeterince bilgilendirilmediğini kabul etmek gerçekçi değildir. 23 Şubat 1998 tarihinden sonra İslami başörtüsü takmaya devam ettiği takdirde, derslere ve sınavlara sokulmama riskini taşıdığı makulce öngörmüş olmalıydı ki, daha sonra bu gerçekleşmiştir.

161. Sonuç olarak söz konusu kısıtlama, başvurucunun eğitim hakkına zarar vermemektedir. Ayrıca Mahkeme, başvurucunun dayandığı diğer maddeler bağlamında ulaştığı sonuçlar ışığında (bk. paragraf. 122 ve 166), kısıtlamanın, Sözleşme ve Protokollerde belirtilen diğer haklar ile çelişkili bir durum oluşturmadığını gözlemlemiştir.

162. Sonuç olarak, Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk hükmü ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

(...)

2. Bire karşı on altı oyla, Birinci Protokolün 2. maddesinin ilk hükmünün ihlal edilmediğine,

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

09/10/2007 1448/04 HASAN VE EYLEM ZENGİN - TÜRKİYE

♦ *zorunlu din kültürü dersi—Alevi inancına uygun eğitim vermeme* (Mahkeme, din kültürü ve ahlak bilgisi dersinde verilen öğretimin objektiflik ve çoğulculuk kriterlerini ve ayrıca başvurucunun Alevi inancına sahip babasının, ki ders içeriğinde bu konu açıkça eksiktir, dini ve felsefi inançlarına saygılı olma gereğini karşılar nitelikte görülemeyeceği sonucuna varmaktadır. Ayrıca Mahkeme, muafiyet usulünün uygun bir yöntem olmadığı ve bu usulün öğretilen konunun okul ile ana ve babanın değerleri arasında bunlara bağlılık yönünden çocuklarda çelişkiye yol açabileceğini haklı olarak düşünen ana ve babalara yeterli bir koruma sağlamadığı görüşündedir. Bu özellikle de Sünni İslam dışında bir dini veya felsefi inanca sahip ana ve babaların çocukları için uygun bir seçenek bulunmayan durumlarda böyledir; bu durumda muafiyet prosedürü, ana ve babayı ağır bir yük altına sokabilir ve çocuklarının din derslerinden muaf tutulması için kendi dini veya felsefi inançlarını ifşa etmek zorunda bırakabilir), *din ve vicdan özgürlüğü* (bu madde bakımından ayrı bir sorun doğmadığından, Mahkeme bu konuda ayrı bir inceleme yapma gereği görmemiştir) ■ eğitim hakkı—anne babanın dinsel ve felsefi inançlarına uygun eğitim verilmesini isteme hakkı—din ve vicdan özgürlüğü

DAVANIN ESASI

1960 doğumlu Hasan Zengin ve 1988 doğumlu Eylem Zengin, İstanbul'da yaşamaktadırlar. Hasan Zengin, kendisi ve kızı adına başvuruda bulunduğu sırada, kızı İstanbul Avcılar'daki bir devlet okulunda 7'inci sınıf öğrencisiydi. Hasan Zengin, ailesinin Alevi olduğunu belirtmektedir.

Alevilik, Orta Asya menşeli olup, büyük bir ölçüde Türkiye'de gelişmiştir. Bu dini hareketin ortaya çıkışında iki önemli mutasavvıfın önemli etkisi vardır: Hoca Ahmet Yesevi ve Hacı Bektaşi Veli (14. yy.). Türk toplumunda ve tarihinde derin kökleri olan ve genel olarak İslam'ın bir kolu olarak kabul edilen bu inanç sistemi, özellikle Sufizm ve belirli İslam öncesi inanışların etkisi altında kalmıştır. (Alevilik) dua, oruç ve hac gibi dini uygulamalarında Sünni kolundan farklıdır. (Türkiye nüfusunun çoğunluğu İslam'ın ılımlı yorumu olan Hanefi mezhebindendir).

Başvurucuya göre Alevilik, diğer kültürlerden, dinlerden ve felsefelerden etkilenen bir inanç ya da felsefedir. Alevilik, Sünni İslam'ın (dört mezhebinden biri olan) Hanefilik mezhebinden sonra Türkiye'de temsil edilen en yaygın inançtır. Alevilik, İslami inanç içerisinde doğa ile yakın ilişkiyi, hoşgörüyü, tevazuu ve komşuluk sevgisini savunur. Aleviler, şeriatı (Ortodoks İslam'ın hukuk kurallarını) ve sünneti (Ortodoks İslam'ın davranış biçimlerini ve şekli kurallarını) reddeder; din özgürlüğünü, insan haklarını, kadın haklarını, hümanizmi, demokrasiyi, akılcılığı, çağdaşlığı, evrenselliği, hoşgörüyü ve laikliği savunur. Aleviler, Sünniler gibi ibadet etmezler (özellikle beş vakit namaz yükümlülüğüne uymazlar), fakat ibadetlerini dini şarkı (ilahi) ve danslarla (semah) yerine getirirler; camiye gitmezler, fakat düzenli olarak dini törenler için cemevinde toplanırlar. Aynı şekilde Aleviler, Mekke'ye hac ziyaretini bir dini yükümlülük saymazlar. Aleviler, Allah'ın her insanda mevcut olduğuna inanırlar. Aleviliğe göre Allah, Âdem'i kendi suretinde yaratmıştır ve onun tüm bildirileri insan şeklindedir. Allah ne göktedir ne de cennette fakat insanın kalbindedir.

Başvurucu 23 Şubat 2001'de, kızının din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinden muafiyetini sağlamak için İstanbul İl Milli Eğitim Müdürlüğüne başvurmuştur. Başvurucu ailesinin Aleviliğe bağlı olduğunu bildirerek, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi örneğindeki gibi, ailelerin, çocuklarının alacağı eğitimin şeklinin seçiminde haklarının olduğunu vurgulamıştır. Ek olarak, zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin laiklik ilkesi ile bağdaşır olmadığını iddia etmiştir.

Milli Eğitim Müdürlüğü 2 Nisan 2001'de, muafiyet verilmesinin mümkün olmadığı cevabını vermiş ve özellikle şunları belirtmiştir:

Anayasanın 24. maddesi "Din ve ahlâk eğitim ve öğretimi devletin gözetim ve denetimi altında yapılır. Din kültürü ve ahlâk öğretimi ilk ve orta-öğretim kurumlarında okutulan zorunlu dersler arasında yer alır. Bunun dışındaki din eğitim ve öğretimi ancak, kişilerin kendi isteğine, küçüklerin de kanunî temsilcisinin talebine bağlıdır" hükmünü getirmiştir.

1739 sayılı Milli Eğitim Temel Kanununun 12. maddesi ise "Türk milli eğitiminde laiklik esastır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilkokul ve ortaokullar ile lise ve dengi okullarda okutulan zorunlu dersler arasında yer alır" hükmünü getirmiştir.

Bu nedenlerle talebinizi yerine getiremiyoruz."

Başvurucu, Milli Eğitim Müdürlüğünün ret kararının ardından, İstanbul İdare Mahkemesine iptal davası açmıştır. Başvurucu, zorunlu din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin esasen Hanefi İslam'ın temel kuralları üzerine kurulduğunu ve kendi inancına ilişkin hiçbir şey öğretilmediğini iddia etmiştir. Başvurucu diğer konuların yanı sıra, dersin zorunlu niteliğine de itiraz etmiştir.

İdare Mahkemesi 28 Aralık 2001 tarihli kararında başvurucunun talebini reddetmiştir. İdare Mahkemesi kararında diğer konuların yanı sıra, şöyle demiştir:

"Anayasanın 24'üncü maddesinde, din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin ilk ve orta dereceli okullarda zorunlu dersler arasında okutulmasını ve 1739 sayılı Kanunun 12'nci maddesinde (yine) din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin ilk ve orta dereceli okullarda zorunlu dersler arasında okutulmasını düzenlenmektedir.

Bu bağlamda, davacının talebinin reddi hukuka aykırı değildir(...)"

Danıştay 5 Ağustos 2003'te tebliğ edilen, 14 Nisan 2003 tarihli kararı ile temyiz başvurusunu reddederek, ilk derece mahkemesinin usule ve yasalara uygun bulduğu kararını onamıştır.

İç hukuk:

Milli Eğitim Temel Kanununun 12. maddesi şöyledir:

"Türk milli eğitiminde laiklik esastır. Din kültürü ve ahlak öğretimi ilkokul ve ortaokullar ile lise ve dengi okullarda okutulan zorunlu dersler arasında yer alır."

Müfredat ve muafiyetler hakkındaki kararlar

1. Muafiyet hakkında 9 Temmuz 1990 tarihli 1 sayılı karar

18. 9 Temmuz 1990'da Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu, din kültürü ve ahlak bilgisi derslerine ve bu derslerden kimlerin muaf tutulabileceğine ilişkin şu kararı almıştır:

"Milli Eğitim Bakanlığının teklifi üzerine; azınlık okulları dışında kalan ilk ve orta öğretim okullarımızda öğrenim gören TC uyruklu Hıristiyanlık ve Musevilik dinlerine mensup öğrencilerin; bu dinlerden birine mensup olduklarını belgelendirmeleri kaydıyla, Din Kültürü ve Ahlak Bilgisi Dersine girmelerinin zorunlu olmadığı, ancak bu derse girmek istedikleri takdirde velilerinden yazılı dilekçe getirmelerinin gerekli olduğu hususunun kabulü kararlaştırıldı."

Hükümet duruşmada, muafiyet usulünün ateizm gibi diğer dini ve felsefi inançları da kapsayabileceğini belirtmiş, ancak buna ilişkin somut örnek sunmamıştır.

Türk Eğitim Sistemi ve 19 Eylül 2000 tarihli din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin ana hatları üzerine 373 sayılı karar

Daha önce beş yıl olan zorunlu eğitim 1997'den beri 6-14 yaş arası çocuklar için sekiz yıl olarak sürmektedir; ilk beş yıl ilkokula (1 - 5. sınıflar) ve bunu izleyen 3 yıl ortaokula (6 - 8. sınıflar) tekabül eder.

Milli Eğitim Bakanlığı (MEB) 19 Eylül 2000 tarihli ve 373 sayılı kararla, (4., 5., 6., 7., ve 8. sınıflarda okutulan) din kültürü ve ahlak bilgisi derslerinin ana ilkelerini belirlemiştir.

Bu bağlamda kabul edilen ilkeler şunlardır:

"(...) Bugün kültürlerarası etkileşim artarken barış kültürü ve hoşgörü ortamını teşvik etmek için dinler hakkında bilgi sahibi olmak zorunlu hale gelmiştir.

Bu nedenlerle, ders içeriği (...);

(...) tüm dinlerin amaçladığı dürüst bireyler yetiştirme (sonucuna yönelik) öğretimi içermektedir. Musevilik, Hıristiyanlık, Hinduizm ve Budizm'in tarihi gelişimi, bunların başlıca özellikleri ve öğretilerinin kapsamı hakkında bilgilendirilmiş ve objektif ölçüt kullanarak İslam'ın Musevilik ve Hıristiyanlık ile ilişki içerisinde konumunu değerlendirebilecek (insanlar eğitmek de din öğretimin amaçlarındandır) (...)

"A. Öğrenme-Öğretme Süreçlerinde Uyulması Gereken İlkeler(...)

1 - Laiklik ilkesi daima göz önünde bulundurulacaktır. Din, vicdan, düşünce ve ifade özgürlüğü zedelenmeyecektir.

2 - Dinsel anlayış ve uygulama farklılıklarının birer zenginlik olduğu fark ettirilecektir.

3 - Öğrencilerin sosyalleşmeleri, iyi vatandaş olarak yetişmeleri için dini ve ahlaki bilgi ile onların duygu ve davranışlarından olabildiğince yararlanılacaktır.

4 - Milli birlik ve beraberliği güçlendirici sevgi, saygı, kardeşlik, arkadaşlık, dostluk bağlarını pekiştirici; vatan, millet, bayrak, şehitlik, gazilik gibi milli değerlerin ve kavramların öğrenciler tarafından benimsenmesine özen gösterilecektir.

5 - Dinin milli kültürü oluşturan önemli unsurlardan biri olduğu gerçeği göz önünde bulundurulacaktır.

(...)

9 - İbadet kavramı geniş anlamıyla öğretilecek; çalışmanın, temizliğin ve güzel ahlakın ibadet olduğu kavratılacaktır.

10 - İbadetlerin Allah'a karşı sevgi, saygı ve şükran duygularının ifadesi olmasının yanında, kişinin sağlığına, toplum fertlerinin birbirine sevgi ve saygı ile bağlanmalarına, yardımlaşmalarına, dayanışmalarına imkân veren; fert ve toplum ilişkilerinin iyi ve düzenli bir şekilde yürütülmesine yarayan, insanı erdeme ve mutluluğa götüren kazanımları fark ettirilecektir.

11 - Hz. Muhammed ile ilgili konular işlenirken, onun ahlaki kişiliği ile ilgili örnekler verilecektir.

(...)

13 - Konular, ilgili ayet ve hadis mealleriyle desteklenecek, okuma parçaları, hikâye ve resimlerle açık ve anlaşılır hale getirilecektir.

14 - Tüm eğitimsel süreçlerde, konuların işlenmesinde ve örneklerin belirlenmesinde Kurani (Kuran'a ait) olan ile sonradan üretilenlerin ayırt edilmesine özen gösterilecektir. Bunun için toplumsal ve sosyal olaylar da dikkate alınarak nelerin Kuran kaynaklı nelerin ise örf, adet, gelenek, inanış, yaşam biçimi, kültürel etkileşim vb. kaynaklı olduğu açıklanarak vurgulanacaktır.

(...)

İslam'ın hurafeden uzak, akılcı ve evrensel bir din olduğu çeşitli örneklerle kavratılacaktır.

(...)

(...) Yedinci sınıf(...) Üniteler: Ünite 1-Kuranı Kerimi Tanıyalım. Ünite 2- Din güzel ahlaktır. Ünite 3-Hac ve Kurban. Ünite 4- Melekler ve Diğer Görünmeyen Varlıklar. Ünite 5- Ahiret İnancı. Ünite 6- Ailemiz. Ünite 7-Dinleri Tanıyalım…"

22. Başvurucular, 4., 5., 6., 7., ve 8. sınıflara ait, din kültürü ve ahlak bilgisi üzerine beş ders kitabı sunmuşlardır. Bunlar okullarda okutulmakta olup, MEB onaylıdır.

Dördüncü sınıf ders kitabında öğretim, ahlak ve din arasındaki ilişkinin incelenmesiyle din kavramından başlamakta, yaratan ve yaratılan, aile ve din, Muhammed Peygamber'in hayatına ilişkin bilgilerle devam etmektedir.

Beşinci sınıf ders kitabı, "Allaha inanıyorum" ifadesinin anlamının açıklanmasıyla başlamaktadır. Özellikle temel İslam kavramı öğretisi üzerine odaklanmaktadır: inanç, inanan, ibadet yeri olarak cami, Ramazan ayı boyunca inananların ibadetlerinin niteliği, Muhammed Peygamberin aile hayatı anlatılmaktadır. Ayrıca Kuran'da ismi geçen peygamberlere genel bir bakış sunulmaktadır.

Altıncı sınıf ders kitabı günlük ibadetleri anlatarak başlamaktadır. Burada her Müslüman'ın günde beş vakit namaz kılmak zorunda olduğu açıklanmaktadır. Bunların uygulaması kitapta örneklerle gösterilmekte ve hayırseverlik, vatan ve millet sevgisi, zararlı davranışlar, arkadaşlık ve kardeşlik gibi konular işlenmekte ve ayrıca dört kutsal kitap Tevrat, Zebur, İncil ve Kuran'dan bahsedilmektedir.

Yedinci sınıf ders kitabı Kuran bilgisi, din ve yüksek ahlak standartları, hac ve kurban, melekler ve görünmeyen varlıklar, ahiret, inanç ve aile üzerinde durmaktadır. Buna ek

olarak, temel dinlerden Yahudilik, Hıristiyanlık, İslam, Hinduizm ve Budizm'e 15 sayfa ayrılmıştır.

Sekizinci sınıf ders kitabı Muhammed Peygamberin yüksek ahlaki standartlarını, kültür ve dini, din kavramını, akıl ve bilimi, kadere inancı ve inanç ve davranışı anlatmaktadır. "Dine farklı yaklaşımlar", "dinlerin ve İslam'ın öğütleri", "laiklik", "din ve inanç özgürlüğü" gibi konular ayrıca kitapta yer almaktadır.

Öğrencilerin kitapları okurken, ayrıca Kuran'dan bazı sureleri de ezberlemeleri gerektiği anlaşılmaktadır.

Hükümet ise lisenin ilk yılı olan 9'uncu sınıf ders kitabını sunmuştur.

Bu ders kitabı, insanın evrendeki yeri ile başlamaktadır. Daha sonra kitapta insan doğası ve din, dinin insan hayatındaki işlevi ve tektanrıcılık, çoktanrıcılık, gnostisizm, agnostisizm ve ateizm olarak adlandırılan çeşitli inanç biçimleri başlıklar halinde yer almaktadır. Ayrıca mümin ve mümin ile temizlik arasındaki bağlantı gibi çeşitli hususlarda açıklamalar yapılmaktadır; bu bölümde İslam'da kısmi ya da bütün abdest (gusül ve abdest) uygulamaları gösterilmektedir. Bunlara ek olarak, Muhammed'in hayatı, Kuran ve temel kavramlar gibi birtakım esaslı unsurlar, İslami bilgilendirme amacıyla açıklanmaktadır. Ders kitabının geri kalan kısmı "aile ve değerler", "vatan, bayrak, özgürlük, bağımsızlık, insan hakları, laiklik, laik devlet, Atatürk ve laiklik gibi" konulara ayrılmıştır. Son olarak, Türk tarihi bağlamında "Türkler ve İslam" konusu ele alınmaktadır; bu bölümde Gök-Tanrı, Manişeyizm, Budizm, Hıristiyanlık ve Yahudilik gibi, Türklerin önceki inançlarını incelemektedir. Türklerin İslam anlayışını etkileyen, özellikle Ebu Hanife (Hanefi mezhebinin kurucusu, doğum 699, ölüm 767) ve İmam Şafii (Şafi mezhebinin kurucusu, doğum 767, ölüm 820) gibi kişiler, Hoca Ahmet Yesevi ve Hacı Bektaş Veli (bk. yukarıda paragraf 8) ile birlikte ayrıca anlatılmıştır.

Hükümet, öğrencilerin bu konuda sadece yazılı sınavlarla değerlendirildiklerini ifade etmiştir.

Konuyla ilgili uluslararası metinler

Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 18. maddesinin ilgili fıkrası şöyledir:

"4. Bu Sözleşmeye Taraf Devletler, anne-babalar ile, mümkünse vasilerin kendi inançlarına uygun biçimde çocuklarına din ve ahlak eğitimi verilmesini isteme özgürlüğüne saygı göstermeyi taahhüt ederler.

Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi'nin 1396 (1999) sayılı ve 1720 (2005) sayılı Tavsiye Kararları

Din ve demokrasi üzerine 1396 (1999) sayılı ve 27 Temmuz 1999 tarihli tavsiye kararında Meclis, Bakanlar Komitesi'nin üye Devlet hükümetlerini, başka şeylerin yanı sıra, şuna teşvik etmesini önermektedir:

"13. ….(ii) dinler hakkında eğitimin geliştirilmesi için ve özellikle:

(a) ahlaki ve demokratik vatandaşlık eğitimi çatısı çerçevesinde gençlerin muhakeme edebilen bir yaklaşım geliştirmesine yönelik bir değerler serisi olarak dinler hakkında öğretimi yaygınlaştırmak;

(b) Farklı dinlerin karşılaştırmalı tarihinin, onların köklerinin vurgulanmasında, onların bazı ortak değerlerinin belirlenmesinde ve örf, adet, gelenek, bayram ve buna benzer alanlarda farklılıklarının okullarda öğretilmesini geliştirmek,

(e) Bu duyarlı meselede ailelerin özgür iradesine saygı için – çocuklarla ilgili olarak - ailelerin dini inançlarıyla devletin teşvik ettiği din eğitimi arasındaki herhangi bir ihtilaftan kaçınmak;

Meclis, 4 Ekim 2005'te kabul ettiği 1720 (2005) sayılı tavsiye kararında ise, Bakanlar Komitesi'nin Üye Devletlerin hükümetlerini devlet eğitiminde ilk ve ortaokullarda dini eğitimin öğretilmesinde diğer şeylerin yanı sıra aşağıda belirtilen ilkeler temelinde sağlanması için teşvik etmesi gerektiği kararını almıştır

"14.1. Herkesin kendi dininin "doğru inanç" olduğuna inanmak hususunda aynı hakka sahip olduğu ve diğer insanların farklı dine sahip oldukları için ya da hiçbir biçimde bir dine sahip olmadıkları için farklı insanlar olmadığının onlara algılatılması için öğrencilere kendi devletlerindeki ve komşu devletlerdeki dinlerin uygulamasının anlatılması eğitimin amaçlarından biri olmalı;

14.2. Dinsizliğin de bir seçenek olmasının yanında temel dinlerin tarihini tüm tarafsızlığı ile içermelidir;

14.3. Fanatik dini uygulamaların destekçilerine yaklaşımlarında güvende olmalarına imkân vermek için gençlere eğitim araçları sağlanmalıdır;

14.4. Devletin resmi bir dine sahip olduğu ülkelerde dahi kültür ve ibadet alanları arasındaki sınır aşılmamalıdır. Bu bir inancın aşılanması meselesi değil, ancak dinlerin neden milyonlarca kişinin inancına kaynak olduğunu gençlere anlatma meselesidir;

14.5. Din öğretmenlerinin özel bir eğitime ihtiyacı vardır. Onlar kültür veya edebiyat bilim dalı öğretmeni olmalıdırlar. Bununla birlikte, bir diğer bilim dalının uzmanları bu eğitim için sorumlu tutulabilir;

14.6. Devlet yetkilileri, öğretmen eğitimi ile ilgilenmeli ve her ülkenin kendi özelliklerine ve öğrencilerin yaşlarına göre uyarlanacak ders içerikleri ortaya koymalıdırlar. Bu programların tasarlanmasında Avrupa Konseyi, dini inançların temsilcileri de dâhil olmak üzere tüm ilgili taraflarla istişare edecektir."

Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (IHKAK)

Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu 5 sayılı "Müslümanlara yönelik ayrımcılığa ve hoşgörüsüzlüğe karşı mücadele" başlıklı tavsiye kararı ile okullarda dini öğretimine ilişkin genel görüşünü belirtmiştir (CRI (2000) 21, 27 Nisan 2000). İslam'ın uygulamasında ona özgü büyük farklılıkların tanınması ve dinler arasında tarafsızlığın ve eşitliğe saygı ilkelerinin tekrarlanmasından sonra, Üye Devletlerin hükümetlerine "Okullarda din öğretiminde kültürel çoğulculuğa saygının ve bu sonuca yönelik öğretmen eğitimi için düzenlemelerin sağlanmasının gerekliliği" tavsiye edilmektedir.

Türkiye'ye ilişkin üçüncü raporunda (CRI (2005)), IHKAK ayrıca özellikle şu hususları göz önünde tutmuştur:

"Ders içeriği tüm dinleri kapsamakta ve öğrencilere var olan başlıca tüm dinler hakkında fikir vermek için tasarlanmaktadır. Bununla birlikte, çeşitli dini kültürlerin derslerde yer alması yerine bazı kaynaklar bu dersleri İslam ilkelerinin öğretildiği dersler olarak tanımlamıştır. IHKAK, azınlıkların dinlerine bağlı olan öğrencilerin muafiyeti söz konusu iken, sadece Müslüman öğrencilerin bu dersleri takip etmesinin zorunlu olduğunu not etmiştir. IHKAK bu durumu belirsiz bulmaktadır: Eğer bu ders gerçekten farklı dini kültürler hakkında ise, bunu sadece Müslüman çocuklar için zorunlu tutmanın bir nedeni yoktur. Bilakis, eğer ders esasen Müslümanlık öğretimi için tasarlanmışsa, sadece bir dine özgü demektir ve çocukların ve onların ana ve babalarının dini özgürlüğünün korunması için zorunlu olmamalıdır."

Sonuç olarak, IHKAK Türk makamlarına tavsiyede bulunarak:

"… Din kültürü eğitimine yaklaşımın tekrar gözden geçirilmesi için… . (Yetkili makamlar) ya bu eğitimi seçmeli ders haline getirmeli ya da içeriğini gerçekten tüm dinlerin kültürlerini öğretecek şekilde düzeltmeli ve bundan böyle eğitimin (sadece) İslam dini öğretisi olarak algılanmaması için adımlar atmalıdırlar."

Karşılaştırmalı hukuk: Avrupa'da dini eğitim, laik eğitim ile sıkı bağlar içindedir. İncelenen 46 Avrupa Konseyi devletinin 43'ünde, devlet okullarında din eğitimi verilmektedir. Sadece Arnavutluk, Fransa (Alsas ve Mozel bölgeleri hariç) ve Eski Yugoslavya Makedonya Cumhuriyeti bu kuralın dışındadırlar. Slovenya'daki devlet okullarında ise, son sınıfta belirli bir inanca yönelik olmayan (non-confessional) bir ders verilmektedir.

46 Devletten 25'inde (Türkiye de dâhil), din eğitimi zorunludur. Bununla birlikte, bu yükümlülüğün her devlete göre değişen bir kapsamı vardır. Türkiye, Finlandiya, Yunanistan, Norveç, İsveç gibi beş ülkede, din derslerine girmek zorunludur. Öğretilen dini inanca sahip tüm öğrenciler, kısmen ya da tamamen dersleri takip etmek zorundadırlar. Ancak 10 devlet çeşitli hallerde muafiyete olanak tanımaktadır. Bu devletler Avusturya, Kıbrıs, Danimarka, İrlanda, İzlanda, Liechtenstein, Malta, Monako, San Marino ve İngiltere'dir. Bu ülkelerin çoğunda din eğitimi belirli bir inancın öğretimine yöneliktir.

Diğer 10 devlet ise, öğrencilere zorunlu din eğitimi yerine geçen bir ders seçme fırsatı vermektedir. Bu durum Almanya, Belçika, Bosna Hersek, Litvanya, Lüksemburg, Hollanda, Sırbistan, Slovakya ve İsviçre'de geçerlidir. Bu ülkelerde belirli bir inancın öğretimine yönelik bakanlıklarca düzenlenen müfredatta yer almakta olup, öğrenciler önerilen diğer dersi seçmedikleri takdirde bu derse girmekle yükümlüdürler.

Buna karşılık 21 Üye Devlet, öğrencilere din eğitimi derslerini izlemeyi zorunlu tutmamaktadır. Din eğitimi okul sistemi içinde genel olarak düzenlenmektedir; fakat öğrenciler sadece talepte bulundukları takdirde derse girmektedirler. Bu durum, şu geniş devlet grubunda bulunmaktadır: Andora, Ermenistan, Azerbaycan, Bulgaristan, Hırvatistan, İspanya, Estonya, Gürcistan, Macaristan, İtalya, Latviya, Moldova, Polonya, Portekiz, Çek Cumhuriyeti, Romanya, Rusya, Ukrayna. Son olarak üçüncü bir grup devlette, öğrenciler din eğitimi ya da muadili dersi seçmek zorundadırlar, fakat her zaman laik dersi seçme hakları vardır.

Avrupa'daki din eğitimine ilişkin bu genel yaklaşım göstermektedir ki, çeşitli öğretim yöntemlerine rağmen, hemen tüm üye devletler öğrencilere din eğitimi derslerine katılmamayı sağlayacak en az bir yol sağlamaktadırlar (Bir muafiyet mekanizması veya muadili bir derse girme seçeneği sağlayarak veya öğrencilere din eğitimi derslerine girip girmeme hususunda tercih yapma hakkı vererek).

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Birinci Protokolün 2. maddesinin ihlal edildiği iddiası

35. Başvurucular, ilk ve ortaokulda din kültürü ve ahlak bilgisi dersinin öğretilme tarzının, Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesinde korunan haklarını ihlal ettiğini ileri sürmüşlerdir. (...)

A. Tarafların beyanları

(...)

B. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Genel ilkeler

47. Mahkeme, Birinci Protokolün 2. maddesinin genel yorumu hakkında başlıca ilkeleri içtihatlarında ortaya koymuştur (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §50-54; Campbell*

ve Cosans, §36-37; Valsamis, §25-28; Folgero ve Diğerleri [BD], §84). Birinci Protokolün 2. maddesinin birinci ve ikinci cümlelerinin, sadece birbirinin değil, fakat aynı zamanda ve özellikle Sözleşme'nin 8, 9 ve 10. maddelerinin ışığında yorumlanmaları gerekir (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §52*).

48. Ana ve babanın kendi dini ve felsefi inançlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı, birinci cümledeki bu temel hak üzerine şekillenmiş olup; ikinci cümle birinci cümle gibi, devlet eğitimi ve özel eğitim arasında ayrım yapmamaktadır. Kısacası, 2. maddenin ikinci cümlesi, eğitimde çoğulculuğu güvence altına almayı amaçlamakta olup, bu imkân Sözleşme'nin tasarladığı şekliyle "demokratik toplum"un korunması için asıldır. Modern devletin gücü göz önüne alındığında, devlet eğitimi vasıtasıyla bu amacın gerçekleştirilmesinin gerekliliği her şeyin üstündedir (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §50*).

49. Birinci Protokolün 2. maddesi, eğitimde dini konular ile diğer konular arasında bir ayrım yapılmasına izin vermemektedir. Bu madde devlete, ister dini ister felsefi olsun, eğitim programının tamamında ana ve babanın inançlarına saygı göstermesini emretmektedir (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §51*). Bu görev, sadece eğitimin içeriğine ve bunun hazırlanma şekline değil, fakat devlet tarafından üstlenilen tüm eğitsel "işlevler"in yerine getirilmesine uygulanması nedeniyle geniş kapsamlıdır. "Saygı gösterme" fiili, "kabul etme" veya "dikkate alma"dan daha fazla bir anlam taşımaktadır. Devletin esas olarak negatif yükümlülüğüne ilaveten bazı pozitif yükümlülüklerini de ima etmektedir. "İnançlar" kelimesi tek başına ele alındığında "düşünceler" ve "fikirler" sözcükleriyle eş anlamlı değildir. Bu kavram belli ölçüde inandırıcılık, ciddiyet, tutarlılık ve önem taşıyan görüşleri ifade etmektedir (*Valsamis, §25 ve 27; Campbell ve Cosans, §36 37*).

50. Çocuklarının "eğitim ve öğretimi"nden öncelikle sorumlu olan ana babaların çocuklarına karşı doğal görevleri olduğundan, ana babalar devletten kendilerinin dini ve felsefi inançlarına saygı göstermesini isteyebilirler. Böylece ana ve babanın bu hakkı, eğitim hakkından yararlanma ve bu hakkı kullanmayla sıkı sıkıya bağlantılı bir sorumluluğa karşılık gelmektedir (ibid).

51. Ancak, müfredatın oluşturulması ve planlanması, ilke olarak Sözleşmeci Devletlerin yetkisi içindedir. Bu iş esasen, çözümü Mahkeme'nin görevi olmayan ve haklı olarak ülkeye ve zamana göre değişen amaca uygunluk meselelerini içerir (*Valsamis, §28*). Ayrıca Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesi, devletlerin devlet okullarında verilen öğretim aracılığıyla doğrudan veya dolaylı olarak dini veya felsefi türde objektif bilgiler yaymasını engellememektedir. Bu hüküm, ana ve babanın bu tür öğretim veya eğitimin okul müfredatına eklenmesine karşı çıkmasına da izin vermemektedir; zira aksi takdirde tüm kurumsallaşmış öğretimin işleyişi tehlikeye girer (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §53*).

Gerçekten, okulda öğretilen birçok konunun, az ya da çok bazı felsefi yönlere veya sonuçlara sahip olmaması çok zor gözükmektedir. Eğer felsefi, kozmolojik veya ahlaki nitelikteki her soruya cevabı olan veya cevap bulabilen çok geniş bir dogmatik ve ahlaki yapı oluşturan dinlerin mevcudiyeti anımsanırsa, aynı durum aslen benzer olan dinler için de geçerlidir (ibid, parag. 53).

52. Diğer yandan 2. maddenin ikinci cümlesine göre devlet, eğitim ve öğretim konusunda üstlendiği işlevleri yerine getirirken, müfredatta yer alan bilgilerin bir dinin telkininden uzak sakin bir ortamda (*Şefika Köse ve Diğerleri – Türkiye [k.k.], no. 26625/02*), öğrencilerin din hakkında eleştirel düşünce geliştirmelerine imkân verecek şekilde (bk. yukarıda §27, özellikle Recommendation 1720 (2005) parag. 14) objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda iletilmesine özen göstermelidir. Devletin, ana ve babanın dini ve felsefi inançlarına

saygısızlık olarak değerlendirilebilir nitelikte belli bir fikrin aşılanması amacını gütmesi yasaktır. İşte aşılmaması gereken sınır budur (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §53*).

53. Uyuşmazlık konusu mevzuatı yukarıda yorumlanan Birinci Protokolün 2. maddesine göre incelemek için, mevzuatın amaca uygunluğuna ilişkin her tür değerlendirmeden kaçınmakla birlikte, mevzuatın cevap vermek istediği ve halen istemekte olduğu somut duruma bakılmalıdır. Sözleşme organları, geçmişte dinler hakkında bilgi veren eğitimi Sözleşme'ye aykırı bulmamalarına rağmen, öğrencilerin bir şekilde dini ibadete katılmaya zorlanıp zorlanmadıklarını veya herhangi bir şekilde dinsel aşılamaya maruz kalıp kalmadıklarını dikkatle tetkik etmişlerdir. Bu bağlamda, dersten muafiyet için yapılan düzenlemeler de dikkate alınması gereken bir unsurdur (*Anna-Nina Angeleni – İsveç Komisyon [k.k.], no. 10491/83; Zenon Bernard – Lüksemburg Komisyon [k.k.], no. 17187/90; C.J., J.J. ve E.J. – Polonya Komisyon [k.k.], no. 23380/94*). Elbette yürürlükte bulunan hükümlerin, belli bir okul veya öğretmen tarafından uygulanmasına ilişkin istismarlar olabilir; bu durumda yetkili makamların, ana babaların dini veya felsefi inançlarının bu düzeyde özensizlik, aldırmazlık veya dini telkin yoluyla göz ardı edilmemesi için azami özeni gösterme görevleri bulunmaktadır (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §54*).

54. Mahkeme, çoğulcu bir demokratik toplumda dini inançların meşruluğuna veya bu inançların açıklanma şekillerine ilişkin devlet tarafından yapılacak her tür değerlendirmenin, devletin çeşitli dinler ve inançlar karşısında tarafsızlık görevine aykırı bulunduğunu vurguladığını hatırlatır (*Manoussakis ve Diğerleri, §47; Hasan ve Chaush [BD], §78*). Dahası, devletin dini toplulukların birleşik bir liderlik altında kalması veya altına sokulması için tedbir almasına da gerek bulunmamaktadır (*Serif, §51*).

55. Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesinin bu tür bir yorumu, aynı hükmün birinci cümlesine uygun olmasının yanı sıra, Sözleşme'nin 8 ile 10. maddeleriyle ve demokratik bir toplumun amaçları ve değerlerini korumak ve geliştirmek için tasarlanmış bir belge olan Sözleşme'nin genel ruhuyla da tutarlıdır (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §53*). Öğrencilerinin kişisel bağımsızlıkları gibi karakterlerini ve zihin yeteneklerini de geliştirmek ve biçimlendirmek dâhil olmak üzere, öğretim, bir okulun kuruluş amacına ulaşmaya çalışmasında kullandığı yöntemin ayrılmaz bir parçasıdır.

2. Bu ilkelerin uygulanması

56. Türk Anayasasına göre, bir devlet okulunda öğrenci olan Eylem Zengin, ilkokulun dördüncü sınıfından itibaren "din kültürü ve ahlak bilgisi" derslerine devam etmek zorunda kalmıştır.

57. Yukarıda ortaya konulan ilkeler ışığında Mahkeme, bu dersin içeriğinin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir şekilde öğretilip öğretilmediğini ilk olarak Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesiyle ilgili içtihatlarda ortaya çıkan ilkelere uygunluğunu inceleyecektir. İkinci olarak Mahkeme, Türk eğitim sisteminde ana ve babaların inançlarına saygıyı öngören hükümlerin getirilmiş olup olmadığını inceleyecektir.

(a) Derslerin içeriği

58. "Din kültürü ve ahlak bilgisi" derslerinin müfredatına göre, konular laiklik ilkesine ve düşünce, din ve vicdan özgürlüğüne uygun olarak öğretilmekte ve konunun "hoşgörü ve barış kültürünü beslemesi" amaçlanmaktadır. Ayrıca başlıca dinlerin tümüne ilişkin bilgi aktarılması da amaçlanmaktadır. Ders müfredatının amaçlarından biri de, insanları "Musevilik, Hıristiyanlık, Hinduizm ve Budizm dinlerinin tarihi gelişimi, bunların temel özellikleri ve öğretilerinin içeriği hakkında bilgilendirmek ve objektif kriterler kullanarak Musevilik ve Hıristiyanlık karşısında İslam'ın konumunu değerlendirebilmeleri" konusunda eğitmektir (bk. yukarıda §21).

59. Mahkeme'ye göre yukarıda açıklanan amaçlar, Birinci Protokolün 2. maddesinden kaynaklanan çoğulculuk ve objektiflik ilkelerine açıkça uygun bulunmaktadır. Bu bakımdan Mahkeme, laiklik ilkesinin, Türk Anayasasının güvence altına aldığı gibi, devleti tarafsız hakem rolüne yöneltmek suretiyle devletin belli bir din veya inanç için tercih ortaya koymasını engellediğini ve din ve vicdan özgürlüğünü gerekli kıldığını belirtmektedir (*Leyla Şahin [BD], §113*). Bu bağlamda Mahkeme, ilk olarak dinin okullarda öğretilmesinin fanatizm ile mücadelede uygun bir yöntem olduğu ve ikinci olarak da idare mahkemelerinin ders müfredatının hazırlanmasını ve uygulanmasını laiklik ilkesine uygunluk bakımından denetlemekle görevli olduklarına dair Hükümetin görüşlerini ilgiyle kaydeder.

60. Bununla birlikte Mahkeme, her ne kadar ders yukarıda belirtilen ilkeler üzerine kurulu olsa da, öğretim programının öğrencilerde "ibadetlerin Allah'a karşı sevgi, saygı ve şükran duygularının ifadesi olmasının yanında, kişinin sağlığına, toplum fertlerinin birbirine sevgi ve saygı ile bağlanmalarına, yardımlaşmalarına, dayanışmalarına imkân verdiği konusunda" farkındalığı artırmayı ve "İslam'ın hurafeden uzak, akılcı ve evrensel bir din olduğunu farklı örneklerle açıklamayı" amaçladığını da gözlemlemektedir. Müfredat ayrıca, Kuran'ın ve Muhammed Peygamberin davranışları üzerinde çalışmaları da içermektedir. Aynı şekilde 7. sınıfların müfredatı, örneğin "hac ve kurban", "melekler ve diğer görünmeyen varlıklar" ve "ahirette iman" gibi, İslam dininin temel yönlerinin öğretimini içermektedir.

61. Bu derslerde kullanılan ders kitapları üzerinde yapılan inceleme, bu kitapların genel olarak dinler konusunda bilgi aktarmakla sınırlı kalmayıp, ayrıca Müslümanlık inancının başlıca ilkeleri hakkında eğitim verdiği ve örneğin iman, beş vakit namaz, Ramazan, hac, melekler ve diğer görünmeyen varlıklar kavramı, ahirete iman gibi, bu inancın kültürel ayinleri hakkında genel bilgi verdikleri görülmektedir (bk. yukarıda §21).

62. Aynı şekilde, öğrenciler Kuran'dan pek çok süre ezberlemek ve görüntüler yardımıyla namaz kılmayı öğrenmek (bk. yukarıda §22) ve değerlendirme için de bunlardan yazılı sınav olmak zorundadırlar (bk. yukarıda §24).

63. Böylece, Milli Eğitim Bakanlığı'nın 373 sayılı ve 19 Eylül 2000 tarihli kararı uyarınca hazırlanan ilk ve ortaokullardaki müfredat ve tüm ders kitapları, diğer dinlere ve felsefelere göre İslam bilgisine büyük öncelik vermektedir. Devletin laik yapısına rağmen, İslam'ın Türkiye'de çoğunluğun benimsediği bir din olduğu göz önünde tutulduğunda, Mahkeme'ye göre bu durum kendi başına, belli bir fikrin aşılanması olarak görülecek şekilde çoğulculuk ve objektiflik ilkelerinden uzaklaşıldığı anlamına gelmemektedir (*Folgero ve Diğerleri, §89*).

64. Ayrıca İslam öğretimine verilen önceliğin, Birinci Protokolün 2. maddesi bakımından kabul edilebilir sınırlar içerisinde kalmış olarak görülüp görülemeyeceği de bir sorun olarak ortaya çıkmaktadır. Gerçekten de söz konusu müfredat ve ders kitapları ele alındığında, bu derslere devam eden çocukların zihinlerinin etkilenebileceğinin düşünülmesi makuldür. Bundan dolayı müfredatta yer alan bilgilerin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda verilip verilmediğinin incelenmesi gerekir.

65. Bu noktada başvurucu, Alevi inancının okulda öğretilen din anlayışından birçok alanda farklı olmasına rağmen, zorunlu "din kültürü ve ahlak bilgisi" derslerinde bu inanç veya bu inanca ait dinsel uygulamalar hakkında hiçbir şey öğretilmediğini iddia etmiştir. Hükümete göre ise bu durumun nedeni, bu müfredatta İslam'ın ülkede temsil edilen bir mezhebinin veya bir tarikatın mensuplarının görüşlerinin dikkate alınmamış olmasıdır.

66. Alevi inancına gelince, bunun Türk toplumunda ve tarihinde derin kökleri ve kendisine özgü özellikleri bulunan bir dini inanç olduğu taraflar arasında tartışmalı değildir (bk. yukarıda §8-9). Bu nedenle bu inanç, okullarda öğretilen İslam'ın Sünni anlayışından

farklıdır. Alevilik açıktır ki, belli ölçüde inandırıcılık, ciddiyet, tutarlılık ve önemden yoksun bir sekter topluluk veya "inanç" değildir (*Campbell ve Cosans, §36*). Sonuç olarak "dini inançlar" ifadesinin, Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesi anlamında, bu inanca uygulanabilir olduğu şüphesizdir.

67. Ancak Hükümetin de kabul ettiği gibi, "din kültürü ve ahlak bilgisi" derslerinde Türk toplumuna hâkim olan dinsel çeşitlilik dikkate alınmamaktadır. Özellikle Alevi inancına mensup Türk nüfusunun oranı çok yüksek olmasına rağmen, öğrenciler bu inancın temel öğretisine ve dinsel uygulamalarına ilişkin özellikler hakkında herhangi bir bilgi almamaktadırlar. Hükümetin Aleviler hakkında bazı bilgilerin 9'uncu sınıfta öğretildiğiyle ilgili savı hakkında Mahkeme, başvurucular gibi (bk. yukarıda §43), ilk ve ortaokulda bu inancın temel unsurları üzerine eğitim bulunmazken, bu inancın doğmasında başlıca etkisi olan iki kişinin hayatı ve felsefesinin 9'uncu sınıfta öğretilmesinin, bu öğretimin boşluklarının telafisi için yeterli olmadığı görüşündedir.

68. Tabi ki ana ve babalar, çocuklarının doğal eğitimcileri olarak, onları kendi dini veya felsefi inançları konusunda aydınlatabilir, onları eğitebilir veya onlara rehberlik edebilirler (*Valsamis, §31*). Bununla birlikte, Sözleşmeci Devletlerin din olgusunun öğretilmesini okul müfredatına eklemeleri durumunda, öğrencilerin ana ve babaları haklı olarak, muafiyet koşullarından bağımsız bir biçimde, konunun objektiflik ve çoğulculuk kriterlerine uygun olarak ve kendi dini ve felsefi inançlarına saygılı bir şekilde öğretilmesini bekleyeceklerdir.

69. Bu nedenle Mahkeme, demokratik bir toplumda, düşünce, din ve vicdan özgürlüğü bağlamında, sadece eğitimde çoğulculuğun öğrencilerin dini konular bakımından eleştirel bir zihin geliştirmesine imkân verebileceği kanaatindedir (bk. Parlamenterler Meclisi Tavsiye, §13 (ii) no. 139*6;* Tavsiye Kararı parag. 14 no.1720*;* yukarıda parag. 26 ve 27). Bu hususta da şu belirtilmelidir ki, Mahkeme'nin birçok kez dediği gibi bu özgürlük, dini boyutu bakımından inananların kimliği ve hayat görüşlerine dair en önemli unsurlardan biri olmasının yanı sıra, ateistler, agnostikler, şüpheciler ya da kayıtsızlar için de değerli bir kazanımdır (*Buscarini ve Diğerleri [BD], §34*).

70. Yukarıda anlatılanların ışığında Mahkeme, "din kültürü ve ahlak bilgisi" dersinde verilen öğretimin objektiflik ve çoğulculuk kriterlerini ve ayrıca başvurucunun kendi özel durumunda, Eylem Zengin'in Alevi inancına sahip babasının, ki ders içeriğinde bu konu açıkça eksiktir, dini ve felsefi inançlarına saygılı olma gereğini karşılar nitelikte görülemeyeceği sonucuna varmaktadır.

(b) Ana ve babanın inançlarına saygının sağlanması için uygun vasıtaların bulunup bulunmadığı

71. Mahkeme, Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesine göre Sözleşmeci Devletlerin pozitif yükümlülüğü bulunduğunu ve bunun ana ve babaya devletin din öğretiminde kendi dini ve felsefi inançlarına saygı göstermesini isteme hakkı verdiğini yinelemektedir (*Campbell ve Cosans, §37*). Bir Sözleşmeci Devletin okul müfredatına din öğretimini dâhil etmesi durumunda, öğrencilerin okulda verilen dini eğitimle, ana ve babalarının dini veya felsefi inançları arasında bir çelişkiyle karşılaşmalarını mümkün olduğunca bertaraf etmesi gerekmektedir. Bu bağlamda Mahkeme, Avrupa'da din eğitimi ve öğretim yaklaşımlarının çeşitliliğine rağmen, hemen tüm Üye Devletlerin, muafiyet mekanizması öngörerek veya başka bir konuda ders seçme imkânı vererek veya din eğitimi derslerini tamamen seçmeli hale getirerek, öğrencilere din eğitimi dersleri dışında en az bir seçenek sunduklarını kaydeder (bk. yukarıda §34).

72. Mahkeme, Türk Anayasasının 24. maddesine göre, "din kültürü ve ahlak bilgisi"nin zorunlu derslerden biri olduğunu kaydeder. Ancak Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu

Başkanlığı'nın 9 Temmuz 1990 tarihli kararıyla muafiyet imkânı tanındığı görülmektedir (bk. yukarıda §18). Bu karara göre, sadece "Hıristiyanlık veya Musevilik dinine mensup Türk vatandaşı" çocuklar, "bu dinlere mensup olduklarını beyan etmeleri koşuluyla" muafiyet seçeneğine sahiptirler.

73. Mahkeme başlangıçtan beri, söz konusu öğrencilerin kategorisi ne olursa olsun, ana ve babanın kendi çocuğunun söz konusu derslerden muaf tutulması için okullara kendilerinin Hıristiyanlık veya Musevilik dinine mensup bulundukları hakkında bir ön bildirimde bulunmaları zorunluluğunun, Sözleşme'nin 9. maddesine göre de bir sorun ortaya çıkarabileceği görüşündedir (*Folgero ve Diğerleri, §97*). Bu bağlamda Mahkeme, Türk Anayasasının 24. maddesinde, "kimse … dini inanç ve kanaatlerini açıklamaya zorlanamaz…" hükmünün bulunduğunu kaydeder (bk. yukarıda §16). Bundan başka Mahkeme, dini inançların bireysel vicdan meselesi olduğunu her zaman vurguladığını hatırlatır (*Sofianopoulos ve Diğerleri [k.k.], no. 1977/02; Buscarini ve Diğerleri, §39*).

74. Buna ilaveten, Eğitim ve Öğretim Yüksek Kurulu Başkanlığının kararı sadece iki kategori Türk vatandaşı öğrenci için muafiyet imkânı sağlamaktadır; bunlar da ana ve babaları Hıristiyanlık veya Musevilik inancına mensup olan öğrencilerdir. Mahkeme'ye göre bu durum, bu konuda verilen eğitimin bu kategorideki öğrencilerin, okulda verilen dini eğitim ile ana ve babalarının dini veya felsefi inançları arasında çelişkilerle karşılaşmalarına yol açabileceğini göstermektedir. Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu gibi Mahkeme de, bu durumun eleştiriye açık olduğunu değerlendirmektedir; zira "eğer bu ders gerçekten farklı dini kültürler hakkında ise, bunu yalnız Müslüman çocuklar için zorunlu tutmaya bir sebep bulunmamaktadır. Bilakis, eğer ders esas olarak İslam dinini öğretmek için hazırlanmış ise, bu takdirde ders belirli bir din hakkında olduğundan, çocukların ve onların ana ve babalarının din özgürlüklerinin korunması için zorunlu tutulmamalıdır" (bk. yukarıda §29).

75. Mahkeme, Hükümete göre talep edildiği takdirde muafiyet imkânının diğer inançları da kapsayabileceğini kaydeder (bk. yukarıda §19). Bununla birlikte, bu muafiyetin kapsamı ne olursa olsun, ana ve babaların okul yetkililerine kendi dini veya felsefi inançları hakkında bilgi vermek zorunda tutulmaları, muafiyet yöntemini, kendilerinin inanç özgürlüğüne saygının temininde elverişsiz bir araç haline getirmektedir. Ayrıca Eylem Zengin'in durumunda olduğu gibi, açık bir metin bulunmadığı sürece, okul yetkilileri her zaman bu tür bir talebi reddetme imkânına sahiptirler (bk. yukarıda §11).

76. Sonuç olarak Mahkeme, muafiyet usulünün uygun bir yöntem olmadığı ve bu usulün öğretilen konunun okul ile ana ve babanın değerleri arasında bunlara bağlılık yönünden çocuklarda çelişkiye yol açabileceğini haklı olarak düşünen ana ve babalara yeterli bir koruma sağlamadığı görüşündedir. Bu özellikle de Sünni İslam dışında bir dini veya felsefi inanca sahip ana ve babaların çocukları için uygun bir seçenek bulunmayan durumlarda böyledir; bu durumda muafiyet prosedürü, ana ve babayı ağır bir yük altına sokabilir ve çocuklarının din derslerinden muaf tutulması için kendi dini veya felsefi inançlarını ifşa etmek zorunda bırakabilir.

(c) Sonuç

77. Yukarıdaki bilgileri göz önünde tutarak Mahkeme, başvurucunun, Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesinde korunan hakkının ihlal edildiği sonucuna varmaktadır.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME OYBİRLİĞİYLE,

1. Birinci Protokol'ün 2. maddesinin ihlaline;
2. Sözleşme'nin 9. maddesi bakımından ayrı bir meselenin doğmadığına;

3. İhlal tespit edilmiş olmasının, başvurucuların uğradığı manevi zarar için tek başına yeterli bir adil karşılık oluşturduğuna;

4. ... ücretler ve masraflar için ... ödenmesine

KARAR VERMİŞTİR.

18.03.2011 30814/06 LAUTSI VE DİĞERLERİ - İTALYA [BD]

♦ *sınıflarda İsa figürlü haç bulunması* (başvurucunun annenin gittiği veli toplantısında okul duvarlarında İsa figürlü haç bulunduğunu görmesi üzerine bunun çocuklarına verilmesi istediği laik eğitim ilkesine aykırı olduğundan şikayetçi olması) ■ eğitim hakkı—anne babanın dinsel ve felsefi inançlarına uygun eğitim verilmesini isteme hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurucu ve iki oğlu Datacio ve Sami Albertin, İtalya'da oturmaktadırlar. Datacio ve Sami Albertin, 2001-2002 yıllarında, Abano Terme'de bulunan bir devlet okulunda öğrencidirler. Okulun sınıflarda bir İsa figürlü haç (crusifix) asılı bulunmaktadır.

22 Nisan 2002'de, bir okul kurulu toplantısı sırasında, başvurucunun kocası, özellikle İsa figürlü haç olmak üzere, sınıflarda dini sembollerin bulunması sorununu gündeme getirmiş ve bunların kaldırılmasını talep etmiştir. 27 Mayıs 2002'de, bir çekimser, bir oya karşı iki oyla okul kurulu, sınıflarda dini sembollerin kalmasına karar vermiştir.

23 Temmuz 2002'de, başvurucu, İtalyan Anayasası'nın 3. maddesi (eşitlik prensibi) ve 19. maddesi (din özgürlüğü) ve Sözleşme'nin 9. maddesi ve kamu idaresinin tarafsızlığı prensibine (Anayasa, madde 97) dayanarak, laiklik prensibinin ihlal edildiği şikâyetiyle, İdare Mahkemesi'ne başvurmuştur.

3 Ekim 2002'de, Eğitim, Üniversite ve Araştırma Bakanı, Bakanlığının yetkili birimlerine, okul müdürlerinin sınıflarda İsa figürlü haç bulunmasını sağlamaları için gerekli tedbirleri almaları konusunda bir talimat (no.2666) vermiştir. 30 Ekim 2003'te aynı Bakanlık, başvurucunun açtığı davaya müdahil olmuştur. Bakanlık, devlet okullarındaki sınıflarda İsa figürlü haç bulunmasının, ortaöğretim kurumlarının Yönetmeliğine ve ilköğretim kurumu hizmetlerine ilişkin Yönetmeliğe dayanması nedeniyle, davanın temelden yoksun olduğunu ileri sürmüştür.

İdare Mahkemesi 14 Ocak 2004 tarihli bir kararla konuyu, devletin laikliği prensibi, Anayasa'nın 2, 3, 7, 8, 19 ve 20. maddeleri gibi mevzuat hükümlerine göre anayasallık açısından incelenmesi için, Anayasa Mahkemesi önüne sormuştur.

Anayasa Mahkemesi 15 Aralık 2004 tarihli kararla, kanun değil ama yönetmelik seviyesindeki ve anayasallık denetimine tabi tutulamayacak metinler aleyhine başvurulmuş olması nedeniyle anayasal sorunun açıkça kabul edilmez olduğunu beyan etmiştir.

İdare Mahkmesi 17 Mart 2005'te davayı reddetmiştir. 30 Nisan 1924 tarihli Kraliyet kararnamesinin, 118. maddesinin, ve 26 Nisan 1928 tarihli Kraliyet Kararnamesi'nin halen yürürlükte olduğunu ve 'devletin laikliği prensibinin, Avrupa hukuki mirasının ve batı demokrasilerinin parçası olduğunun' vurguladıktan sonra, devlet okullarındaki sınıflarda İsa figürlü haç bulunmasının, bu prensibe aykırı olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme, özellikle İsa figürlü haç, inkâr edilemez şekilde dini bir sembol olsa da, Katolikliğin bir sembolü olmasından ziyade, genel anlamda Hıristiyanlığın bir sembolü olduğunu, çünkü diğer mezheplerle de ilgili olduğunu belirtmiştir. Mahkeme daha sonra, İtalyan halkı için 'kimliksel değere' sahip tarihsel-kültürel bir sembol olduğunu, çünkü 'bir şekilde İtalya'nın ve genel anlamda Avrupa'nın tarihi ve kültürel yolunu temsil ettiğini ve

bunların bir sentezini oluşturduğunu' belirtmiştir. İdare Mahkemesi ayrıca, İsa figürlü haçın, İtalya Anayasal Şartı'ndaki değerler sisteminin bir sembolü olarak görülmesi gerektiğine karar vermiştir.

Başvurucunun bu kararı temyiz etmiştir. Yüksek İdare Mahkemesi 13 Nisan 2006 tarihinde verdiği kararda, devlet okullarındaki sınıflarda İsa figürlü haç bulunmasına ilişkin kararını mevzuata uygun bulmuş ve haçın sınıfta bulunmasının, laiklik ilkesiyle uyumlu olduğunu belirtmiştir. Yüksek İdare Mahkemesine göre, İtalya'da hacın, İtalyan medeniyetinin özelliklerini yansıtan değerlerin (hoşgörü, karşılıklı saygı, kişinin değerli kılınması, hakların dile getirilmesi, özgürlüğünün dikkate alınması, iktidar karşısında ahlaki bilincin özerkliği, insani dayanışma, her türlü ayrımcılığın reddi) değerlerin dinsel kökenini sembolize ettiğine hükmetmiştir. Bu anlamda, sınıflara konulan haç, kendisine özgü olan dini bakış açısından farklı olarak, 'laik' bir bakış açısıyla bile, öğrencilerin dininden bağımsız olarak, yüksek derecede öğretici, sembolik bir görev üstlenebilir. Yüksek İdare Mahkmesine göre, İsa figürlü haç, devletin mevcut hukuk düzeninde, laikliği tanımlayan medeni değerlerin kaynağını yansıtan bir sembol olarak görülebilir. Yüksek İdare Mahkemesine göre:

" (...) Anayasa Mahkemesi, laikliğin, anayasal meşruiyet sorunlarını çözebilecek olan ve bizim anayasal düzenimizin yüksek bir prensibi olduğunu defaten söylemiştir (diğer kararların yanı sıra, bkz. okulda dini eğitimin zorunlu niteliğine ya da kilise hukukuna göre yapılan ve devlet kayıtlarına geçirilen evliliklerin geçerliliğine ilişkin kararlar).

Temel şartımızda, açıkça ilan edilmeyen, ideolojik yankılarla ve ihtilaflı bir tarihle dolu olan fakat yine de, sistemimizin temel kurallarından çıkarılabilecek, hukuki bir önemi olan bir prensip söz konusudur. Aslında, Mahkeme, bu prensibi, özellikle, Anayasa'nın, 2, 3, 7, 8, 19 ve 20. maddelerinden çıkarmaktadır.

Bu prensip, yukarıda belirtilen ve içeriklerinde, bu sembolün nasıl anlaşılması gerektiği ve nasıl işlediğinin belirtildiği hükümlerin bazı belirleyici unsurlarını kısaltılmış şekilde belirten bir dil sembolü ('laiklik') kullanmaktadır. Bu özel kullanım koşulları, ortaya konulmamış olsaydı, 'laiklik' prensibi, ideolojik ihtilaflara kapalı olurdu ve hukuki çerçevede kullanılması çok zor olurdu.

Bu çerçevede, kullanım koşulları, gelenek ve adetlerin, hukuki düzende yansıtılmalarına rağmen, her halkın, kültürel gelenekleri ve adetlerine atıfta bulunularak tespit edilmektedir. Oysa hukuk düzeni, bir milletten diğerine değişiklik göstermektedir. (...)

Bu yargı makamı ve mevcut sorun olan ve düzenleyici kuralların, yetkili makamlar tarafından uygulanması çerçevesinde öngörülen, sınıflarda, haç bulunmasının meşruluğu çerçevesinde, somut olarak, bu kuralın, anayasal düzenimizin, İtalya Devleti'ni karakterize eden ve yüce hâkimin birçok kez atıfta bulunduğu, 'laiklik' ilkesine şekil ve özünü veren temel kuralları ihlal edip etmediğinin tespit edilmesi gerekmektedir.

Haç, açıkça, farklı anlamları olabilen ve yerleştirildiği yere göre, farklı amaçlar için kullanılabilecek olan bir semboldür.

Bir ibadet yerinde, haç, Hıristiyanlık dininin kurucusuna saygı gösterilmesini sağlamaya yönelik olduğu için, sadece, 'dini bir semboldür'.

Okul gibi, dini olmayan ve gençlerin eğitimine yönelik bir çerçevede, haç, inananlar için, yukarıda belirtilen dini değerleri kapsayabilir, fakat inananlar için, inanmayanlar için olduğu gibi, haçın sergilenmesi, gereklidir ve medeni yaşamımızın temeli olan, anayasal düzenimizin altında bulunan, medeni anlamda önemli olan derhal algılanabilir ve öngörülebilir olan (tüm değerler gibi) değerleri temsil eden ve dini açıdan ayrımcı olmayan bir anlamı vardır. Bu anlamda, haç, kendisine has olan dini bir perspektiften farklı olarak,

‘laik’ bir perspektifte bile, öğrencilerin dininden bağımsız olarak, yüksek derecede önemli bir görevi yerine getirebilir.

Oysa İtalya’da haçın, sembolik bakış açısına uygun şekilde, tolerans, karşılıklı saygı, kişinin değerli kılınması, haklarının ortaya konması, özgürlüğünün dikkate alınması, iktidar karşısında ahlaki bilinç özerkliği, insani dayanışma, her türlü ayrımcılığın reddi gibi İtalyan medeniyetinin özellikleri olan değerlerin dini temelini ifade edebileceği açıktır.

Gelenekleri, hayat tarzını, İtalyan halkının kültürünü etkilemiş olan bu değerler, temel şartımızın ‘temel prensipler’ ve birinci kısımda bulunan temel kuralların ve Anayasa Mahkemesi tarafından hatırlatılan ve İtalyan devletine has laikliği sınırlayan kuralların sonucudur.

Haç vasıtasıyla, bu değerlerin kaynağına ve Hıristiyan öğretileriyle tam ve eksiksiz karşılıklarına yapılan referans, bu değerlerin yüce kaynaklarını, ruhani düzen karşısında cismani düzenin özerkliğini sorgulamadan hatta onaylayarak (temel şartımızda hiçbir uzantısı bulunmayan laikliğin ideolojik yorumunun zımni olan çatışmayı değil) ve İtalyan Devleti’nin temel düzenine has kültürel çerçeveyle uyumlu olan ve İtalyan Devleti tarafından gösterilen özel laikliğini etkilemeksizin, bu değerlerin yüce kaynaklarını ortaya koymaktadır. Bu değerler, sivil toplumda, dini topluma göre, ‘laik şekilde’ herkes tarafından kullanılabilecek biçimde, kendilerini hasretmiş oldukları ve korudukları dine katılımdan bağımsız olarak, özerk şekilde yaşanmıştır (çekişmeli olmayan şekilde).

Her sembol gibi, haç sembolüne de, farklı ve çelişkili anlamlar yüklenebilir; hatta sembolik değeri reddedilerek, sadece, sanatsal bir değeri olan bir biblo olarak da kullanılabilir. Ne var ki, bir sınıfta sergilenen haçı, biblo, dekorasyon objesi ya da bir tapınma objesi olarak algılayamayız. Daha ziyade, haç, yukarıda hatırlatılan ve devletin mevcut hukuk düzeninde laikliği tanımlayan sivil değerlerin fark edilebilir kaynaklarını yansıtabilen bir sembol olarak algılanmalıdır. (...)’.

İç hukuk

İlkokullarda sınıflara haç asma yükümlülüğü, ‘eksiksiz, her okulda, bir hacın bulunması (...) gerektiğini’ öngören (madde 140) 13 Kasım 1859 tarihli 3725 no.lu Kanunun uygulanması için alınmış olan, Piyemonte (Sardinya) Krallığı’nın 15 Eylül 1860 tarihli ve 4336 no.lu Kraliyet Kararnamesinin, 140. maddesinde öngörülmüştür.

20 Eylül 1870’de, Roma’nın, İtalyan ordusu tarafından alınmasından sonra yeni İtalya Krallığı’nın başkenti ilan edilmesi, devlet ve Katolik kilisesi arasında bir krize neden olmuştur. 13 Mayıs 1871 tarihli ve 214 no.lu Kanun’la İtalya Devleti, kiliseyle olan ilişkilerini tek taraflı olarak düzenlemiş ve Papa’ya, dini faaliyetin yürütülmesi için bir takım ayrıcalıklar tanımıştır. Başvuruculara göre, eğitim kurumlarında haçın sergilenmesinin artık geçerliliği kalmamıştır.

Faşist dönemde devlet, sınıflarda İsa figürlü haç bulunması yükümlülüğüne saygı gösterilmesine yönelik bir dizi tedbirler almıştır.

Böylece, özellikle Eğitim Bakanlığı, 22 Kasım 1922’de, aşağıdaki şekilde kaleme alınmış olan bir genelge (no. 68) kabul etmiştir: ‘(...), son yıllarda, Krallığın birçok okulundan İsa’nın görüntüsü ve Kral’ın resmi kaldırılmıştır. Bu, düzenleyici bir hükmün açık ve hoş görülemeyecek şekilde ihlal edilmesi ve özellikle de devletin egemen dinine ve milletin bütünlüğüne saldırı anlamında gelir.

Krallığın tüm belediye idarelerini, milli inanç ve hissin iki sembolünü, bulunmayan okullarda, tekrar yerine koymaları yönünde uyarıyoruz.’

30 Nisan 1924'te, 865 no.lu ve Ortaöğretim kurumlarının İç Tüzüğü'ne ilişkin 30 Nisan 1924 tarihli Kraliyet Kararnamesi kabul edilmiştir, 118. maddesi aşağıdaki gibidir:

'Her öğretim kurumunda, milli bayrak olmalıdır ve her sınıfta, haç görüntüsü ve Kral'ın resmi bulunmalıdır.'

İlköğretim hizmetlerinin genel yönetmeliğinin onaylanmasına ilişkin 26 Nisan 1928 tarihli ve 1297 no.lu Kraliyet Kararnamesi'nin 119. maddesi, haçın, 'okullardaki sınıflarda gerekli olan gereç ve materyaller arasında' olduğunu belirtmektedir.

11 Şubat 1929'da imzalana Latran Paktları, İtalya Devleti ile Katolik Kilisesi'nin 'uzlaşmasını' kaydetmektedir. Katolisizm, Sözleşme'nin aşağıdaki şekilde kaleme alınmış olan 1. maddesinde, İtalya Devleti'nin, resmi dini olarak onaylanmıştır:

"İtalya, Krallığın, 4 Mart 1848 tarihli Albertin Tüzüğü'nün 1. maddesindeki, Katolik, Apostolik ve Roma dininin, devletin tek dini olduğuna ilişkin prensibi tanımakta ve onaylamaktadır.'

1948'de, İtalya Devleti, 7. maddesi, 'Devlet ve Katolik kilisesinin, her birinin kendi düzeninde, bağımsız ve egemen olduklarını ve ilişkilerinin, Latran Pakt'larında düzenlenmiş olduğunu, bunları, iki tarafın da kabul ettiğini ve anayasal olarak gözden geçirme prosedürü gerektirmediklerini' öngören Cumhuriyet Anayasası'nı kabul etmiştir. Bunun dışında, 8. madde, tüm dini inançların, kanuna göre, serbest olduklarını, Katolik inanç dışındaki dini inançların, İtalyan hukuk düzenine aykırı olmamak kaydıyla, kendi tüzüklerine göre organize olabileceklerini ve devletle olan ilişkilerinin, her birinin temsilcileriyle yapılan anlaşmalara göre, belirleneceğini öngörmektedir.

25 Mart 1985 tarihli ve 121 no.lu kanunla onaylanan, 18 Şubat 1984 tarihli yeni konkordato, Latran Paktları tarafından öngörülen ve Katolik dininin, devletin tek dini olduğunu öngören prensibin yürürlükte olmadığını ilan etmektedir.

12 Nisan 1989 tarihli ve devlet okullarında, Katolik dininin, öğretilmesinin zorunlu niteliğinin incelenmesi çerçevesinde verdiği bir kararda (no. 203), Anayasa Mahkemesi, laiklik prensibinin anayasal değeri olduğunu ve bunun, devletin, dinlere karşı kayıtsız olmasını değil, inanç ve kültürel çoğulculukta, din özgürlüğünün korunmasını güvence altına aldığına karar vermiştir.

Mevcut olayda, bu prensibe, devlet okullarındaki sınıflarda haç bulunmasının uygunluğu sorunuyla kendisine başvurulan Anayasa Mahkemesi, bu varlığı zorunlu kılan düzenleyici metinlerin türü nedeniyle, yetkisiz olduğunu beyan etmiştir. Bu sorunu incelemesi istenen Danıştay, haça verilmesi gereken anlam dikkate alındığında, haçın okullardaki sınıflarda varlığının, laiklik prensibiyle uyumlu olduğuna karar vermiştir.

Farklı bir davada, Yargıtay, bir oy bürosunda, haç bulunması nedeniyle, oyları saymayı reddeden bir kişiye karşı açılan bir ceza davasında, Yüksek İdare Mahkemesinin aksine karar vermiştir. 1 Mart 2000 tarihli kararında (no. 439), Yargıtay, bu varlığın, devletin laikliği ve tarafsızlığı prensipleri ile bu sembolü tanımayanların, vicdan özgürlüğü prensibine saldırı oluşturduğuna karar vermiştir. Yargıtay, haçın sergilenmesinin, gerekliliğini, 'tam bir medeniyet veya toplu etik bilincin' sembolü olmasında bulunduğu ve 27 Nisan 1988 tarihli bir kararında (no. 63) Danıştay'ın kullandığı ve 'belli bir dini inançtan bağımsız olarak evrensel bir değeri' temsil edeceği yönündeki iddiayı açıkça reddetmiştir.

3 Ekim 2002'de, Eğitim, Üniversite ve Araştırma Bakanı, aşağıdaki talimatı vermiştir (no. 2666) :

'(...) Sınıflarda İsa figürlü haç bulunmasının temelinde, yürürlükteki kuralların olduğunu ve bunun, ne dini çoğulculuğu ne de İtalyan Ekolü'nün çok kültürlü eğitim amaçlarını ihlal

ettiği ve Anayasa tarafından güvence altına alınan vicdan özgürlüğünün kısıtlanması anlamına gelmediğini çünkü belli bir inancı kapsamadığını ve Hıristiyan kültür ve medeniyetinin bir ifadesi olduğunu ve evrensel insanlık mirasının bir parçası olduğu kanısında olan;

Farklı aidiyetlere, kanaatlere ve inançlara saygı gösterilerek, kendi özerkliği ve yetkili organların kararı üzerine, her eğitim kurumunun, hizmet saati zorunluluğu bulunmayacak şekilde, okuldaki topluluk üyelerinden isteyenlerin ibadetine ve ağırlanmasına ayrılan bir yer sağlamasının gerekliliğini inceleyen, Bakan aşağıdaki direktifi kabul etmektedir;

Bakanlık'ın yetkili birimi (...) aşağıdaki amaçlar doğrultusunda, gerekli hükümleri alacaktır:

1) Okul sorumluları, sınıflarda, haçın bulunmasını sağlarlar;

2) Tüm öğretim kurumları, kendi özerklikleri çerçevesinde ve kurul organlarının üyelerinin kararı üzerine, her türlü hizmet saati zorunluluğu bulunmayacak şekilde, okuldaki topluluk üyelerinden isteyenlerin ibadetlerine ve ağırlanmalarına ayrılan bir yer sağlarlar (...)'

Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde, devlet okullarında dini sembollerin varlığına ilişkin hukuk ve uygulamaya toplu bakış

Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin çoğunluğunda, devlet okullarında dini sembollerin varlığına ilişkin özel bir düzenleme yoktur.

Devlet okullarında dini sembollerin varlığı, sadece, bazı üye devletlerde açıkça yasaklanmıştır: Makedonya, Fransa (Alzas ve Mozel bölgesi hariç) ve Gürcistan.

İtalya dışında, sadece, bazı üye devletlerde açıkça öngörülmüştür: Avusturya, Almanya'nın bazı Lander'leri ve İsviçre komünleri ve Polonya. Bununla birlikte, sorunun, özel olarak düzenlenmemiş olduğu, İtalya, Yunanistan, İrlanda, Malta, San Marino ve Romanya gibi bazı üye devletlerdeki devlet okullarında, bu tür semboller bulunduğu tespit edilmelidir.

Bazı üye devletlerin yüksek mahkemeleri, sorunu incelemişlerdir. İsviçre'de, Federal Mahkeme, ilkokullardaki sınıflarda haç bulunmasını öngören bir komün genelgesinin, eğitim kurumlarındaki diğer yerlerde haç bulunmasını cezalandırmaksızın, Federal Anayasa'da öngörülen, inanç tarafsızlığına aykırı olduğuna hükmetmiştir (26 Eylül 1990; ATF 116 1a 252).

Almanya'da, Federal Anayasa Mahkemesi, benzer bir Bavyera genelgesinin devletin tarafsızlığı ilkesine aykırı olduğuna ve Katolik dini tanımayan çocukların din özgürlüğüyle uyuşmasının zor olduğuna hükmetmiştir (16 Mayıs 199*5;* BVerfGE 93,1). Bavyera Parlamentosu, daha sonra bu tedbiri muhafaza eden fakat ebeveynler için çocukların gittiği okullardaki sınıflarda haç bulunmasına itiraz etmeye imkân sağlayan ve aksi halde uzlaşma yapılması ya da bireyselleştirilmiş bir çözüm bulunmasını sağlayan bir mekanizma öngören yeni bir genelge kabul etmiştir.

Polonya'da, Eğitim Bakanlığı'nın, devlet okullarındaki sınıflarda haç bulunması imkânını sağlayan 14 Nisan 1992 tarihli bir genelgesi hakkında Ombudsman tarafından başvuru yapılan Anayasa Mahkemesi, bu tedbirin vicdan ve inanç özgürlüğü ve haç konulmasını bir yükümlülük haline getirmemesi nedeniyle Anayasa'nın 82. maddesinde güvence altına alınan Kilise ve devletin ayrılması ilkesiyle uyumlu olduğuna karar vermiştir (20 Nisan 1993; no. U 12/32).

Romanya'da Yüksek Mahkeme, Ayrımcılıkla Mücadele Ulusal Meclisi'nin, Eğitim Bakanlığı'na, devlet eğitim kurumlarında dini sembollerin bulunmasının düzenlenmesini, özellikle bu sembollerin sadece din derslerinde sergilenmesinin ya da dini amaçlı alanlarda sergilenmesi konusunu düzenlemesi yönünde tavsiyede bulunduğu 21 Kasım 2006

tarihli kararını iptal etmiştir. Yüksek mahkeme, bu tür sembollerin öğretim kurumlarında ifşa edilmesi kararının, öğretmenler, öğrenciler ve öğrencilerin velilerinin oluşturduğu bir topluluğun kararı olması gerektiğine hükmetmiştir (11 Haziran 200*8;* no. 2393).

İspanya'da öğretim kurumlarından dini sembollerin kaldırılmasını talep eden fakat talebi kabul edilmeyen, laik bir okul için mücadele eden bir derneğin inisiyatif gösterdiği bir dava çerçevesinde karar veren Kastilya ve Leon Yüksek Mahkemesi, söz konusu kurumların öğrencinin velilerinin açıkça talep etmesi halinde, bu talebi kabul etmeleri gerektiğine karar vermiştir (14 Aralık 200*9;* no. 3250).

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Sözleşme'nin 9. maddesi ve Birinci Protokolün 2. maddesinin ihlal edildiği iddiası

29. Başvurucular, ikinci ve üçüncü başvurucuların gittikleri devlet okulundaki sınıflarda, İsa figürlü haçın asılı bulunmasından şikâyet etmektedirler. Başvurucular, Birinci Protokolün 2. maddesinde, (...) güvence altına alınan eğitim hakkının ihlal edildiğini öne sürmektedirler.

Başvurucular, aynı zamanda, bu olayların, Sözleşme'nin, (...), 9. maddesinde öngörülen, düşünce, vicdan ve din özgürlüklerini hiç saydığını öne sürmektedirler (...).

A. Daire'nin kararı

(...)

B. Tarafların iddiaları

(...)

C. Müdahil tarafların görüşleri

(...)

D. Mahkeme'nin değerlendirmesi

57. Mahkeme ilk olarak, önüne getirilen sorunun, davanın koşulları ışığında, İtalyan devlet okullarındaki sınıflarda haç bulunmasının, Birinci Protokolün 2. maddesi ve Sözleşme'nin 9. maddesine uygunluğu sorunu olduğunu kaydeder.

Böylece mevcut olayda, Mahkeme'nin, devlet okulları dışındaki kamusal alanlarda haç bulunması sorununu incelemesi gerekmediği gibi, devlet okullarındaki sınıflarda haç bulunmasının, İtalyan hukukundaki laiklik prensibiyle uyumlu olup olmadığını değerlendirilmesi de gerekmemektedir.

58. Mahkeme ikinci olarak, laiklik taraftarlarının, Sözleşme'nin 9. maddesi ile Birinci Protokolün 2. maddesi anlamında 'inanç' olarak görülebilmesi için gereken 'güç, ciddiyet, tutarlılık ve önem' derecesine ulaşan görüşlerini ileri sürebileceklerini vurgular (*Campbell ve Cosans, §36*). Daha açık olarak, laiklik taraftarlarının görüşleri, insan onuruyla bağdaşmaz olmayan ve çocuğun eğitim hakkıyla çelişmeyen, 'demokratik bir toplumda' saygıyı hak eden görüşler olduğundan, Birinci Protokolün 2. maddesi anlamında 'felsefi kanaat' olarak görülmelidir (ibid).

1. Birinci başvurucunun durumu

a) Genel prensipler

59. Mahkeme, eğitim ve öğretim alanında, Birinci Protokolün 2. maddesinin kural olarak, Sözleşme'nin 9. maddesine göre özel hüküm olduğunu hatırlatır. Bu en azından,

mevcut olayda olduğu gibi, 2. maddenin ikinci cümlesi tarafından Sözleşmeci Devletlere getirilen ebeveynlerin kendi dini ve felsefi kanaatlerine uygun eğitim verilmesi haklarına saygı yükümlülüğüyle ilgili uyuşmazlıklar söz konusu olduğunda, bu alanda üstlendikleri görevleri yerine getirirken geçerlidir (*Folgero ve Diğerleri [BD], §84*).

Dolayısıyla söz konusu şikayetin, esas itibarıyla Birinci Protokolün 2. maddesi çerçevesinde incelenmesi gerekmektedir (*Appel-Irrgang ve Diğerleri – Almanya [k.k.], no. 45216/07*).

60. Bununla birlikte Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesi, sadece söz konusu maddenin birinci cümlesi ışığında değil, ama aynı zamanda ve özellikle Sözleşme'nin bir dine mensup olmama özgürlüğünü özgürlüğü dahil düşünce, din ve vicdan özgürlüğünü güvence altına alan ve Sözleşmeci Devletlere 'tarafsız ve nötr olma ödevi' yükleyen 9. maddesi ışığında yorumlanmalıdır (*Folgero ve Diğerleri, §84*).

Bu bağlamda, devletlerin tarafsız ve nötr kalarak, çeşitli din, mezhep ve inançların icra edilmesini sağlama görevleri vardır. Devletlerin görevi, özellikle muhalif gruplar arasında demokratik bir toplumda hoşgörünün, dinsel ahengin ve kamu düzeninin sürmesine yardımcı olmaktır (*Leyla Şahin [BD], §107*). Bu, inananlar ve inanmayanlar ve değişik dinlerin, mezheplerin ve inançların yandaşlarının ilişkilerini kapsamaktadır. Bu, hem inananlar ile inanmayanlar arasındaki ilişkiler ve hem de çeşitli dinlere, mezheplere veya inançlara bağlı olanlar arasında ilişkiler konusunda geçerlidir.

61. Birinci Protokolün 2. maddesindeki 'saygı göstermek' deyimi, "kabul etmek" veya "dikkate almak"tan daha geniştir; bu fiil, ilk aşamada devlete negatif yükümlülük yanında, pozitif bir yükümlülük yüklemektedir (*Campbell ve Cosans, §37*).

Bununla birlikte, Sözleşme'nin 8. maddesinde de yer alan 'saygı' kavramının gerekleri, Sözleşmeci Devletlerdeki çeşitli durumlar ve izlenen uygulamalar dikkate alındığında, olaydan olaya önemli ölçüde değişmektedir. Bunun bir sonucu olarak Sözleşmeci Devletler, bireylerin ve toplumun kaynaklarını ve ihtiyaçlarını gereği gibi göz önünde tutarak Sözleşme'ye ugunluk sağlamak için gerekli adımları atmaya karar verirken, geniş bir takdir alanına sahiptirler. Birinci Protokolün 2. maddesi bağlamında saygı kavramı, bu hükmün ebeveynlerin devletten belirli bir biçimde eğitim vermesini isteme anlamına gelecek şekilde yorumlanamayacağını ima etmektedir (*Bulski – Polonya [k.k.], no. 46254/99*).

62. Mahkeme, dinin okul müfredatındaki yerine ilişkin içtihadına da atıfta bulunur (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §50-53, Folgero ve Diğerleri, §84; Hasan ve Eylem Zengin, §51-52*).

Bu kararlara göre, ders müfredatının oluşturulması ve planlanması, Sözleşmeci Devletlerin yetki alanına girer. Bu sorunların çözümleri ülkelere ve dönemlere göre değişebileceğinden, kural olarak bu sorunlar hakkında karar vermek Mahkeme'ye düşmez.

Ayrıca, Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesi devletlerin, öğretim veya eğitim yoluyla, doğrudan veya dolaylı olarak, dini ya da felsefi nitelikte bilgiler vermesini engellememektedir. Bu cümle, ebeveynlerin dini veya felsefi öğretim veya eğitimin okul müfredatına dahil edilmesine itiraz etmelerine imkan vermemektedir.

Öte yandan, bu cümlenin amacı eğitimde çoğulculuğu korumak olduğundan, bu cümle devletin, eğitim ve öğretim konusundaki görevlerini yerine getirirken, öğrencilerde özellikle din konusunda sakin bir atmosfer içinde ve proselyetizmden uzak bir şekilde eleştirel bir zihin yapısı geliştirebilmeleri için, müfredatta yer verilen bilgilerin objektif, eleştirel ve çoğulcu bir tarzda verilmesine dikkat etmesini gerektirir. Devletin, ebeveynlerin dini ve felsefi kanaatlerine saygı göstermediği düşünülebilecek nitelikte aşılama

(indoctrination) amacı izlemesi yasaktır. Aşılmaması gereken sınır budur (bu paragrafta ile 53, 84(h) ve 52 paragraflarda geçen kararlar).

b) Bu ilkeler ışığında davadaki olayların değerlendirilmesi

63. Mahkeme, Sözleşmeci Devletlerin Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci fıkrasından doğan yükümlülüklerinin, sadece okul programlarının içeriğiyle ilgili olduğu ve devlet okullarındaki sınıflarda İsa figürlü haç bulundurulmasının bu maddenin kapsamının dışında kaldığına ilişkin Hükümetin savunmasını kabul etmemektedir.

Mahkeme'nin bu hükmü incelemiş olduğu birkaç davanın okul müfredatının içeriği ve uygulanmasıyla ilgili olduğu doğrudur. Mahkeme'nin daha önce de belirttiği gibi, Sözleşmeci Devletlerin ebeveynlerin dini ve felsefi inançlarına saygı gösterme yükümlülüğü, sadece öğretimin içeriğine ve eğitimin veriliş şekline uygulanmaz; fakat bu yükümlülük, devletlerin Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesi bağlamında eğitim ve öğretim alanındaki "tüm görevleri"nin "icra edilmesinde" uygulanır (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §50; Valsamis, §27; Hasan ve Eylem Zengin, §49; Folgero ve Diğerleri, §84*). İç hukukun bu görevi kamu makamlarına verdiği hallerde, hiç şüphesiz bu yükümlülük okul ortamını da kapsar.

İşte tam da bu bağlamda İtalyan devlet okullarındaki sınıflara İsa figürlü haç konulmuştur (bk. 30 Nisan 1924 tarihli ve 965 sayılı Kraliyet Kararnamesi, md. 118; 26 Nisan 1928 tarihli ve 1297 sayılı Kraliyet Kararnamesi, md. 119; 16 Nisan 1994 tarihli ve 297 sayılı kanun hükmünde kararname, md. 159 ve 190).

64. Mahkeme genel olarak, okul ortamanın düzenlenmesinin kamu makamlarını ilgilendiren bir konu olduğu yerde, devlet tarafından üstlenilen bu görevin, devletin Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesi anlamında eğitim ve öğretimle ilgili bir işlevi olarak görülmesi gerektiği kanaatindedir.

65. Buradan çıkan sonuca göre, devlet okullarındaki sınıflarda haç bulunup bulunmamasına ilişkin karar, davalı devletin eğitim ve öğretimle ilgili üstlendiği görevlerin bir parçası olup, Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesinin kapsamına girer. Böylece bu cümle, ebeveynlerin çocuklarının eğitim ve öğretimini kendi dini ve felsefi inançlarına göre sağlama haklarına devlet tarafından saygı gösterilmesine ilişkin yükümlülüğün yer aldığı bir alan haline gelir.

66. Mahkeme ayrıca, İsa figürlü haçın, her şeyden önce dini bir sembol olduğu kanaatindedir. Ulusal mahkemeler de aynı sonuca varmışlardır; Hükümet de buna itiraz etmemiştir. İsa figürlü haça dini sembol alamının ötesinde bir anlam yüklenip yüklenmemesi sorunu, Mahkeme'ye göre bu aşamada belirleyici bir sorun değildir.

Sınıfların duvarlarına dini bir sembolün asılmasının öğrenciler üzerinde etkisinin olabileceğine dari Mahkeme'nin önünde bir delil yoktur. Bu nedenle henüz inançları oluşma sürecinde bulunan genç insanlar üzerinde bir etkisinin bulunduğu veya bulunmadığı şeklinde makul bir iddia ileri sürülemez.

Bununla birlikte birinci başvurucunun, çocuklarının gitmekte oldukları devlet okulunun sınıflarında İsa figürlü haç asılmasını, kendisinin felsefi kanaatlerine uygun eğitim ve öğretim verilmesini isteme hakkına devlet tarafından saygı gösterilmemesi şeklinde görmesi anlaşılabilir bir durumdur. Öyle bile olsa, bu başvurucunun sübjektif algısı, Birinci Protokolün 2. maddesinin ihlal edildiği sonucuna varılması için tek başına yeterli değildir.

67. Hükümet ise, devlet okullarındaki sınıflarda İsa figürlü haç bulunmasını İtalya'nın tarihsel gelişiminin sonucu olduğu ve sadece dinsel bir çağrışım yapmadığı ama aynı zamanda kimliksel bir anlamı bulunduğu, artık günümüzde sürdürülmesinin önemli

olduğunu düşündükleri bir geleneğe karşılık geldiği şeklinde açıklamıştır. Hükümet, İsa figürlü haçın dini anlamının ötesinde, batı medeniyetinin ve demokrasinin temellerini biçimlendiren değerleri ve ilkeleri sembolize ettiğini ve bu nedenle sınıflarda bulunmasının yerinde olduğunu eklemiştir.

68. Mahkemeye göre, bir geleneği koruyup korumamaya ilişkin bir karar, kural olarak, davalı devletin takdir alanına girer. Mahkeme ayrıca Avrupa'nın, kendisini oluşturan devletler arasında özellikle kültürel ve tarihsel gelişmeler konusunda büyük farklılıklarla damgalanmış olduğunu dikkate almalıdır. Bununla birlikte Mahkeme, bir Sözleşmeci Devletin bir geleneğe dayanıyor olmasının, kendisini Sözleşme ve Ek Protokollerdeki hak ve özgürlüklere saygı gösterme yükümlülüğünden kurtarmayacağını vurgular.

Hükümet'in İsa figürlü hacın anlamına ilişkin düşüncesi konusunda Mahkeme, Yüksek İdare Mahkemesi ve Temyiz Mahkemesinin bu bağlamda farklı görüşleri olduğunu ve Anayasa Mahkemesi'nin bu konuda karar vermemiş olduğunu kaydeder. Ulusal mahkemeler arasındaki ulusal düzeydeki bir tartışmada bir tutum takınmak, Mahkeme'nin işi değildir.

69. Sözleşmeci Devletlerin, eğitim ve öğretim alanında üstlendikleri görevlerin yerine getirilmesi ile ebeveynlerin bu eğitim ve öğretimi kendi dini ve felsefi inançlarına uygun şekilde sağlanmasını isteme haklarına saygının bağdaştırılmasına ilişkin çabalarında belli bir takdir alanına sahiptirler (bk. yukarıda §61-62).

Bu takdir alanı, okul ortamının düzenlenmesi ve müfredatın oluşturulması ve planlanması konusunda da geçerlidir (*Mahkeme daha önce buna işaret etmiştir: bk. özellikle, Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §50-53; Folgero ve Diğerleri, §84; Hasan ve Eylem Zengin, §51-52; bk. yukarıda §62*). O halde Mahkeme, kural olarak, Sözleşmeci Devletlerin dine verdikleri yer dahil, bu konularda verdikleri kararlarına, bu kararlar bir aşılama (indoctrination) biçimine yol açmamasıyla şartıyla saygı göstermelidir (ibid).

70. Mahkeme mevcut olayda, devlet okullarındaki sınıflarda İsa figürlü haç bulunması gerekip gerekmediğine ilişkin kararın, kural olarak davalı devletin takdir alanı içinde olduğu sonucuna varmaktadır. Dahası, devlet okullarında dini sembollerin bulunması sorunu hakkında bir Avrupa konsensüsü bulunmaması (bk. yukarıda §26-28), bu yaklaşımın yanında yer almaktadır.

Bununla birlikte bu takdir alanı, Avrupa denetimiyle el ele gider (*mutatis mutandis, Leyla Şahin [BD], §110*); mevcut olayda Mahkeme'nin görevi, 69. paragrafta belirtilen sınırın aşılıp aşılmadığını karara bağlamaktır.

71. Bu bağlamda, devlet okullarındaki sınıflarda, laik bir sembolik değerlerle de uyumlu olsa da olmasa da tartışmasız Hıristiyanlığa gönderme yapan İsa figürlü haçın bulunmasını öngören düzenlemeler, ülkedeki çoğunluk dinine okul ortamında baskın görünürlük sağlamaktadır.

Ne var ki bu durumu, davalı devletin bir aşılama sürecinde bulunduğu şeklinde anlamlandırmak ve Birinci Protokolün 2. maddesinin gereklerine aykırılık tespit etmek için yeterli değildir.

Mahkeme bu noktada, *mutatis mutandis*, yukarıda zikredilen *Folgero* ve *Zengin* kararlarına atıfta bulunur. Mahkeme 'Hıristiyanlık, din ve felsefe (KRL)' derslerinin içeriğini incelediği *Folgero* davasında, ders programında Hıristiyanlık bilgisine diğer dinlerden ve felsefeden daha fazla yer verilmiş olmasının, kendiliğinden aşılama anlamına gelecek şekilde çoğulculuktan ve objektiflikten uzaklaşma olarak görülemeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme bunu, davalı Norveç'in tarihinde Hıristiyanlığın tuttuğu yer dikkate alındığında, bu sorunun, müfredatın oluşturulması ve planlanmasında Norveç'e bırakılan takdir

alanı içinde görülmesi gerektiği şeklinde açıklamıştır (*bk. Folgero ve Diğerleri, §89*). Mahkeme, Türkiye'deki okullarda 'din kültürü ve ahlak bilgisi' dersi bağlamında, müfredatın İslam bilgisine daha fazla ağırlık verilmesiyle ilgili olarak, devletin laik niteliği rağmen, İslamın Türkiye'den çoğunluğun bağlı olduğu bir din olduğu gerekçesiyle aynı bir sonuca ulaşmıştır (*Zengin, §63*).

72. Dahası, duvara asılan İsa figürlü haç, esas itibarıyla pasif bir sembol olup, özellikle nötr olma ilkesi göz önünde tutulduğunda, bu husus Mahkeme'ye göre önemlidir (bk. yukarıda §60). Dini faaliyetlere katılma veya öğretici bir konuşmayla karşılaştırıldığında, İsa figürlü haçın öğrenciler üzerinde benzer bir etkiye sahip olduğu söylenemez (*bu hususta, bk. Folgero, §94; Zengin, §64*).

73. Mahkeme, Dairenin 3 Kasım 2009 tarihli kararında tam tersine, sınıflarda İsa figürlü haç bulunmasının, olayların geçtiği tarihte on bir ve on üç yaşlarında olan ikinci ve üçüncü başvurucular üzerinde önemli etkisinin bulunduğunu iddiasına katıldığını gözlemlemektedir. Daire, kamu eğitimi bağlamında, sınıflarda dikkate çekmemesinin imkansız olduğu İsa figürlü haçın, okul ortamının ayrılmaz bir parçası olarak görüldüğünü ve böylece *Dahlab* kararı anlamında 'güçlü bir dış sembol' olarak kabul edilebileceğini tespit etmiştir (bk. Daire kararı §54 ve 55).

Büyük Daire, bu yaklaşıma katılmamaktadır. Büyük Daire, o karara mevcut olayda dayanılamayacağı, çünkü iki davanın maddi olaylarının tamamen farklı olduğu kanaatindedir.

Büyük Daire, *Dahlab* davasının, başvurucunun öğretim faaliyeti sırasında İslami başörtüsü takmasının yasaklanmasıyla ilgili olduğunu, bu yasağın öğrencilerin ve ebeveynlerinin dini inançlarının korunmasını ve iç hukukta yer verilen okullarda dinsel nötrlük ilkesinin uygulanmasını amaçladığını belirtmektedir. Mahkeme, kamu makamların yarışan menfaatleri gereği gibi dengelediklerini gözlemledikten sonra, özellikle başvurucunun sorumlu olduğu çocukların yaşının küçüklüğünü dikkate alınarak, kamu makamların takdir alanını aşmamış olduklarına karar vermiştir.

74. Ayrıca, İsa figürlü haçın okullarda Hıristiyanlığa daha fazla görünürlük vermesinin etkileri, şu açılardan incelenmelidir. İlk olarak, İsa figürlü haçın bulunması, zorunlu Hıristiyanlık öğretimiyle bağlantılı değildir (*bk. Zengin kararında belirtilen karşılaştırmalı hukuk, §33*). İkinci olarak, Hükümet'in sunduğu bilgilere göre, İtalya okul ortamı, aynı şekilde diğer dinlere de açıktır. Hükümet bu bağlamda öğrencilerin İslami başörtüsü ve diğer dini sembolleri takmalarının ve dini anlamı olan diğer kıyafetleri giymelerinin yasak olmadığını ve okul ve çoğunlukta olmayan dinlerin uygulanmasını uzlaştırmaya yönelik düzenlemeler öngörüldüğünü, Ramazan'ın başlangıcı ve sonunun, okullarda 'sıklıkla kutlandığını' ve 'tanınan her dini inanç' için seçimlik bir eğitimin verilebileceğini belirtmiştir (bk. yukarıda §39). Dahası, kamu makamların diğer dinlerden olan öğrencilere, inançsız olanlara ya da herhangi bir dine bağlanmaksızın felsefi inançları olan öğrencilere karşı hoşgörüsüz olduklarını gösteren herhangi birşey yoktur.

Ayrıca başvurucular, sınıflarda İsa figürlü haç bulunmasının din yaymaya yönelik bir eğitim uygulamasına yönelik olduğunu, ikinci ve üçünü başvurucuların, görevlerini yaparken İsa figürlü haça yönlendirici referansta bulunan bir öğretmenle karşılaştıklarını iddia etmemişlerdir.

75. Nihayet Mahkeme, başvurucu birinci başvurucunun bir ebeveyn olarak, çocuklarını aydınlatma ve onlara bilgi verme hakkını, çocuklarına karşı doğal eğitmen görevini yerine getirme hakkını ve onları kendi felsefi inançlarına uygun şekilde yönlendirme hakkını tamamen korumuş olduğunu kaydetmektedir (*Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen, §54; Valsamis, §31*).

76. Buna göre, devlet okullarındaki sınıflarda İsa figürlü haç bulunmasının sürdürülmesine karar veren kamu makamları, ebeveynlerin bu eğitim ve öğretimi kendi dini ve felsefi inançlarına uygun şekilde verilmesini isteme haklarına saygı gösterilmesi çerçevesinde, davalı devletin eğitim ve öğretim alanında sahip olduğu takdir alanının sınırları içinde karar vermişlerdir.

77. Mahkeme, birinci başvurucu bakımından, Birinci Protokolün 2. maddesi ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır. Mahkeme, mevcut olayda Sözleşme'nin 9. maddesi bakımından farklı bir sorun bulunmadığı kanaatindedir.

2. İkinci ve üçüncü başvurucuların durumu

78. Mahkeme, Sözleşme'nin 9. maddesi ve Birinci Protokolün 2. maddesinin ikinci cümlesi ışığında yorumlanan birinci cümlenin, öğrencilere inanma veya inanmama haklarına saygı gösteren bir eğitim hakkını güvence altına aldığı kanaatindedir. Mahkeme sonuç olarak, laiklik taraftarı öğrencilerin, niçin devlet okullarındaki sınıflarda İsa figürlü haç bulunmasının bu hükümlerden türettikleri haklarının ihlal edildiğini ileri sürebileceklerini anlamaktadır.

Ancak Mahkeme, birinci başvurucunun durumunun incelenmesi çerçevesinde belirtilen nedenlerle, ikinci ve üçüncü başvurucuların durumunda Birinci Protokolün 2. maddesinin ihlal edilmemiş olduğu kanaatindedir. Mahkeme bunun dışında, Sözleşme'nin 9. maddesi çerçevesinde farklı bir sorun bulunmadığı kanaatindedir.

(...)

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. İkiye karşı on beş oyla, Birinci Protokolün 2. maddesinin ihlal edilmemiş olduğuna ve Sözleşme'nin 9. maddesi çerçevesinde farklı bir sorun bulunmadığına;

(...)

KARAR VERMİŞTİR.

SERBEST SEÇİM HAKKI

P1, md. 3: Serbest seçim hakkı

Sözleşmeci Taraf Devletler yasama organının seçimi için, halkın düşüncelerini serbestçe ifade etmesinin güvence altına alındığı şartlarda, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt eder.

AÇIKLAMA

Sözleşme'ye Ek Birinci Protokolün 3. maddesi "serbest seçim" hakkını düzenlemektedir. Bu hak, Sözleşme'nin güvence altına aldığı tek siyasi haktır. Sözleşme'nin Başlangıcına göre, temel insan hakları ve özgürlükleri en iyi şekilde, "etkili bir siyasal demokrasi" tarafından korunabilir. Bu nedenle, serbest seçim hakkı "gerçek demokratik bir rejimde temel" bir haktır. Birinci Protokolün 3. Maddesi ("3. madde"), demokrasinin karakteristik bir prensibini içerdiğinden, bu madde Sözleşme sisteminde temel bir öneme sahiptir. Gerçekten de demokrasi, "Avrupa kamu düzeninin" aslî bir öğesini oluşturmaktadır ve 3. maddede güvence altına alınan haklar, hukukun üstünlüğü ile yönetilen etkin bir demokrasinin temellerinin kurulmasında ve korunmasında büyük önem taşımaktadır (*Yumak ve Sadak*, *§105*).

3. madde devletlere belirli bir "seçim sistemi" kabul etme zorunluluğu getirir tarzda yorumlanamaz. Bu düzenlemedeki koşullara uygun olmak kaydıyla, devletler istediği seçim sistemini seçebilirler.

Sözleşme'de ve 1, 4, 6 ve 7. Protokoller'deki maddelerin hemen hepsinde, "Herkes ... hakkına sahiptir" veya "Hiç kimse" gibi terimler kullanılmıştır. Ancak 3. maddede, "Sözleşmeci Taraf Devletler ... taahhüt eder" ifadesi yer almaktadır. İlk başta bu ifadeden, 3. maddenin bireylere, Sözleşmeci Tarafların egemenlik yetkisi içinde bulunan "herkes için doğrudan güvence altına alınan" haklar ve özgürlükler tanımadığı (*İrlanda*, *§239*), fakat sadece devletler arasında bir yükümlülük doğurduğu sonucu çıkarılmıştır. Böyle bir tanımın doğal sonucu, bu düzenlemenin kişiler bakımından bir hak öngörmediği yorumu olur. Oysa bu yorum kabul görmemiştir; bu madde kişiler tarafından ileri sürülebilecek bir hak içermektedir; bu nedenle bireysel başvuru hakkına konu olabilir ve olmaktadır.

Birinci Protokolün Başlangıcına göre bu Protokol, "Sözleşme'nin Birinci Bölümünde bulunanların yanında, başka bazı hak ve özgürlüklerin birlikte yerine getirilmesini" güvence altına almaktadır. Ayrıca bu Protokolün 5. maddesi şöyle demektedir: "Sözleşmeci Taraflar bu Protokolün 1, 2, 3 ve 4. maddelerini, Sözleşme'ye ilave maddeler olarak kabul ederler". Sözleşme'nin 25. maddesi dâhil, Sözleşme'nin bütün hükümleri "buna göre uygulanır". Dahası, Dördüncü Protokolün Başlangıcı, diğerlerinin yanında, Birinci Protokolün "1-3. maddeleri"nde korunan "haklar ve özgürlükler"den söz etmektedir.

Birinci Protokolün hazırlık çalışmalarında da, bu Protokolün 3. maddesi bakımından bireysel başvuru hakkının kullanılmasını hariç tutma niyeti bulunduğu görülmemektedir.

Bu hakkı Mahkeme'nin yargı yetkisinden çıkarma fikri uzun bir süre tartışılmış, ancak sonunda terk edilmiştir. Ayrıca hazırlık çalışmalarında sık sık, "siyasal özgürlük", "siyasal haklar", "bireylerin siyasal hakları ve özgürlükleri", "serbest seçim hakkı" ve "seçim hakkı" gibi terimler kullanılmıştır (*Mathieu-Mohin ve Clerfayd*, *§48-49*).

3. maddenin devletlerarası taahhüt rengindeki ifade tarzı, Sözleşme'de ve Protokollerde yer alan diğer haklarla bu düzenlemede yer alan hak arasında esaslı bir fark bulunduğunu göstermez. Bu ifade tarzının nedeni üstlenilen taahhüde daha büyük bir ağırlık kazandırma isteği ile bu alandaki başlıca yükümlülüğün, kişisel ve siyasal hakların çoğunluğunda olduğu gibi müdahaleden çekinme veya müdahale etmeme değil, fakat devletin demokratik seçimler "yapmak" için, pozitif tedbirler alma şeklinde olmasıdır (*Mathieu-Mohin ve Clerfayd*, *§50*).

Mahkeme, "etkin" ve "edilgin" seçim hakları arasında bir ayrım yapmaktadır. Başka bir anlatımla, seçimlere bir seçmen olarak katılmak (seçme hakkı) etkin (aktif) bir katılma olarak nitelendirilirken, seçimlere seçilmek için aday olarak katılma (seçilme hakkı), edilgin (pasif) bir hak kullanımı olarak görülmektedir. Seçme hakkı, seçilme hakkına göre daha kuvvetle korunan bir haktır.

Mahkeme, birçok kez, çoğulculuğun esas koruyucusu olan devletin çoğulculuğu güvence altına almak için oynadığı rolün önemini vurgulamıştır. Devlet, bu rolü yerine getirirken, "yasama organının seçilmesinde halkın düşüncesini özgürce açıklamasını sağlayacak koşullara uygun olarak" demokratik seçimler "düzenlemek" için pozitif tedbirler almak zorundadır (*Yumak ve Sadak, §106*).

3. maddenin düzenlediği haklar mutlak değildir. Bu madde, bu hakları açık terimlerle düzenlemeksizin, sadece tanımamakla yetindiğinden, zımni sınırlamalara yer bırakılmıştır (*Golder*, *§38*). Sözleşmeci Devletler kendi iç hukuk düzenlerinde seçme ve seçimlerde aday olma haklarını, 3. maddeye aykırı olmayan koşullara ya da sınırlamalara tabi tutabilirler. Devletler, bu konuda geniş bir takdir alanına sahiptirler; fakat Sözleşme'nin gereklerine uygunluk bakımından nihai kararı vermek, Mahkeme'ye düşen bir görevdir. Mahkeme, getirilen koşulların, bu hakların özünü zedeleyecek şekilde ve ölçüde kısıtlamadığına ve hakları etkililikten yoksun bırakmadığına kanaat getirmelidir. Ayrıca bu koşullar meşru bir amaç izlemelidir ve kullanılan araçlar bu meşru amaca ulaşmak bakımından orantısız olmamalıdır. Nihayet bu koşullar, "yasama organının seçiminde halkın kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesini" engellememelidir ve bu hakkın özüne dokunmamalıdır (*Mathieu-Mohin ve Clerfayd*, §52).

3. madde, sadece "yasama organı" seçimlerine veya bu organın iki meclisi varsa, en azından bir meclisin seçime uygulanır. Ancak yasama organı, mutlaka ulusal parlamento anlamına gelmez; bu kelimenin, ilgili devletin anayasal yapısı ışığında yorumlanması gerekir. Eğer bir yerel meclisin ulusal meclise üye göndermesi söz konusu ise bu durumda bu düzenleme bu seçimlere de uygulanabilir. Örneğin Almanya, Avusturya, Belçika veya İsviçre gibi federal devletlerde federe devlet parlamentoları bu madde anlamında "yasama organı" olarak düşünülmektedir.

Matthews – Birleşik Krallık davasında Mahkeme, "yasama organı" sözcüğünün sadece "ulusal parlamento" anlamına gelmediğine, bu sözcüğün, yukarıda da değinildiği gibi, ilgili devletin anayasal yapısına göre değerlendirilmesi gerektiğine karar vermiştir. Olayda Birleşik Krallık'ın kolonisi Cebelitarık'ta yaşayan İngiliz vatandaşı D. Matthews, Avrupa Birliği organı Avrupa Parlamentosu seçimlerine seçmen olarak kaydedilme isteminde bulunmuş, oy kullanma hakkının Birleşik Krallıkla sınırlı olduğu gerekçesiyle talebi reddedilmiştir. Mahkeme bu davada Sözleşme'nin yaşayan bir belge olduğuna dikkat çekerek dinamik bir yorum yapmış ve Avrupa Parlamentosunun gelişim sürecini

izleyerek Maastricht'ten itibaren Parlamentonun siyasi bir kimlik kazandığını ve eski salt danışma organı durumundan çıkıp yetkilerini arttırdığını, bu nedenle bu madde açısından bu meclisi bir "yasama organı" olarak gördüğünü belirtmiştir. Böylelikle 3. madde, sadece ulusal yasama organları bakımından değil, uluslararası temsili yasama organları bakımından da uygulanabilirlik kazanmıştır.

Seçme hakkı

Mahkeme'ye göre, 3. maddenin "etkin" görünümlerinden birisi olan seçme ya da oy kullanma hakkı bir ayrıcalık değildir. 21. yüzyılda demokratik bir ülkede bu hakkın en geniş toplum kesimlerine tanınması temel ilkedir (*Hirst* (*no 2*), *§59*).

3. maddede düzenlenen haklar mutlak değildir. Bu madde, zımni sınırlandırmalara yer bırakmaktadır. Sözleşmeci Devletler bu hakkın sınırlandırılması bakımından belirli bir takdir alanına sahiptirler. Mahkeme, bu konuda devletlerin takdir yetkisinin geniş olduğunu belirtmiştir (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, *§52*). Bununla birlikte, bu maddenin gereklerine uyulup uyulmadığını belirlemek, nihai olarak Mahkeme'ye düşmektedir. Mahkeme, sınırlamaların söz konusu hakların özünü zedeleyecek ölçüde kısıtlamadığından, hakkı etkisiz kılmadığından ve kullanılan araçların orantısız olmadığından emin olmalıdır. Özellikle de getirilen bir koşul, yasama organının seçiminde halkın kendini özgürce ifade etmesine engel oluşturmamalıdır; diğer bir ifadeyle bu koşullar, evrensel oy hakkı yoluyla halkın iradesini belirlemeyi amaçlayan seçim usulünün bütünlüğü ve etkililiğini koruma amacını yansıtmalı ya da bu ilkelere ters düşmemelidir. Örneğin, asgari bir yaşın getirilmesi, seçim sürecine katılanların yeterince erişkin olmalarını sağlamak için göz önünde bulundurulabilir; bazı durumlarda ilgili ülkeyle yeterince sürekli veya yakın bağı olanları veyahut menfaat sahiplerini belirlemek için, seçmenlik ikametgâh gibi kriterlere bağlanabilir (*Hilbe – Liechtenstein* (*k.k.*); *Melnychenko*, *§56*).

Mahkeme'ye göre "genel oy" hakkı ilkesinden bir sapma, bu yolla seçilmiş yasama organının ve yaptığı yasaların demokratik anlamdaki geçerliliğini zayıflatma tehlikesi taşır. Bu nedenle, toplumda var olan gruplardan birinin veya toplumdaki belirli bir kategorinin seçme hakkından yoksun bırakılması, bu maddenin temel ilkelerine uygun olmak zorundadır (*Zdanoka [BD]*, *§105*; *Aziz*, *§28*). Bu değerlendirme, genel oy hakkına getirilen otomatik ve yaygın istisnalar bakımından da geçerlidir (*Hirst* (*no 2*), *§62*). Mahkeme *Alajos Kiss – Macaristan* davasında böylesi otomatik ve genel bir yasaklamayı, vesayet altına alınan kısıtlı kişiler bakımından da Sözleşme'ye aykırı bulmuştur. Her ne kadar böyle bir kısıtlama, eylemlerinin sonuçlarını değerlendirme yeteneğine sahip kişilerin oy verme hakkından yararlanması gibi meşru bir amaç izlese de, Mahkeme'ye göre hakları kısıtlanan kişilerin gerçek durumu incelenmeden getirilen otomatik bir kısıtlama Sözleşme ile bağdaşmamaktadır.

Yurtdışında ikamet edenler

Seçmenin ikametgâhına bağlı olarak, vatandaşı olduğu ülkede yaşamayan kişilerin seçme hakkının tanınmamasını, Mahkeme şimdiye kadar Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. Mahkeme'ye göre, bu eksiklik şu nedenlerle makul görülebilir: İlk olarak, yurt dışında yaşayan kişi ülkesinin siyasi gelişmelerinin doğrudan muhatabı olmayabilir ve bu konuları daha az tanıyabilir. İkinci olarak, ülke dışında yaşayan kişilerin, seçilecek adayların belirlenmesinde ve programlarının oluşturulmasında daha az etkileri vardır. Üçüncü olarak, yasama meclisini seçme hakkı ile bu meclisin kabul ettiği düzenlemelerden doğrudan etkilenme arasında çok sıkı bir ilişki vardır. Dördüncü olarak, yasakoyucunun, yurtdışında yaşayan yurttaşların özellikle ve öncelikle yurtiçinde yaşayan yurttaşları ilgilendiren yasaların tartışılması ve kabulünde daha az ağırlığının olması gibi makul bir düşüncesi de olabilir (*Hilbe*, (*k.k.*); *Sitaropoulos ve Giakoupoulos*, *§69*).

Sitaropoulos ve Giakoupoulos – Yunanistan kararına konu olan olay, Fransa'da yaşayan ama Yunanistan seçimlerinde oy kullanamamaktan şikâyetçi olan Yunan vatandaşlarına ilişkindir. Mahkeme, bu davada yurt dışında yaşayan Yunanlıların ikamet ettikleri ülkelerde Yunan parlamento seçimleri için oy kullanamamalarının Sözleşme'ye aykırılık oluşturmadığına karar vermiştir. Mahkeme bu sonuca varırken, konuyla ilgili uluslararası ve ulusal hukuk belgelerinin devletlere yurt dışında yaşayan vatandaşlarının ülkedeki seçimlerde oy verme haklarını kullanmaları için düzenleme yapmasını gerektirecek bir yükümlülük yüklemediğini belirtmiştir. Ayrıca Mahkeme, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde bu alanda bir uygulama birliğinin olmamasını da dikkate alır.

Tutuklu ve hükümlüler

Mahkeme *Hirst* (*no 2*) – *Birleşik Krallık* davasında, mahkûmların oy haklarının engellenmesinin Sözleşmeye aykırılık oluşturup oluşturmadığını incelemiştir. Bu davada Mahkeme, Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında bu konuya ilişkin bir ortak uygulama veya standart olmamasına karşın, mahkûmların oy hakkını engelleyen otomatik ve geniş kapsamlı sınırlamaların 3. maddeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. 2002 yılında Kanada'da karara bağlanan '*Sauve – Kanada'* davasına da gönderme yapan Mahkeme, mahkûmların özgürlüklerinin ellerinden alınmasının onların Sözleşme tarafından güvence altına alınan bütün haklarını kaybettikleri anlamına gelmeyeceğini belirtmiştir. Mahkeme ayrıca cezanın çekilmesi ile seçme hakkının engellenmesi arasında mantıksal bir ilişkinin bulunmadığını vurgulamıştır.

Hirst (*no 2*) kararından sonra Mahkeme, mahkûmların oy haklarının engellenmesi konusunda *Scoppola* (*no 3*) – *İtalya* kararında getirilen sınırlamayı, Sözleşme'ye aykırı bulmamıştır. Mahkeme'nin *Scoppola* (*no 3*) kararında *Hirst* (*no 2*) kararından farklı bir sonuca varmasına yol açan neden, iki ülkede mahkûmlara getirilen sınırlamanın kapsamı ve ceza çekme rejimlerinin farklılığıdır. Mahkeme, *Scoppola* (*no 3*) kararında (*§96*), *Hirst* (*no 2*) kararında koyduğu temel ilkeyi şu sözlerle yinelemiştir:

"Mahkeme …, Hirst kararında belirlediği ilkeleri, özellikle de oy kullanma hakkına getirilen genel bir sınırlamanın, fark gözetmeden bir grup kişiye, bu kişilerin ceza sürelerine, cezaların niteliğine, işledikleri suçun ağırlığına ve niteliğine ve kişisel hallerine bakılmaksızın, sadece mahkûm oldukları için otomatik olarak uygulanmasının Birinci Protokolün 3. maddesi ile bağdaşmadığı ilkesini onaylar."

Ancak Mahkeme, *Scoppola* (*no 3*) kararında İtalya'da öngörülen sınırlamanın genel ve otomatik nitelikte olmadığını, suçun ağırlığı ve mahkûmun kişiliğine bağlı olduğunu ve yasakoyucunun farklı yarar ve dengeleri gözeten tedbirler aldığını belirtmiştir. İtalyan hukukunda mahkûmiyetten sonra oy hakkının sınırlandırılması, her ceza için geçerli değildir (ilke olarak üç yıl ve üstü hapis cezaları için geçerlidir) ve sadece sınırlı sayıda belirli suçları kapsamaktadır. Mahkeme, bu davada tasarlayarak adam öldürme gibi, ağır ceza gerektiren suçlardan mahkûm olan başvurucun bu haktan yoksun bırakılmasını Sözleşme'ye aykırı görmemiştir.

Seçilme hakkı

Mahkeme, 3. maddenin "pasif" unsuru olarak nitelenen seçimlerde aday olma hakkına getirilen kısıtlamaları, bu maddenin "aktif" unsuru olarak nitelenen oy kullanma hakkına getirilen kısıtlamalara göre daha ayrıntılı incelemeye tabi tutmaktadır. Mahkeme, seçilebilirlik ile ilgili kriterlerin belirlenmesi konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisine sahip olduğunu vurgulamıştır. Mahkeme *Zdanoka – Letonya [BD]* kararında şöyle demiştir (*§106*):

"... bu kriterler, seçilenlerin bağımsızlığı ve aynı zamanda seçmenlerin özgürlüğü sağlanma gibi genel bir düşünceden kaynaklandığı halde, her devletin kendine özgü tarihi ve siyasi durumuna göre değişmektedir. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin seçim mevzuatlarında ve anayasalarında öngörülen birçok durum, bu konuda mümkün olan değişik tercihlerin varlığını göstermektedir. Bu nedenle, 3. maddenin uygulanması anlamında, tüm seçim yasalarının, ilgili ülkenin siyasi gelişimi ışığında değerlendirilmeleri gerekir".

Podkolzina – Letonya davasında Mahkeme, seçim yasalarının ilgili ülkenin siyasi gelişimi ışığında değerlendirilmesi gerektiğini ve bir sistemde kabul edilmeyen ayrıntının bir başka sistemde haklı görülebileceğini belirtmiştir. Ancak Mahkeme bu takdir alanının, 3. maddenin temel ilkesi olan "yasama organının seçilmesinde halkın düşüncelerini serbestçe ifade etmesine" saygı ile sınırlı olduğunu belirtmiştir. Mahkeme devletlerin takdir alanlarının sınırını belirlerken, *Aziz – Kıbrıs* davasında şu ifadeleri kullanmıştır (*§28*):

"... devletler, kendi anayasal sistemlerinde, milletvekili seçimleri ile ilgili kuralları ve kendi meclislerinin oluşumunu belirleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptirler; çünkü bu konudaki kriterler, her devletin kendine özgü tarihi ve siyasi durumuna göre değişmektedir. Ancak Mahkeme, seçimlerle ilgili bazı kuralların şahıslara veya bir grup insana, özellikle yasama organındaki üyelerin seçilmesinde, siyasi yaşamın bir parçası olmayı yasaklamaması gerektiğini belirtmektedir; bu hak hem Sözleşme ile hem de tüm devletlerin anayasalarında güvence altına alınmıştır".

Adaylık şartları

Zdanoka – Letonya [BD] davasında Mahkeme, demokratik sürecin bütünlüğünü korumak gibi meşru bir amacın ve bu amacı açıklayan çok istisnai tarihi nedenlerin bazen bir hakkı sınırlamayı haklı kılabileceğini belirtmiştir.

Zdanoka davası, geçmişinde anayasa dışı etkinliklerde bulunduğu için seçimlere katılması engellenen bir başvurucunun şikâyeti hakkındadır. Başvurucuyla ilgili alınan tedbir, komünizm sonrası dönemde Baltık devletlerinde alınan, bu döneme özgü ve istisnai tedbirlerden birisidir. 1995 tarihinde kabul edilen bir yasa, 1991 yılından itibaren Letonya Komünist Partisi ile ilişkisini sürdüren kişilerin seçimlerde aday olmalarını yasaklamıştır. Mahkeme Dairesi bu davada 3. maddenin ihlal edildiğini belirlemiş, ancak davayı yeniden inceleyen Büyük Daire bu maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Büyük Daireye göre, bu sınırlama Letonya'nın çok istisnai koşullarıyla ilgilidir. Letonya, totaliter bir rejimden demokrasiye çok yakın zamanlarda geçmiştir; yeniden totaliter bir rejime geçme ihtimali demokrasi için gerçek bir tehdittir. Bu nedenle, uzun yıllardır demokratik rejimle yönetilen bir ülke için kabul edilemeyecek olan bu sınırlama Letonya için kabul edilebilir nitelikte görülebilir. Bu çerçevede Mahkeme, demokratik rejimin korunması ve yerleşmesi için gerekli tedbirlerin belirlenmesinde Letonya makamlarının geniş bir takdir alanına sahip olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme, bu davada Letonya parlamentosunun bu sınırlamanın gerekliliğini incelemesini ve kısa bir süre sonra ortadan kaldırması gerektiğini de vurgulamıştır. Mahkeme, bu sınırlamaların ve engellemek istedikleri tehditlerin güncelliğini kaybetmesi durumunda, bunların Sözleşme ile uyumsuz hale gelebileceğini belirtmiştir.

Sejdic ve Finci – Bosna-Hersek davası Roman ve Yahudi kökenli kişilere, üç "kurucu halk" grubuna dâhil olmadıkları gerekçesiyle yasama meclisi ve cumhurbaşkanlığı seçimlerinde aday olma imkânının tanınmaması hakkındadır. Bosna-Hersek Anayasası başlangıcında iki grup yurttaş ayrımı yapmaktadır: "Kurucu halklar" (Boşnak, Hırvat ve Sırp) ve "diğerleri" (Yahudi, Roman, diğer azınlıklar ve herhangi bir etnik gruba aidiyet beyan etmeyenler). Bosna-Hersek Meclisi ve Başkanlığı sadece üç kurucu halktan gelen üyelere açıktır. Mahkeme, bu davada bu istisnai tedbirin, etnik savaş sonrasında barışı

getirmek amacıyla alındığını ve bu nedenle meşru bir amaç izlediğini kabul etmiştir. Ancak Bosna-Hersek'te durumun belirli bir ölçüde düzelmesini de dikkate alan Mahkeme, bu istisnai tedbirin halen korunmasının herhangi bir nesnel ve makul nedeninin kalmadığını belirtmiş ve 3. maddeyle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlal edildiği sonucuna varmıştır.

Adamsons – Letonya davasında Mahkeme, zamanın geçmesi ile birlikte, seçilme hakkına getirilmiş genel sınırlamayı haklı göstermenin güç olduğunu ve belirli bir şahsın yarattığı gerçek riskin dikkate alınmasını sağlayan "bireysel" bir değerlendirmenin yapılması gerektiğini belirtmiştir.

Mahkeme, *Melnychenko – Ukrayna* kararında (*§57*), milletvekili seçimlerinde adaylık için aranacak şartların, oy kullanmak için aranan şartlara göre daha katı olabileceğini kabul etmiştir. Bu noktada, devletlerin soyut olarak (*in abstracto*) seçilme şartlarını belirlerken geniş bir takdir yetkisi bulunduğu doğru olmakla birlikte Mahkeme, bu hakların etkili olması ilkesi gereğince, seçilme usulünün, keyfi sınırlandırmaları engelleyebilecek güvenceler içermesi gerektiğini belirtmiştir (*Podkolzın*a, *§35*).

Podkolzina – Letonya davasında başvurucu 1998 parlamento seçimlerinde adaydır. Ancak dil müfettişlerinin iki kez yaptığı incelemeden sonra Letonya resmi diline yeterince hâkim olmadığı gerekçesiyle, ismi adaylar listesinden silinmiştir. Seçim mevzuatının adaylık için aradığı ön koşullardan birisi Letonya diline yeterince hâkim olunduğuna dair bir sertifika sunulmasıdır. Mahkeme bu davada 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, bir ulusal parlamentonun çalışma dilinin ne olacağına karar vermek her devletin mutlak takdir alanı içine girer. Ancak Mahkeme, bu kişinin ilgili mevzuatın öngördüğü koşulu yerine getirdiğini, Letonya resmi dilini bildiğini kanıtlayan resmi bir sertifikaya sahip olduğunu ve bu belgenin geçerliliğinin tartışma konusu olmadığını belirtmiştir. Bu nedenle Mahkeme, bu kişinin dil düzeyinin incelenmesinin herhangi nesnel bir nedene dayanmadığı ve adayların seçilme yeterliliği bakımından gerekli koşulu yerine getirmesine karşın ulusal makamların ek bir koşul yarattıkları sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucunun isminin adaylar listesinden silinmesi orantısız bir müdahaledir.

Krasnov ve Skuratov – Rusya davasında, başvurucuların Duma Meclisine seçilebilmek için sundukları adaylık dilekçelerinde seçmenleri yanıltıcı bilgi verdikleri gerekçesiyle adaylıkları kabul edilmemiştir. Krasnov bir ilçe meclisinde müdür olduğunu ileri sürmesine karşın, dilekçesini sunduğu tarihte bu görevinden alınmış bulunmaktadır. Skouratov ise, bir devlet üniversitesinde geçici süreli bölüm şefi olduğunu ileri sürmesine karşın, aynı bölümde profesörlüğe atanmıştır. Skouratov aynı zamanda Komünist Parti üyeliğini gizlemekle suçlanmıştır. Mahkeme, Krasnov'un gerçekten yanıltıcı bilgiler verdiğini belirtmiş ve bu nedenle Rus makamlarının aldığı kararı 3. maddeye aykırı bulmamıştır. Oysa Mahkeme'ye göre ulusal yargı yerleri, Skouratov için başvurucunun yanlış bilgi verdiği iddiası hakkında birbirleriyle çelişkili ve yasal temeli olmayan kararlar vermişlerdir. Ayrıca başvurucunun kötü niyetle yanıltıcı bilgi verdiği kanıtlanamamış ve geçici süreli bölüm başkanlığı ile profesörlük arasındaki farkın seçmeni nasıl yanılgıya düşüreceği açıklanamamıştır. Ayrıca Mahkeme, dosyadaki incelemede başvurucunun Komünist Parti üyeliğini gizlemediği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu gerekçelerle Rus makamlarının aldığı kararın 3. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır.

Sukhovetskyy – Ukrayna davasında başvurucu seçimlerde aday olmak için 218,10 Euro'ya karşılık gelen harcı ödeyemediği için aday olamamaktan şikâyetçi olmuştur. Mahkeme bu davada Sözleşme'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, Avrupa Konseyi'ne üye birçok devlette hayalci adayları caydırmak için

bu tarz tedbirlerin bulunduğunu belirtmiştir. Ukrayna'da talep edilen miktar, Avrupa'daki diğer örnekler arasında en düşük olanıdır. Mahkeme'ye göre bu tutar, aşırı ve gerçekten adaylık için başvurmak isteyen kişilerin aşamayacağı idari bir engel değildir.

Seçilmişlik sıfatının düşmesi

Mahkeme, seçilmiş kişilerin bu sıfatlarının ellerinden alınması şeklindeki ağır ve radikal bir tedbiri, ancak "zorlayıcı nedenlerin" haklı kılabileceğini belirtmiştir (*Lykourezos*, *§52*; *Ilıcak*, *§30*).

İspanya'da kabul edilen 27 Haziran 2002 yasası hakkında Mahkeme'nin önüne üç dava gelmiştir (*Herri Batasuna ve Batasuna – İspanya*; *Etxeberria ve Diğerleri – İspanya*; *Henrritarren Zerrenda – İspanya*). Bu yasaya dayanılarak Herri Batasuna ve Batasuna partileri yasadışı ilan edilmiş ve kapatılmıştır. Bu kapatma kararı sonrasında yerel seçimlere katılmak için oluşturulmuş çeşitli aday gruplaşmaları, bu adaylar kapatılan partilerde görev yaptıkları gerekçesiyle iptal edilmiş ve seçimlere katılamamışlardır. Mahkeme bu davada önce parti kapatma kararını Sözleşme'nin 11. maddesi çerçevesinde incelemiş ve bu maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır (*Herri Batasuna ve Batasuna – İspanya*). *Etxeberria ve Diğerleri* kararında ise Mahkeme, 3. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme bu sonuca varırken, İspanyol yargı organlarının bu aday gruplaşmalarının ETA adlı terörist örgüte desteği nedeniyle kapatılmış Herri Batasuna ve Batasuna partilerinin etkinliklerini sürdürmek amacıyla kurulduklarının kanıtlandığına karar verdiklerini belirtmiştir. Bu davada Mahkeme ayrıca, İspanya'da ayrılıkçı siyasi partilerin yasaklanmadığını, aksine bu tarz partilerin Bask Özerk Bölgesi dâhil, birçok özerk bölge yönetiminde yer aldıklarını kaydetmiştir. Bu çerçevede Mahkeme, ayrılıkçı görüşlerin ifadesinin kendi başına bir devletin ülkesel bütünlüğü ve ulusal güvenliği için tehlike oluşturmadığını da hatırlatmıştır (*§55*).

Paksas – Litvanya kararı ise, daha önce anayasaya ve yeminine aykırı hareket etme (impeachment) gerekçesiyle görevinden alınan Cumhurbaşkanının milletvekili seçilme yeterliliğini kaybetmesi hakkındadır. Mahkeme bu davada, getirilen sınırlamanın aşırı orantısız olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme ilk olarak, Litvanya'nın Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında Cumhurbaşkanının görevden alınması ile görevden alınan kişinin seçilme yeterliliğini kaybetmesi arasında otomatik bir ilişki kuran istisnai bir örnek olduğunu belirtmiştir. Mahkeme ayrıca, bu sınırlamanın belirli bir süre ile sınırlı olmaması nedeniyle orantısız bir müdahale olduğunu değerlendirmiştir. Diğer yandan bu sınırlama, bir anayasa hükmü olarak düzenlendiği için değiştirilmesi de çok güçtür. Mahkeme'ye göre, belirli bir tarihi bağlama ve kişiye bağlı bu tarz bir sınırlama, 3. madde ile bağdaşmamaktadır.

Tanase – Moldova davasının konusu ise, 2008 yılından itibaren çifte vatandaşlığı bulunan Moldova vatandaşları meclise seçilseler dahi milletvekili sıfatının tanınmaması hakkındadır. Bu kişiler, ancak diğer vatandaşlıktan çıkma usulünü başlatacak olurlarsa milletvekili sıfatını kazanabilmektedirler. Romanya ve Moldova vatandaşı olan başvurucu, 2009 yılında milletvekili seçilmiş, ancak milletvekili sıfatını elde edememiştir. Mahkeme, bu davada 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme, bu davada Moldova'da bulunan hem Romanya ve hem de Moldova vatandaşı olan geniş bir toplum kesiminin hedef alındığını ve bu kesimin seçilme hakkından yoksun bırakılmasının hedeflendiğini belirtmiştir. Bu tedbir, Moldova'nın bağımsızlığını ilan etmesinden 17 yıl ve çifte vatandaşlığa ilişkin mevzuatını yumuşatmasından 5 yıl sonra alındığı için, Moldova'nın ulusal güvenliği ve yasalarına saygı için alındığı gerekçesi yeterli görülmemiştir.

Sadak ve Diğerleri – Türkiye davasında Mahkeme, DEP'in kapatılması üzerine, bu partiye üye milletvekillerinin milletvekilliği sıfatlarının otomatik olarak düşürülmesini çok ağır bir tedbir olarak nitelendirmiş ve 3. maddeye aykırı görmüştür. Mahkeme'ye göre, DEP'in kapatılması ile birlikte başvurucuların milletvekilliği sıfatlarının düşürülmesi, kendilerinin siyasi etkinlikte bulunmalarını engelleme sonucunu doğurmuştur.

Ilıcak – Türkiye davası, bir milletvekili olan başvurucunun Anayasa Mahkemesi'nin kararıyla Fazilet Partisi'nin kapatılmasıyla birlikte milletvekilliğinin düşürülmesi ve beş yıl süreyle herhangi bir siyasi faaliyet yürütme olanağından yoksun bırakılması hakkındadır. Mahkeme, bu davada 3. maddenin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme ilk olarak kendi rolünün, bu madde yer alan hükümlerin uygulanmasını gözetmek ve seçimlerde oy vermeye ve aday olmaya bağlı hakların özüne dokunulmaması, etkinliğini yitirmemesi, meşruiyetin koruması ve kullanılan araçların orantısız olup olmadığının incelemesi olduğunu hatırlatmıştır. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, özellikle yasama organlarının seçiminde halkın özgür iradesini sekteye uğratacak hiçbir engel yer almamalı, başka bir deyişle, genel oylama halkın isteğini yansıtmalı, etkin olmalı ve bütünlük önünde bir engel oluşturmamalıdır. Yine, halkın özgür iradesiyle yaptığı ve demokratik olarak tercihi ortaya koyduğu seçim sonuçları, demokratik düzeni "zorlayıcı nedenler" dışında, hiçbir değişikliğe uğramamalıdır.

Ilıcak davasında Anayasa Mahkemesi Anayasa'nın 69(6). fıkrasına göre, Fazilet Partisinin "laiklik karşıtı faaliyetlerin odağı" haline geldiğine kanaat getirmiş ve bu partinin kapatılmasına karar vermiştir. Aynı kararda başvurucu dâhil beş siyasetçiye beş yıllığına siyasi kısıtlamalar getirilmiştir. Mahkeme, başvurucunun siyasi haklarına getirilen geçici kısıtlamaların sonuç itibariyle Türk siyasi rejiminin laik yapısının korunmasını amaçladığını kaydetmiştir. Bu ilkenin Türkiye'deki demokrasi açısından önemi dikkate alındığında, Mahkeme bu önlemin kamu düzeninin korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması meşru amaçlarını izlediğini belirtmiştir. Mahkeme bu tedbirin orantılılığı konusunda, başvurucunun siyasi haklarından geçici olarak yoksun bırakılmasında demokratik düzeni korumak bakımından "zorlayıcı nedenler" mevcut olup olmadığını incelemiş ve bu nedenlerin mevcut olmadığı sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, olayların meydana geldiği dönemde yürürlükteki haliyle Anayasa'nın 69(9). fıkrasının kapsamı oldukça geniştir. Parti üyelerinin tüm görüş ve fiilleri, kapatma kararına zemin hazırlayan anayasaya aykırı eylemlerin odağı haline geldiği görüşünü destekleyici nitelikte kabul edilmiş ve bu faaliyetlerin ağırlığı konusunda bir ayrıma gidilmemiştir. Mahkeme ayrıca başvurucu ile benzer durumda olan bazı parti üyelerinin ve özellikle parti genel başkanı ve yardımcısının başvurucunun maruz kaldığı şekliyle bir yaptırıma uğramamasını da dikkate almıştır (aynı yönde, *Kavakçı – Türkiye*).

Seçim sistemleri

Birinci Protokolün 3. maddesi, yasama organının seçilme yönteminin temel ögelerini belirlemiştir. Buna göre, yasama organı "halkın kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesinin güvence altına alındığı koşullarda", "makul aralıklarla" yapılan ve "gizli oy" ilkesine saygı gösteren "serbest" seçimler neticesinde belirlenmelidir. Bu koşullar dışında bu madde, orantılı temsil sistemi veya tek ya da iki dereceli çoğunluk sistemi gibi, "belirli bir seçim sistemini yürürlüğe koyma yükümlülüğü" getirmemiştir. Sözleşmeci Devletlerin bu konudaki mevzuatlarının yere ve zamana göre değiştiğini dikkate alan Mahkeme, Sözleşmeci Devletlerin bu konuda geniş bir takdir alanına sahip olduğunu belirtmiştir.

Ayrıca 3. madde bakımından bir seçim sistemi, ilgili ülkenin siyasal evriminin ışığında değerlendirilmelidir. Tercih edilen sistem, en azından "yasama organının seçiminde halkın kendi görüşlerini serbestçe ifade etmesini" güvence altına alan koşulları sağladığı

sürece, bir sistem bağlamında kabul edilemeyecek özellikler, diğer sistem bağlamında haklı görülebilir (*Py – Fransa*, *§46*). Diğer yandan seçim sistemleri, birbiriyle pek zor bağdaşan amaçların yerine getirilmesine çalışırlar. Bir tarafta halkın görüşlerinin adil ve doğru bir şekilde yansıtılması amaçlanmaktadır; diğer tarafta ise, yeterli düzeyde açık ve tutarlı bir siyasi iradenin ortaya çıkmasının sağlanması hedeflenmektedir. "Yasama organının seçimi için, halkın kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesinin güvence altına alındığı koşullarda" ifadesi, temel olarak tüm vatandaşlara oy verme ve seçimlere katılma haklarını kullanırlarken eşit davranılması ilkesini içermektedir. Bununla birlikte, bu ilkeden tüm oyların seçimin sonuçları bağlamında aynı ağırlığı taşıması gerektiği veya tüm adayların eşit başarı şansına sahip olması gerektiği anlamı çıkmaz. Nitekim hiçbir seçim sistemi "boşa giden" oylar gerçeğini ortadan kaldıramaz (*Yumak ve Sadak*, *§62*).

Sözleşme organları seçim barajları konusunu, üye devletlere tanınan takdir alanı bağlamında ele almış ve bu alanda devletlerin geniş bir serbestlikten yararlandıklarını belirtmiştir (*Federacion nacionalista Canari* – İspanya (*k.k.*); *Etienne Tete – Fransa, Komisyon* (*k.k.*); *Marcel Fournier – Fransa* (*k.k.*); *Silvius Magnago ve Südtiroler Volkspartei – İtalya, Komisyon* (*k.k.*)). Mahkeme, önüne bir seçim barajının serbest seçim hakkına uygunluğu konusunda bir başvuru geldiği takdirde, getirilen sınırlamaların serbest seçim hakkının kullanılmasını hakkın özünü zedeleyecek ölçüde ve etkisiz kılacak şekilde engellemediğine ve bu sınırlamaların meşru bir amacı gerçekleştirmek için konulduğuna ve kullanılan yöntemlerin bu meşru amaçla orantılı olduğuna kanaat getirmek zorundadır (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt*, *§52*). Getirilen sınırlamalar ya da koşullar, yasama meclisinin seçiminde halkın görüşlerini serbestçe ifade etmesini engellememelidir. Bir diğer ifadeyle bu koşullar, genel oy hakkı aracılığıyla halkın arzusunun belirlenmesini amaçlayan bir seçim usulünün etkinliğini ve bütünselliğini sağlama kaygısını yansıtmak zorundadır (*Melnichenko*, *§56*).

3. madde bölgesel olarak yapılanmış partilere, ülkenin geri kalan kısmında kazanılan oylardan bağımsız olarak mecliste temsil imkân sağlayan bir seçim sistemi benimseme yükümlülüğü getirmez. Ancak eğer bir seçim sistemi bu tür bölgesel partilerin mecliste temsil edilmesini önlemeyi amaçlıyorsa bu madde bakımından sorun çıkabilir (*Yumak ve Sadak*, §124).

Mahkeme'ye göre, genel oy hakkı ilkesinden herhangi bir şekilde ayrılma, seçim yasalarının ve seçilmiş olan yasama meclisinin demokratik geçerliliğini zayıflatma riski taşır. Bir grubun veya genel bir halk kategorisinin bu haktan yoksun bırakılması halinde, bu durum 3. maddenin temelini oluşturan amaçlarla bağdaşır olmak zorundadır (*Aziz, §28*). Aynı şekilde, bir kez halkın kanaatinin serbestçe ve demokratik bir şekilde ifade edilmiş olması halinde, seçim sisteminin düzenlenmesine dair sonradan yapılacak bir değişiklik, demokratik düzen açısından zorlayıcı nedenlerin mevcudiyeti ihtimali dışında, kabul edilemez (*Lykourezos*, §52).

Yumak ve Sadak – Türkiye [BD] kararında Mahkeme, Türkiye'de yasama meclisi seçimlerinde uygulanan yüzde 10 barajını, 3. madde açısından incelemiş ve bu konuyu Türkiye'nin geniş takdir alanı bağlamında görerek bu maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Ancak varılan bu sonuç, Mahkeme'nin bu barajın "yüksek" olduğu saptamasını yapmaya engel olmamıştır. Mahkeme, bu kararının sonuç bölümünde şunları belirtir:

"Sonuç olarak Mahkeme, genel olarak yüzde 10'luk seçim barajının aşırı yüksek olduğu kanısındadır. Bu bağlamda, barajın istisnai derecede yüksek seviyesini vurgulayan ve aşağı çekilmesini öneren Avrupa Konseyi organları ile mutabıktır; bu oranın indirilmesini tavsiye etmektedir. Bu baraj siyasi partileri, seçim sürecinin şeffaflığına katkıda bulunmayan taktikler izlemeye mecbur bırakmaktadır. Ancak mevcut davada Mahkeme,

söz konusu seçimlerin kendine özgü siyasi çerçevesi ışığında ve pratikteki etkilerini sınırlayan düzelticiler ve diğer güvencelerle birlikte değerlendirildiğinde, barajın esas olarak başvuruculara Birinci Protokolün 3. maddesi bağlamında tanınan hakkın özünü zedelediğine ikna olmamıştır."

Seçimlerin örgütlenmesi ve yönetimi

Mahkeme birçok kararında, özgür seçimlerin, ifade özgürlüğünün ve özellikle siyasi tartışma özgürlüğünün bütün demokrasilerin temelini oluşturduğunu belirtmiştir (*Yumak ve Sadak*, *§107*). "Yasama organının seçilmesinde halkın düşüncesini özgürce açıklama hakkı", aynı zamanda toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü ve dolaylı olarak demokrasinin doğru bir şekilde işlemesi için gerekli bir örgütlenme şekli olan siyasi parti kurma özgürlüğünü güvence altına alan Sözleşme'nin 11. maddesiyle de bağlantılıdır. Bir ülkedeki halkın barındırdığı fikir akımlarını temsil eden siyasi partilerin yarattığı rekabet olmazsa, halkın fikirlerini ifade edebilmesi düşünülemez. Siyasi partiler, yalnızca siyasi kurumlar içerisinde değil, aynı zamanda medya sayesinde bu fikir akımlarını yansıtırken, demokratik toplum kavramının özünde yer alan siyasi tartışmaya yeri doldurulamaz bir katkıda bulunmaktadırlar (*Yumak ve Sadak*, *§107*).

"Halkın düşüncesini özgürce açıklaması" ifadesi, seçimlerde bir veya daha fazla adayın seçilmesinde baskı uygulanmaması ve tercih sırasında seçmenlerin bir partiye ya da diğerine oy vermeye aşırı şekilde itilmemeleri gerektiği anlamına gelmektedir. Bu nedenle, aday ya da parti tercihlerinde, seçmenlere hiçbir şekilde baskı uygulanmamalıdır. "Tercih" kelimesi, siyasi partilere, seçimlerde adaylarını makul ölçülerde sunma fırsatı verilmesi gerektiği anlamına gelmektedir (*Yumak ve Sadak*, *§108*). Mahkeme, bir davanın 3. maddeye uygunluğu incelerken, temel olarak iki kritere odaklanmaktadır: Keyfiliğin veya orantısızlığın söz konusu olup olmadığı ve kısıtlamanın halkın görüşlerinin özgürce ifade etmesine müdahale oluşturup oluşturmadığı.

Mahkeme, 3. maddede güvence altına alınan hakların etkili olması ilkesi gereğince seçilme usulünün, keyfi kararları engelleyebilecek derecede güvence içermesi gerektiğini belirtmiştir (*Podkolzina*, *§35*).

Seçimlerin yönetimi konusunda Mahkeme, devlet memurlarının tarafsızlığının önemini belirtmiş ve bu ilkenin tamamlayıcısı olarak 3. maddede güvence altına alınan hakların gerçek bir demokrasi için vazgeçilmez olduğunu vurgulamıştır. Bu nedenle, devletlerin seçimlerin serbest seçim hakkına saygı içinde düzenlenmesini sağlamak bakımından "pozitif yükümlülükleri" vardır. Bu çerçevede Mahkeme, seçimlerin şeffaf bir şekilde işleyen ve siyasi manipülasyonlara karşı tarafsız ve bağımsız kalabilen bir organ tarafından yönetilmesinin gerekli olduğunu belirtmiştir (*Gürcistan İşçi Partisi*, *§101*). Ancak Avrupa Konseyi üyeleri arasında bu organın çalışma ve üyelerinin belirlenme yöntemi hakkında yerleşmiş ortak bir uygulama mevcut değildir; tercihler her ülkenin siyasi veya tarihi koşullarına göre değişiklik göstermektedir. Bu nedenle Mahkeme, "yasama organının seçilmesinde halkın düşüncesini özgürce açıklama hakkı"na saygı göstermek kaydıyla, seçimlerin yönetimi alanında devletlerin geniş bir takdir alanına sahip olduğunu belirtmiştir (*Gürcistan İşçi Partisi*, *§103*).

Siyasi partilere devlet yardımı

Özgürlük ve Dayanışma Partisi – Türkiye davası, yasama meclisi seçimlerine katılıp yüzde 7'nin altında oy elde eden partilere devlet yardımı yapılmaması hakkındadır. *Özgürlük ve Dayanışma Partisi,* 1999 yasama meclisi seçimlerine katılma hakkı kazanmış bir parti olarak devlet yardımı almak için seçimler öncesinde başvuru yapmıştır. Ancak yasanın öngördüğü bir önceki seçimlerde yüzde 7 oy alma koşulunu yerine getirmediği

için bu talebi reddedilmiştir. Mahkeme önünde başvurucu parti, talebinin reddinin, 3. maddeyle bağlantılı olarak ayrımcılık yasağının ihlalini oluşturduğunu iddia etmiştir. Başvurucuya göre, hazine yardımından yararlanmayan bir siyasi parti, görüşlerini halka ulaştırmak bakımından, bu yardımdan yararlanan partilere göre daha dezavantajlı konumdadır. Mahkeme, bu davada öncelikle siyasi partilere hazine yardımı yapılmasının bu partileri özel bağışçılara bağımlı olmasını engellemeyi amaçladığını hatırlatmıştır. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde bu yardım ya mutlak eşitlik ya da adil bir dağılım temelinde iki şekilde yapılmaktadır. Ancak bütün bu ülkelerde aday enflasyonunu önlemek amacıyla genellikle her zaman bir asgari seçmen desteği çıtası belirlenmektedir. Belirlenen asgari seçmen çıtasının ne olduğu konusunda devletler arasında bir ortak uygulama olmadığı gibi, bunu gösteren bir metin de mevcut değildir. Siyasi partilere hazine yardımında belirli bir çıta öngörülmesi, bir yandan çoğulculuğu koruyarak diğer yandan adayların gereksiz çoğalmasını önleyerek belirli bir meşru amaç izlemektedir. Türkiye'de bu çıta (yüzde 7) Avrupa Konseyi üyeleri devletler arasında en yüksek olanıdır. Ancak bu çıtanın yüksek olması hazine yardımında bir tekel oluşmasına yol açmamış ve birçok parti bu yardımdan yararlanmıştır. Ayrıca başvurucu partinin geçmiş seçimlerde elde ettiği oy oranı yüzde 7 oranının epeyce altındadır ve bu oy oranı ile diğer birçok Avrupa ülkesinde de hazine yardımına hak kazanamamaktadır. Başvurucu parti, Türkiye'deki seçmenlerin kayda değer bir desteğini aldığını kanıtlayamamıştır. Nihayet Mahkeme, Türkiye'de devletin siyasi partileri desteklemek için birçok başka tedbir aldığını (kimi vergi muafiyetleri, ulusal kanallarda propaganda yapma imkânı gibi) ve başvurucu partinin de bunlardan yararlandığını vurgulamıştır. Bu gerekçelerle Mahkeme, Sözleşme'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Seçimlerin yönetimi

Gürcistan İşçi Partisi – Gürcistan davası, seçimlerin çok özel koşullarda yönetimi hakkındadır. Kasım 2003 tarihinde Gürcistan'da karma bir seçim sitemi ile genel seçimler düzenlenmiştir. Gürcistan İşçi Partisi bu seçimlerde yüzde 12,04 oranında oy almış ve nispi seçim sistemine göre, 150 üzerinden 20 milletvekili elde etmeye hak kazanmıştır. Ancak meclisin ilk toplantısı, hileli seçim olduğunu iddia eden kişilerin düzenlediği gösteriler nedeniyle kesintiye uğramış ve Cumhurbaşkanı istifa etmek zorunda kalmıştır (Güller Devrimi). Daha sonra Anayasa Mahkemesi, Kasım 2003 seçimlerini iptal etmiştir. Mart 2004'te Merkezi Seçim Komisyonunun gözetiminde yeni seçimler düzenlenmiştir. Bu Komisyon, Acaristan Özerk Cumhuriyeti'ndeki iki seçim çevresinin (Khulo- ve Kobuleti) seçim sonuçlarını iptal etmiş ve burada yeni seçimlerin yapılmasına karar vermiştir. Ancak bu seçim çevresinde seçim sandıkları seçim günü kapalı kalmıştır. Aynı gün Merkezi Seçim Komisyonu seçim sonuçlarını açıklamış ve Gürcistan İşçi Partisi'nin yüzde 6,01 oranında oy alarak yüzde 7 ulusal barajın altında kaldığı ve bu nedenle mecliste temsil edilemeyeceği ortaya çıkmıştır.

Gürcistan İşçi Partisi davasında Mahkeme, ilk olarak seçmen listesi düzenleme yöntemine ilişkin başvurucu partinin şikâyetini incelemiş ve bu konuda 3. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Mahkeme, seçmen listelerinin iyi hazırlanması ve yönetilmesinin seçimlerin sıhhati bakımından temel önemde olduğunu vurgulamış ve dava konusu liste hazırlama yönteminin birçok Avrupa ülkesinde kullanıldığını not etmiş ve ayrıca seçimlerin uluslararası kuruluşlar tarafından izlendiğini de belirtmiştir. Mahkeme, seçmen listeleri konusunu bu çerçevede inceleyerek, "halkın görüşünün özgür ifadesini sağlamak" konusunda devlete düşen "pozitif yükümlülüğün" yerine getirildiği sonucuna varmıştır (*Gürcistan İşçi Partisi*, *§90*). Mahkeme ikinci olarak, Merkezi Seçim Komisyonunun kompozisyonunu incelemiştir. Bu Komisyonun 15 üyesinin 7'sini (üstün oyu olan başkan dâhil) Cumhurbaşkanı ve onun mensup olduğu parti belirlemektedir. Mahkeme Komisyonun bu kompozisyonunu eleştirmiş ve Komisyon üyelerinin siyasi iktidarın

baskısına karşı bağımsız kalmalarının güç olabileceğini belirtmiştir. Ancak başvurucu partinin bu Komisyonun seçim hilesi yaptığı yönünde ciddi bir kanıt getirememesini dikkate alarak bu şikâyet konusunda da 3. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır. Buna karşılık Mahkeme, iki seçim çevresinde seçmenlerin seçme hakkından yoksun kaldıkları gerekçesiyle Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna varmıştır. Mahkeme'ye göre, başvurucu parti bu iki seçim çevresinden gelebilecek oylara güvenme hakkına sahiptir. Oysa Komisyon, nedeni anlaşılamayan keyfi bir kararla, yasal temeli olmaksızın bu iki seçim çevresinde seçimleri iptal etmiştir. Mahkeme'ye göre, genel oy ilkesini hayata geçirmek konusunda devlete düşen "pozitif yükümlük" dikkate alındığında, bir devletin en kısa sürede bir meclise sahip olma meşru amacı Acaristan Cumhuriyeti'ndeki 60,000 seçmeni oy kullanma hakkından yoksun bırakmayı haklı göstermeye yetmemektedir.

Medyadan yararlanma

Rusya Komünist Partisi ve Diğerleri – Rusya davası, Rusya'daki siyasi muhalefet partilerinin ve siyasetçilerinin, 2003 parlamento seçimleri sürecinde siyasi partilerin seçim kampanyalarından yeterince yararlanamadığı iddiası hakkındadır. Bu parti ve adaylar, önde gelen 5 TV kanalında kendilerine eşit yer verilmemiş olması nedeniyle seçimlerin serbest biçimde yapılmadığını ileri sürmüşlerdir. Mahkeme bu davada 3. maddenin, etkili bir siyasal demokrasinin temel bir ilkesi olduğunu hatırlatır. Mahkeme'ye göre, "yasama organının seçiminde halkın kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesinin güvence altına alındığı koşullarda" deyimi, Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğünden ayrı olarak, esas itibarıyla bütün vatandaşların seçme ve seçilme haklarını kullanırken eşit muamele görme ilkesini ortaya koymaktadır. Mahkeme, Venedik Komisyonunun seçimlerde farklı siyasi partiler ve adaylara kamu makamlarının tarafsız davranması ve özellikle seçim kampanyası ve medyadan yararlanma bakımından "fırsat eşitliği" ilkesine uyulması gerektiğini belirttiğini de hatırlatmıştır. Somut olayda Mahkeme, şikâyeti devletin özgür seçimler konusundaki "pozitif" ve "negatif" yükümlülükleri açısından incelemiştir.

Rusya Komünist Partisi ve Diğerleri kararında Mahkeme, devletin denetlediği medya üzerinde farklı siyasi parti ve adaylara eşit ve tarafsız davranması gerektiği konusunda, başvurucuların Hükümet yanlısı bir medya yaratarak seçimleri manipüle ettiği yönündeki iddialarını kanıtlayamadığı sonucuna varmıştır. Bu sonuca varırken özellikle o sırada yürürlükte olan kanun ve usullerin, muhalefetin televizyon erişimlerine dair asgari süreleri güvence altına almasını ve devlet medyasının tarafsızlığı ilkesini öngörmesini dikkate almıştır. Mahkeme'ye göre, 2003 seçimlerinde ekrana çıkma konusunda eşitlik sağlanmamış olsa da, bu durum, seçimlerin Sözleşme anlamında "serbest" olmadığı sonucuna varacak düzeye ulaşmamıştır.

Rusya Komünist Partisi ve Diğerleri davasında başvurucular hukuki düzenlemelerden değil, uygulamada 5 temel ulusal televizyon kanalının tarafsız davranmadığından şikâyet etmişlerdir. Mahkeme, başvurucuların bu şikâyetinin Yüksek Mahkeme tarafından incelendiğini ve bu mahkemenin başvurucuların iddialarını kanıtlayamadıkları sonucuna vardığını belirtmiştir. Kendisine sunulan bütün kanıtları değerlendiren Mahkeme, ulusal mahkemenin vardığı sonucun "keyfi" olduğunun ya da "açıkça makul" olmadığının ileri sürülemeyeceğini kabul etmiştir. Bu nedenle başvurucuların bu yöndeki iddialarını yeterince kanıtlayamadıkları gerekçesiyle reddetmiştir. Ancak Mahkeme incelemesinde bu sonuçla yetinmemiştir. Başvurucuların şikâyetini ayrıca 3. maddenin öngördüğü devletin pozitif yükümlülükleri açısından incelemiştir. Mahkeme'ye göre:

"Birinci Protokolün 3. maddesi bağlamında devletin temel yükümlülüğü, diğer birçok medeni ve siyasi haklarda olduğu gibi, sadece bir şey yapmaktan kaçınma ya da

müdahalede bulunmama değil, ama aynı zamanda devletin "demokratik seçimler örgütleme" şeklinde pozitif yükümlülüğü de vardır" (*§123*).

Mahkeme, bu pozitif yükümlülüğe dayanarak, seçimlerde medyanın rolü söz konusu olduğunda, devletin dengeleyici ve "serbest seçimlerle" uyumlu bir görevi olup olmadığı sorusunu sormuştur. Mahkeme bu bağlamda ilk olarak, devletin, kişilerin seçimlerin medya tarafından manipüle edildiği yönündeki şikâyetlerini inceleyecek etkili bir yol kurma şeklinde bir usul yükümlülüğü bulunduğunu hatırlatmıştır. Somut olayda bu yükümlülük yerine getirilmiştir. Diğer yandan Mahkeme, çoğulculuğun sağlanması için ister istemez devletin bir takım pozitif yükümlülükleri olduğunu belirtmiştir. Bu noktada Mahkeme, farklı parti ve adayların medyadan yararlanmaları için belirli kurallar olduğunu kaydetmiştir. Ayrıca Rusya mevzuatı kamu medya kuruluşlarının tarafsızlığını ve bağımsızlığını güvence altına almıştır. Sonuç olarak Mahkeme, Rusya Devletinin muhalefette olan siyasi parti ve adaylarına Rusya televizyonlarında yer verilmesi ve Rus medyasının editoryal bağımsızlığını sağlamak için önlemler aldığını belirtmiştir. Bu düzenlemeler belki uygulamada partilerin ekranı kullanmaları konusunda gerçek bir eşitlik sağlayamamaktadır. Ancak Mahkeme, önüne gelen bütün kanıtları değerlendirerek ve devletin bu alandaki takdir alanını da dikkate alarak, bu durumun 3. maddenin ihlalini oluşturacak düzeye gelmediği sonucuna varmıştır.

Namat Aliyev – Azerbaycan davasında başvurucu, parlamento seçimlerinde adaylığını koyduğu bölgede seçim gününde seçim kanununa yönelik bazı çok ciddi ihlaller yaşandığını ve usulsüzlükler yapıldığını, seçim bölgesindeki seçmenin gerçek eğilimini belirlemenin mümkün olmadığını ve serbest seçimlerde aday olma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme, eğer bir adayın seçimlerde usulsüzlük olduğu yönünde savunulabilir bir şikâyeti varsa, bu şikâyetini sunabileceği bir yolun o ülke hukuk sisteminde olması gerektiğini belirtmiştir. Mahkeme'ye göre (*§81*):

"… seçim hakları konusunda bireysel şikâyetlerin etkili bir şekilde inceleneceği ulusal bir sistemin varlığı serbest ve adil seçimler için temel güvencelerden biridir. Böyle bir sistem, bireysel haklardan oy vermek ve aday olmak haklarının etkili bir kullanımını sağlayacaktır, seçim sürecinde devletin idaresine dönük güveni koruyacaktır ve devletin Birinci Protokolün 3. maddesinden doğan pozitif yükümlülüğünü karşılayacak önemli bir araç oluşturacaktır. Gerçekten de, bütün seçim süreci boyunca demokratik seçimleri etkileyen olaylara karşı bu sorunları etkili bir şekilde inceleyen ulusal mercii olmazsa, devletin Birinci Protokolün 3. maddesinden ve bu maddenin güvence altına aldığı bireysel haklardan doğan yükümlülüğünün içi boşalacaktır."

ÖNEMLİ KARARLAR

02.03.1987 9267/81 MATHIEU-MOHIN ve CLERFAYT - BELÇİKA

♦ *yasama organı seçimi* (Flaman bölgesindeki Fransızca konuşan azınlık seçmenlerin oy verdiği adayın seçildiği zaman Parlamentoda Fransızca yemin ederek Parlamentodaki Fransızca dil grubu üyesi olduğu için, bazı yasama fonksiyonlarına sahip Flaman Konseyi üyesi olamaması), *serbest seçim hakkı konusunda ayrımcılık—azınlığa mensup seçmenler arasında farklı muamele* (Fransızca konuşan azınlık seçmenlerin oy verdiği adayın Flaman meclisine üye olamaması nedeniyle farklı muamele, bu şikâyetin serbest seçim hakkı bakımından incelenip reddedilmiş olması) ■ serbest seçim hakkı

DAVANIN ESASI

I. Dava konusu olaylar

A. Bayan Mathieu-Mohin

11. Fransızca konuşan bir Belçika vatandaşı olan bayan Mathie-Mohin, halen Brüksel'de yaşamaktadır; fakat Komisyon'a başvuru yaptığı sırada Vilvoorde'da oturmaktaydı. Vilvoorde, Brüksel seçim bölgesinde bir Flaman Bölgesi olan Halle-Vilvoorde ilçesinde kalan bir beldedir.

Başvurucu, doğrudan genel seçimlerde Brüksel seçim bölgesinden, Parlamentonun iki Meclisinden biri olan Senato üyesi olarak seçilmiştir. Başvurucu, parlamento yeminini Fransızca yaptığı için, Flaman Konseyi üyesi olamamıştır. Öte yandan başvurucu, Fransız Topluluk Konseyi üyesi olmuş, fakat Valon (Walloon) Bölge Konseyi üyesi olamamıştır.

Başvurucu 8 Aralık 1981 seçimlerinde yeniden seçilememiş, Ekim 1985 genel seçimlerinde aday olmamıştır.

B. Bay Clerfayt

12. Fransızca konuşan bir Belçika vatandaşı olan bay Clerfayt, Sint-Genesius-Rode'da oturmaktadır. Vilvoorde gibi bu belde de, Halle-Vilvoorde ilçesinde ve Brüksel seçim bölgesinde kalmaktadır. Başkent Brüksel çevresindeki diğer beş beldeyle birlikte buraya, çok sayıda Fransızca konuşan sakininin bulunması nedeniyle, Parlamento tarafından "özel statü" verilmiştir.

Bay Clerfayt, başlangıçtan beri, Brüksel Fransızca Konuşanların Demokratik Cephesi saflarında aktif olmuştur. Başvurucu 1968 yılından bu yana Brüksel'den, Parlamentonun Temsilciler Meclisine seçilmiştir. Başvurucu, Parlamentoda Fransızca yemin etmiştir; bu durum, kendisinin Flaman Konseyi üyesi olmasını engellemiştir. Öte yandan başvurucu, Fransız Topluluk Konseyi üyesi olmuş, fakat Valon Bölge Konseyi üyesi olamamıştır.

13. Bay Clerfayt, 28 Kasım 1983'te Temsilciler Meclisi Başkanından, bölge planlaması, arazi politikaları, destek konutları ve kamu yararına zorunlu satış konularından sorumlu Flaman Hükümet üyesine, Sint-Genesius-Rode'da ve Brüksel seçim bölgesinin diğer yörelerinde ortaya çıkan bazı sorunlarla ilgili soru sormak için izin istemiştir. Başvurucunun izin talebi, ertesi gün kabul edilemez görülerek, reddedilmiştir. Başvurucu bu izni, 13 Aralıkta, Flaman Konseyi Başkanından istemiş, 15 Aralıkta aynı cevabı almıştır.

II. Anayasal ve yasal ardalan

14. Belçika Krallığı başlangıçta, 1831'de, geniş özerkliğe sahip illere ve beldelere ayrılmış olmasına rağmen, üniter bir Devlet olarak görülmüş (1831 tarihli Anayasa, md. 1, 31 ve 108), fakat tedricen, federal bir örgütlenme tarzına doğru ilerlemiştir.

24 Aralık 1970 ve 17 Temmuz 1980 tarihli anayasal reformların başlıca kilometre taşlarını oluşturduğu bu değişim süreci, henüz tamamlanmamıştır. Bu değişim, merkezi milli kurumlar üzerindeki yansımalarının dışında, Bölgelerin ve Toplulukların kurulmalarıyla kendini göstermiştir; Halle-Vilvoorde ilçesinden seçilenlerin ve buradaki seçmenlerin durumu da etkilenmiştir.

A. Merkezi milli kurumlardaki gelişme

15. Ulusal düzeydeki yasama yetkisi, Kral ve Parlamento tarafından kullanılır; Parlamento, Temsilciler Meclisi ve Senatodan oluşur (Anayasa, md. 20). Temsilciler Meclisinin 212 üyesi, dört yıl için, katılmanın zorunlu olduğu doğrudan ve genel seçimlerde, gizli oyla, orantılı temsil esasına göre seçilir (Anayasa md. 47, 48, 49(1) ve 51); Senatonun 116 üyesi, dört yıl için, bir kısmı yine genel seçimle ve bir kısmı bölge konseyleri veya kendi üyeleri tarafından seçilir (Anayasa, md. 53-55).

Temsilciler Meclisinde her bir seçim bölgesi, ülke nüfusunun 212'ye bölünerek elde edilen ulusal paydaya kendi nüfusu bölündüğünde, çıkan sayı kadar sandalyeye sahiptir; kalan sandalyeler, en fazla artık oya sahip temsil edilmeyen nüfusun bulunduğu bölgelere gitmektedir (md. 49(2)). Bir adayın bir sandalye kazanabilmesi için, yaklaşık 20,000 oy alması gerekir; kesin sayı, bir seçim çevresinden diğerine, biraz değişmektedir.

16. Anayasada belirtilen bazı kararlar alınırken, her Meclisin seçilmiş üyeleri, kişisel olarak konuştukları dil ne olursa olsun, yasada öngörülen şekilde, Fransızca konuşan gurup ve Felemenkçe konuşan gurup olmak üzere, iki guruba ayrılmaktadır (Anayasa md. 32/ek).

Temsilciler Meclisinde Fransızca konuşan gurupta, kural gereğince, Fransızca konuşan seçim çevrelerinden seçilen üyeler ile Verviers seçim çevresinden seçilen üyeler yer almaktadır; buna karşılık Felemenkçe konuşan gurupta sadece Felemenkçe konuşan seçim çevrelerinden seçilen üyeler yer almaktadır; Brüksel seçim bölgesinden seçilen üyeler ise, Parlamentoda Fransızca veya Felemenkçe olarak yaptıkları yemine göre, Fransızca veya Felemenkçe gurubuna girmektedirler (3 Temmuz 1971 tarihli Yasa, md 1(1)).

Senatodaki dil guruplarına da aynı kriterler uygulanır (aynı Yasa, md. 1(2)).

17. Dil gurupları, başka şeylerin yanında, şu kararların alınmasında rol oynarlar: bir yere özel bir statü vermek için o yeri idari şemadan çıkarma (Anayasa, md. 1/son); dil bölgelerinin sınırlarını düzeltme veya başka şekilde değiştirme (md. 3/ek); Topluluk Konseylerinin ve Hükümetlerinin kompozisyon ve görev şekillerini düzenleme (md. 59/ek ve (1) sonu); sözü edilen Konseylerin yetki kapsamını belirleme (md. 59/ek (2) sonu, 2.ek sonu ve 4. ek); bölge kurumlarının yetkilerini ve yetki alanlarını belirleme (md. 107 son bendi). Anayasa bu gibi durumlarda, "her iki Meclisteki her dil gurubunda oy çoğunluğu" aramaktadır; diğer şartlar ise şunlardır: "her guruptaki üyelerin çoğunluğu hazır bulunmalı" ve "iki dil gurubundaki evet oyların miktarı, toplam oy miktarının en az üçte ikisini bulmalı"dır.

Bu şartlara ilave olarak, bazen "alarm zili" denilen, Anayasanın 38 ek maddesinde öngörülen bir sistem bulunmaktadır. Buna göre:

"Bütçe Yasaları ile nitelikli çoğunluk gerektiren Yasalar dışında, bir yasa tasarısının müzakereye sunulmasından sonra ve açık oturumda yapılacak son oylamadan önce, bir dil gurubu üyelerinin dörtte üçünün imzasıyla, yasa tasarısındaki bazı hükümlerin Topluluklar arasındaki ilişkilere ağır zarar verebileceğini belirten gerekçeli bir önerge verilebilir.

Böyle bir durumda, Parlamentodaki işlemler ertelenir ve önerge Hükümete gönderilir; Hükümet bu önerge hakkında otuz gün içinde gerekçeli bir görüş sunar ve ilgili Meclisin ya bu görüş üzerinde veya muhtemelen değiştirilmiş olan Tasarı üzerinde oylama yapmasını talep eder.

Bu usul, bir dil gurubu üyeleri tarafından bir tasarı hakkında birden fazla kullanılamaz."

Bu hükümler öncelikle, Fransızca gibi, ülkede azınlık dili konuşanları korumak için getirilmiştir.

Öte yandan bir dil grubuna üyelik, parlamento görüşmeleri sırasında o dili kullanma yükümlülüğü yüklemez. Dahası, Anayasanın 32. maddesine göre Temsilciler Meclisi üyeleri ile Senato üyeleri, "sadece Parlamentoya seçildikleri il veya ilçe"yi değil, bir bütün olarak "ulusu temsil" ederler.

18. Hükümette "Başbakanın dışında", "Fransızca konuşan Bakan sayısı kadar, Felemenkçe konuşan Bakan bulunur" (Anayasa, md. 86 ek).

B. Bölgeler ve Topluluklar

1. Tanımlar

(a) Dil bölgeleri

19. Anayasa 3. maddesine 24 Aralık 1970 tarihinde eklenen hükümle Belçika, "Fransızca dil bölgesi, Felemenkçe dil bölgesi, iki dilli Başkent Brüksel bölgesi ve Almanca dil bölgesi, olmak üzere, dört dil bölgesi"ne ayrılmıştır. Her belde, "bu bölgelerden birine girer".

Birinci dil bölgesi Hainaut, Lüksembourg, Namur illerini, Liege ilinin Almanca dil bölgesi beldeleri dışında kalan kısmını ve Brabant ilindeki Nivelles ilçesini kapsar; ikinci bölgede, Antwerp, Batı Flanders, Doğu Flanders, Limbourg illeri ve ayrıca Vilvoorde ve Sint-Genesius-Rode beldelerinin bulunduğu Halle Vilvoorde ilçesi ile Brabant ilinin Louvain ilçesi yer alır; üçüncü bölgede Brüksel ve çevresindeki on sekiz belde yer alır; dördüncü bölgede, Verviers'in yirmi beş beldesi yer alır (İdari konularda dillerin kullanılması hakkında Kanunların 3-6. maddeleri, bu kanunlar 18 Temmuz 1966'da bütünleştirilmiştir; bundan sonra "1966 tarihli Bütünleştirme Kanunları" şeklinde geçecektir).

(b) Bölgeler

20. Dil bölgeleri, idari ve adli konularda olduğu gibi, eğitim alanında da kullanılacak diller hakkındaki yasaların uygulanacağı yerleri göstermeye yaramaktadır. Dil bölgelerinin kendi yetkileri veya kurumları yoktur. Bu nedenle, 24 Aralık 1970 tarihli anayasa değişikliğiyle kurulan ve bazen "siyasal" olarak nitelenen Bölgelerden farklıdır.

21. Anayasanın 107. maddesinin 1. fıkrasına göre, Belçika'da "Valon Bölgesi, Flaman Bölgesi ve Brüksel Bölgesi olmak üzere, üç Bölge bulunmaktadır; bir "Alman Bölgesi" yoktur.

8 Ağustos 1980 tarihli Kurumsal Reform Hakkında Özel Yasa (bundan sonra "1980 tarihli Özel Yasa" diye geçecek), "geçiş dönemi için" ilk iki Bölgenin hudutlarını çizmektedir. Buna göre Flaman Bölgesi, tamamen Felemenkçe dil bölgesinde yer alan il ve ilçeleri içermektedir; Valon Bölgesi ise, Hainaut, Lüksembourg ve Namur illeri ve Nivelles

ilçesinin yanında, Almanca dil bölgesi beldelerini hariç tutmadan, bütün bir Liege ilini kapsamaktadır (1980 tarihli Özel Yasa, md. 2)

Öte yandan 1980 tarihli Özel Yasa, Brüksel Bölgesinden söz etmemektedir. Bu Bölgenin sınırları, "geçici Toplulukları ve bölge kurumları kuran", 20 Temmuz 1979 tarihli bütünleştirme Yasanın 1. maddesinin son fıkrasında düzenlenmeye devam etmektedir. Bu sınırlar, "Başkent Brüksel'in idari sınırlarına" karşılık gelmektedir.

22. 1980 tarihli Özel Yasa, Anayasanın 59 ek ve 107. maddelerinde öngörülen özel çoğunluklarla (bk. yukarıda §17) kabul edilmiştir; bu kanunda daha sonra yapılacak değişiklik için aynı şey gerekir. Bu yasa Senatodan 22 aleyhte ve 3 çekimser oya karşılık 137 oyla, Temsilciler Meclisinde 19 aleyhte 5 çekimser oya karşılık 156 oyla kabul edilmiştir.

(c) Topluluklar

23. Son olarak, 17 Temmuz 1980 değişiklik tarihli Anayasanın 3ter maddesinin 1. fıkrası, "Fransız Topluluğu, Flaman Topluluğu ve Almanca konuşanlar Topluluğu olmak üzere üç Topluluk" kurmuştur; bu toplulukların her birinin, Valon Topluluğu ve Flaman Topluluğu gibi, tüzel kişilikleri vardır (1980 tarihli Özel Yasa, md. 3).

2. Yetki alanları

(a) Bölgeler

24. 1980 tarihli Özel Yasanın 6(1). fıkrası, Anayasanın 107. maddesinin ikinci fıkrasının uygulanması için çıkarılmış olup, Valon ve Flaman Bölgelerinin bölgesel planlama, çevre, kırsal alandaki yenileştirmeler ve doğal kaynaklar, konut sağlama, su politikası, ekonomi politikası, enerji politikası, ikinci derece idari makamlar, istihdam politikası ve araştırma ve uygulama konularındaki yetkilerini, uzun ve ayrıntılı bir şekilde düzenlemektedir.

Bu yasa, Brüksel Bölgesi için geçerli değildir; bu Bölge, bölgesel konularda veya yerel olarak görülebilecek konularda, ulusal Parlamentoya tabi olmaya devam etmektedir (9 Ağustos 1980 tarihli Kurumsal Reformlar Hakkında "genel" Yasa, md. 48 ile birlikte ele alınan 20 Temmuz 1979 tarihli "Bütünleştirme" Yasanın 2. maddesi).

(b) Topluluklar

25. Anayasanın 59 ek 2 ve 3. fıkraları, Fransız ve Flaman Topluluklarına, kültürel konularda, eğitim (bazı istisnalar dışında), Topluluklar arası işbirliği, uluslararası kültürel işbirliği gibi, ilgili kişilerin yetkili makamlarla yerel resmi dil dışında kendi dilleriyle yazışabilecekleri ("matieres "personnalisables") konularda ve dili kullanabilecekleri bazı alanlarda yetkiler vermektedir. 1980 tarihli Özel Yasanın 4. maddesi ve 5(1). fıkrası, kültürel konularda ve matieres personanalisables hakkında ayrıntılı hükümler içermektedir; matieres personanalisables, sağlık politikası, bireylere yardım, uygulamalı bilimsel araştırma ile ilgilidir. Bundan sonra daha da az sözü edilecek olan Almanca konuşan Topluluk, biraz daha az yetkiye sahiptir (Anayasa, md 59 ter 2-4 fıkralar).

3. Kurumlar

(a) Tanımlar

26. Anayasanın 107. maddesinin ikinci fıkrası, gerekli bölgesel organları kurma görevini Parlamentoya bırakmıştır.

Öte yandan Anayasanın 59 ek 1. fıkrası, Fransız Topluluğu ve Flaman Topluluğunun birer Konseyi ve birer Hükümeti (Executive) bulunmasını öngörmektedir. İkinci fıkraya göre bu Konseyler ve Hükümetler, "yasada gösterilen usul ve şartlarda, Valon Bölgesi ve Flaman Bölgesinin yetkilerini kullanabilirler".

27. Yasama organı bu bölgesel organları kurma yetkisini, sadece Flaman Bölgesi için kullanmıştır. "Flaman Konseyi" ve Flaman Hükümeti" olarak adlandırılan "Flaman Topluluğu Konseyi ve Hükümeti", 1980 tarihli Özel Yasanın 1(1). fıkrasına göre, sadece Anayasanın 59 ekinde sıralanan konularda değil, fakat aynı zamanda, Flaman Bölgesinde Anayasanın 107. maddesinde sıralanan konularda da yetkilidir.

Öte yandan, Topluluk konularında yetkili Fransız Topluluk Konseyi ve Hükümeti ile bölgesel konularda yetkili Valon Bölge Konseyi ve Hükümeti kurulmuştur (1980 tarihli Özel Yasa, md 1(2) ve (3)). 1980 tarihli Özel Yasanın 1. maddesinin 4. fıkrası, "Fransız Topluluk Konseyi ve Hükümeti"nin "Anayasanın 107. maddesinde belirtilen konularda bölgesel kurumların yetkisini" kullandığı gibi, bu iki Konseyi Valon Bölgesinde "birlikte karar verme"ye yetkili kılmıştır; fakat bu hüküm henüz uygulamaya geçmemiştir.

28. Brüksel Bölgesi, daha önce geçen 1979 tarihli Bütünleştirme Yasası tarafından düzenlenmeye devam etmektedir. Bu Bölgenin, Flaman Konseyi veya Valon Bölge Konseyi gibi bir yasama meclisi ve bu meclislerin seçtiği Hükümetler gibi bir Hükümeti bulunmamaktadır; bu Bölgenin sadece, kraliyet kararnamesiyle atanan bir "bakanlar komitesi" bulunmaktadır (md. 4)

Hükümete göre bu durum, "bir 'bekle ve gör' durumu"dur. 1980 tarihli Özel Yasa haline gelecek olan yasa tasarı hakkında, 1980 yılında kendisinden görüş istenen Danıştay (Conseil de d'Etat) Yasama Bölümü, bu tasarının "ancak, Anayasanın 107. maddesinin Brüksel Bölgesi bakımından uygulanmasının ertelenmesi şartıyla anayasaya uygun olacağı, fakat iptal edilmemesi gerektiği, uygulamayı geciktirmenin makul bir süreyi aşmaması gerektiği" görüşünde olduğunu belirtmiştir.

29 Kasım 1985'te, bir ay önce göreve başlayan Hükümet, Devlet Reformu Çalışma Merkezi'nin, "Brüksel'in sorunlarına özel bir özen göstereceği"ni açıklamıştır. Bu Çalışma Merkezi, 14 Mart 1983 tarihli bir kraliyet kararnamesiyle kurulmuş olup, parlamenterlerden ve üniversitede eski veya görevdeki anayasa hukuku öğretim üyelerinden meydana gelmektedir. Çalışma Merkezi'nin görevi, "Devlet reformunun sürdürülmesi, değiştirilmesi ve geliştirilmesi" esaslarını hazırlamaktır.

(b) Üyelik

(i) Konseyler

29. Anayasa sadece, 59 ek 1. fıkrasında (Fransız ve Flaman Toplulukları), 59ter 1. fıkrasının 2. bendinde (Almanca konuşan Topluluk) ve 107. maddesinin ikinci fıkrasında (Bölgeler), Konseylerin seçilmiş temsilcilerden meydana geleceğini belirtmektedir.

Üyelerin göreve nasıl geleceklerini belirlemek gerektiğinde, yasa, daimi bir sisteme dönüşümü kolaylaştırmak için, iki geçiş dönemi öngörmüştür. Komisyona başvurunun yapıldığı (5 Şubat 1981) birinci dönem, Parlamentonun her iki Meclisinin de tamamen yenilendiği 8 Kasım 1981'de sona ermiştir; henüz sona ermemiş olan ikinci dönem, Anayasanın Senato ile ilgili 53 ve 54. maddelerinin değiştirileceği tarihte sona erecektir.

30. Birinci geçiş döneminde Flaman Konseyi, Meclisin Felemenkçe dil gurupları üyelerinden, Fransız Topluluk Konseyi de, Meclisin Fransızca dil gurupları üyelerinden oluşmuştur; Valon Bölge Konseyi ise aynı Fransızca dil gurupları üyelerinin, ya Hainaut, Liege, Lüksembourg ve Namur illerinden seçilmiş ve ya alternatif olarak, Brabant'tan veya buna ek olarak, seçim günü Valon Bölgesinde ikametgahları varsa, Senato tarafından seçilmiş üyelerinden oluşmuştur. (1980 tarihli Özel Yasa, md. 28(1)).

31. Henüz sona ermeyen ikinci geçiş dönemi için:

- Flaman Konseyi, Temsilciler Meclisindeki ve Senatodaki seçmenler tarafından doğrudan seçilmiş olan, Felemenkçe konuşan gurup üyelerinden;

- Fransız Topluluk Konseyi, Temsilciler Meclisindeki ve Senatodaki aynı şekilde seçilmiş olan, Fransızca konuşan gurup üyelerinden; ve

- Valon Bölge Konseyi ise, Hainaut, Liege, Lüksembourg veya Namur illerinden veya Nivelles ilçesinden seçilmiş Senatörler veya Temsilciler olmaları şartıyla, her iki Meclisten, Fransızca konuşan gurup üyelerinden

oluşmuştur.

Bu hüküm, 1980 tarihli Özel Yasanın 29. maddesinde yer almakta ve başvurucuların şikayetleri özellikle bu hükme karşı yöneltilmiş bulunmaktadır (bk. aşağıda, §44). Bu madde, Anayasanın 59 ek ve 107. maddelerinin aradığı nitelikli çoğunlukla kabul edilmiştir. Senatoda 19 muhalefet, 4 çekimser oya karşılık 127 oy; Temsilciler Meclisinde 16 muhalefet, 2 çekimser oya karşılık 160 oy almıştır.

32. Daimi sistem yürürlüğe girdiğinde üç Konsey de, sadece doğrudan seçilmiş Senato üyelerinden meydana gelecektir; yani:

- Flaman Konseyi, Felemenkçe dil gurubu Senatörlerinden;

- Fransız Topluluk Konseyi, Fransızca dil gurubu Senatörlerinden; ve

- Valon Bölge Konseyi ise, Hainaut, Liege, Lüksembourg veya Namur illeri ile Nivelles ilçesinden seçilmiş olmaları koşuluyla, Fransızca dil gurubu Senatörlerinden (1980 tarihli Yasa, md. 24 ve 25).

33. 1980 tarihli Özel Yasanın 50. maddesinin ilk fıkrası, "Brüksel seçim bölgesindeki seçmenler tarafından seçilmiş olup, seçildikleri tarihte, bir seçim bölgesi olarak bugün de bir çok ilçenin içinde kaldığı Başkent Brüksel'in (bk. aşağıda, §38) iki dilli bölgesinde ikamet eden Flaman Konseyi üyeleri" için özel bir hüküm getirmiştir. Buna göre bu üyeler, Topluluk konularında diğer üyelerle eşit konumda oldukları halde, "Flaman Konseyinde, Flaman Bölgesinin görevine giren konularda oy kullanamazlar".

(ii) Hükümetler

34. Üç Hükümet de, Konseylerin kendi üyeleri arasından seçilir (1980 tarihli Özel Yasa, md. 59 ve 60). Flaman Hükümetinin dokuz üyesi, Fransız Topluluk Hükümetinin üç üyesi ve Valon Bölge Hükümetinin altı üyesi vardır; Flaman Hükümetinin ve Fransız Topluluk Hükümetinin en az birer üyesi "Başkent Brüksel iki dilli bölgesinden" seçilir (md. 63).

"Flaman Konseyinde, ne zaman Flaman Bölgesinin görev alanına giren bir konu görüşülecek olsa, Brüksel bölgesi seçmenleri tarafından seçilmiş olup, seçildikleri tarihte bir seçim bölgesi olarak bir çok ilçenin içinde kaldığı Başkent Brüksel'in iki dilli bölgesinde ikamet eden Flaman Konseyi üyeleri, danışman (advisory) sıfatıyla bulunur" (md. 76(1)).

35. Brüksel Bölgesi Bakanlar Komitesi (bk. yukarıda §28), "Hükümette (Cabinet) görüşüldükten sonra kraliyet kararnamesiyle" atanan ve meclis tarafından seçilmeyen üç üyeden oluşur. Bu üyeler, biri Başkanlık yapan bir Bakan ve "biri Başkanın dil gurubundan farklı bir dil gurubundan olan" iki Devlet Bakanıdır (1979 tarihli bütünleştirilmiş Yasa, md. 4(1)).

(c) Yetkiler

36. Fransız ve Flaman Toplulukları, Valon ve Flaman Bölgeleri gibi, kararnameler (decree) çıkarma yetkisine sahip olup, bu yetki kendi kurumları tarafından ortaklaşa (jointly) kullanılır (Anayasa md 26 ek ve 59 ek 2, ek 3(2), 1980 tarihli Özel Yasa, md. 17 ve 18);

buna ek olarak, Hükümetlerin düzenlemeler (regulation) yapma yetkileri de vardır (1980 tarihli Özel Yasa, md. 20). Hükümetler çalışmalarını, hangisi uygunsa, Fransızca veya Felemenkçe olarak tek dilde yürütürler; diğer dile çeviri yapılmaz.

Bir kararname, "kanun gücüne" (the force of law) sahiptir; "yürürlükteki bir kanun hükmünü kaldırabilir (abrogate), değiştirebilir (amend), yerine başka hüküm koyabilir (replace), bir hüküm ekleyebilir (supplement) (1980 tarihli Özel Yasa, md. 19(2)). Buna göre 1970 ve 1980 tarihli anayasal reformlar, kural koyma (rule-making) yetkisini, üç ayrı yasama organına paylaştırmıştır; bunlar, ulusal Parlamento, Topluluk Konseyleri ve Bölge Konseyleridir.

Bazı istisnalar dışında, Fransız Topluluk Konseyi kararnameleri Fransız dil bölgesinde, Topluluk konularındaki Flaman Konseyi kararnameleri Felemenkçe dil bölgesinde "ve ayrıca, faaliyetleri gereği münhasıran Topluluklardan birine ait görülen Başkent Brüksel'in iki dilli bölgesinde kurulmuş kurumlarda" uygulanır (Anayasa, md. 59 ek 4. fıkra); Valon Bölge Konseyinin kararnameleri Valon Bölgesinde ve bölgesel konularda Flaman Konseyinin kararnameleri Flaman Bölgesinde uygulanır (1980 tarihli Özel Yasa, md. 19(3)); Flaman Konseyi kararnamelerinde, "Anayasanın 59 ek veya 107. maddelerinde belirtilen konulardan birini", bir başka deyişle, Topluluk veya bölgesel konuları düzenleyip düzenlemediklerini belirtilir (1980 tarihli Özel Yasa, md. 19(1) ikinci bendi).

Anayasanın 107ter maddesi gereğince, "26. maddede sözü edilen yasalar (statutes), kararnameler (decrees) ve kurallar (rules) arasında ve farklı kararnameler veya kurallar arasında çatışmanın giderilme usulü, yasayla düzenlenir". Bu tür çatışmaları (conflict) çözmekle görevli, "Belçika'nın bütünü için bir Uzlaştırma Mahkemesi (Court of Arbitration) kurulur"; bu mahkemenin üyelerinin seçimi, yetkisi ve yargılama usulü, kanunla düzenlenir (28 Haziran 1983 tarihli Yasa).

C. Halle-Vilvoorde ilçesinde ikamet eden seçmenlerin ve seçilmiş temsilcilerin özel durumu

37. Halle-Vilvoorde ilçesi (administrative district) 1983'te kurulmuş olup, bugün, eski Brüksel ilçesinin iki dilli bölgelerinin dışında kalan, fakat "özel statülü altı çevre beldelerini" de kapsayan beldelerden meydana gelmektedir; bu beldelerden biri, Sint-Genesius-Rode'dur (1966 tarihli Bütünleştirme Yasaları, md 3(2), 7 ve 23-31).

Halle-Vilvoorde, Felemenkçe dil bölgesi ve Flaman Bölgesi içinde kalmaktadır; bu nedenle Flaman Konseyi ve Hükümetinin yetki alanı içindedir; burası, Fransız Topluluk kurumlarına ve Valon Bölgesi kurumlarına tabi değildir (bk. yukarıda §19, 21 ve 36). Bununla birlikte burada önemli ölçüde Fransızca konuşan azınlık bulunmaktadır; Hükümet tarafından da itiraz edilmeyen başvurucuların verdiği rakamlara göre, 1 Ocak 1982 tarihi itibarıyla 518,962 olan nüfusunun en az 100,000'i, Fransızca konuşan azınlık mensubudur. Fransızca konuşan kişiler, altı "çevre beldesi"nde çoğunluk oluşturduklarını ve bu beldelerin Brüksel Bölgesine bağlanması konusundaki taleplerinin Belçika Devleti tarafından reddedilmesi nedeniyle, isteklerine aykırı davranıldığını iddia etmektedirler.

38. Belçika'da seçim bölgeleri, genellikle ilçelere karşılık gelir (Seçim Kanunu, md. 87). Fakat bunun bir istisnası vardır. Başkent Brüksel ilçesi ile Halle-Vilvoorde ilçesi, parlamento ve yerel seçimlerde, Brüksel merkezi olarak, birlikte ve tek bir seçim bölgesi oluşturur (1966 tarihli bütünleştirme Yasası, md. 3(2), ikinci fıkra). Bu iki ilçede oylar birlikte sayılır ve bir ilçeden seçilen adayı diğer ilçeden seçilen adaydan ayırmak mümkün değildir. Başvurucular, Halle-Vilvoorde ilçesindeki Fransızca konuşan seçmenlerin sayıları ve yasal kotaları dikkate alındığında (bk. yukarıda, parag. 15 ve 37), bunların sadece kendi oylarıyla, Temsilciler Meclisine üç veya dört üye gönderebileceklerini ileri sürmüşlerdir.

8 Kasım 1981 tarihli genel seçimlerde, Brüksel seçim bölgesinde 999, 601 kayıtlı seçmen bulunuyordu; bunlar 34 Temsilciler Meclisi üyesi ve 17 Senatör seçmişlerdir (1 Aralık 1972 tarihli Kraliyet Kararnamesi ve 19 Temmuz 1973 tarihli Yasa).

39. Fransızca konuşan adayların, Halle-Vilvoorde'da ikamet etsinler veya etmesinler, seçimlerde bu ilçeden aday olmalarını engelleyen bir şey yoktur; seçmenlerin de, Fransızca konuşsunlar veya konuşmasınlar, bu adaylara oy vermelerini engelleyen bir şey yoktur. Bu adaylar kişisel olarak hangi dilde konuşurlarsa konuşsunlar, seçildikleri taktirde parlamenter yeminini, isterlerse Fransızca, isterlerse Felemenkçe yapabilirler (bk. yukarıda §16).

Seçilenler, başvurucular gibi Fransızca yemin ettikleri taktirde, Temsilciler Meclisinde veya Senatoda Fransızca dil gurubuna üye olmakta, bu durum kendilerinin, Halle-Vilvoorde ilçesiyle ilgili bir yetkisi bulunmayan Fransız Topluluk Konseyinde yer almalarını sağlamaktadır; fakat seçilenler, Topluluk veya bölgesel yetkilerini kullanırken, ne Flaman Konseyine ve ne de Valon Bölge Konseyinde yer alabilmektedirler (bk. yukarıda §30-32 ve 36).

Bunun karşısında, seçilenler Felemenkçe yemin ettikleri taktirde, Felemenkçe dil gurubu üyesi olmakta ve böylece Flaman Konseyinde yer almakta, fakat Fransız Topluluk Konseyinde veya Valon Bölge Konseyinde yer alamamaktadırlar (bk. yukarıda §30-32); böylece, Anayasanın nitelikli çoğunluk aradığı konularda, Fransız dil grubunda oy verme hakkını kaybederler (bk. yukarıda §17).

Aynı şekilde, Halle-Vilvoorde'daki Fransızca konuşan seçmenler, Flaman Konseyinde, Felemenkçe yemin etmiş parlamenterlerden başka üyeler tarafından temsil edilemezler.

Adaylar, dahil olacakları dil gurubunu önceden açıklamak zorunda değildirler; genellikle de açıklamazlar.

(...)

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Tek başına ele alınan Birinci Protokolün 3. maddesinin ihlali iddiası

44. Başvurucular, bir süredir Flaman Konseyi üyeliğini düzenleyen 1980 tarihli Özel Yasanın 29(1). fıkrası hakkında (bk. yukarıda §31) iki yönden şikayette bulunmuşlardır. Başvurucular ilk olarak, uygulamada bu hükmün, Flaman Bölgesinde olduğu halde iki dilli Brüksel ilçesiyle birlikte tek bir seçim bölgesi oluşturan Halle-Vilvoorde ilçesindeki (bk. yukarıda §37-38) Fransızca konuşan seçmenlere, Flaman Konseyine Fransızca konuşan temsilciler seçme imkanı vermediğini, oysa Felemenkçe konuşan seçmenlerin Felemenkçe konuşan temsilcileri seçebildiklerini (bk. yukarıda §39/4) iddia etmişlerdir. Başvurucular, ikinci olarak bu hükmün, bu seçim bölgesinden seçilen ve Halle-Vilvoorde ilçesinin herhangi bir beldesinde ikamet eden bir parlamenterin, Temsilciler Meclisinde veya Senatoda Fransızca dil gurubuna dahil olması halinde, Flaman Konseyinde yer almasını önlediğini, ama Felemenkçe dil gurubuna dahil ve aynı beldelerden birinde ikamet eden seçilmiş temsilcilerin (bk. yukarıda §39), bu engelle karşılaşmadığını iddia etmiştir.

Başvurucular bayan Mathie-Mohin ve bay Clerfayt'a göre bu durum, Birinci Protokolün 3. maddesini ihlal etmektedir. (...)

45. Komisyon, başvurucunun iddiasını esas itibarıyla kabul etmiştir. Hükümet bu iddiayı reddetmiştir. Hükümet, Halle-Vilvoorde ilçesinde ikamet edip Brüksel seçim bölgesinden seçilen Fransızca konuşan bir temsilcinin, Parlamentoda Felemenkçe yemin etmesi halinde, Flaman Konseyinde yer alacağını (bk. yukarıda §14, 21, 24, 28 ve 29) ve burada seçmenlerini temsil edeceğini belirtmiştir.

A. Birinci Protokolün 3. maddesinin yorumu

46. Mahkeme'den, Birinci Protokolün 3. maddesine göre yapılan şikayetlerle ilgili ilk kez bir karar vermesi istendiğinden, Mahkeme bu maddeye mevcut dava bağlamında verdiği anlamı açıklamayı gerekli görmektedir.

47. Sözleşme'nin Başlangıç'ına göre, temel insan hakları ve özgürlükleri en iyi şekilde, "etkili bir siyasal demokrasi" tarafından korunabilir. Birinci Protokolün 3. maddesi, demokrasinin karakteristik bir prensibini içerdiğinden, bu madde Sözleşme sisteminde birincil bir öneme sahiptir.

48. Sözleşme'de ve 1, 4, 6 ve 7. Protokoller'deki maddi hükümlerin hemen hepsinde, "Herkes (...) hakkına sahiptir" veya "Hiç kimse" gibi terimler kullanılmış iken, Birinci Protokolün 3. maddesinde, "Sözleşmeci Taraf Devletler (...) taahhüt eder" şeklinde bir ifade kullanılmaktadır. Bazen bu ifadeden, Birinci Protokolün 3. maddesinin bireylere, Sözleşmeci Tarafların egemenlik yetkisi içinde bulunan "herkes için doğrudan güvence altına alınan" haklar ve özgürlükler tanımadığı (*İrlanda -- Birleşik Krallık, §239*), fakat sadece Devletler arasında yükümlülüklere yol açtığı sonucu çıkarsanmıştır.

Durum böyle olsaydı, bayan Mathie-Mohin ve bay Clerfayt'ın Komisyona yaptığı başvurular kabuledilebilir bulunmayacaktı; çünkü, Sözleşme'nin 25. maddesine göre, sadece hakları ve özgürlüklerinin ihlalinden dolayı mağdur olduğunu iddia eden bir kimse, Komisyona başvurma hakkına sahiptir.

49. Böylesi dar bir yorum, derinlemesine incelenme yapmayı gerektirmez. Birinci Protokolün Başlangıcı'na göre bu Protokol, "Sözleşme'nin Birinci Bölümünde bulunanların yanında, başka bazı hak ve özgürlüklerin birlikte yerine getirilmesini" güvence altına almaktadır; ayrıca bu Protokolün 5. maddesi şöyle demektedir: "Sözleşmeci Taraflar bu Protokolün 1, 2, 3 ve 4. maddelerini, Sözleşme'ye ilave maddeler olarak kabul ederler"; Sözleşme'nin 25. maddesi de dahil, Sözleşme'nin bütün hükümleri "buna göre uygulanır". Dahası, Dördüncü Protokolün Başlangıcı, diğerlerinin yanında, Birinci Protokolün "1-3. maddeleri"nde korunan "haklar ve özgürlükler"den söz etmektedir.

Birinci Protokolün hazırlık çalışmalarında da, bu Protokolün 3. maddesi bakımından bireysel başvuru hakkının kullanılmasını hariç tutma niyeti bulunduğu görülmemektedir; Mahkeme'nin yargı yetkisinden çıkarma fikri uzun bir süre tartışılmış, ancak sonunda terk edilmiştir. Ayrıca hazırlık çalışmalarında sık sık, "siyasal özgürlük", "siyasal haklar", "bireylerin siyasal hakları ve özgürlükleri", "serbest seçim hakkı" ve "seçim hakkı" gibi terimler kullanılmıştır.

50. Birinci Protokolün 3. maddesinin "devletlerarası taahhüt rengindeki" ifade tarzı, Sözleşme'de ve Protokoller'de yer alan diğer haklarla bu düzenlemede yer alan hak arasında esaslı bir fark bulunduğunu göstermemektedir. Bu tür bir ifade tarzının nedeni daha çok, üstlenilen taahhüde daha büyük bir bağlılık kazandırma isteği ile söz konusu alandaki başlıca yükümlülüğün, kişisel ve siyasal hakların çoğunluğunda olduğu gibi çekinme veya müdahale etmeme değil, fakat Devletin demokratik seçimler "yapmak" için, pozitif tedbirler alma şeklinde olmasıdır.

51. Birinci Protokolün 3. maddesinde yer alan hakkın niteliği konusunda, Komisyon'un görüşünde bir gelişme olmuştur. Komisyon, serbest seçimler yapılmasında "kurumsal" hak düşüncesinden (*X – Belçika [k.k.], no. 1028/61, Yearbook of the Convention, c. 4, s. 338*), "genel seçimler" kavramına (*X. – Almanya, no. 2728/66, Yearbook of the Convention, c. 10, s. 338*) ve sonra sonuç olarak, yasama organı seçimlerinde "seçme" ve "seçimlerde aday olma" şeklinde, sübjektif katılım hakları kavramına (*W, X, Y, Z – Belçika*

[k.k.], no. 6745-6746/76, Yearbook of the Convention, c. 18, s. 244) geçmiştir. Mahkeme, bu son kavramı benimsemiştir.

52. Söz konusu haklar mutlak değildir. Birinci Protokolün 3. maddesi, bu hakları açık terimlerle düzenlemeksizin, sadece tanımamakla yetindiğinden, zımni sınırlamalara yer bırakılmıştır (*mutatis mutandis, Golder, §38*). Sözleşmeci Devletler kendi iç hukuk düzenlerinde, seçme ve seçimlerde aday olma hakkını, Birinci Protokolün 3. maddesiyle kural olarak engellenmemiş şartlara tabi tutabilirler (*Collected Edition of the "Travaux Preparatoires", c. III, s. 264, ve c. IV, s. 24*). Sözleşmeci Devletler, bu konuda geniş bir takdir alanına sahiptirler; fakat Sözleşme'nin gereklerine uygunluk bakımından nihai kararı vermek, Mahkeme'ye düşen bir görevdir. Mahkeme, getirilen şartların, söz konusu hakların özünü zedeleyecek şekilde ve ölçüde kısıtlamadığına ve hakları etkililikten yoksun bırakmadığına kanaat getirmelidir; bu şartlar, meşru bir amaç izlemelidir ve kullanılan araçlar orantısız olmamalıdır (*mutatis mutandis, Lithgow ve Diğerleri, §194*). Ayrıca bu şartlar, "yasama organının seçiminde halkın kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesini" engellememelidir.

53. Birinci Protokolün 3. maddesi, sadece "yasama organı" seçimlerine veya bu organın iki meclisi varsa, en azından bir meclisin seçime uygulanır (*"Travaux Preparatoires, c. VIII, s. 46, 50, 52*). Ancak yasama organı, mutlaka ulusal parlamanto anlamına gelmez; bu kelimenin, söz konusu Devletin anayasal yapısı ışığında yorumlanması gerekir.

Mahkeme ilk olarak, 1980 yılında yapılan reformun, Temsilciler Meclisi ve Senato'ya ek olarak, Fransız Topluluk Konseyi ve Valon Bölge Konseyi ile birlikte Flaman Konseyini, Belçika "yasama organı"nın kurucu unsuru haline getiren yeterli gücü ve yetkiyi verdiğini (bk. yukarıda §24-25, 27 ve 37) kaydeder. Mahkeme önüne çıkan taraflar, bu noktada hemfikirdiler.

54. Birinci Protokolün 3. maddesi, "yasama organı"nı oluşturma yöntemi konusunda, sadece "halkın kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesinin güvence altına alındığı koşullarda", "makul aralıklarla" ve "gizli oyla", "serbest" seçimleri öngörmektedir. Bunun dışında, orantılı temsil sistemi veya tek ya da iki dereceli çoğunluk sistemi gibi, "belirli bir seçim sistemini yürürlüğe koyma yükümlülüğü" getirmemiştir (*"Travaux Preparatoires", c. VII, s. 130, 202 ve 210 ve c. VIII, s. 14*).

Sözleşmeci Devletlerin bu konudaki mevzuatlarının yere ve zamana göre değiştiğini dikkate alan Mahkeme, burada da Sözleşmeci Devletlerin geniş bir takdir alanına sahip olduğunu görmektedir.

Seçim sistemleri, bir yandan, halkın görüşlerini güvenilir ve adilane bir şekilde yansıtmak, öte yandan, yeterince açık ve sağlam bir siyasal iradenin ortaya çıkmasını sağlayacak surette günün fikirlerine kanal açmak gibi, bazen birbirleriyle pek zor uyuşan hedefleri gerçekleştirmeye çalışırlar. Bu çerçevede, "yasama organının seçiminde halkın kendi düşüncelerini serbestçe ifade etmesinin güvence altına alındığı koşullarda" deyimi, Sözleşme'nin 10. maddesinde korunan ifade özgürlüğünden ayrı olarak, esas itibarıyla, bütün vatandaşların seçme ve seçilme haklarını kullanırken eşit muamele görme ilkesini ima etmektedir.

Ancak buradan, seçimlerin sonucu bakımından bütün oyların eşit ağırlıkta olması gerektiği veya bütün adayların kazanmak için eşit şanslarının bulunması gerektiği sonucu çıkarılamaz. Aslında hiçbir seçim sistemi, "artık oyları" tamamen ortadan kaldıramaz.

Birinci Protokolün 3. maddesi bakımından bir seçim sistemi, ilgili ülkenin siyasal evriminin ışığında değerlendirilmelidir; tercih edilen sistem, en azından "yasama organının seçiminde halkın kendi görüşlerini serbestçe ifade etmesini" güvence altına alan koşulları

sağladığı sürece, bir sistem bağlamında kabul edilemeyecek özellikler, diğer sistem bağlamında haklı görülebilir.

B. Birinci Protokolün 3. maddesinin mevcut davada uygulanması

55. Mahkeme, başvurucuların şikayetlerini, yukarıdaki şekilde yorumlanmış olan Birinci Protokolün 3. maddesine göre incelemelidir.

56. Hükümet, Halle-Vilvoorde ilçesindeki Fransızca konuşan seçmenleri, kendileri gibi Fransızca konuşan, fakat parlamento yeminini Felemenkçe yapmak isteyen bir adaya bilerek oy vermelerini engelleyen hiçbir şey olmadığına işaret etmiştir. Bu aday seçildiğinde, kural gereği, Flaman Meclisinde yer alacak ve seçmenlerini temsil edecektir.

Bu savunma belirleyici değildir. Tabi ki seçmenler, sadece dilleri ve kültürleriyle tanımlanmazlar; siyasal, ekonomik, sosyal, dinsel ve felsefi kanaatler de onların oylarını etkiler. Ancak dilsel tercihler, Belçika gibi bir ülkede, özellikle Brüksel'in çevre beldeleri gibi, sakinleri "duyarlı" olan bir alanda, vatandaşların oyunu etkileyen başlıca faktördür. Parlamentoda Felemenkçe yemin eden seçilmiş bir temsilci, Temsilciler Meclisinde veya Senatoda Fransızca dil gurubuna dahil olmayacaktır; bu guruplar, Felemenkçe dil gurupları gibi, Anayasanın nitelikli çoğunluk gerektirdiği alanlarda önemli rol oynamaktadırlar (bk. yukarıda §17).

57. Bununla birlikte 1980 tarihli Özel Yasa, Belçika Devletini, bölgesellik (territoriality) prensibine dayanan genel bir kurumsal sistem içine sokmuştur. Bu sistem, idari ve siyasi kurumları ve erklerin dağılımını kapsamaktadır. Henüz tamamlanmamış olan reform, karmaşık bir fren ve karşı ağırlık (checks and balance) sistemi vasıtasıyla, Kraliyetin çeşitli bölgesel ve kültürel toplulukları arasında bir denge (equilibrium) kurmayı tasarlamıştır. Bundan amaç, daha istikrarlı ve ademi merkeziyetçi örgütsel yapılar kurmak suretiyle, ülkedeki dil konusundaki münakaşaların patlamasını önlemektir. Kendisi meşru olan bu niyet, demokratik ulusal Parlamentodaki tartışmalarla ortaya çıkmış ve büyük çoğunluk tarafından desteklenmiş, 29. maddeyi de içeren Özel Yasanın çıkmasıyla gerçekleşmiştir (bk. yukarıda §22 ve 31).

Söz konusu seçim sistemi incelenirken, sistemin genel bağlamı unutulmamalıdır. Yansıttığı niyetler ve Belçika parlamenter sistemi için davalı Devletin, ki sistem henüz tamamlanmadığı ve geçici olduğu için, daha da geniş olan takdir alanı göz önünde tutulacak olursa, sistem gayri makul gelmemektedir. Sistemin dilsel azınlıklar bakımından sonuçlarından biri, bu azınlıkların kendi bölgelerinin dilini kullanabilen ve kullanmak isteyen adaylara oy vermek zorunda olmalarıdır. Benzer bir gereklilik, bir çok Devletin seçimle ilgili düzenlemelerinde görülür. Tecrübeler böyle bir durumun, azınlıkların menfaatlerini mutlaka tehdit etmeyeceğini göstermektedir. Bu tespit, siyasi ve hukuki düzenin, örneğin nitelikli çoğunluk aramak suretiyle, uygunsuz veya keyfi değişikliklere karşı güvenceler sağlaması halinde (bk. yukarıda parag 17), bölgesellik sistemine imtiyazlar (concession) tanıyan bir sistem bakımından özellikle geçerlidir.

Halle-Vilvoorde ilçesindeki Fransızca konuşan seçmenler, Felemenkçe konuşan seçmenlerle aynı yasal düzeyde oy kullanma ve seçimlerde aday olma hakkından yararlanmaktadırlar. Bu seçmenler sırf, parlamento yeminini Fransızca yapacak ve Bu nedenle, Temsilciler Meclisinde veya Senatoda Fransızca dil gurubuna dahil olacak ve sonra Fransız Topluluk Konseyinde yer alacak adaylara veya Felemenkçe yemin ederek Temsilciler Meclisinde veya Senatoda Felemenk dil gurubuna dahil olup Flaman Konseyinde yer alacak adaylara oy vermek zorunda olmaları nedeniyle, bu haklardan yoksun kalmış olmazlar. Bu, "yasama organının seçiminde halkın kendi görüşünü serbestçe ifade etmesine" aykırı düşen orantısız bir kısıtlama değildir (bk. yukarıda §51, 52 ve 53/son).

Buna göre Mahkeme, Birinci Protokolün 3. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna varmaktadır.

II. Birinci Protokolün 3. maddesiyle birlikte ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlali iddiası

58. Bayan Mathieu-Mohin ve bay Clerfayt ayrıca, kendileri gibi Halle-Vilvoorde ilçesinde ikamet eden seçilmiş temsilcilerin, Felemenkçe konuşan seçmenlerle karşılaştırıldığında, farklı muameleden dolayı mağdur olduklarını iddia etmişlerdir. Başvuruculara göre, "asimilasyon politikası"nın ve "yeniden Flaman fetih" politikasının bir sonucu olan bu farklı muamele, dile ve ulusal bir azınlığa mensup olmaya dayanan bir ayrımcılık olup, Birinci Protokolün 3. maddesiyle birlikte ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesine aykırıdır.

59. Yukarıda özetlenen iddialar, başvurucuların, tek başına ele alınan Birinci Protokolün 3. maddesi bakımından yaptıkları şikayetle aynıdır. Buna göre Mahkeme, sadece yukarıda reddettiği iddialarla ilgili gerekçelere gönderme yapmakla yetinecektir (bk. yukarıda §57). O gerekçeler, başvuruculara zarar veren bir "ayrımcılık" bulunmadığını ortaya koymaktadır.

O halde, Sözleşme'nin 14. maddesi ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

1. Beşe karşı on üç oyla, tek başına ele alınan Birinci Protokolün 3. maddesinin ihlal edilmediğine;
2. Dörde karşı on dört oyla, Birinci Protokolün 3. maddesiyle birlikte ele alınan Sözleşme'nin 14. maddesinin ihlal edilmediğine

KARAR VERMİŞTİR.

Yargıçlar Cremona, Bindschedler-Robert, Bernhardt, Spielmann ve Valticos'un karşı oy görüşleri ile yargıç Bernhardt'ın bir beyanı, yargıç Pinheiro Farinha'nın aynı yöndeki oy görüşü karara eklenmiştir.

08.07.2008 10226/03 YUMAK VE SADAK - TÜRKİYE [BD]

♦ *seçimlerde ülke barajı* (hukukilik: seçimlerden önce seçim barajı 2839 sayılı Kanunun 33. maddesinde yer aldığından başvurucuların aldıkları oy ne olursa olsun partilerinin barajı geçememesi halinde seçilemeyeceklerini biliyor olmaları; meşru amaç: barajın mecliste aşırı bölünmeyi engelleme ve yönetimde istikrarı sağlama gibi meşru bir amaca sahip olması; orantılılık: barajın toplumdaki siyasi alternatiflerin doğmasını engellememiş olması, barajın amacının küçük partilere kendilerini ülke düzeyinde ortaya koyma ve böylece ulusal siyasal projenin bir parçası olma imkanı tanıması, Türkiye'deki yüzde 10'luk barajın seçim barajı uygulayan Avrupa ülkeleri içinde en yükseği olması, buna göre istikrarlı parlamento çoğunluklarını ortaya çıkarma amacından ödün vermeksizin barajın düşürülmesi veya çeşitli siyasal eğilimlerin temsili için düzeltici karşı ağırlıklar getirilmesi arzu edilebilir olmakla birlikte devlete yeterli takdir alanı bırakılmasının gerekli olması) ■ serbest seçim hakkı

DAVANIN ESASI

Başvurcular 1962 ve 1959 doğumlu olup, Şırnak'ta yaşamaktadırlar. Başvurucular 3 Kasım 2002 tarihinde yapılan milletvekili seçimlerinde Demokratik Halk Partisinin (DEHAP) Şırnak adayları olarak seçime katılmışlardır. Başvurucuların ikisi de seçilememiştir.

3 Kasım 2002 tarihli milletvekili seçimleri

1999 yılındaki depremden sonra Türkiye'de iki defa ciddi ekonomik kriz meydana gelmiştir. Bu krizleri ilk olarak dönemin Başbakanının sağlık durumu ve ikinci olarak da üç siyasal partiden oluşan koalisyon hükümeti içindeki bölünmeler nedeniyle siyasal krizler takip etmiştir. Bunun üzerine Türkiye Büyük Millet Meclisi 31 Temmuz 2002 tarihinde verdiği kararla genel seçim tarihini öne çekerek, 3 Kasım 2002 tarihinde seçimlerin yapılmasına karar vermiştir.

Eylül ayında üç sol parti, HADEP, EMEP ve SDP bir "İşçi, Barış ve Demokrasi Bloğunu" ve aynı zamanda yeni bir siyasal parti oluşumuna, DEHAP'ın kurulmasına karar vermiştir. Başvurucular yeni partinin önde gelen adayları olarak Şırnak ilinde seçim kampanyalarına başlamışlardır.

3 Kasım 2002 seçimlerinin sonuçlarına göre, DEHAP Şırnak ilinde kullanılan 103,111 oydan 47,449 oyu, yani yüzde 45.95'ni almıştır. Böyle olmakla birlikte, partinin yüzde 10'luk ulusal seçim barajını aşamaması nedeniyle, başvurucular seçilememişlerdir. Şırnak ili için ayrılan 3 sandalye aşağıdaki gibi paylaşılmıştır: 2 sandalyeyi oyların yüzde 14.05'ni (14,460) almış olan AKP (Adalet ve Kalkınma Partisi, muhafazakar sağ parti) almıştır. Diğer sandalyeyi ise seçimlere bağımsız olarak katılan ve oyların yüzde 9.69'nu (9,914 oy) alan Bay Tatar kazanmıştır.

Türkiye genelinde seçimlere katılan 18 partiden sadece AKP ve CHP (Cumhuriyet Halk Partisi) yüzde 10'luk seçim barajını aşabilmiştir. Kullanılan oyların yüzde 34.26'ni alan AKP, millet meclisinde yüzde 66'ya karşılık gelen 363 sandalye kazanmıştır. Oyların yüzde 19.4'nü alan CHP ise millet mecilisinde yüzde 33'ne karşılık gelen 178 sandalye kazanmıştır. Ayrıca 9 adet bağımsız aday milletvekilli seçilmiştir.

Bu seçimlerin sonuçları büyük bir siyasal karışıklık olarak yorumlanmıştır. Parlamentoda temsil edilmeyen seçmen oranı bir rekora ulaşmakla kalmamış (yaklaşık yüzde 45), buna ek olarak seçime katılmayanların oranı 1980'den buyana ilk defa yüzde 20'yi aşarak yüzde 22'yi bulmuştur. Sonuç olarak bu seçimlerden çıkan millet meclisi, çok partili sisteme geçildiği 1946 yılından bu yana, temsiliyet yönü en az olan meclis'tir. Ayrıca 1954 yılından bu yana ilk kez, sadece iki parti Meclis'te temsil edilmektedir.

Bazı yorumcular millet meclisinin geniş temsil özelliğinin olmamasını, yüksek seçim barajının dışındaki ve ötesindeki çok sayıdaki etkenin birlikte doğurduğu bir sonuç olarak yorumlamışlardır. Örneğin siyasal ve ekonomik krizle ilişkilendirilen tepki oyu olgusu, 1999 parlamento seçimlerinde sandalye kazanan 5 parti, 2002 seçimlerinde yüzde 10'luk seçim barajına ulaşamamışlar ve sonuç olarak parlamentoda temsil edilme olanağından yoksun kalmışlardır. Yine aynı şekilde seçmenler arasındaki bölünmüşlük, sonuçlar üzerinde etkili olmuş ve seçim öncesi koalisyonlarına yönelik teşebbüsler de bir sonuç vermemiştir.

22 Temmuz 2007 tarihli milletvekili seçimleri (Daire kararından sonra)

4 Kasım 2007 tarihinde yapılması gereken genel seçimler, TBMM'nin Mayıs 2007 başlarında verdiği kararla, 22 Temmuz 2007 tarihi olarak belirlemiştir. Bu karar, 16 Mayıs 2007'de Ahmet Necdet Sezer'in yedi yıllık görev süresini tamamlamasının ardından, mecliste yeni bir Cumhurbaşkanı seçilememesinin neden olduğu siyasi krizin ardından verilmiştir.

On dört siyasi partinin katıldığı bu seçimlerin iki özelliği bulunmaktadır. Öncelikle, Cumhurbaşkanlığı krizinin ardından seçmenler arasında bir seferberlik gözlenmiş, zira katılım oranı yüzde 84'e yükselmiştir. İkinci olarak, siyasi partiler yüzde 10'luk ulusal barajı aşabilmek için seçim öncesi iki stratejiye başvurmuştur. Demokratik Sol Parti (DSP), rakip

parti CHP bayrağı altında oylamaya katılmış ve bu yolla 13 sandalye kazanmıştır. Demokratik Toplum Partisi (DTP, Kürt yanlısı, sol parti), bağımsız adaylarını "Bin Umut" etiketi altında takdim etmiştir. Ayrıca sol kanattan belirli Türk adayları desteklemiştir. EMEP, SDP ve ÖDP (Özgürlük ve Demokrasi Partisi, sosyalist parti) gibi diğer küçük sol kanat grupları da bu hareketi desteklemiştir. Altmıştan fazla bağımsız aday, yaklaşık kırk il seçim bölgesinde seçimlere katılmıştır.

Seçimlerde, AKP, CHP ve MHP, yüzde 10 barajını geçmiştir. AKP, oyların yüzde 46.58'ini alarak Meclisteki toplam sandalye sayısının yüzde 62'sini elde etmiş ve 341 sandalye kazanmıştır. CHP, oyların yüzde 20.88'ini alarak, Meclisteki toplam sandalye sayısının yüzde 20.36'sını elde etmiş ve 112 sandalye kazanmıştır; ancak, yukarıda bahsedilen 13 milletvekili, daha sonra CHP'den ayrılarak ilk partileri olan DSP'ye geri dönmüşlerdir. Oyların yüzde 14.27'sini alan MHP, meclisteki toplam sandalye sayısının yüzde 12.9'unu elde etmiş, 71 sandalye kazanmıştır. Bağımsızların güçlü çıkışı, 22 Temmuz 2007 seçimlerinin temel özelliklerinden birisi olmuştur. Bağımsızlar, 1980 yılında TBMM sahnesinden yok olmuşlar, ancak 1999 yılında üç kişi ile yeniden mecliste görünmüşlerdir. 2002 yılında, toplam 260 bağımsız adaydan dokuz bağımsız milletvekili seçilmiştir. 22 Temmuz 2007 seçimlerinde, seçilen bağımsız milletvekili sayısı 27'dir.

Yirmiden fazla "bin umut" adayı, oyların yaklaşık yüzde 2.23'ünü alarak Meclise girmeye hak kazanmış ve seçimlerden sonra DTP'ye katılmışlardır. (Meclis'te grup oluşturabilmek için gerekli asgari sayı olan) 20 milletvekili bulunan DTP, bu sayede bir meclis grubu oluşturabilmiştir. Ayrıca bir sosyalist (ÖDP eski başkanı), bir milliyetçi (Büyük Birlik Partisi eski başkanı) ve merkez sağdan bir milletvekili (ANAP eski başkanı) bağımsız olarak seçilmişlerdir.

AKP hükümeti kurmuş ve yine mecliste mutlak çoğunluğu elde etmiştir.

Konuyla ilgili ulusal ve uluslararası hukuk ve uygulama

A. Anayasal ve yasal hükümler

Anayasa Mahkemesi kararları

Anayasa Mahkemesi 18 Kasım 1995 tarihli kararında (E. 1995/54, K/1995/59), 2839 sayılı yasanın 34(A) bendinin anayasaya uygunluğu hakkında karar verme olanağına sahip olmuştur. Aynı yasanın 33. maddesine atıfta bulunan bu bend "ulusal seçim bölgesinde" seçilen meclis üyelerine sandalyelerin ayrılması açısından ayrıca yüzde 10'luk bir seçim barajı getirmiştir.

Anayasa Mahkemesi bir ulusal seçim bölgesi tesis eden hükümleri iptal etmiş buna karşın yüzde 10'luk ulusal barajın Anayasa'nın 67. maddesini ihlal etmediğini belirtmiştir.

Konuyla ilgili kararın ilgili paragrafları şöyledir:

"(...) Türkiye Devleti'nin biçiminin bir Cumhuriyet olarak belirlendiği Anayasa'da, Cumhuriyetin değiştirilemeyeceği öngörülen nitelikleri de demokratik düzenin seçildiğini göstermektedir. Devletin anayasal yapısı ulusal egemenliğe dayanmakla, bunun kaynağı olarak ulusal istenç, aracı olarak da özgür seçimler benimsenmektedir. Anayasa'nın değişik maddelerinde vurgulanan bu yeğleme, "Seçme, seçilme ve siyasî faaliyette bulunma hakları" başlıklı 67. maddede yoğunlukla ve ayrıntılı biçimde belirginleşmiştir. Maddenin değişik altıncı fıkrası, seçim yasalarının "temsilde adalet" ve "yönetimde istikrar" ilkelerini bağdaştıracak biçimde düzenleneceğini öngörmektedir. Amaç, seçmen istencinin yasama organına olabildiğince uygun yansımasıdır. Toplumsal istemlerin ve yeğlemelerin yasama organına tam olarak yansımasını sağlayacak yöntemleri içeren sistemlerin en uygununu, en doyurucusunu, başka bir anlatımla hiçbir yakınmaya yol açmayanını edinmek

olanaksız ise de yakınmaya en az neden olanı yeğlemek olanaklıdır. Seçimlerde ideal bir sistem bulunmamış olmakla birlikte ülke koşulları ve anayasal gerekler karşısında yasal düzenlemeleri gerçekleştirerek Anayasa'ya en uygununu almak ya da aykırı olanını bırakmak gerekir. Az oyla çok temsilci getiren, böylece sağladığı fazla milletvekilleriyle aşırı temsil durumunu getiren sistem Anayasa'nın temsilde adalet ilkesiyle bağdaşmaz.

Temsilî demokrasilerin değişik alanlardaki yansıması, etkileriyle belli olmaktadır. İstikrar sağlayacağı sanılarak getirilen adaletsiz sistemlerin, toplumsal gelişmeleri önemli ölçüde engelleyen sonuçları olduğu bilimsel araştırmalarla açıklanmaktadır. Temsilde adaletin ağırlığı, yönetimde istikrarın temel koşuludur. Adalet, istikrar sağlar. Yalnızca istikrar düşüncesi, adalet olmayınca istikrarsızlık yaratır. Anayasa'nın gözetilmesini istediği "temsilde adalet ilkesi" serbest, eşit, gizli, tek dereceli, genel oy, açık sayım ve döküm ögeleriyle özetlenmekte ve oyla orantılı temsilci sayısıyla yaşama geçirilmektedir. "Yönetimde istikrar ilkesi" ise, yürütmenin güçlü olmasını sağlayacak biçimde oyları yasama organına yansıtacak yöntemler olarak algılanmaktadır. "Baraj" olarak adlandırılan yeterlilik oranıyla sağlanmak istenen yönetimde istikrar, temsilde adalet gibi 4121 sayılı Yasa'yla gerçekleştirilen değişiklikle Anayasa'da yer almıştır. Kimi durumlarda birbirinin karşıtı gibi görünen bu iki ilkenin demokrasinin doğal aracı sayılan seçimlerde birbirini dengeleyecek ve tümleyecek biçimde birlikteliğine önem verilmelidir. Bunun için en az yakınılan seçim sisteminin uygulanması gerekmektedir. Bu iki ilkeyi her yönüyle olmasa da genelde bağdaştırmak, ülkelere göre değişmesi olağan bir durumdur. Bunu seçmek yasama organının yetkisinde olmakla birlikte bu yetki, yasanın biçimsel düzenlemesiyle değil, özüyle Anayasa'ya uygun olarak yaşama geçirmekte kullanılmalıdır.

Anayasa da belirtilen "Hükümet istikrarının" sağlanması amacıyla ulusal bir baraj tesis edilmiştir. (…)

Seçime katılan ve 2839 sayılı Yasa'nın 33. maddesinde öngörülen yüzde 10'luk ülke barajını aşan siyasî partilere verilecek ülke seçim çevresi milletvekilinin hesabında gözetilecek ölçünün yasama organının takdiriyle yürürlüğe konulduğu açıktır. Seçim sistemlerinin anayasal ilkelere ödünsüz uygunluğu yanında kimi zorunlu koşulları içermesi kaçınılmazdır. Sistemin doğasından kaynaklanan ve yüzdelerle konulan barajlar, ülke yönünden, seçme ve seçilme hakkını sınırlayıcı, olağandışı ölçülere varmadıkça uygulanabilir, kabul edilebilir ve aykırılığından söz edilemez belirlemelerdir. Yasama organının anayasal çerçeveye bağlı kalarak takdir ettiği sınırlama ve aşırı sayılmayacak düzeydeki baraja rakam ve oran olarak elatmak, yargısal denetimin amacıyla bağdaşmaz. Kaldı ki yüzde 10'luk baraj yönetimde istikrar ilkesine uygundur ve temsilde adalet ilkesiyle de bağdaşmaktadır."

Anayasa Mahkemesi'nin 3 yargıcı bu görüşleri kabul etmemiş ve yüzde 10'luk seçim barajının Anayasa'nın 67. maddesiyle uyumlu olmadığına karar vermiştir.

Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi aynı kararında il barajı için mevcut olan illere düşen sandalyelerin belirlenmesinde kullanılan yüzde 25'lik seçim barajının (il barajı) geçersiz ve hükümsüz olduğuna karar vermiştir. Mahkeme böylesine bir barajın adil temsil ilkesi ile bağdaşmadığını belirtmiş ve şunu vurgulamıştır:

"Anayasa'nın amaçladığı "yönetimde istikrar ilkesi" için milletvekili seçimlerinde bir ülke barajı öngörülmüşken, ayrıca her seçim çevresi için yeni bir barajın getirilmesi "temsilde adalet" ilkesiyle bağdaşmaz."

Önceki milletvekili seçimlerine kısa bir bakış

Seçim sistemi Türkiye'de çok tartışılmış konulardan biridir; hala da oldukça tartışmalı bir konu olmayı sürdürmektedir.

Çoğunluk temsili sisteminin uygulandığı 1950, 1954 ve 1957 seçimleri, parlamentodaki çoğunluk ile muhalefet arasındaki kurumsal dengenin sağlanmasında başarılı olamamıştır. Bu dengesizlik 1960 darbesinin ana nedenlerinden birisi olarak gösterilmektedir. Silahlı kuvvetlerin müdahalesi sonrasında parlamento, çoğulculuğu ve siyasal sistemi güçlendirmek amacıyla D'hont metodunu kullanarak nisbi temsil sistemini kabul etmiştir. Bunun bir sonucu olarak 1965 ve 1969 yıllarında yapılan seçimler küçük partilerin temsil edilmesini sağlamış ve Millet Meclisinde istikrarlı çoğunluklar yaratmıştır. Bununla birlikte 1973 ve 1977 seçimlerinde temel siyasal akımlar, geniş seçmen desteğine rağmen, istikrarlı hükümetler kuramamışlardır. Bu hükümet istikrasızlığı dönemi birbirini takip eden koalisyon oluşumları ile akılarda kalmış, koalisyonların her biri küçük partilerin hükümet politikası üzerindeki orantısız etkide bulunmaları nedeniyle oldukça kırılganlaşmıştır.

1980-1983 yılları arasındaki askeri rejimi takiben 13 Haziran 1983 tarihinde millet meclisi üyelerinin seçilmesine dair 2839 sayılı Kanun yürürlüğe girmiş, yasa iki barajlı nisbi temsil sistemini tekrar getirmiştir. Yüzde 10'luk ulusal seçim barajına seçim bölgesi barajı da (seçmen sayısının her bir seçim bölgesinde seçilecek sandalyeye göre bölünmesi) eklenmiştir. Anayasa Mahkemesi 1995 yılında bölge barajının iptaline karar vermiştir.

1983 yılındaki genel seçimlerde Anavatan Partisi (ANAP) Parlamento'da mutlak bir çoğunluk sağlamıştır. 29 Kasım 1987 Parlamento seçimleri Anavatan Partisinin, oyların yüzde 36.31 ile, istikrarlı bir meclis çoğunluğunu oluşturmasına olanak vermiştir. Aynı zamanda diğer iki parti de sandalye kazanmışlardır. Oyların yüzde 19'u, yüzde 10'luk ulusal seçim barajını aşamayan partiler lehine kullanılmıştır. 20 Ekim 1991 tarihinde yapılan seçimlerde 5 parti parlamento'da sandalye kazanmıştır. Bu durum özellikle seçimlere ortak listeyle girmeyi yasaklayan 2839 sayılı yasaya karşı hile anlamına gelen küçük siyasal partilerin (MÇP, IDP, HEP) diğer siyasal partilerin bayrağı altında seçime katılmış olmalarının bir sonucudur. Bu nedenle, yeni parlamentoda temsil edilmeyen siyasi partiler lehine kullanılan oy oranı yüzde 0.05'e düşmüştür. Hükümet iki partiden kurulu bir koalisyona dayanmıştır. Bu seçimlerde Halkın Emek Partisi'nin (HEP- Kürt yanlısı) 18 adayı SHP (sosyal demokrat) listesinden Parlamentoya seçilmişler sonrasında SHP'den istifa ederek kendi partilerindeki (HEP) görevlerine geri dönmüşlerdir.

24 Aralık 1995 tarihli genel seçimlerde 5 parti Parlamento'da sandalye kazanmıştır. Buna karşın bunlardan hiçbirisi parlamento çoğunluğuna sahip olamamış ve bir koalisyon hükmeti oluşturulmuştur. Parlamentoda temsil edilmeyen partiler lehine kullanılan oyların oranı yüzde 14'dür.

Aynı şekilde 1999 Parlamento seçimleri hiçbir partinin parlamento çoğunluğunu elde edememesiyle sonuçlanmıştır. Millet Meclisinde 5 parti sandalye kazanmıştır. Üç partiden oluşan bir koalisyon hükümeti kurmuştur. Parlamentoda temsil edilmeyen partiler lehine kullanılan oyların oranı yüzde 18'dir.

Halihazırda gerek mecliste gerekse de sivil toplumun önde gelen şahsiyetleri tarafından yüzde 10'luk barajın etkilerini düzeltmek amacıyla çok sayıda öneri ileri sürülmüştür.

B. Konuyla ilgili Avrupa Konseyi belgeleri

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi Komitesinin Raporu

Hükümet, Türkiye' deki Milletvekili Seçimlerini (3 Kasım 2002) İzleme Ad Hoc Komitesinin 20 Aralık 2002 tarihinde yayınlanan raporuna atıfta bulunmuştur. Raporun konuyla ilgili kısımları şunları ifade etmektedir:

"Medya tarafından geniş bir şekilde bildirildiği üzere 18 partiden sadece ikisi TBMM'ye seçilebilmiştir; AKP ve CHP, yüzde 10'luk seçim barajını aşamamaları nedeniyle bu güne kadar mecliste temsil edilen diğer partileri dışarıda bırakmışlardır. Seçimlere kadar

hükümette olan siyasal parti oyların sadece yüzde 1'ni alabilmiştir. Ekonomik problemler seçimlerde belirleyici olmuştur.

362 sandalye ile AKP açısından açık ve mutlak bir çoğunluk ortaya çıkmış muhalefet için 179, bağımsız milletvekilleri için 9 sandalye ortaya çıkmıştır (bağımsız milletvekilleri iyi bir üne sahip oldukları küçük illerde seçilmişlerdir). 1999 seçimlerinde AKP'nin 59, CHP'nin ise 3 sandalye kazandığı hatırlanmalıdır.

Bu durum ülke içinde istikrarsız ve karmaşık koalisyonlardan kaçınılacağı için muhtemelen çok iyi bir istikrar ortamı yaratacaktır. 4 Kasım 2002 tarihinde Türkiye'deki borsa yüzde 6.1 oranında artmıştır.

Hal böyle olmakla birlikte bu sonuçlar oyların yüzde 44'nün Parlamento'da temsil hakkına sahip olmadığı anlamına gelmektedir.

Bu nedenle, sonuçlar daha önce hükümet eden 3 siyasal partinin tek bir sandalye bile kazanamaması nedeniyle tüm sisteme karşı açık bir protesto olarak algılanmak zorundadır!"

Seçimlerde iyi pratik davranış kuralları

Avrupa Konseyi seçim barajlarına dair herhangi bir bağlayıcı standart yayınlamamıştır. Bu mesele organizasyonu oluşturan metinler içinde de gündeme getirilmemiştir. Diğer taraftan Venedik Komisyonu tarafından kabul edilen Seçimlerde İyi Pratik Davranış Kuralları, konu açısından tavsiyelerde bulunmaktadır (bk. Venedik Komisyonu, "Seçimlerde İyi Pratik Davranış Kuralları: Açıklayıcı Rapor ve Rehber"). Genel bir prensip olarak Kurallar, doğrudan oy ilkesini gerektirmektedir. Buna karşın iki dereceli bir parlamento açısından meclislerden birisinin dolaylı oylarla seçilmesine olanak da vermektedir. Kullanılacak muhtemel seçim sistemi açısından Kuralların rehber ilkeleri her türlü sistemin seçilebileceğini belirtmiştir.

Parlamenterler Meclisinin Kararı 1380 (2004)

Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi tarafından 22 Haziran 2004 tarihinde kabul edilen "Yükümlülükler ve Taahhütlerin Türkiye tarafından Yerine Getirilmesi"ne dair 1380 sayılı Kararın (2004) 6 ve 23. paragrafları şöyledir:

"6. Çoğulcu demokrasi açısından Parlamenterler Meclisi , Türkiye'nin çok partili bir sistem ile işleyen bir demokrasiye, serbest seçimlere ve kuvvetler ayrılığına sahip olduğunu kabul etmektedir. Buna karşın siyasal partilerin sıklıkla kapatılması ise gerçek bir endişe kaynağıdır. Parlamenterler Meclisi siyasal partiler hakkındaki Ekim 2001 Anayasa değişikliklerinin ve Mart 2002 tarihinde yürürlüğe konulan yasal düzenlemelerin kapatma gibi aşırı bir önlemin gelecekte kullanılmasını sınırlayacağını umut etmektedir. Parlamenterler Meclisi ayrıca, parlamentoda temsil edilmeleri öncesinde siyasal partilerden kullanılan oyların ulusal düzeyde yüzde 10'luk kısmını aşmalarının istenmesinin bir aşırılık olduğunu ve yurt dışında yaşayan Türklerin oy verme düzenlenmelerinin de değiştirilmesi gerektiğini belirtmiştir.

(...)

Parlamenterler Meclisi Bu nedenle, Türkiye'yi, Türkiye'nin görevlileri tarafından uygulanmakta olan reform sürecinin bir parçası olarak:

(...)

ii. yüzde 10'luk seçim barajının aşağıya çekmeye ve yurt dışında yaşayan Türklerin sınırlara bizzat gelmeksizin oy kullanabilmeleri amacıyla seçim yasasını değiştirmeye davet etmektedir;

(...)"

C. Karşılaştırmalı hukuk

Her ne kadar oyların sınıflandırılması tiplerine ve seçim sistemine dair benzeşik bir sistem bulunmamasına rağmen, genel olarak üç ana tipe ayırmak mümkündür: çoğunluk oy sistemi, nisbi sistem ve karma sistem. Çoğunluk oy sisteminde kazananlar, karar turunda oyların çoğunluğunu alan aday veya adaylar listesidir. Bu tür oy sistemi açık bir parlamento çoğunluğuna sahip olan hükümetlere oy vermeyi olanaklı hale getirmektedir. Buna karşın aynı zamanda azınlıktaki siyasal partilerin temsil edilmesine karşı bir baskı oluşturmaktadır. Bu nedenle, örneğin İngiltere'de onlarca yıldır uygulanan ve iki baskın siyasal partinin varlığı ile birleştirilmiş olan tek bir milletvekili için tek dereceli çoğunluk sistemi, diğer partilere, almış oldukları oyalarla bağlantılı olarak birkaç sandalye verilmesi sonucu doğurmuştur. Başka örnekler de mevcuttur; örneğin Fransa'da çoğunluk sistemi seçimi iki dereceli bir sürece yaymıştır. En aşırı karşıtı olan nisbi sistemin amacı kullanılan oyların nisbi olarak sandalyelere dağıtılmasıdır. Nisbi temsil sistemi çeşitli siyasi güçleri çok daha yaklaşık bir şekilde yansıtmasından dolayı en adil sistem olarak değerlendirilmektedir. Hal böyle olmakla birlikte nisbi temsil sisteminin dezavantajı, sistemin seçmen desteğini almayı amaçlayanların bölünmesine neden olabilecek bir eğilime sahip olması ve bu nedenle, da istikrarlı parlamento çoğunluğunun yaratılmasını güçleştirmesidir.

Halihazırda Avrupa'da en yaygın olarak kullanılan sistem nisbi sistemdir. Örnek vermek gerekirse Danimarka, İspanya, Estonya, İrlanda, Lüksembourg, Malta, Moldava, Norveç, Polonya, Portekiz, Çek Cumhuriyeti, Romanya, Bulgaristan ve Türkiye nisbi sistemin bu veya öteki türlerinden birisini tercih etmiştir. Bu iki tip oy sisteminin çeşitli kombinasyonlarını içeren karma sistemlerde mevcuttur (örneğin İtalya, Litvanya, Rusya, Ukrayna ve Almanya).

Nisbi sitemle seçilmiş olan yasama meclislerinde istikrarlı çoğunlukların sağlanabilmesi amacıyla yasal seçim barajları sıklıkla kullanılmaktadır. Barajlar "belirli veya değişkendir sandalyelerin paylaştırılmasında bir listenin veya adayın payını tespit eden seçim sonuçlarına göre tanımlanmaktadır". Buna karşın barajlar tarafından oynanan rol her ülkedeki seçim sistemine ve barajların belirlenmesine göre değişkenlik göstermektedir. Düşük bir baraj sadece küçük grupların dışarıda bırakılmasına imkan verir ve istikrarlı çoğunluğun oluşturulmasını güçleştirir. Oysa ki siyasal parti sisteminin fazlasıyla parçalı olduğu durumlarda yüksek bir baraj pek çok oyun temsil hakkından mahrum bırakılmasına neden olur.

Karma sistem bağlamında nisbi temsil sisteminin şu veya bu biçimini kullanan ve bir seçim barajı koymuş olan Avrupa Konseyi ülkeleri arasında aşağıda belirtilen örneklere rastlanabilir. İsveç'te bir siyasal partiye sandalye tahsis edilebilmesi için siyasal partinin yüzde 4'lük ulusal barajı ve yüzde 12'lik seçim çevresi barajını aşması gerekmektedir. Bulgaristan'da ulusal seçim barajı yüzde 8 olarak belirlenmiştir. Lihtenştayn'da ulusal oyların yüzde 8'nin alınması zorunludur. Danimarka'da siyasal partiler ya yüzde 2'lik ulusal barajı aşmalı yada ülkenin üç coğrafi bölgesinden ikisinde oyların çoğunluğunu almalıdır.

Genel kural olarak, belirlenen barajlar yüksek barajları aşmak zorunda olan koalisyonlara aynı şekilde uygulanmaz. Örneğin Çek Cumhuriyetinde bir parti için öngörülen baraj yüzde 5'dir. Buna karşın bir koalisyon durumunda katılan her bir parti için baraj yüzde 5 artırılır. Romanya'da ise yüzde 5 olan temel baraj, koalisyon halinde yüzde 3 artırılır. Üç veya daha fazla partiden oluşan koalisyonlarda artırma oranı sadece yüzde 1'dir. Polonya'da seçim barajları yerel listeler için yüzde 5 ve ulusal listeler için yüzde 8'dir. Koalisyon için belirlenen seçim barajı parti sayısına bakılmaksızın yüzde 8'dir. Aynı

mantığın devamında Moldava'daki bağımsız adaylar açısından belirlenen seçim barajı yüzde 3'ten aşağıdadır.

HÜKÜM GEREKÇESİ

I. Büyük Dairenin yargılama yetkisinin kapsamı

(...)

II. Birinci Protokolün 3. maddesinin ihlal edildiği iddiası

Başvurucular, milletvekili seçimlerinde yüzde 10 seçim barajının uygulanmasının, yasama organının seçilmesinde halkın düşüncesinin özgürce ifade edilmesine müdahale oluşturduğu iddiasında bulunmuşlardır. Başvurucular, bu şikayetlerini Birinci Protokolün 3. maddesine dayandırmışlardır.

D. Mahkeme'nin değerlendirmesi

1. Sözleşme organlarının içtihatları oluşan genel ilkeler

(a) Birinci Protokolün 3. maddesiyle ilgili Mahkeme'nin uyguladığı kriterler

105. Mahkeme ilk olarak, Birinci Protokolün 3. maddesinin gerçek bir demokrasinin temel bir ilkesine yer verdiğini, bu nedenle de Sözleşme sisteminde büyük önem taşıdığını vurgulamıştır (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt, §47*). Gerçekten de demokrasi, "Avrupa kamu düzeninin" temel bir öğesini oluşturmakta ve Birinci Protokolün 3. maddesinde güvence altına alınan haklar, hukukun üstünlüğü ile yönetilen etkin bir demokrasinin temellerinin kurulmasında ve korunmasında büyük önem taşımaktadır (*Zdanoka [BD], §98, 103*).

106. Mahkeme birçok kez, çoğulculuğun esas koruyucusu olan devletin rolünü vurgulamış ve devletin bu rolünü yerine getirirken, "yasama organının seçilmesinde halkın düşüncesini özgürce açıklamasını sağlayacak koşullara uygun olarak" demokratik seçimler "düzenlemek" için pozitif tedbirler almak zorunda olduğunu belirtmiştir (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt, §54; mutatis mutandis, Informationsverein Lentia ve Diğerleri, §38*).

107. Özgür seçimler, ifade özgürlüğü ve özellikle siyasi tartışma özgürlüğü, bütün demokrasilerin temelini oluşturur (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt, §47; Lingens, §41, 42*). "Yasama organının seçilmesinde halkın düşüncesini özgürce açıklama hakkı", aynı zamanda toplanma ve örgütlenme özgürlüğünü ve dolaylı olarak demokrasinin doğru bir şekilde işlemesi için gerekli bir örgüt kurma şekli olan siyasi parti kurma özgürlüğünü güvence altına alan Sözleşme'nin 11. maddesiyle de bağlantılı olan bir konudur. Bir ülke halkının barındırdığı fikir akımlarını temsil eden siyasi partilerin varlığının yarattığı rekabet olmazsa, halkın fikirlerini ifade edebilmesi düşünülemez. Siyasi partiler, yalnızca siyasi kurumlar içerisinde değil, aynı zamanda medya sayesinde bu fikir akımlarını yansıtırken, demokratik toplum kavramının özünde yer alan siyasi tartışmaya yeri doldurulamaz bir katkıda bulunurlar (*Lingens, §43; Castells, §43; Türkiye Birleşik Komünist Partisi, §41*).

108. Komisyon'un defalarca belirttiği gibi, "halkın düşüncesini özgürce açıklaması" ifadesi seçimlerin bir ya da daha fazla adayın seçilmesinde baskı uygulanmaması ve bu tercihte seçmenlerin bir partiye ya da diğerine oy vermeye aşırı şekilde itilmemeleri gerektiği anlamına gelmektedir (*X – Birleşiki Krallık, no. 7140/75, Komisyon [k.k.]*). Bu nedenle, aday ya da parti tercihlerinde seçmenlere hiçbir şekilde baskı uygulanmamalıdır. "Tercih" kelimesi, siyasi partilere, seçimlerde adaylarını makul ölçülerde sunma fırsatı verilmesi gerektiği anlamına gelmektedir (*ibid.; X. – İzlanda, no. 8941/80, Komisyon, [k.k.]*).

109. Birinci Protokolün 3. maddesinin genel yorumu çerçevesinde, Mahkeme'nin içtihatında aşağıdaki ilkeler benimsenmiştir (...):

(i) Birinci Protokolün 3. maddesi, belirli bir hak ya da özgürlükten çok, Sözleşmeci Tarafların, kişilerin fikirlerini özgürce ifade etmelerini garanti altına alan seçimler düzenleme yükümlülükleri şeklinde ifade edildiği için, ilk bakışta, hakları teminat altın alan diğer Sözleşme ve Ek Protokol maddelerinden farklı görünmektedir. Ancak, Protokolün 3. maddesine ilişkin hazırlık çalışmalarını (travaux preparatoires) ve bu maddenin Sözleşme bağlamında yorumlanma şeklini bir bütün olarak göz önüne alan Mahkeme, Birinci Protokolün 3. maddesinin, oy verme ve aday olma haklarını da içine alan kişi haklarını garanti altına aldığını tespit etmiştir (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt kararı*).

(ii) Birinci Protokolün 3. maddesinde yer alan haklar, mutlak değildir; "zmni sınırlamalar" tabidir ve Sözleşmeci Taraflar bu alanda geniş bir takdir alanına sahiptirler (*Matthews [BD], §63; Labita [BD], §201*).

(iii) Birinci Protokolün 3. maddesi bağlamındaki "zımni sınırlamalar" kavramı, bu madde ile güvence altına alınan haklara getirilen kısıtlamalar ile güdülen amacın bağlantısının belirlenmesinde büyük önem taşımaktadır. Birinci Protokolün 3. maddesinde, 8-11. maddelerde olduğu gibi meşru amaçlar spesifik bir liste olarak sayılmadığı için, Sözleşmeci Taraflar bir kısıtlamayı haklı göstermek üzere bu listede yer almayan bir amaca atıfta bulunabilirler, yeter ki olayın şartlarında söz konusu amaç, hukukun üstünlüğü ilkesi ve Sözleşme'nin genel amaçları ile uyumlu olsun. Bu aynı zamanda, Sözleşme'nin 8-11. maddeler kapsamında kullanılan geleneksel "gereklilik" veya "toplumsal ihtiyaç baskısı" testlerinin uygulamaması anlamına gelmektedir. Mahkeme, bir davada müdahalenin Birinci Protokolün 3. maddesine uygunluğu incelerken, temel olarak iki kritere odaklanmaktadır: Keyfiliğin veya orantısızlığın söz konusu olup olmadığı ve kısıtlamanın halkın görüşlerinin özgür ifadesine müdahale teşkil edip etmediği.

(iv) Her halükarda, Birinci Protokolün 3. maddesinin şartlarına uyulup uyulmadığı konusunda nihai olarak karar vermek Mahkeme'nin görevidir. Kısıtlamaların, söz konusu hakları, esaslarına zarar verecek ya da etkinliklerini yitirmelerine neden olacak ölçüde sınırlamadığına, meşru bir amaç güdülerek getirildiklerine ve uygulanan yöntemlerin orantısız olmadığına ikna olmalıdır (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt, §52*). Özellikle bu tür koşullar, yasama organı seçimlerinde halkın hür iradesini sınırlamamalı; başka bir ifadeyle, genel oy kullanma hakkı vasıtasıyla halkın iradesini tespit etmeye yönelik seçim prosedürünün bütünlüğünü ve etkinliğini koruma ihtiyacını yansıtmalı veya bu ihtiyaca ters düşmemelidir (*Hirst (No. 2), §62, Hilbe – Lihteynştayn [k.k.], no. 31981/96; Melnychenko, §56*). Genel oy kullanma prensibinden şu ya da bu şekilde uzaklaşmak, yasama organının ve böylece seçilenlerin ve yürürlüğe konan kanunların demokratik geçerliliğini zayıflatma riski taşımaktadır (*Hirst (No. 2), §62*).

(v) Birinci Protokolün 3. maddesinin "pasif" unsuru olarak tanımlanabilecek seçime aday olarak katılma hakkı konusunda ise Mahkeme, Birinci Protokolün 3. maddesinin "aktif" unsuru olarak tanımlanabilecek oy kullanma hakkına getirilen kısıtlamaları incelemesi gerektiği durumlara göre daha dikkatli davranmaktadır. Yukarıda sözü geçen *Melnychenko* kararında (§57) Mahkeme, milletvekili seçimlerine katılmak için aranacak şartların oy kullanmak için aranan şartlara göre daha katı olabileceğini belirtmiştir. Bu noktada, devletlerin soyut olarak (in abstracto) olarak seçilme şartlarını belirlerken geniş bir takdir yetkisi bulunduğu doğru olmakla birlikte, Mahkeme, bu hakların etkili olması ilkesi gereğince seçilme prosedürünün, keyfi kararları engelleyebilecek derecede güvence içermesi gerektiğini belirtmiştir (*ibid. §59; mutatis mutandis, Podkolzına, §35*).

(vi) Benzer şekilde Mahkeme, halkın iradesi özgür ve demokratik şekilde ifade edildikten sonra, demokratik düzen açısından emredici sebep yoksa, bu seçim tercihini tartışma konusu yapacak seçim sistemin değişikliği konusunda tereddütlerini ortaya koymuştur (*Lykourezos, §52*).

(b) Seçim sistemleri ve barajları

110. Mahkeme, yasama organına ilişkin seçimlerde halkın özgür iradesinin saptanması için seçim sisteminin belirlenmesi konusunda Sözleşmeci Devletlerin geniş bir takdir alanına sahip olduklarını tekrarlar. Birinci Protokolün 3. maddesi, "halkın düşüncesinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde", "makul aralıklarla" ve "gizli oyla" düzenlenen "özgür" seçimler koşullarını öngörmekle sınırlıdır. Bu şartlara bağlı kalarak, nisbi temsil veya bir ya da iki turlu çoğunluk sistemi şeklinde "belirli bir sistemin getirilmesi zorunluluğu" yaratmamaktadır (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt, §54*).

111. Bu alana ilişkin kurallar, her bir devlete özgü tarihi ve siyasi unsurlara bağlı olarak değişiklik göstermektedir. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin seçim mevzuatlarının öngördüğü durumların çeşitliliği, seçeneklerin ne kadar çok farklı olduğunu göstermektedir. Protokolün 3. maddesinin uygulanması yönünden her seçim sistemi, ilgili ülkenin siyasi gelişimi ışığında değerlendirilmelidir; çünkü bir ülke için kabul edilemeyecek özellikler, bir diğeri için, en azından seçilen sistem, "yasama organı seçimlerinde halkın düşüncesinin özgürce ifade edilmesini" sağladığı sürece, kabul edilebilir olabilmektedir (*Py – Fransa, §46*).

112. Ayrıca, seçim sistemlerinden bazı durumlarda, bir yandan halkın düşüncesini adil şekilde yansıtmak, diğer yandan yeterli derecede net ve tutarlı bir siyasi iradenin ortaya çıkmasını teşvik edecek düşünce akımlarına yön vermek gibi, bazen birbirleri ile çok da uyumlu olmayan amaçları gerçekleştirmeleri beklendiği unutulmamalıdır. Birinci Protokolün 3. maddesinde, tüm oyların seçim sonuçları açısından aynı önemi haiz ya da tüm adayların eşit derecede galibiyet şansına sahip olması gerektiği öngörülmemektedir. Bu nedenle, hiçbir seçim sistemi "boşa giden oyları" ortadan kaldıramaz (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt, §54*).

113. Seçim barajları hususunda, dava koşullarının mevcut dava koşullarına benzediği *Silvius Magnago ve Südtiroler Volkspartei – İtalya* kararında (no. 25035/94, 15 Nisan 1996) Komisyon, "Temsilciler Meclisi üyelerinin kalan yüzde 25'lik kısmının seçilmesi için gerekli olan yüzde 4'lük barajın" ve hatta "nispeten yüksek bir baraj belirlemiş olan bir sistemin", devletlerin söz konusu husustaki geniş değerlendirme yetkisi dahilinde olduğu görüşünü açıklamıştır. Komisyon ayrıca benzer barajların, diğer Avrupa hukuk sistemlerinde de mevcut olduğunu belirtmiştir (*Etienne Tete – Fransa, no. 11123/84*, Avrupa Parlamentosu seçimlerinde sandalye kazanmak için gereken yüzde 5'lik seçim barajına ilişkin 9 Aralık 1987 tarihli Komisyon kararı, DR 54, sayfa 68). Son olarak, Komisyon, seçim barajlarının yeterince temsil edilen seçmen görüşlerinin öne çıkmasının teşvik etmesi gerektiği kanaatindedir.

114. *Federacion nacionalista Canaria – İspanya* kararında ([k.k.] no. 56618/00) Mahkeme, Kanarya Adaları Özerk Yönetimi'nde kullanılan nisbi temsil sisteminin bir unsurunu oluşturan seçim barajlarını incelemiştir. Alternatif olarak düzenlenen iki koşul mevcuttur: adaylar, belirli bir ada seçmenlerince kullanılan geçerli oyların en az yüzde 30'unu veya Özerk Yönetimin genelinde kullanılan oyların en az yüzde 6'sını almalıdır. Mahkeme, bu tür bir sistemin, "Başvurucu federasyon tarafından gösterilenlere benzer adayları men etmediğini, aksine daha küçük siyasi gruplara belirli derecede koruma sağladığını" gözlemlemiştir.

115. Mahkeme son olarak, milletvekili seçimlerinde uygulanan yüzde 5'lik baraja ilişkin en son kararında (*Partija "Jaunie Demokrati" ve Partija "Müsu Zeme" – Letonya, no 10547/07 ve 34049/07, 29 Kasım 2007*), yeterince temsili niteliği olan düşünce akımlarını yeterli derecede teşvik etmesi ve mecliste aşırı bölünmeyi engellemesi nedeniyle, ilgili barajın Birinci Protokolün 3. maddesinin gereklerine aykırı olmadığına karar vermiştir.

2. Yukarıda kaydedilen ilkelerin mevcut davada uygulanması

116. Mahkeme, mevcut davada başvurucuların, seçim listesinde bulundukları DEHAP'ın, Şırnak seçmenlerinden aldığı yüzde 45.95'lik oya rağmen, 3 Kasım 2002 milletvekili seçimlerinde TBMM'ye seçilmemeleri nedeniyle Birinci Protokolün 3. maddesinin ihlal edildiğini iddia ettiklerini belirtmektedir. Ulusal oyların yüzde 6.22'sini alan partilerinin, yüzde 10'luk seçim barajına ulaşamadığını ve bu nedenle, mecliste temsil edilmekten yoksun bırakıldığını ifade etmişlerdir.

117. Mahkeme, ulusal barajın 2839 sayılı Kanun'un 33. maddesinde öngörüldüğünü ve meclisteki sandalyelerin, ulusal düzeyde farklı listeler ve adaylar arasında ne şekilde paylaşılması gerektiğini belirlediğini gözlemlemektedir. Bu, Birinci Protokolün 3. maddesinde öngörüldüğü üzere, başvurucuların seçim haklarına açıkça bir müdahale teşkil etmekte olup, bu hususta taraflar arasında ihtilaf bulunmamaktadır.

118. Yukarıda kaydedilen ilkeler ışığında Mahkeme, öncelikle öngörülebilirliği taraflar arasında ihtilafa neden olmayan şikâyet konusu önlemin, meşru bir amaca hizmet edip etmediğini doğrulamalıdır. İkinci olarak, keyfilik olup olmadığını ve kullanılan yollar ile hedeflenen amaç arasında makul bir orantılılık ilişkisinin mevcut olup olmadığını tespit etmelidir. Söz konusu iki kriteri uygulayarak, dava konusu sınırlamanın Birinci Protokolün 3. maddesi bağlamındaki bireysel fikirlerin özgürce ifade edilmesi hakkının özüne zarar verip vermediğine karar vermelidir.

(a) Meşru amaç

119. Mahkeme, diğer Sözleşme maddelerinin aksine, Birinci Protokolün 3. maddesinin kısıtlamalar ile gerçekleştirilmesi öngörülebilecek amaçları düzenlemediğini veya sınırlamadığını gözlemlemektedir. Bu nedenle, belirli bir davanın koşullarında belirli bir amaç, hukukun üstünlüğü ilkesine ve Sözleşme'nin genel amaçlarına uygun olması halinde, bu maddeye uygun olabilmektedir.

120. Başvurucular, halkın büyük kısmının mecliste temsil edilmesine ilişkin tercihlerini açıklamasını engellemesi nedeniyle, barajın meşru bir amaca hizmet etmediğini belirtmişlerdir. Hükümet, barajın amacının mecliste aşırı bölünmeyi önlemek ve böylece devletin istikrarını güçlendirmek olduğunu ileri sürerek iddiayı reddetmektedir.

121. Mahkeme'nin seçim sistemlerine ilişkin görevi, milletvekili seçimlerine ilişkin mevzuatın etkisinin, bir takım kişileri ya da grupları ülkenin siyasi hayatına katılmaktan alıkoymak olup olmadığına (*Aziz, §28*), belirli bir seçim sisteminin yol açtığı tutarsızlıkların keyfi ya da köyüniyetli olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ya da bir sistemin bir siyasi partiye ya da adaya diğerleri aleyhine seçim avantajı sağlayıp sağlamadığına karar vermektir (*yukarıda geçen X – İzlanda*).

122. Mahkeme, yüksek seçim barajlarının, seçmenlerin bir kısmının temsil edilmesine engel olabileceğini kabul etmektedir. Ancak bu durum tek başına, karar verilmesinde belirleyici değildir. Bu tür seçim barajları, yüksek bir baraj söz konusu olduğunda küçük partilerin zarar görmesine neden olabilse de, bireysel fikirlerin özgürce ifade edilmesine izin verdiği kabul edilen nisbi sisteme gerekli bir düzenleme sağlayabilmektedir (*mutatis mutandis, Liberal Party, R ve P – Birleşik Krallık, no 8765/79, Komisyon [k.k.]*).

123. Türkiye'de yüzde 10'luk baraj, hangi seçim bölgesinde bulunduklarına bakılmaksızın tüm siyasi parti adaylarına fark gözetmeksizin uygulanan genel bir kuraldır. Seçim barajının uygulanmaya başlandığı 1983'den bu yana, çeşitli siyasi çizgilerde yer alan birçok parti, barajı aşamamış ve mecliste temsil edilmemiştir. 3 Kasım 2002 seçimleri bu duruma bir örnektir; yalnızca DEHAP değil, başvurucunun partisi ve birçok parti, özellikle (sırasıyla, kullanılan oyların yüzde 9.54, yüzde 8.36, yüzde 7.25 ve yüzde 5.13'ünü alan) DYP, MHP, GP ve ANAP mecliste sandalye elde edememiştir. 1991 ve 2007'de DEHAP ile aynı siyasi çizgide olan bir grup aday, farklı bir siyasi partiden ya da bağımsız aday olarak meclise girebilmişlerdir.

124. Ayrıca Türk seçim sistemi, birçok üye devletin seçim sistemi gibi, üniter devlet esasına dayanmaktadır. Anayasa'nın 80. maddesine uygun olarak, milletvekilleri "kendilerini seçen bölgeleri ya da kişileri" değil, "bütün ulusu" temsil etmektedirler; bu durum Türk Devleti'nin üniter yapısından kaynaklanmaktadır. Her il, mecliste en az bir milletvekili tarafından temsil edilmektedir. Kalan sandalyeler, şehirlerin nüfusuna göre dağıtılmaktadır; bu nedenle tüm ülke temsil edilmektedir. Burada, ülkenin anayasal yapısından kaynaklanan ve siyasi ve kurumsal kriterlere dayanarak yasakoyucu tarafından yapılmış bir tercih söz konusudur. Türk seçim sistemi bu haliyle, esasen bölgesel olarak yapılanmış partilere, ülkenin geri kalan kısmında kazanılan oylardan bağımsız olarak mecliste temsil imkânı sağlayan bir seçim sistemi benimseme yükümlülüğü getirmeyen Birinci Protokolün 3. maddesine aykırı değildir. Diğer yandan, eğer ilgili mevzuat, bu tür partilerin mecliste temsil edilmesini önlemeyi amaçlıyorsa bu madde bakımından sorun çıkabilir.

125. Son olarak, Sözleşme organları genellikle seçim barajlarının esasen ülke içindeki düşünce akımlarının yeterince temsili olanlarının ortaya çıkmasını teşvik etme amacı güttüğünü kabul etmektedir (*Silvius Magnago ve Südtiroler Volkspartei ve Etienne Tete; Partija "Jaunie Demokrati" ve Partija "Müsu Zeme"*). Sonuç olarak Mahkeme, söz konusu müdahalenin, mecliste aşırı ve zayıflatıcı bölünmeyi önlemeye ve bu nedenle, hükümet istikrarını kuvvetlendirmeye yönelik meşru bir amacı olduğu yönündeki Daire kararına katılmaktadır.

(b) Orantılılık

126. Daire verdiği kararda, Anayasa Mahkemesi'nin 18 Kasım 1995 tarihli kararına atıfta bulunularak, seçim barajının bu haliyle toplum içindeki siyasi alternatiflerin ortaya çıkmasını engelleyemeyeceği için, yüksek olmasına rağmen, ulusal makamların geniş takdir yetkisini aşmadığına kanaat getirmiştir. Başvurucular bu karara itiraz etmişler, Hükümet, ise Mahkeme'den Daire'nin kararını onaylamasını istemiştir.

127. Mahkeme, Türkiye'de uygulanan yüzde 10'luk seçim barajının Avrupa'da uygulanan en yüksek seçim barajı olduğunu gözlemlemektedir. Mahkeme, söz konusu barajın orantısız olmadığını doğrulamak amacıyla öncelikle seviyesini diğer Avrupa ülkelerinde uygulanan barajlarla karşılaştırarak değerlendirecektir. Ardından, düzelticileri ve diğer koruyucuları inceleyecektir.

i. Karşılaştırmalı hukuk unsurları

128. Başvurucular, mevcut davaya konu barajın, Avrupa ülkelerinin "ortak demokratik siyasi geleneklerine" uygun olmadığını söylemişlerdir.

129. Mahkeme, seçim barajlarının Avrupa seçim sistemleri içinde kabul gördüğünü ve seçim sistemi ile kullanıldıkları şartlara göre değişen farklı türleri bulunduğunu gözlemlemektedir. Üye devletlerde kabul edilen seçim barajlarının incelenmesi sonucunda, Türkiye haricinde yalnızca üç devletin, yüksek seçim barajı kabul ettiğini anlaşılmaktadır. Lihteynştayn seçim barajını yüzde 8, Rusya Federasyonu ve Gürcistan ise yüzde 7 olarak

tespit etmişlerdir. Devletlerin üçte biri yüzde 5'lik, on üçü ise daha düşük bir seçim barajı belirlemiştir. Nisbi seçim sistemine sahip diğer devletler baraj uygulamamaktadır. Barajlar da bir partiye ya da koalisyona uygulanmalarına göre değişmekte ve bazı ülkeler bağımsız adaylar için barajlar koymaktadır.

130. Mahkeme ayrıca, Türk ulusal seçim barajının istisnai şekilde yüksek olduğunu ve aşağı çekilmesi gerektiğini ifade eden Avrupa Konseyi organlarının görüşlerine önem vermektedir. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, demokraside temsil olgusu ve barajlar arasındaki çözülmez bağı vurgulayan 18 Nisan 2007 tarihli kararında, "yerleşik demokrasilerde genel seçimlerde yüzde 3'ten yüksek seçim barajı olmaması gerektiğine" işaret etmiştir. Bu görüş, Parlamenterler Meclisi'nin 1791 (2007) sayılı tavsiye kararında yinelenmiştir. Ayrıca, Parlamenterler Meclisi'nin Türkiye'ye ilişkin 1380 (2004) ve 1547 (2007) sayılı kararlarında ve AKPM'de geçici bir komisyon tarafından hazırlanan "Türkiye'deki genel seçimlere ilişkin görüşler (22 Temmuz 2007)" raporunda Avrupa Konseyi organları Türkiye'nin seçim kanununu, yüzde 10'luk barajı aşağı çekecek şekilde düzenlemesini tavsiye etmiştir.

131. Ancak, seçim barajının etkileri, bir ülkeden diğerine değişiklik gösterebilir ve sistemler, farklı, hatta bazen karşıt siyasi amaçlar güdebilir. Bir sistem, partilerin mecliste adil temsil edilmesine odaklanmışken, bir başka sistem, hükümeti kurmakla görevlendirilen partinin milletvekillerinin mutlak çoğunluğuna sahip olabilmesi için meclisin küçük partilere bölünmesini engellemeyi hedefleyebilir. Bu amaçların hiçbirinin kendi içinde makul olmadığı söylenemez. Ayrıca, barajların oynadığı rol, seviyelerine ve her bir ülkedeki parti sistemine göre değişiklik göstermektedir. Düşük baraj, yalnızca çok küçük grupları dışarıda bırakır ve bu durumda istikrarlı çoğunlukların oluşması zordur; ama parti sisteminde bölünmenin yüksek olduğu durumlarda çok yüksek bir baraj, oyların önemli bir bölümünün temsil edilmemesine neden olur.

132. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin seçim yasalarında öngörülen durumların çeşitliliği, bu konuya ilişkin muhtemel seçeneklerin çeşitliliğini ortaya koymaktadır. Ayrıca Mahkeme, başvurucuların savunduğu gibi yüzde 5'lik bir seçim barajının üye devletlerin genel uygulamasına daha uygun olduğunu kabul etmekle birlikte, hiçbir seçim barajını, kendisinin de dahil olduğu seçim sistemini göz önüne almadan değerlendiremeyeceği de açıktır. Ayrıca, her seçim yasasının ilgili ülkenin siyasi gelişimi çerçevesinde değerlendirilmesi gerektiği daha önceden belirtilmiştir. Bunun nedeni, söz konusu sistem "yasama organı seçiminde halkın iradesinin özgürce ifadesini" garanti ettiği müddetçe, belli bir sistemce kabul edilemez olan detayların bir başka sistem çerçevesinde kabuledilebilir olabileceğidir (*Mathieu-Mohin ve Clerfayt, §54*). Mahkeme, bu nedenle tartışma konusu sisteme getirilen düzelticileri ve diğer koruyucuların etkilerini değerlendirmelidir.

ii. Düzelticiler ve diğer koruyucular

133. Hükümet, Türk seçim sisteminde seçim barajının olumsuz etkilerini dengeleyecek düzelticiler bulunduğunu belirtmiştir. Bu bağlamda, 22 Temmuz 2007 seçimlerinin teyit etmiş olduğu gibi, bağımsız adaylar olarak seçimlere katılmaları veya partileri DEHAP'ın diğer büyük partilerden biriyle seçim koalisyonu yapması halinde başvurucular, 3 Kasım 2002 seçimlerinde seçilebilirlerdi.

134. Mahkeme, başvurucuların seçim stratejisinin yukarıda kaydedilen türlerine başvurmalarının, kendilerine meclise seçilme şansı verdiği yönündeki Hükümet iddiasına itiraz etmediklerini kaydetmektedir. Ancak başvurucular, temsili demokrasilerde siyasi partilerin önemini vurgulayarak, bağımsız adayların ve kurulan koalisyonların, demokrasinin temel unsurları olan bağımsız siyasi partilerin yerini alamayacağını ileri sürmüşlerdir.

135. Bu nedenle Mahkeme, Hükümet'in değindiği seçeneklerin barajın olumsuz etkilerini azaltacak yollar olarak kabul edilip edilemeyeceğine karar vermelidir.

136. Seçimlere bağımsız bir aday olarak katılma olasılığına ilişkin olarak Mahkeme, Daire kararının 71. paragrafında olduğu gibi, partiler tarafından siyasi tartışmaya yapılan yeri doldurulmaz katkıyı vurgulamaktadır. Bu siyasi oluşumlar, bir yandan vatandaşların seçim tartışmasına katılmak için kullanabilecekleri bir araç görevini görürken, diğer yandan da çeşitli siyasi programlara desteğin ifade edileceği bir kürsü görevini görmektedir (*mutatis mutandis, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri, §25*). Bu nedenle, genellikle yerel olarak konuşlanmış bağımsız adaylar gibi, diğer siyasi aktörlerden ayrılabilmektedirler. Mahkeme, benzer şekilde, Türkiye'de bağımsız adayların güvence parası yatırmalarının istenmesi, isimlerinin sınır kapılarına ve büyük havaalanlarına gönderilen oy pusulalarında yer almaması ve tüm siyasi partiler, televizyon ve radyo reklamına ayrılan sürede kendilerini ifade ederken seçim mesajları yayımlayamamaları gibi, siyasi partilere uygulanmayan bir dizi aleyhte kısıtlamalara ve koşullara maruz kaldıklarını tespit etmektedir.

137. Ancak Mahkeme, bu yöntemin uygulamada etkisiz olduğunun kabul edilemeyeceğini belirtmektedir. Özellikle 22 Temmuz 2007 seçimlerinde, küçük partiler bağımsız adaylar vasıtasıyla barajın olumsuz etkisinden kurtulmuşlar ve bu yolla mecliste sandalye kazanabilmişlerdir. Örneğin, DEHAP'ın varisi olan DTP mecliste yirmi sandalye kazandıktan sonra bir meclis grubu oluşturabilmiştir.

138. Bu sonuç, esasen muhalefet partilerinin, kendi adları altında kendi adaylarını koymaktansa "bir parti tarafından desteklenen bağımsızlar" olarak adlandırılabilecek bir stratejiye yönelmelerinden kaynaklanmıştır. Bağımsızlara herhangi bir seçim barajı uygulanmaması, yukarıda kaydedilen kısıtlamalara rağmen bu seçim stratejisinin benimsenmesini kolaylaştırmıştır. Ancak, bir adayın resmi olarak kendi siyasi partisi tarafından desteklenmesi durumu ile karşılaştırıldığında, bu durum kötünün iyisi olarak nitelendirilebilir.

139. Aynı durum, diğer siyasi gruplarla bir seçim koalisyonu oluşturma olasılığı için de geçerlidir. Mahkeme, bu hususta 2839 sayılı Kanun'un 16. maddesinin, partilerin ortak liste sunmalarına ve yasal koalisyonlar oluşturarak genel seçimlere katılmalarına izin vermediğini belirtmektedir. Hükümet'in de belirtmiş olduğu gibi siyasi partiler, bu yasağı aşmalarını sağlayan siyasi bir strateji geliştirmişlerdir. Bu stratejinin kullanılmasının, özellikle 1991 ve 2007 seçimlerinde somut sonuçları olmuştur. 20 Ekim 1991 seçimlerinden önce iki büyük siyasi parti bayrağı altında iki koalisyon oluşturulmuştur. Bu şekilde DEHAP'ın selefi olan HEP'in de dahil olduğu bazı küçük partiler mecliste on sekiz sandalye kazanmışlardır. Aynı seçim stratejisi, 22 Temmuz 2007 seçimlerinde de meyvesini vermiştir.

140. Tabii ki 3 Kasım 2002 seçimlerinde verilen oyların yüzde 45.3'ünün (yaklaşık 14.5 milyon oyun) mecliste temsil edilmediği göz önünde bulundurulursa, bu seçim stratejilerinin yalnızca sınırlı bir etkisi olabilmektedir. Daire kararının 73. paragrafında da belirtilmiş olduğu gibi, seçmenlerin bu denli büyük bir kısmının mecliste temsil edilmemesi, demokratik idare ve siyasi sorumluluğun ana unsuru olan ve gerçekten demokratik bir siyasi rejim arzusunu en iyi şekilde yansıtması gereken yasama organının, temsili bir demokraside oynadığı hayati rolle bağdaşmamaktadır.

141. Öte yandan, birçok araştırmacının belirtmiş olduğu gibi Kasım 2002 seçimlerinin, pek çok nedeni olan bir kriz atmosferinde gerçekleştiği belirtilmelidir (ekonomik ve siyasi krizler, depremler, vb). Bu bağlamda, 1999 seçimleri ardından Koalisyon Hükümeti kurmuş olan üç partinin, yüzde 10'luk seçim barajına ulaşamaması ve bu nedenle mecliste temsil edilememeleri önemlidir.

142. Ayrıca, 1983'den bu yana yapılan milletvekili seçimlerinin incelenmesi sonucunda, Kasım 2002 seçimlerinden sonra gözlemlenen temsil yetersizliğinin, esasında kısmen

bağlamsal olabileceği ve yalnızca yüksek seçim barajına dayalı olmadığı anlaşılmaktadır. Bu noktada söz konusu seçimler hariç, mecliste temsil edilmeyen oyların oranının hiçbir zaman yüzde 19.4'ü geçmediği belirtilmelidir (1987'de yüzde 19.4, 1991'de yüzde 0.5, 1995'te yüzde 14 ve 1999'da yüzde 18). Bu oran, 22 Temmuz 2007 seçimlerinde yüzde 13.1'e düşmüştür.

143. Sonuç olarak Mahkeme, seçim barajlarının amaçlarından biri olan mecliste bölünmeyi önleme amacına ters düşmesine rağmen, yüzde 10'luk yüksek seçim barajından etkilenen siyasi partilerin, barajların pratikteki etkilerinden bazılarını azaltabilecek stratejiler geliştirdiğini gözlemlemektedir.

144. Mahkeme, aynı zamanda Anayasa Mahkemesi'nin bu hususa ilişkin rolüne önem vermektedir. 1961 Anayasası'nın yürürlükte olduğu dönemde, Anayasa Mahkemesi kararında demokratik devlet ve çoğulculuk ilkelerini temel alarak, her bir seçim bölgesi içinde "basit baraj" uygulama fikrini reddetmiştir. 1982 Anayasası'nın kabulünden sonra, seçim sistemleri hususunda karar verirken, yasakoyucunun bu hususta sınırsız takdir yetkisi bulunmadığına ve "kişilerin fikirlerini özgürce ifade etmelerini kısıtlamaya yönelik, siyasi hayatı, bir siyasi partinin hegemonyasına sokan ya da çok partili sisteme zarar veren" tedbirler alamayacağına karar vermiştir.

145. Anayasa Mahkemesi, 18 Kasım 1995 tarihli kararında, 1968 içtihadını değiştirerek, şikâyet konusu barajın varlığının esasını, fonksiyonel olmayan ve mecliste aşırı bölünmeyi önleyecek nisbi temsil ilkesine getirilen bir düzeltici olarak incelemiştir. Barajların, "seçme ve seçilme hakkını" kısıtladığını kabul etmekle birlikte, normal ölçüleri aşmadıkları sürece kabul edilebileceklerine hükmetmiş ve yüzde 10'luk seçim barajının, anayasal ilkelere uygun olduğuna karar vermiştir. Diğer yandan, "adil olarak temsil edilme" ilkesine atıfla, iller düzeyinde yüzde 25'lik bir seçim barajı uygulanmasını iptal etmiştir. Bu çerçevede, adil olarak temsil edilme ve hükümet istikrarına ilişkin anayasal ilkelerin, birbirlerini dengeleyecek ve tamamlayacak şekilde bağdaştırılmaları gerektiğini teyit etmiştir.

146. Anayasa Mahkemesi'nin, adil olarak temsil edilme ve hükümet istikrarına ilişkin anayasal ilkeler arasında denge noktasını gözeterek, tartışma konusu seçim barajının aşırı etkilerini önlemek amacıyla yaptığı değerlendirme, söz konusu barajın etkileri nedeniyle, Birinci Protokolün 3. maddesinde öngörülen hakkın esasının ihlal edilmesine karşı bir koruyucu oluşturmaktadır.

iii. Sonuç

147. Sonuç olarak Mahkeme, genel olarak yüzde 10'luk seçim barajının aşırı yüksek olduğu kanısındadır. Bu bağlamda, barajın istisnai derecede yüksek seviyesini vurgulayan ve aşağı çekilmesini öneren Avrupa Konseyi organları ile aynı fikirde olup, bu oranın indirilmesini tavsiye etmektedir. Bu baraj siyasi partileri, seçim sürecinin şeffaflığına katkıda bulunmayan taktikler izlemeye mecbur bırakmaktadır. Ancak, mevcut davada Mahkeme, söz konusu seçimlerin kendine özgü siyasi çerçevesi ışığında ve pratikteki etkilerini sınırlayan düzelticiler ve diğer koruyucularla birlikte değerlendirildiğinde, barajın esas olarak başvuruculara Birinci Protokolün 3. maddesi bağlamında tanınan hakkın esasına zarar verdiği hususunda ikna olmamıştır.

Bu nedenle, söz konusu madde ihlal edilmemiştir.

BU GEREKÇELERLE MAHKEME,

Dörde karşı on üç oyla, Birinci Protokolün 3. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

KARAR VERMİŞTİR.

22.12.2009 27996/06 SEJDIC VE FINCI - BOSNA HERSEK [BD]

♦ *seçilme yeterliliği* (Roman ve Yahudi kökenli kişilere, üç "kurucu halk" grubuna dâhil olmadıkları için yasama meclisine ve cumhurbaşkanlığı seçimlerine aday olma imkânının tanınmaması) *serbest seçim hakkı konusunda ayrımcılık—etnik ve dinsel kimlik nedeniyle farklı muamele* (Bosna-Hersek Anayasası başlangıcında iki grup yurttaş ayrımı yapmaktadır, "Kurucu halklar" Boşnak, Hırvat ve Sırp'dır ve "diğerleri" Yahudi, Roman, diğer azınlıklar ve herhangi bir etnik gruba aidiyet beyan etmeyenlerdir, Bosna-Hersek Meclisinin ve Başkanlığın sadece üç kurucu halktan gelen üyelere açık olması) ♦ serbest seçim hakkı—ayrimcılık yasağı

DAVANIN ESASI

Dayton Barış Antlaşması, Bosna Hersek'teki barış için Dayton'da 21 Kasım 1995 tarihinde hazırlanan ve Paris'te 14 Aralık 1995 tarihinde imzalanan bir Antlaşmadır. Bosna Hersek Anayasası, Barış Antlaşması'nın ekidir. Anayasa, kendisine meşruiyet tanıyacak prosedürler yapılmadan hazırlanmış ve kabul edilmiştir. Yabancı bir dilde (İngilizce) görüşülen ve yayınlanan Anayasa, ilgili ülkenin resmi dillerinde hiçbir zaman yayınlanmayan tek Anayasa'dır. Anayasa, Bosna Hersek'in devlet olarak hukuki varlığının korunmasını teyid etmekle birlikte kendi iç yapısını değiştirmektedir. Anayasa'ya göre Bosna Hersek iki devletten oluşmaktadır: Bosna Hersek Federasyonu ve Srpska Cumhuriyeti. Dayton Barış Antlaşması, Brcko bölgesindeki devletler arasındaki iç hudut çizgisi ile ilgili sorunu cevapsız bırakmış, ama taraflar bu sorunu mecburi bir hakeme götürmekte anlaşmışlardır (Dayton Barış Antlaşması'na Ek 2'nin V. Maddesi). 5 Mart 1999 tarihli hakem kararı, devletin tamamen egemenlik alanı içine konulan Brcko bölgesini kurmuştur.

Anayasanın Giriş bölümü, Boşnakları, Hırvatları ve Sırpları "kurucu halklar" olarak kabul etmektedir. Devlet seviyesinde yetki bölümü ile ilgili anlaşmalar yapılmış ve bu anlaşmalar "kurucu halkların" bir tanesinin temsilcisinin iradesine karşı karar alınmasını imkansız hale getirmiştir. Böylece, asıl çıkarlar adına bir veto, devletler için bir veto, iki meclisli bir sistem (Bosna Hersek Federasyonu'ndan beş Boşnak ve beş Hırvat ve Srpska Cumhuriyeti'nden beş Sırp'tan oluşan bir Millet Meclisi ile) ve Bosna Hersek Federasyonundan bir Boşnak ve bir Hırvat ve Srpska Cumhuriyeti'nden bir Sırp'tan oluşan başkanlık heyeti (daha fazla detay için, bk. §12 ve 22) öngörülmüştür.

Başvurucular 1956 ve 1943 yıllarında doğmuşlardır. Başvurucular geçmişte önemli kamu görevlerinde bulunmuşlar ve halen önemli görevlerde bulunmaya devam etmektedirler. Başvurucu Sejdic, halen AGİT'nın Bosna Hersek'teki misyonun Roman kontrolörlüğünü yapmaktadır; Bosna Hersek'in Roman Konseyi'nin (yerel Roman toplumunun yüksek temsilcisi) ve Romanlar için Danışma Konseyi'nin (yerel Roman toplumunu ve yetkili bakanları temsil eden ortak organ) üyesi olarak görev yapmıştır. Başvurucu Finci, halen Bosna Hersek'in İsviçre büyükelçisidir; daha önce değişik görevlerde, özellikle Bosna Hersek'in Dinlerarası Konseyi'nin başkanlığı görevinde ve ulusal kamu hizmeti ajansının şefliği görevinde bulunmuştur.

Başvuruculardan biri kendini Roman kökenli, diğeri Yahudi kökenli olarak tanımlamaktadır. "Kurucu halkların" hiçbirine ait olmadıkları için Millet Meclisi (devlet parlamentosunun ikinci meclisi) üyeliğine veya devlet başkanlığına (kurula) aday olma nitelikleri yoktur. Başvurucu Finci, bu durumu 3 Ocak 2007 tarihinde resmen teyit etmiştir.

İlgili ulusal ve uluslararası hukuk ve uygulama

A. Dayton Barış Antlaşması

21 Kasım 1995 tarihinde Dayton'a uzak olmayan (Amerika Birleşik Devletleri) Wright-Patterson havaalanında hazırlanan ve 14 Aralık 1995 tarihinde Paris'te (Fransa) imzalanan Dayton Barış Antlaşması, Eski Yugoslavya ile ilgili uluslararası Konferansı'nın ve Diyalog grubunun desteği ile değişik zamanlarda yapılan kırk dört görüşmenin sonucunda ortaya çıkmıştır. Antlaşma 14 Aralık 1995 tarihinde yürürlüğe gitmiştir ve oniki ek içermektedir.

1. Ek 4 (Bosna Hersek Anayasası)

Anayasa "Kurucu halklar" (Boşnaklara[1], Hırvatlara veya Sırplara ait olduğunu beyan eden grupları bir araya getirmektedir) ile "diğerleri" (etnik azınlıkların mensupları, herhangi bir gruba ait olmadığını beyan eden şahıslar, örnek olarak çünkü kendi etnik kökeninin dışından evlenen şahıslar, çünkü anne babalarının herbiri farklı etnik kökenden gelenler veya ayrıca farklı nedenler) arasında bir ayrım yapmaktadır. Eski Yugoslavya'da otosınıflandırma sistemine göre, bir gruba ait olma şahısların kendisi tarafından belirlenmekteydi. Dolayısıyla belirli bir dili bilme veya belirli bir dine ait olma gibi herhangi bir kriter istenmemekteydi. İlgili etnik grubun üyeleri tarafından kabul etme zorunluluğu da yoktu. Anayasa, insanların etnik kökenini belirleme konusunda herhangi bir hüküm içermemekteydi. Anayasa'yı kaleme alanlar görünüşe bakılırsa otosınıflandırma sisteminin yeterli olduğunu düşünmüşlerdir.

Sadece kurucu haklardan birine ait olduğunu beyan eden şahıslar Millet Meclisine (Ulusal Parlamentonun ikinci meclisi) ve devletin başkanlık (heyetine) aday olabilmektedirler. Bu dava için ilgili Anayasa hükümleri şunlardır :

Madde IV

"Parlamenterler Meclisi iki meclisten oluşmaktadır : Millet Meclisi ve Temsilciler Meclisi.

1. Millet Meclisi. Millet Meclisi onbeş delegeden oluşmaktadır ; bunların üçte ikisi Federasyondan (beş Hırvat ve beş Boşnak) ve üçte biri Srpska Cumhuriyeti'nden (beş Sırp) oluşmaktadır.

a) Federasyon tarafından belirlenen Hırvat ve Boşnak delegeler sırasıyla Federasyon'un Millet Meclisi'ndeki Hırvat ve Boşnak delegelerden seçilmektedir[2]. Srpska Cumhuriyeti'nin delegeleri Srpska Cumhuriyeti Millet Meclisi tarafından seçilmektedir[3].

b) En az, üç Boşnak delegenin, üç Hırvat delegenin ve üç Sırp delegenin etkili katılımı saklı kalmak kaydıyla Millet Meclisi'nin dokuz üyesi çoğunluğu oluşturmaktadır.

2. Temsilciler Meclisi. Temsilciler Meclisi kırkiki üyeden oluşmaktadır ; bunun üçte ikisi Federasyonun toprakları üzerinden ve üçte biri Srpska Cumhuriyeti'nin toprakları üzerinden seçilmektedir.

a) Parlamenterler Meclisi'nin kabul edeceği bir seçim yasasının hükümlerine uygun bir şekilde yapılan seçimler sonucunda kendi Bölgeleri (Entité) tarafından doğrudan doğruya seçilirler. Ancak ilk seçimler Genel Çerçeve Antlaşması'nın 3. Ek'ine göre yapılır.

b) Temsilciler Meclisi'nde bulunan tüm seçilmiş üyelerin çoğunluğu salt çoğunluğunu oluşturmaktadır.

3. Prosedürler

a) Her iki meclis, oluşumundan veya seçilmesinden en geç otuz gün içinde Sarayevo'da toplanmaktadır.

b) Her Meclis kendi içtüzüğünü oyçokluğuyla kabul eder ve kendi üyeleri arasından bir Sırpı, bir Boşnağı ve bir Hırvatı Başkan, Başkan yardımcısı seçer ve Başkanlık sırayla diğerlerine geçer.

c) Her türlü mevzuat için iki meclisin onayı gereklidir.

d) Her iki meclisin kararları şahsen hazır bulunan oy kullanan şahısların çoğunluğu ile alınır. Delegeler ve üyeler, her Bölgenin topraklarından gelen oyların en az üçte birini içerecek bir çoğunlukta olması için mümkün olan herşeyi yaparlar. Delegeler ve üyeler her Bölgenin topraklarından gelen oyların en az üçte birini içermiyorsa, Başkan ve Başkan yardımcıları komisyon oluştururlar ve üç gün içinde seçimin teyidini almaya çalışırlar. Başarısızlık durumunda, karşı oyların eşit olmaması ve delegelerin veya Bölgelerin birinin seçilmiş üyelerinin üçte ikisinden fazla olmaması şartıyla kararlar hazır olanların ve oy kullananların çoğunluğuyla alınır.

e) Parlamenterler Meclisi'ne sunulan bir karar projesi, yukarıda belirtilen 1 a) bendine uygun olarak seçilen Boşnak, Hırvat veya Sırp delegelerin çoğunluğu tarafından Boşnak, Hırvat veya Sırp halklarının asıl çıkarlarına aykırı olduğu beyan edilebilir. Millet Meclisi tarafından kabul edilebilmesi için, bu proje hazır olan ve oy kullanan Boşnak, Hırvat ve Sırp delegelerin çoğunluğunu gerektirir.

f) Boşnak, Hırvat ve Sırp delegelerin çoğunluğu, e) bendi hükümlerinin uygulanmasına karşı çıkarsa, Millet Meclisi'nin Başkanı, uyuşmazlığı çözümlemek için hemen Boşnak, Hırvat ve Sırp delegeler tarafından seçilen üç delegeden oluşan karışık bir komisyonu toplantıya çağırır. Komisyon tarafından sorunun beş gün içinde çözümlenmemesi durumunda, sorun Anayasa Mahkemesi önüne getirilir ve Anayasa Mahkemesi acil bir prosedürle parlementonun prosedürünün uygunluğunu kontrol eder.

g) Millet Meclisi'nin feshi, Başkan veya Meclis kararının Boşnak, Hırvat ve Sırp delegelerin en az ikisinin çoğunluğu tarafından kabul edilmesi şartıyla, Meclisin kendisi tarafından karar verilir. Ancak bu Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden sonra ilk seçimlerde seçilmiş Millet Meclisi feshedilemez.

h) Parlamenterler Meclisi'nin kararları ancak yayınlanmalarından sonra yürürlüğe girmektedirler.

i) Her iki meclis kendi görüşmelerinin tutanaklarını yayınlarlar ve kendi içtüzüklerinde öngörülen istisnai durumlar hariç olmak üzere, görüşmeler halka açıktır.

j) Parlamenterler Meclisi kapsamındaki çalışmalarından dolayı, delegelerin ve üyelerin sivil ve cezai sorumluluklarına gidilemez.

4. Yetkiler. Aşağıdaki yetkiler Parlamenterler Meclisi tarafından yerine getirilir :

a) Başkanlık kararlarını yerine getirmek için gerekli yasaları yürürlüğe koymak veya bu Anayasa anlamında Meclisin sorumluluklarını yerine getirmek.

b) Bosna Hersek kurumlarının işleyişi için ve kendi uluslararası sorumluluklarını yerine getirmek için gerekli kaynaklara ve gelir miktarlarına karar vermek.

c) Bosna Hersek kurumlarının bütçesini onaylamak.

d) Antlaşmaların onaylanmasını kabul etmek veya etmemek.

e) Kendi görevlerini veya Bölgeler tarafından ortak irade ile kendisine verilen görevleri yerine getirmek için tüm gerekli sorunları çözmek.

Madde V

"Bosna Hersek Başkanlığı üç üyeden oluşmaktadır ; Federasyon'un toprakları üzerinde doğrudan doğruya seçilen bir Boşnak ve bir Hırvat'tan ve Srpska Cumhuriyeti'nin toprakları üzerinde doğrudan doğruya seçilen bir Sırp'tan oluşmaktadır.

1. Seçim ve görev süresi

a) Parlamenterler Meclisi tarafından kabul edilen bir seçim yasasının hükümlerine uygun olarak Başkanlığın üyeleri her Bölgede (Başkanlık için bir sandalye elde etmek için her seçmen oy kullanmaktadır) doğrudan doğruya seçilmektedirler. Ancak ilk seçim Genel Çerçeve Antlaşması'nın 3. Ek'ine göre yapılır. Başkanlık'taki her boş sandalye, ilgili Bölge tarafından Parlamenterler Meclisi'nin kabul etmesi gereken bir yasaya uygun olarak doldurulur.

b) İlk seçimlerde Başkanlığa seçilmiş üyeler bu görevlerinde iki yıllık süre ile kalmaktadırlar ; sonraki üyelerin görev süreleri dört senedir. Üyeler kendi yerlerine seçilebilmek için aday olabilirler et sonradan dört yıllık bir süre için seçilirler.

2. Prosedürler

a) Başkanlık, Başkanlığın tüm toplantıları için gerekli olan toplantıya çağırma süresini öngören içtüzüğü belirler.

b) Başkanlığın üyeleri kendi aralarından Başkanı seçerler. İlk Başkanlık için, en fazla oyu alan kişi Bakan seçilir. Sonrasında IV §3. maddesinin hükümleri saklı kalmak kaydıyla Parlamenterler Meclisi Başkanı, sırayla ve başka sekilde seçilme yöntemini belirler.

c) Başkanlık, Başkanlık tarafından verilen tüm kararların konsensüsle yapılması için çaba sarfeder (yani V §3 a)–c) maddesine bağlı sorunlar ile ilgili kararları). Ancak, sonraki d) bendindeki hükümler saklı kalmak kaydıyla ve konsensüs ile ilgili tüm çabalar başarısızlıkla sonuçlanırsa, bu kararlar iki üye tarafından kabul edilirler.

d) Azınlıkta kalan Başkanlık üyesi, ilgili itiraz kararının kabulünü takiben üç gün içinde itirazını sunması şartıyla, bir Başkanlık kararının bu üyeyi seçen Bölgenin asıl çıkarlarına aykırı olduğunu beyan edebilir. Eğer bu beyan Srpska Cumhuriyeti topraklarını temsil eden üye tarafından yapılırsa, karar hemen Srpska Cumhuriyeti Milli Meclisi'ne sunulur; eğer bu beyan Boşnak delege veya Hırvat delege tarafından yapılırsa, karar hemen Federasyon Millet Meclisi'ne sunulur. Başvurulduktan on gün içinde bu beyan şahısların üçte iki oyuyla kabul edilmesi ihtimalinde, Başkanlık kararı etki ortaya çıkarmaz.

3. Yetkiler. Başkan aşağıdaki konulardan sorumludur ;

a) Bosna Hersek'in dış politikasını yürütmek.

b) Uluslararası ilişkilerde büyükelçileri ve Bosna Hersek'i temsil eden diğer temsilcileri atamak; bunların en fazla üçte ikisi Federasyon topraklarından gelebilir.

c) Bosna Hersek'i Avrupa ve uluslararası kurumlarda ve organizasyonlarda temsil etmek ve Bosna Hersek'in üye olmadığı kurumlara ve organizasyonlara üyeliğini istemek.

d) Bosna Hersek'in antlaşmalarını görüşmek, bunlara itiraz etmek ve Parlamenterler Meclisi'nin onayıyla bunları kabul etmek.

e) Parlamenterler Meclisi'nin kararlarını uygulamaya koymak.

f) Parlamenterler Meclisi'nin yıllık bütçesini, Bakanlar Kurulu'nun önerisi üzerine önermek.

g) Parlamenterler Meclisi'nin talebi üzerine en azından yılda bir defa, Başkanlığın harcamaları ile ilgili olarak Parlamenterler Meclisi'ne hesap vermek.

h) Bosna Hersek'teki uluslararası organizasyonlar ve uluslararası hükümet dışı kuruluşlar ile gerekli kordinasyonu sağlamak.

i) Kendi sorumluluklarını, Parlamenterler Meclisi tarafından kendisine verilen sorumlulukları veya Bölgelerin kabul ettiği sorumlulukları yerine getirmek için her türlü muhtemel gerekli görevleri yerine getirmek."

13. Buradaki ilgili anayasal uzlaşmalar, ilerde Dayton Barış Antlaşmasını içerecek ilke antlaşmasında bulunmamaktadır (bkz., 26 Eylül 1995 tarihli yeni ilke antlaşmasının 6.1 ve 6.2 paragrafları). Görünüşe bakılırsa, uluslararası arabulucular, çatışmaya taraf bazı kesimlerin baskıcı ısrarları üzerine bu uzlaşmaları, çekingenerek ileriki bir aşamada kabul etmişlerdir (bkz Nystuen[4], Achieving Peace or Protecting Human Rights: Conflicts between Norms Regarding Ethnic Discrimination in the Dayton Peace Agreement, Martinus Nijhoff yayınları, 2005, s. 192, ve O'Brien[5], The Dayton Agreement in Bosnia: Durable Cease-Fire, Permanent Negotiation, in Zartman and Kremenyuk (yayınevi), Peace versus Justice: Negotiating Forward- and Backward-Looking Outcomes, Rowman & Littlefield yayınları, 2005, s. 105).

14. İlgili anayasal hükümlerin çok açık bir şekilde insan haklarına aykırı olduğunun farkında olan uluslararası arabulucular, Anayasa'yı dinamik bir belge yapmanın ve ilgili anayasal mekanizmaların zamanla kaybolması ihtimalini öngörmenin özellikle önemli olduğunu belirtmişlerdir. Bu nedenle arabulucular Anayasa'ya II §2. maddesini yerleştirmişlerdir (bkz., Nystuen, yukarıda adı geçen eser, s. 100). Bu hüküm şu şekilde düzenlenmiştir :

"İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Avrupa Sözleşmesi'nde ve Protokolleri'nde düzenlenen haklar ve özgürlükler Bosna Hersek'te doğrudan doğruya uygulanırlar. Bunlar, tüm hukuktan üstündür."

Bosna Hersek Anayasa Mahkemesi U 5/04 sayı ve 31 Mart 2006 tarihli ve U 13/05 sayı ve 26 Mayıs 2006 tarihli kararlarıyla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin Anayasa'dan üstün olmadığına karar vermiştir ; buna karşın AP 2678/06 sayı ve 29 Eylül 2006 tarihli kararında farklı bir sonuca varmıştır. Söz konusu kararda Anayasa Mahkemesi, davacının etnik kökeninden dolayı Bosna Hersek Başkanlığı'na aday olamaması konusunda ayrımcılık ile ilgili bir şikayeti çözümlemeye davet edilmiştir (Srpska Cumhuriyeti'nden bir Boşnak söz konusu idi). Anayasa Mahkemesi davayı esastan reddetmiştir. Çoğunluk kararının ilgili bölümü şu şekildedir (bu metin Anayasa Mahkemesi tarafından sunulan İngilizce olan kararın çevirisidir) :

"18. Davacılar haklarının ihlal edildiğini iddia etmektedirler ve Avrupa Sözleşmesi'nde ve Protokolleri'nde düzenlenen hakların ve özgürlüklerin Bosna Hersek'te doğrudan doğruya uygulandığını ve bunların tüm hukuktan üstün olduğunu belirtmektedirler. İlgililer Ilijaz Pilav'ın Bosna Hersek Başkanlığı'na adaylığının reddedilmesinin kendi ulusal/etnik kökenine dayandığını ve burada, tüm haklardan yararlanma herhangi bir nedenle ve özellikle ulusal/etnik kökenine dayanılarak bir kamu makamı tarafından hiçbir ayrımcılık yapılmadan sağlandığını güvence altına alan Sözleşme'ye ek 12 Nolu Protokolün 1. maddesine aykırılık görmektedirler.

(...)

22. Bosna Hersek Anayasası'nın V. madde metninin ve 2001 tarihli seçim yasasının 8. madde metninin sınırlayıcı nitelikte olduğuna kimse itiraz edememektedir çünkü bu hükümler, Srpska Cumhuriyeti'nde bulunan Boşnakların ve Hırvatların ve Bosna Hersek Federasyonu'nda bulunan Sırpların medeni hakları ve özellikle Bosna Hersek

Başkanlığı'na aday olma hakkını sınırlamaktadır. Ancak, bu hükümlerin amacı, Başkanlığın kurucu olan bu halkların herbirinin temsilcilerinden oluşmasını güvence altına alacak şekilde kurucu halkların durumunu güçlendirmektedir. Bosna Hersek'te halihazırda varolan durum dikkate alındığında, başvurucuların adaylıklarının Srpska Cumhuriyeti'nde seçilen Sırplar gibi dikkate alınmayacağını öngören Anayasa'daki ve 2001 tarihli seçim yasasındaki sınırlama bugün meşrudur çünkü bu muamelenin objektif haklılığı bulunmaktadır. Dolayısıyla Bosna Hersek'te halihazırda varolan durum ile bu devletin anayasal düzeninin özel niteliği dikkate alındığında ve yürürlükteki anayasal ve yasal hükümler gözönünde bulundurulduğunda, Bosna Hersek Mahkemesi'nin ve Merkez Seçim Kurulu'nun ilgili kararları, Sözleşme'ye Ek 12 Nolu Protokolün 1. maddesi ile Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 25. maddesini ihlal etmemişlerdir, çünkü verilen söz konusu kararlar keyfi değildir ve hukuka dayanmaktadırlar. Bu durum, ilgili kararların meşru amaca yönelik olduğu, mantıklı gerekçelere dayandığı ve davacıların üzerine ağır bir yük getirmediği anlamına gelmektedir. Davacıların haklarına getirilen sınırlamalar varılan barışın ve diyaloğun korunması olan kamu çıkarının amaçları ile orantılıdır. Dolayısıyla Bosna Hersek Anayasası'ndaki ve 2001 tarihli seçim yasasındaki hükümlerin değiştirilmesine imkan veren şartlar yaratılmamıştır."

15. Anayasa'ya yapılan değişiklikler konusunda, Anayasa'nın 10. maddesi şu şekildedir :

"1. Prosedür. Bu Anayasa Temsilciler Meclisi'nde şahsen hazır bulunan oy kullananların üçte ikisinin çoğunluğuyla Parlamenterler Meclisi'nin kararıyla ancak değiştirilebilmektedir.

2. İnsan hakları ve temel özgürlükler. Bu Anayasa'ya yapılacak hiçbir değişiklik, Anayasa'nın II. maddesinde belirtilen hakları veya özgürlükleri ortadan kaldıramaz veya sınırlayamaz ve bu bendin hükümlerini değiştiremez."

26 Mart 2009 tarihinde Parlamenterler Meclisi, ilk defa yukarıda belirtilen prosedüre uygun olarak Anayasa'yı değiştirmiştir. Söz konusu değişiklik Brčko Bölgesi'nin statüsü ile ilgilidir.

2. Ek 10 (Barış Antlaşması'nın uygulanmasının sivil yönleri ile ilgili Antlaşma)

16. Barış Antlaşması'nın uygulanmasının sivil yönleri ile ilgili Antlaşma, Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII Bölümüne dayanılarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin onayı ile barış sürecine aktif olarak devletlerin resmi olmayan grubu (barışı uygulama Konseyi olarak adlandırılır) tarafından kabul edilen Bosna Hersek'in uluslararası idarecisi olan Yüksek Temsilci'nin görevini belirlemektedir (bkz., Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin 1031 sayı ve 15 Aralık 1995 tarihli kararı).

17. Yüksek Temsilci'nin yetkilerinin geniş olması kabul edilmektedir (bkz., Berić ve diğerleri/Bosna Hersek (kabuledilebilirlik üzerine karar) nos 36357/04 ve diğerleri, CEDH 2007-XII). Yüksek Temsilci normal yasal düzenlemelerin ve Bölgelerin Anayasalarının değiştirilmesini defalarca dayatmıştır (Anayasa'dan farklı olarak Bölgelerin Anayasaları, Dayton Barış Antlaşması'nın parçası değiller). Ancak, devletin Anayasası'nın değiştirilmesini dayatıp dayatamayacağı sorunu daha az açıktır. Dayton Barış Antlaşması bu konuda herhangi bir hüküm içermemektedir ama devletin Anayasası'nda varolan bir kelime hatası ile ilgili bir olay, bu soruna negatif cevap vermek gerektiğini göstermektedir. Dayton Barış Antlaşması'nın yürürlüğe girmesinden aylarca sonra, görüşmelere katılan birçok uluslararası hukukçu, Anayasa'nın V §2 c) maddesine yapılan göndermenin yanlış olduğunu farketmiştir (metnin V §3 a)-e) maddesine gönderme yapması gerekirken III §1 a)-e) maddesine gönderme yapmıştır). Kasım 1996 tarihinde Yüksek Temsilci Sayın Bildt, Amerika Dışişleri Bakanı Sayın Christopher'a bir mektup göndermiştir ve bu mektupta Dayton Barış Antlaşması'na 10 Ek'indeki hatanın düzeltilmesi önerisinde bulunmuştur.

Sayın Christopher, Yüksek Temsilci Sayın Bildt'in görevinin devletin Anayasası'nı kapsamadığını belirtmiştir (bkz., onların mektuplarının metinleri için Nystuen, yukarıda adı geçen eser, ss. 80-81). Kısa süre sonra, hata formel bir kararla düzeltilmiştir : Yüksek Temsilci sadece Bosna Hersek Başkanı'nı bilgilendirmiştir ve Devlet Anayasası'nın düzeltilmiş halini yayınlamıştır. Bu dava ile ilgili unsur, Yüksek Temsilcilerin yetkilerinin Devlet Anayasası'nı kapsamadığı konusudur. Bu durumun teyidini Yüksek Temsilci sıfatıyla Lord Ashdown'un Venedik Komisyonu önünde yaptığı konuşmada bulabiliriz (bkz., Venedik Komisyonu'nun 3 Kasım 2004 tarihli 60. toplantı raporu, CDL-PV(2004)003, s. 18). Söz konusu konuşma özellikle şu bölümü içermektedir :

"Eğer Bosna Hersek, Avrupa Birliği'ne ve NATO'ya üye olmak istiyorsa, işleyen bir devlet olduğunu zorunlu olarak göstermesi gerekiyor. Bosna Hersek'te politik kesimin üyeleri şimdiden bir seçim yapmakla karşı karşıya olduklarını farkediyorlar : halihazırdaki Anayasa'yı koruyup bunun ekonomik, sosyal ve politik alandaki sonuçlarına katlanmak veya kurumları işleyen Bosna Hersek'in refah ve istikrarlı bir ülke olması için ve Avrupa Birliği'ne girebilmesi için Anayasa'ya gerekli değişiklikleri yapmak. Bana göre, Bosna Hersek halkı Anayasa'nın kendi güvenlikleri ve refahları için engel olmasını istemeyecektir.

Ama biz bu engeli onların yerine kaldırabiliz.

Barışı uygulama Konseyi ve biribirini izleyen Yüksek Temsilciler (ben dahil olmak üzere) aynı pozisyonu savunmuşlardır : eğer taraflar Dayton Antlaşmaları'na saygı gösteriyorlarsa (ve bu konuda Srpska Cumhuriyeti'nin Lahey Mahkemesi ile işbirliği sorunu devam eder), Bosna Hersek Anayasası Bosna Hersek Parlamenterler Meclisi tarafından (ve uluslararası toplum tarafından değil) öngörülen prosedüre uygun olarak değiştirilebilir. Başka bir deyişle, Dayton Antlaşmaları'na saygı gösterilmesi şartıyla, Yüksek Temsilci'nin yetkileri bu Antlaşmalar sürdüğü süre içinde devam etmektedir ve Dayton Antlaşmaları'nın metinlerinde öngörülen anayasal düzende değişiklik yapmaya karar vermek Bosna Hersek halkına ve seçilmiş temsilcilerine aittir."

B. 2001 tarihli seçim yasası

18. 2001 tarihli seçim yasası (19 Eylül 2001 tarih ve 23/01 sayılı Bosna Hersek Resmi Gazetesi'nde yayınlanan ; değişiklikler şu Resmi Gazeteler'de yayınlanmıştır : 7/02 sayı ve 10 Nisan 2002, 9/02 sayı ve 3 Mayıs 2002, 20/02 sayı ve 3 Ağustos 2002, 25/02 sayı ve 10 Eylül 2002, 4/04 sayı ve 3 Mart 2004, 20/04 sayı ve 17 Mayıs 2004, 25/05 sayı ve 26 Nisan 2005, 52/05 sayı ve 2 Ağustos 2005, 65/05 sayı ve 20 Eylül 2005, 77/05 sayı ve 7 Kasım 2005, 11/06 sayı ve 20 Şubat 2006, 24/06 sayı ve 3 Nisan 2006, 32/07 sayı ve 30 Nisan 2007, 33/08 sayı ve 22 Nisan 2008 ve 37/08 sayı ve 7 Mayıs 2008) 27 Eylül 2001 tarihinde yürürlüğe girmiştir. İlgili hükümleri şu şekildedir :

Madde 1.4 §1

"Bu yasaya uygun olarak onsekiz yaşına varan (18) tüm Bosna Hersek vatandaşlarının oy kullanma ve seçilme hakları vardır."

Madde 4.8

"Seçimlerde aday listelerine kabul edilmek için bir bağımsız aday Merkez Seçim Komisyonu'na en azından aşağıdaki hususları seçimlere katılım talebine eklemesi gerekmektedir :

1. Bosna Hersek Başkanlık seçimlerinde oy kullanmak için kayıtlı olan bin beşyüz kişinin imzası (1 500 imza);

(...)"

Madde 4.19 §5-7

"Her aday listesi, yazılı şahısların isimlerini ve soyisimlerini, kimlik kişisel numaralarını (JMBG numarası), onların daimi adreslerini, hangi kurucu halklardan birine veya "diğer" gruplara ait olduklarını, geçerli olan kimlik numaralarını, bu kimliğin verildiği yeri ve [bağlı oldukları] siyasi partinin genel başkanının veya koalisyon durumunda siyasi parti genel başkanlarının imzasını içermektedir. Her adayın listeye, adaylığı kabul beyanını, bu yasanın 1.10 §1(4) maddesindeki engel hali olmadığını teyid eden beyanı ve bu yasanın 15.7 maddesi anlamında malvarlığını belirten bir beyanı eklemesi gerekmektedir. Bu beyanların asıllarına uygun olduğunun belgelenmesi gerekmektedir.

Bir önceki paragrafta belirtilen hangi kurucu halklardan birine veya "diğer" gruplara ait olma konusundaki beyanın, seçmen veya idari görev hakkının yerine getirilmesi için kullanılmaktadır. Bu beyan adayın bağlı olduğu seçim bölgesi için istenmektedir.

Adayların hangi kurucu halklardan birine veya "diğer" gruplara ait olma konusundaki beyanda bulunmama hakları vardır. Ancak, böyle bir beyanın yokluğu, böyle bir beyanın zorunlu olduğu seçimle ilgili veya idari bir görev alma konusunda feragat anlamına gelir."

Madde 8.1

"Bosna Hersek Başkanlığı'nın Bosna Hersek Federasyonu'nun topraklarından – bir Boşnak ve bir Hırvat – seçilen üyeleri, Bosna Hersek Federasyonu'nun merkez seçim kayıtlarında kayıtlı ve oy vermeye çağrılan seçmenler arasından seçilirler. Bosna Hersek Federasyonu'nun merkez seçim kayıtlarında kayıtlı ve oy vermeye çağrılan bir seçmen, başkanlık için ya Boşnak üye için ya da Hırvat üye için oy kullanabilir, ikisi için oy kullanamaz. Aynı kurucu halkın adaylar arasında kullanılan oyların en yüksek oranını elde eden Boşnak aday ve Hırvat aday seçilmiş sayılırlar.

Srpska Cumhuriyeti'nin – bir Sırp – Bosna Hersek Başkanlığı üyesi Srpska Cumhuriyeti'nin merkez seçim kayıtlarında kayıtlı ve oy vermeye çağrılan seçmenler arasından seçilir. Kullanılan oyların en yüksek oranını elde eden aday seçilmiş sayılır.

Bosna Hersek Başkanlığı üyelerinin görev süresi dört (4) senedir."

Madde 9.12 a

"Bosna Hersek Federasyonu'nun Bosna Hersek Millet Meclisi'ndeki Boşnak ve Hırvat delegeleri, duruma göre, Millet Meclisi'nde bulunan Bosna Hersek Federasyonu'nun Hırvat delegeler grubu veya Boşnak delegeler grubu tarafından seçilirler.

Bosna Hersek Federasyonu'nun Millet Meclisi'ndeki Boşnak ve Hırvat delegeleri, sırasıyla kendi kurucu halklarının delegelerini seçerler.

Bosna Hersek Federasyonu'nun Millet Meclisi'ndeki Sırp delegeler ve "diğer" grupların delegeleri, Bosna Hersek Federasyonu'nun Bosna Hersek Millet Meclisi'ndeki Boşnak ve Hırvat delegelerinin seçimine katılmazlar.

Bosna Hersek Millet Meclisi'ndeki Srpska Cumhuriyeti'nin üyeleri (beş Sırp), Srpska Cumhuriyeti'nin Millet Meclisi tarafından seçilirler.

Srpska Cumhuriyeti'nin Millet Meclisi'nde bulunan Boşnak ve Hırvat delegeler ile "diğer" grupların delegeleri, Bosna Hersek Millet Meclisi'ndeki Srpska Cumhuriyeti'nin üyelerinin seçimine katılırlar."

Article 9.12 c

"Bosna Hersek Millet Meclisi'ndeki Boşnak ve Hırvat delegelerin, her politik Bölgenin Boşnak delegeler grubunda veya Hırvat delegeler grubunda temsil edilecek şekilde

seçilmesi gerekmektedir. Bosna Hersek Federasyonu'nun Millet Meclisi'ndeki Boşnak delegeler grubunun her delegesinin veya Hırvat delegeler grubunun her delegesinin, Bosna Hersek Millet Meclisi'ne Boşnak delegeler listesinde veya Hırvat delegeler listesinde bir veya birden fazla kişinin isminin geçmesini isteme hakkı vardır.

Her liste, Bosna Hersek Millet Meclisi'ne seçilmesi gereken delegelerden daha fazla aday içeremez."

Artıcle 9.12 e

"Bosna Hersek Millet Meclisi'ndeki Srpska Cumhuriyeti'nin üyelerinin seçimi, Srpska Cumhuriyeti'nin Millet Meclisi'ndeki her siyasi partinin veya delegenin Bosna Hersek Millet Meclisi'ne aday Sırp delegeler listesinde bir veya birden fazla kişinin isminin geçmesini isteme hakkı olacak şekilde yapılır.

Her liste, Bosna Hersek Millet Meclisi'ne seçilmesi gereken delegelerden daha fazla aday içeremez."

C. Birleşmiş Milletler

19. Birleşmiş Milletler kapsamında 21 Aralık 1965 tarihinde kabul edilen Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme, Bosna Hersek için 16 Temmuz 1993 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme'nin birinci maddesinin ilgili bölümleri şu şekildedir :

"Bu Sözleşme anlamında "ırk ayrımcılığı" terimi, siyasî, ekonomik, sosyal, kültürel veya toplumsal yaşamın herhangi bir alanında, insan hakları ve temel özgürlüklerin tanınmasını, uygulanmasını, bu hak ve özgürlüklerden yararlanılmasını ortadan kaldırmak veya zayıflatmak amacına ya da etkisine yönelik, ırk, renk, soy ya da ulusal veya etnik kökene dayalı her türlü ayrım, dışlama, kısıtlama ya da tercih anlamına gelmektedir."

5. maddenin ilgili bölümleri şu şekildedir :

"Sözleşme'nin 2. maddesinde sayılan temel yükümlülüklere uygun olarak, Taraf Devletler her şekliyle ırk ayrımcılığını yasaklamak ve ortadan kaldırmak ve ırk, renk ya da ulusal veya etnik köken ayrımı yapmaksızın, özellikle aşağıdaki haklardan yararlanmada herkesin kanun önünde eşitlik hakkını garanti altına almak taahhüdünde bulunurlar :

(...)

c) Siyasi haklar, özellikle evrensel ve eşit oy hakkı temelinde seçimlere katılmak -seçme ve seçilme-, hükümette ve her düzeyde kamu yönetiminde yer almak ve kamu hizmetlerine eşit koşullarda girme hakkı ;

(...)"

Bu Sözleşme'nin uygulanmasını denetleyen bağımsız organ olan Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi tarafından Bosna Hersek ile ilgili "Sonuç Gözlemleri" özellikle şu bölümü içermektedir (11 Nisan 2006 tarihli belge, CERD/C/BIH/CO/6*, §*11) :

"Komite çok ciddi bir şekilde ulusal Anayasa'nın IV. ve V. maddelerine göre, sadece belirli bir gruba ait şahısların, yasaya göre Bosna Hersek'in kurucu halklarından (yani Boşnaklar, Hırvatlar ve Sırplar) birinin çoğunlukta olduğu bir Bölgede (yani Boşnak ve Hırvatların Bosna Hersek Federasyonu'nda ve Sırpların Srpska Cumhuriyeti'nde) Bosna Hersek Millet Meclisi'ne ve üçlü Bosna Hersek Başkanlığı'na aday olabilmesinin kendisini yüksek derecede kaygılandırdığını belirtmektedir. Dolayısıyla varolan hukuki yapı, Millet Meclisi'nden ve Başkanlık'tan kendisine "diğer" gruplara ait olarak tanımlayanları, yani ulusal azınlıklara veya Bosna, Hırvat ve Sırp olmayan etnik gruplara ait olan

şahısları safdışı bırakmaktadır. Her ne kadar Taraf Devlet'in asıl politik kurumlarının üç partili yapısı bunu haklı gösterebilse de, hatta bu durum silahlı çatışmalar sonucunda barışın tesisi için ilk başta gerekli olsa da Komite, bazı etnik grupları kayıran ve onlara tercihler ve öncelikler sunan hukuki hükümlerin Sözleşme'nin 1 ve 5 c) maddeleriyle uyumlu olmadığını kaydetmektedir. Komite ayrıca, varolan tercihlerin ve önceliklerin olmasını haklı kılan şartların ortadan kalktığının doğru olduğunu belirtmektedir (maddeler 1 4) ve 5 c)).

Komite, Taraf Devletin etnik kökenlerine bakılmaksızın tüm vatandaşların eşit şartlarda oy kullanma ve aday olma haklarının kullanımı için ulusal Anayasa'nın ve seçim yasasının değiştirilmesi yönünde ciddi bir şekilde çağrıda bulunmaktadır."

20. Birleşmiş Milletler kapsamında 16 Kasım 1966 tarihinde kabul edilen Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi, Bosna Hersek için 6 Mart 1992 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bu Sözleşme'nin ilgili hükümleri şu şekildedir :

Madde 2 §1

"Bu Sözleşme'ye Taraf her Devlet, bu Sözleşme'de tanınan hakları ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya diğer bir fikir, ulusal veya sosyal köken, mülkiyet, doğum veya diğer bir statü gibi herhangi bir nedenle ayrımcılık yapılmaksızın, kendi toprakları üzerinde bulunan ve egemenlik yetkisine tabi olan bütün bireyler için güvence altına almayı bu ve haklara saygı göstermeyi taahhüt eder."

Madde 25

"Her vatandaş, bu Sözleşme'nin ikinci maddesindeki ayrımlara ve makul olmayan sınırlamalara tabi tutulmaksızın aşağıdaki haklara ve imkanlara sahiptir :

a) Doğrudan veya seçilmiş temsilciler aracılığıyla kamu hizmetlerine katılma ;

b) Seçmenlerin iradelerini serbestçe ifade etmeleri güvence altına alan, gizli olarak oy verildiği, genel ve eşit oya dayanan ve belirli aralıklarla yapılan dürüst seçimlerde oy kullanma ve seçilme ;

c) Genel eşitlik şartları içinde kendi ülkesinin kamu hizmetlerine girme."

Madde 26

"Herkes, hukuk önünde eşittir ve hiç bir ayrımcılığa tabi tutulmaksızın hukuk tarafından eşit olarak korunma hakkına sahiptir. Hukuk bu alanda her türlü ayrımcılığı yasaklar ve herkese ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal veya başka bir fikir ulusal veya toplumsal köken, mülkiyet, doğum veya başka bir statü ile yapılan ayrımcılığa karşı etkili ve eşit koruma sağlar."

Bu Sözleşme'nin uygulanmasını denetleyen bağımsız uzmanlardan oluşan organ olan İnsan Hakları Komitesi tarafından Bosna Hersek ile ilgili "Sonuç Gözlemleri" özellikle şu bölümü içermektedir (22 Kasım 2006 tarihli belge no CCPR/C/BIH/CO/1*, §*8) :

"Komite, 26 Nisan 2006 tarihinde Anayasa'nın değiştirilmesinin reddedilmesinden sonra, Anayasa'nın ve devletin seçim yasasının "diğer" grupların devletin kurucu halklarından (Boşnaklar, Hırvatlar ve Sırplar) birine ait olmayan şahısların Bosna Hersek Millet Meclisi'ne ve üçlü Bosna Hersek Başkanlığı'na seçimi konusunda safdışı bırakmasından dolayı ciddi şekilde kaygı duymaktadır (maddeler 2, 25 et 26).

Etnik kökenlerine bakılmaksızın tüm vatandaşların eşit bir şekilde Sözleşme'nin 25. maddesindeki hakları eşit olarak kullanımını güvence altına alacak bir seçim

sistemini uygulamaya koymak için Taraf Devlet'in, şeffaf bir şekilde ve tüm tarafları kapsayacak şekilde geniş bir katılım temelinde anayasal reform ile ilgili tartışmaları açması gerekmektedir."

D. Avrupa Konseyi

21. 24 Nisan 2002 tarihinde Avrupa Konseyi'ne üye olan Bosna Hersek özellikle, "Hukuk ile Demokrasi için Avrupa Konseyi Komisyonu (Venedik Komisyonu) ile birlikte ve Avrupa Konseyi'nin ilkeleri ışığında bir yıllık süre içinde seçim yasasını gözden geçirme ve gerektiğinde değiştirme" konusunda taahhütte bulunmuştur (bkz., Bosna Hersek'in Avrupa Konseyi'ne üyeliği ile ilgili görüş 234 (2002), 22 Ocak 2002 tarihinde Parlamenterler Meclisi tarafından kabul edilmiştir, *§*15 iv) b)). Sonrasında Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, Bosna Hersek'e adaylığının kabulü sırasında kabul edilen bu yükümlülüğü hatırlatmıştır ve "etnik kökene dayalı temsilin yerine vatandaşlık ilkesine dayalı bir temsili koyarak "diğerlerinin" maruz kaldığı anayasal ayrımcılığı ortadan kaldırmak" için, Bosna Hersek'i Ekim 2010 tarihinden önce yeni bir Anayasa'yı kabul etmeye davet etmiştir (23 Haziran 2004 tarihli karar 1383 (2004)*, §*3 ; 29 Haziran 2006 tarihli karar, 1513 (2006)*, §*20 ; ve 30 Eylül 2008 tarihli karar, 1626 (2008)*, §*8).

22. Anayasal sorunlarla ilgili Avrupa Konseyi'nin danışma organı olan Venedik Komisyonu, kendi çapında, bu konuda birçok görüş sunmuştur.

Bosna Hersek'teki anayasal durum ve Yüksek Temsilci'nin yetkileri konusundaki görüşü (11 Mart 2005 tarihli belge, CDL-AD(2005)004) şu bölümleri içermektedir :

"1. 23 Haziran 2004 tarihinde Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi, 1384 sayılı "Bosna Hersek'teki demokratik kurumların güçlendirilmesi" ile ilgili kararını kabul etmiştir. Bu kararın 13. paragrafı, Venedik Komisyonu'ndan Bosna Hersek'teki birçok anayasal sorunun incelemesini istemektedir.

(...)

29.[Bosna Hersek] ağır ekonomik problemlerle karşı karşıya olan ve Avrupa ile bütünleşmeyi arzu eden geçiş aşamasında olan bir ülkedir. Ülke bu durumdan doğan zorluklarla ancak güçlü ve etkili bir hükümetle çıkabilir. Ancak devlet organlarının işleyişi ile ilgili anayasal kurallar güçlü bir hükümeti oluşturacak şekilde görünmemektedir, ama bu kurallar çoğunluğun diğer gruplar için zararlı olabilecek kararlar almasını engellemektedir. Bu çatışmalı ortamda sadece çoğunluk ilkesine dayanarak devletin işlemesi için etnik gruplar arasında güvenin olmamasını (ve halen de yok) anlayabiliriz. Bu durumda, tüm asıl gruplara, yani [BOSNA HERSEK'teki] kurucu halklara, anayasal kuralları kabul etmeye ve kendilerini bu kurallarla güvende hissetmeye imkan verecek belirli güvenceleri bulmak önemlidir. Dolayısıyla, [Bosna Hersek] Anayasası, sadece kendi çıkarlarına denk düşen yer bakımından uygulanan hükümler yoluyla değil ama aynı zamanda devlet organlarının oluşumunda ve bu organların işleyişi ile ilgili kurallar yoluyla kurucu halkların çıkarları korumayı sağlamaktadır. Bu durumda, bir taraftan tüm kurucu halkların çıkarlarını korumanın gerekliliği ve diğer taraftan, etkili bir hükümetin varlığının gerekliliği arasında dengeyi en iyi şekilde kurmak gerekmektedir. Ancak [Bosna Hersek] Anayasası kurucu halkların çıkarlarını güvence altına almak için birçok hüküm içermektedir : asıl çıkarlar adına Palamenterler Meclisi'nde oy kullanma, iki meclisli sistem ve etnik kökene dayalı toplu Başkanlık. Bu hükümlerin bir arada olmasının etkisi, etkili olmak isteyen bir hükümetin işini zorlaştırmaktadır, hatta imkansız hale getirmektedir. Şimdiye kadar, Yüksek Temsilci tarafından yerine getirilen önemli rolden dolayı sistem iyi veya kötü bir şekilde işledi. Ancak bu rol süreyle belirtilmemiştir.

Asıl çıkarlar adına veto

30. Kurucu halkların çıkarlarına aykırı olabilecek bir kararı her ne olursa olsun engellemek için oluşturulan en önemli mekanizma, asıl çıkarlar adına vetodur. Eğer Millet Meclisi'ndeki Boşnak, Hırvat veya Sırp temsilcilerin çoğunluğu, parlamenterler Meclisi'ne sunulan bir karar projesinin kendi halklarının asıl çıkarlarına aykırı olduğunu beyan ederlerse, bu kararın onaylanması için Boşnak, Hırvat veya Sırp temsilcilerin çoğunluğu bu karar lehine oy kullanmak zorundalar. Bir başka halkın temsilcilerinin çoğunluğu bu hükmün uygulanmasına karşı çıkabilir ; bu durumda uzlaşma prosedürü öngörülmüştür ve son olarak Anayasa Mahkemesi uygulanan prosedürün uygunluğu konusunda beyanda bulunur. Asıl çıkarlar adına vetonun tanımını veren (çok geniş [10]) Bölgelerin anayasalarından farklı olarak Anayasa'nın, bu kavramın tanımını yapmamasının gözlemlenmesi ilginçtir.

31. Bu prosedürün karar alma sürecini bloke etme riskini taşıdığı açıktır ve bu durum birçok muhattap tarafından teyid edilmiştir. Diğerleri bu riskin çok abartılmaması gerektiğini çünkü bu prosedürün çok nadir uygulandığını ve 25 Haziran 2004[11] tarihli kararında Anayasa Mahkemesi'nin bu kavramı yorumlamaya başladığını savunmaktadırlar. Gerçekten de karar, Mahkeme'nin asıl çıkarların parlamentonun her üyesinin taktirine bırakılacak tamamen subjektif ve Mahkeme'nin kontrolünden muaf olan bir kavram olduğu kanaatinde olmadığını göstermektedir. Tam tersine Mahkeme asıl çıkarlar adına vetoya başvurmayı haklı kılan argümanları incelemiştir, bir argümanı kabul etmiştir ve diğerini reddetmiştir.

32. Komisyon, asıl çıkarların güçlü ve belirli bir tanımının Anayasa'ya yazılması gerektiği kanaatinde değildir. Veto hakkı tarafından ortaya çıkacak asıl sorun onun kullanımı değildir, ama onun engelleyici etkisidir. İlgili tüm politikacılar vetonun kullanılabileceğinin tamamen farkında oldukları için, vetoya konu olabilecek bir sorun oylamaya bile sunulmamaktadır. Vetonun varlığından dolayı, özellikle sert bir pozisyon takınan ve tüm anlaşma yollarını kapatan bir delegasyon güçlü bir pozisyonda olmaktadır. Anayasa Mahkemesi sonraki kararlarında asıl çıkarların tanımını yapabileceği ve bu mekanizmaya bağlı riskleri düşürebileceği doğrudur. Ama bu durum çok zaman alacaktır ve ayrıca yüksek derecede politik etkileri olan bir görevi Anayasa metninde hangi yolu izleyeceğini belirtmeden, sadece Anayasa Mahkemesi'ne vermek yerinde görünmemektedir.

33.[Bosna Hersek]'teki halihazır durumda, asıl çıkarlar için vetoyu basit ve temiz bir şekilde ortadan kaldırmayı istemek çok gerçekçi görünmemektedir. Komisyon, asıl çıkarların güçlü ve belirli bir tanımının Anayasa metninde yazılması gerektiği kanaatinde değildir. Bu tanım kurucu halkların temsilcileri tarafından belirlenmesi gerekmektedir, ama bu tanım şuanda Bölgelerin anayasalarında yapılan tanımın aynısı olmaması gerekmektedir. Buradaki tanım asıl çıkarın pratikte hiçbir şey olmadığını belirtmeye imkan vermektedir. Bu tanımın çok geniş olmaması gerekmektedir, ama belirtilen haklar için belirli bir değerde olan haklar, özellikle dil, eğitim ve kültür gibi haklar üzerine kurulması gerekmektedir[12].

Bölgelerin Vetosu

34. Esas çıkarlar adına vetonun yanında Anayasa'nın IV.3.d) maddesi Bölgelerin birinin veya diğerinin delegasyon üyelerinin üçte ikisinin vetosunu öngörmektedir. Uygulamada SC [13] (Srpska Cumhuriyeti) durumunda sadece potansiyel bir faydaya dönüşen gibi görünen bu veto esas çıkarlar adına vetonun varlığıyla faydasız hale gelmiş gibi görünmektedir.

İki meclisli sistem

35. Anayasa'nın IV. maddesi, aynı yetkilere sahip olan Temsilciler Meclisi ile Millet Meclisi'nden oluşan çift meclisli bir sistem öngörmektedir. Çift meclisli sistemler federal

devletlerin özellikleri olduğundan, [Bosna Hersek] Anayasası'nın iki meclis öngörmesi şaşırtıcı değildir. Ancak federal devletlerde, ikinci meclis genellikle küçük bölgeleri güçlü bir şekilde temsil etmeyi sağlama amacındadır. Meclislerden biri halkın nüfus ile ilgili rakamlarına dayanmasına rağmen diğerinde, ya tüm bölgeler aynı sayıdaki sandalyeye sahipler (Amerika Birleşik Devletleri ve İsviçre) ya da en azından küçük bölgeler gereğinden daha fazla temsil edilmektedirler (Almanya).[BOSNA HERSEK']te durum tamamen farklıdır : her iki mecliste üyelerin üçte ikisi [BOSNA HERSEK']ten gelmektedir. Aradaki tek fark, Millet Meclisi'nde sadece Federasyon'dan gelen Boşnaklar ve Hırvatlar ile SC'den gelen Sırplar temsil edilmektedir [14]. Millet Meclisi federal bir devletin karakterini taşımamaktadır, ama kurucu halkların çıkarlarını savunmak için ek bir mekanizmayı oluşturmaktadır. Anayasa'ya göre Millet Meclisi'nin asıl görevi, asıl çıkarlar adına vetonun kullanıldığı bir meclisin görevidir.

36. Bu hükmün yokluğu, Temsilciler Meclisi'nin yasama görevinin yerine getirildiği ve bir çoğunluğa ulaşmak için gerekli uzlaşmanın görüşüldüğü meclis haline gelmesidir. Millet Meclisi sadece üyelerinin veto haklarını kullandıkları bir meclisin negatif rolüne sahiptir çünkü üyeler, yasama çalışmalarından çok kendi halklarının çıkarlarını savunma görevleri olduğunu düşünmektedirler. Dolayısıyla, asıl çıkarlar adına vetonun Temsilciler Meclisi'ne devredilmesi ve Millet Meclisi'nin ortadan kaldırılması tercih edilebilir. Bu durum prosedürleri rasyonalize edebilir ve herhangi bir halkın meşru çıkarlarına zarar vermeden yasaların kabul edilmesini kolaylaştırabilir. Bu durum ayrıca Millet Meclisi'nin ayrımcı oluşumu ile ilgili problemi de çözecektir.

Toplu Başkanlık

37. Anayasa'nın V. maddesi, bir Boşnak, bir Hırvat ve bir Sırptan oluşan toplu ve dönüşen bir Başkanlık oluşturmaktadır. Başkanlık kararlarını konsensüs ile almaya çaba göstermektedir [madde V.2.c)]. Çoğunluk ile karar alınma durumunda, azınlıktaki üye asıl çıkarlar adına veto hakkını kullanabilir.

38. Toplu Başkanlık kesinlikle alışılagelmiş bir kurum değildir. Bir şahıs için devlet başkanını temsil görevlerini yerine getirmek daha kolaydır. Yürütme önceden bir kurul tarafından, Bakanlar Kurulu, korunmaktadır. İkinci bir kurul eklemek karar alma sürecini kolaylaştırmadığı anlaşılmaktadır. Bu durum karar alma süreçlerinin tekrar edilmesi riskini yaratmaktadır ve Bakanlar Kurulu ile Başkanlar Kurulu'nun görevlerini ayırdetmeyi zorlaştırmaktadır. Buna ek olarak, Başkanlık ya bakanlarda olan teknik bilgilere sahip değildir ya da önemli bir şahsiyet tarafından yerine getirilmektedir ve dolayısıyla ek bir bürokratik basamak yaratmaktadır.

39. Toplu Başkanlık işler durumda değildir ne de etkilidir.[Bosna Hersek'in] kapsamında toplu Başkanlığın da yine aynı şekilde kurucu halkların karar alma mekanizmalarına katılımlarının sağlanmasının gerekliliği olduğu anlaşılmaktadır. Bu nedenle [Bosna Hersek] için tüm önemli yetkilere sahip olan bir Başkanı düşünmek zor görünmektedir.

40. Dolayısıyla en iyi çözüm yürütme yetkisini, kurul olarak yerine getirecek olan ve tüm kurucu halkların temsil edildiği Bakanlar Kurulunda toplamaktır. Bu durumda tek Başkan, Devlet Başkanı kabul edilebilir. Çok kökenli ülke olması gözönüne alındığında, doğrudan doğruya seçim yerine, Başkanın tüm hakların genel güveninden faydalanmasının güvence altına alındığı bir çoğunluk ile parlamento tarafından seçilmesi tercih edilir. Dönüşüm ile ilgili olarak, yeni seçilecek Başkan'ın eskisi ile aynı halktan gelmemesi gerektiğini belirten bir kural ekleyebiliriz.

(...)

74. Burada kurucu halklar arasında devlet organlarındaki görevlerin dağılımı, [BOSNA HERSEK']te barışı tesis etmeye imkan veren Dayton Antlaşması'nın merkezi bir unsuruydu. Bu durumda ayrımcılık konusunda sorun çıkaran, ama barışı gerçekleştirmek için gerekli olan ve daha fazla insan kaydına engel olmayı amaçlayan normların meşruiyetini inkar etmek zordur. Dolayısıyla her ne kadar ayrımcılığı önleme amacında olan Anayasa'nın genel dinamiğine aykırı olsa da, bu kuralların o dönemlerde Anayasa metine yerleştirilmesi eleştirilemez.

75. Anayasa'nın yürürlüğe girmesinden beri [Bosna Hersek']teki meydana gelen olaylar dikkate alındığında bu haklı neden yumuşatılması gerekmektedir.[Bosna Hersek'] Avrupa Konseyi'nin üyesi haline gelmiştir; dolayısıyla ülkenin Avrupa'nın ortak normları ışığında yargılanması gerekmektedir. Yukarıda gördüğümüz gibi, [BOSNA HERSEK'] teki durum olumlu yönde gelişmiştir, ama en basitinden çoğunluğa dayanan hükümetin oluşmasının ifadesi olmayan ve gücü ve görevleri etnik gruplar arasında bölen bir politik sistem dayatan unsurlar devam etmektedir. Dolayısıyla değişik grupların yeterli bir şekilde temsilini sağlayan seçim kurallarını oluşturmaya çalışmak meşru kalmaktadır.

76. Ancak, uluslararası normları çiğnemeden buna varamayız. Sorun çıkaran konsensüse dayanan demokrasi rejiminin kendisi değildir ama, sorun çıkaran bölgesel ve etnik kökene dayalı bir karışım ve özellikle zor durumda olan kişilerin bazı politik haklarının açıkça inkarıdır. Ülkenin politik dengesinin korunarak uluslararası normlarla uyumlu hale getirmek için, Başkanlık ile ilgili kuralları yeniden düzenlemek mümkün görünmektedir.

77. Örnek olarak Başkanlık'ta en fazla bir üyenin belirli bir halk kesimine veya "diğerleri" olarak kabul edilen kesimlere verilerek ve her iki Bölgenin temsilini güvence altına alacak bir seçim sistemini aynı zamanda oluşturarak, ayrımcı olmayan bir şekilde birçok etnik kompozisyonu güvence altına almak mümkündür. Veya Komisyon'un tercih edilebilir dediği yukarıda belirttiği radikal çözüm gibi, toplu Başkanlık ortadan kaldırılabilir ve yerine doğrudan doğruya seçilen ve sınırlı yetkileri olan bir Başkan oluşturulabilir.

(...)

80. Millet Meclisi yasama yetkileri ile donatılmış bir meclistir. Bu nedenle, AİHS'ne Ek (bir) Nolu Protokolün 3. maddesi uygulanabilir ve dolayısıyla etnik kökene dayanan tüm ayrımcılık AİHS'nin 14. maddesinde yasaklanmıştır. Muhtemel bir haklı neden ile ilgili olarak, takdir ile ilgili aynı unsurlar Başkanlık içinde geçerlidir. Barış ve istikrar için Parlamento'da dengenin sağlanmaya çalışılması gerekmektedir ama bu amaç, ancak azınlık haklarına usulüne uygun bir şekilde saygı gösterilmesi ve bunu gerçekleştirmek için başka yolların bulunmaması durumunda etnik kökene dayalı ayrımcılık haklı gösterilebilir. Millet Meclisi için örnek olarak, her kurucu halkın temsilcileri için maksimum sandalye sayısı öngörebiliriz. Veyahut, Komisyonu'un tercih edilebilir dediği yukarıda belirttiği radikal çözüm uygulanabilir ve Millet Meclisi en basitinden ve tamamen ortadan kaldırılarak asıl ulusal çıkarlar ile ilgili mekanizma Temsilciler Meclisi'nde uygulanabilir."

Bosna Hersek Başkanlığı'nın seçimi için değişik öneriler konusundaki görüşü (20 Mart 2006 tarihli belge, CDL-AD(2006)004) şu bölümleri içermektedir :

"1. 2 Mart 2006 tarihli mektubuyla Bosna Hersek Başkanlık Kurulu Başkanı Sayın Sulejman Tihić, Venedik Komisyonu'ndan kendi ülkesinin Başkanlık seçimleri ile ilgili üç öneriyi kapsayacak bir görüş sunmasını istemiştir. Bu talep, Bosna Hersek'teki asıl siyasi partiler arasında gelişen Anayasa reformu ile ilgili yapılan görüşmeler kapsamında yapılmıştır. Başkanlık seçimi sorunu halen toplu reformlar kapsamında bir anlaşmaya varmayı beklemektedir.

(...)

Öneri I ile ilgili gözlemler

8. Öneri I, Bosna Hersek Federasyonu'nun topraklarından doğrudan doğruya seçilen bir Boşnakın ve bir Hırvatın ve Srpska Cumhuriyeti'nden doğrudan doğruya seçilen bir Sırp'tan oluşan Başkanlığın seçimi ve oluşumu ile ilgili varolan kuralları korumaktadır. Kendi görüşünde Komisyon, bu kuralların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 12 Nolu Protokolü ile uyumluluğu konusunda kaygıları olduğunu çünkü bu kuralların "diğerleri" ile Srpska Cumhuriyeti'nde olan Boşnak ve Hırvatların ve Federasyon'daki Sırpların Başkanlığa seçilmesini şekli anlamda engellediğini belirtmiştir. Dolayısıyla, bu kuralın bu haliyle korunması düşünülemez ve Öneri I in reddedilmesi gerekmektedir.

Öneri II ile ilgili gözlemler

9. Anayasa'ya konulacak bir metin formunda yazılmayan ama muhtemel bir anayasal içerikle kaleme alınan Öneri II, adaylar arasında etnik yönden kriter koymadan iki Başkanlık üyesinin doğrudan doğruya Federasyon tarafından ve bir üyesinin Srpska Cumhuriyeti'nden seçilmesi sistemini korumaktadır. Bu şekilde Venedik Komisyonu'nun görüşünde eleştirilen ayrımcılık böylece kalkmış olacak ve bu önerinin kabul edilmesi ileri gitmek için bir adım olacaktır. Bu öneri ayrıca her 16 ayda Başkanlık Başkanı'nın el değiştirmesi sistemini içermektedir. Bir Başkanlık Kurulu sisteminde bu tedbir rasyonel görünmektedir.

10. Buna karşın, öneride Başkanlığın çok kökenli yapısı konusunda açıklık bulunmamaktadır. Başkanlık Kurulu oluşturulmuştur ve görünüşe bakılırsa, herhangi devlet organının bir tek kurucu halk tarafından baskın hale gelmesini engellemeyi güvence altına almak için, bu Kurul korunmaktadır. Halihazır öneriye göre örnek olarak, iki Boşnak üyenin üye Federasyon tarafından Başkanlığa seçilebilmesi mümkündür. Hukuki anlamda bu dezavantajı düzeltmek için, bu öneri kapsamında Başkanlığın bir üyesinden fazlasının kurucu halklardan birine veya "diğerlerine" ait olmayacağını düzenleyen bir tedbirin öngörülmesi yeterli olacaktır. Komisyon bu hükmün Anayasa'ya konulması, bu önerinin kabul edilmesi durumunda öngörüldüğünü anlamaktadır.

11. Ancak yüksek oranda oy toplayan adayların, Başkanlık'tan mahrum bırakılma sorunu muhtemelen ortaya çıkabilir. Federasyon'da iki Boşnakın seçimlerde başta olması çok güçlü bir ihtimaldir. Bu durumda en fazla oyu alan aday, daha az oy almış aday lehine Başkanlık'tan mahrum bırakılabilir. Bu sorunların açık bir şekilde Anayasa'da düzenlenmesi ve sıradan yasalar kapsamına girmemesi gerekmektedir.

12. Bir başka dezajantaj : Srpska Cumhuriyeti'ndeki Boşnaklar ve Hırvatlar ve Federasyon'daki Sırplar de facto bir şekilde hiçbir gerçekçi ihtimal olmadan kendi tercihlerine uygun olan bir adayı seçemeyeceklerdir.

13. Ayrıca Devlet Başkanı'nın seçimi Bölgeler seviyesinde yapılmaya devam edilmesine rağmen devletin güçlendirilmesini amaçlayan global yaklaşım kapsamında bu seçimin devlet seviyesinde yapılmasının tercih edilmesi gerekmektedir.

14. Diğer az önemli sorunlar arasında öneri, Başkanlık üyelerine bir siyasi partinin kapsamında yönetimde görev almalarına imkan tanımaktadır. Bu ihtimal, Başkanlık makamını bir yürütme organı haline getirmekten çok en yüksek ulusal görev yapan (kurul) haline getirme amacında olan anayasal reformun global amacı ile uyuşmuyor görünmektedir.

15. Özet olarak, halihazırdaki istisnai anayasal durumda, Öneri II net bir iyileştirme getirmektedir. Ancak, özellikle en yüksek oyu almayan bir adayın seçilme riski gibi dezavantajlar sunmaktadır. Ayrıca öneri, yetkilerin Bakanlar Konseyi'ne devredilmesini ve devletin güçlendirilmesini amaçlayan anayasal reformun global amacına yönelik değildir.

Öneri III

16. Öneri III bir şekilde halihazır anayasal durumdan ayrılmaktadır çünkü Başkanlık için karmaşık bir prosedürle, dolaylı yoldan bir seçim öngörmektedir. Daha önce de belirttiğimiz gibi Komisyon, sınırlı yetkilere sahip Başkan'ın dolaylı yoldan seçimini savunmaktadır. Kurul halinde yapılacak Başkanlık için bile Komisyon kendi tercihi olan dolaylı yoldan seçimleri korumaktadır.

17. Kendi pozisyonu herşeyden önce, anayasal değişikliğin amaçlarından bir tanesinin Başkanlığın yetkilerinin sınırlandırılmasına ve yürütme yetkilerinin Bakanlar Kurulu'nda toplanmasına dayanmaktadır. Eğer Başkanlık doğrudan doğruya halk tarafından seçilmesinin meşruluğundan faydalanırsa, bu değişimi uygulamak daha zor olacaktır.

18. Ayrıca, dolaylı yoldan yapılan seçimler kapsamında Başkanlığın istenen çok kökenli yapısını güvence altına alacak mekanizmaları oluşturmak daha kolaydır. Bu seçimler kökenler arasındaki işbirliği ve anlaşma yolunu daha fazla açmasına rağmen, de facto bir şekilde etnik kökene dayalı doğrudan doğruya yapılan seçimler, tüm ülkenin çıkarlarını en iyi savunan adaya değil ama kurucu halkı en fazla savunan adaya oy vermeye teşfik etmektedir.

19. Son olarak öneri, seçimi devletin Parlamentosu'na vermektedir. Gerçekten de Devlet Başkanı'nın seçimlerinin bu derecede tutulması arzu edilmektedir ve devletin güçlendirilmesi iradesine uygundur.

20. Bu global yaklaşım perspektifinde, Öneri III tercih edilebilir görünmektedir. Ancak bu öneri bazı eksiklikler sunmaktadır.

21. Başlangıç için öneri, birçok aşama ve bir çıkmaza götürme ihtimalleri dikkate alındığında karışık görünmektedir. Atamalar Temsilciler Meclisi veya Millet Meclisi tarafından önerilebilir, adayların önerilmesi Millet Meclisi'nin farklı "yönetim kurulu" tarafından yapılmaktadır, listenin sonradan Millet Meclisi'ndeki bu farklı "yönetim kurulu" tarafından ve Temsilciler Meclisi tarafından onaylanması gerekmektedir.

22. Önerinin sınırları içinde, tüm halk tarafından doğrudan doğruya demokratik meşruiyeti olan organ olarak, Temsilciler Meclisi üzerinde daha fazla duran bir basitleştirilmiş prosedür tercih edilebilir. Adayları atama ihtimali Temsilciler Meclisi'nin üyelerine ait olması gerekmektedir. Her üç kurucu halkın çıkarlarına saygıyı güvence altına almak için, bu üç farklı "yönetim kurulu" bu adayların önseçimine katılabilirler. Ayrıca, Bosna Hersek'in tümünde halkın temsilcileri olarak bu üç üyenin meşruiyetten faydalanmasını sağlamak için, adayların listesinin Temsilciler Meclisi'nin çoğunluğu tarafından onaylanması gerekmektedir.

23. Buna ek olarak, Başkan ve Başkan yardımcısının sorumluluklarının ayrımını açıklığa kavuşturmak gerekmektedir. Halihazırdaki Öneri III zımni olarak üç farklı "yönetim kuruluna" bu önemli kararı alma yetkisini bırakmaktadır, çünkü Başkanı ve Başkan yardımcısını belirleyen liste Temsilciler Meclisi'ne, bu tercihin şeklini belirlemeden verilmektedir. Bu çözüm görünüş itibariyle en az belirtilen ve blokaja en az neden olabilecek çözümdür. Öneri II tarafından düşünülen dönüşümlü sistem daha gerçekçi bir sistem gibi görünmektedir.

24. Öneri III'ün diğer yönleri Venedik Komisyonu'nun pozisyonuna aykırıdırlar. Yukarıda belirtilen görüşünde Komisyon, Millet Meclisi'nin kaldırılmasını tercih etmektedir. Dolayısıyla ona Başkanlığın seçimi ile ilgili ağırlıklı rol vermek pozitif bir tedbir olarak kabul edilemez. "Yönetim kurullarına" verilen rol, kurucu bir halka ait olmayan adayların seçimini çok belirsiz hale getirmektedir. Ancak olayların bu hali bu öneriyle bağlı değildir ve siyasi durumu yansıtmaktadır. Öneri III en azından "diğerlerinin"

temsilcilerini Temsilciler Meclisi'nin oylamalarına katılmalarını güvence altına almaktadır ve Federasyon'da yaşayan Sırpların ve Srpska Cumhuriyeti'nde yaşayan Boşnaklar ile Hırvatların maruz kaldığı dejavantajı ortadan kaldırmaktadır. Gerçekten de, Parlamento'daki temsilciler bundan böyle kendi tercihlerine göre adayları seçebileceklerdir.

25. Başkanlık Kurulu kapsamında bile, dolaylı seçimleri yapmak için en iyi çözümler düşünmek mümkündür. Örnek olarak, Temsilciler Meclisi kapsamında aynı kurucu halka veya "diğerlerine" ait olmayan üç aday listesi düzenlenebilecektir ve oylama bu listeler arasında gerçekleşecektir. Ancak burada söz konusu olan ayrı bir öneridir, Öneri III'e yapılması istenen bir değişiklik değildir.

26. Özet olarak, Öneri III halihazır durum için net bir iyileştirme getirmektedir. Bu öneriyi 22 ve 23. paragraflarda ifade edildiği şekliyle düzenleme şartıyla, bu öneri ilk anayasal değişiklik için yeterli bir çözümdür (her ne kadar ideal olmasa da)

Sonuçlar

27. Sonuç olarak Komisyon Bosna Hersek'teki siyasi partilerin gelecekteki Ekim 2006 seçimlerinden önce kapsamlı bir Anayasa reformuna girişmedeki cesaretlerinden dolayı memnuniyetini dile getirmektedir. Komisyon şimdilik reformun kabul edilmesinin sadece geçici nitelikte olduğunu ve bunun ülkenin her halükarda ihtiyacı olan kapsamlı bir reforma yönelik olarak ilk etap olduğunu kabul etmektedir.

28. Komisyona sunulan üç öneri ile ilgili olarak, ilkinin kabul edilmesi seçimler ve Başkanlığın oluşumu konusunda bir anayasal değişiklik başarısızlığı olacaktır ve dolayısıyla bundan kapsam dışında tutmak gerekmektedir. Buna karşın, II. ve III. Öneriler, bazı değişiklikler ve eklemeler hariç olmak üzere, bu aşamada önemli adımlar olarak kabul edilebilirler, ama hiçbir şekilde ideal çözümleri oluşturmamaktadırlar.

29. II. ve III. Öneriler arasında Komisyon - kararlı bir şekilde değil – yukarıda belirtilen değişiklikler saklı kalmak kaydıyla III. Öneriye öncelik tanımaktadır. Başkanlığın yetkilerini sınırlayan ve anayasal reformun amacına uygun olarak dolaylı yoldan yapılacak seçimin Başkanlık'taki dengeleri rahat bir şekilde korumaya imkan verecektir ve böylece alışılmamış bir kurum olma nedenine cevap olacaktır. Bosna Hersek Devleti'nin her yönüyle güçlendirilmesi amacına uygun olarak öneri ayrıca, seçimi devlet çapına transfer etmektedir. Ancak, bu konudaki anayasal reformun esas amacını gözden uzak tutmamak gerekmektedir : gelecekte sadece kendi kökeninin değil aynı zamanda tüm halkların genel güveninden faydalanmayı güvence altına alan seçilmiş tek bir Başkana sahip olmak.

Bosna Hersek Anayasası'nda değişiklikler yapılması ile ilgili görüşü (12 Haziran 2006 tarihli belge, (CDL-AD(2006)019) şu bölümleri içermektedir :

"1. 21 Mart 2006 tarihli mektubuyla Bosna Hersek Başkanlık Kurulu Başkanı Sayın Sulejman Tihić, Venedik Komisyonu'ndan, anayasal reformunun ilk aşamasının şekli ile ilgili Bosna Hersek siyasi parti genel başkanlarının 18 mart 2006 tarihinde vardıkları anlaşma ile ilgili bir görüş vermesini istemiştir. 2006 Ekim milletvekili seçimlerinde dikkate alınabilmesi için anayasal reformun acilen kabul edilmesi gerektiğinden, Venedik Komisyonu'nun görüşünü "kısa zaman zarfında" almayı arzu ettiğini belirtmiştir.

Parlamenterler Meclisi ile ilgili Anayasa'nın II ve IV. maddelerinin değiştirilmesi

22. Değişikliğin asıl amacı, eşit olan iki meclisli sistemden, Millet Meclisi'nin (sonradan "CdP" olarak anılacaktır) sadece sınırlı yetkileri olan ve ulusal "asıl çıkarlara" tehtit durumunda vetoya ağırlık veren yeni bir sisteme geçmektir. Uygulamada Temsilciler Meclisi'ne (sonradan "CdR" olarak anılacaktır) öncelik veren maddenin yeni ekonomisi bu amacı gerçekleştirmektedir. Reform, Venedik Komisyonu önerileri yönünde bir

adımdır ve CdP'yi ortadan kaldırarak devlet kurumlarında karar alma mekanizmalarını rasyonalize etmekten ibarettir.

(...)

24. d) paragrafı CdP'nin üye sayısını 15'ten 21'e çıkarmaktadır. Bu yükselmenin nedeni, bu Meclis'in durumu için daha az kesindir çünkü yetkileri net bir şekilde azaltılmıştır. Ancak, söz konusu olan sorun tamamen ulusal makamların takdir yetkilerine bağlıdır. Eğer ulusal makamlar, Meclis'in siyasi yelpazeyi temsil etmesi için bu üye oranını yükseltmenin gerekli olduğunu düşünüyorlarsa, bu tedbir haklı kılınabilir.

25. d) paragrafına göre bu Meclis'in üyelerinin niteliğinin üç kurucu halktan birine ait olan şahıslar ile sınırlı olması fazla sorun çıkarmaktadır. Kendi görüşünde Venedik Komisyonu, aynı ilke ile bu Meclisin önceki oluşumunun AİHS'nin 14. maddesine paralel olan AİHS'ne ek Birinci Protokolün 3. maddesi ile uyumlu görünmediğini hatırlatmaktadır.

26. Ancak reformdan sonra CdP, tümüyle artık bir yasama organı olmayacak, ama bir asıl ulusal çıkara tehdit olması durumunda veto ile ilgili sorunlarla ilgilenecektir. Dolayısıyla Birinci Protokolün 3. maddesi ve bu nedenle, AİHS'nin 14. maddesi uygulanmaya devam edeceklerdir. Bu hükmün 12 Nolu Protokol ile uyumluluğu aynı şekilde devam etmektedir. Bu Protokol ile ilgili içtihat yokluğundan dolayı bunu ancak tedbirli bir şekilde yorumlayabiliriz. (...)

27. Bu olayda meşru amacın, asıl ulusal bir çıkara tehdit olması durumunda vetonun kullanıldığı organ olarak bu Meclis'in asıl rolüne denk geldiğini kabul edebiliriz. Bosna Hersek Anayasası bu veto hakkının kullanımı hakkını sadece kurucu halklara vermeyi saklı tutmaktadır, diğer halklara bu hak kullanımı verilmemiştir. Bu bağlamda, diğer vatandaşların bu Meclis'te temsil edilmeleri bir zorunluluk olarak görünmemektedir. Bu Meclis'in diğer sorumluluklarının, yani Başkanlığın seçimlerine katılmanın ve Anayasa'ya yapılan değişikliklerin kabulünün, – eleştirebileceğimiz şekilde – ayrı etkileri yoktur. Bunlar CdP'nin düzeltici hüküm olarak işlediğini ve CdR'nin oluşumunda ifadesini bulan demokratik ilkenin uygulanmasının kurucu halklar arasında varolan dengeyi sarsmamasına dikkat ettiğini göstermektedir. Bu hükme ihtiyaç Bosna Hersek'te hissedildiğinden, bu ihtiyaç CdP'te temsil açısından diğer vatandaşlara farklı muamele yapılmasını haklı kılan bir meşru amaç olarak kabul edilme ihtimali vardır.

Başkanlık ile ilgili Anayasa'nın V. maddesini değiştiren III. değişiklik

43. Bu değişiklikler Bakanlar Kurulu'nun yetkilerini güçlendirme, etkililiğini arttırma ve Venedik Komisyonu'nun tamamen görüşü yönünde Başkanlığın yetkilerinin kısıtlanması asıl amacını taşımaktadır. Komisyon ayrıca, Başkanlık Kurulu yerine tek bir Başkanın varlığını tercih etmektedir, ama şu andaki durum dikkate alındığında bu durum imkansızdır. Her halükarda III. değişiklik bu yönde ilk adımı atmaktadır.

46. İlk toplantısında Venedik Komisyonu, Başkanlık seçimi için üç değişik öneri üzerinde görüş bildirmiştir (CDL-AD(2006)004). Burada tartışmaları tekrar açmanın bir yararı yoktur. Ancak, CdP'nin önerisini teyidinin, CdR tarafından yapılan reddedilmesi durumunda ortaya çıkacak çıkmazdan çıkmaya imkan vermek için herhangi bir hükmün olmaması kaygı verici bir durumdur.

(...)"

23. Avrupa Konseyi'nin ırkçılık, ırka dayalı ayrımcılık, yabancı düşmanlığı, antisemitizm ve hoşgörüsüzlük alanlarında insan haklarına saygıyı denetleyen tarafsız organı Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe karşı Avrupa Komisyonu (ECRI), 13 Aralık 2002 tarihinde kabul edilen 7 sayılı genel politikası tavsiye kararında ırkçılığı, "ırk[6], renk, dil, din, milliyet veya

ulusal veya etnik köken gibi bir temelin, bir kişi veya bir gruba yönelik hor görmeyi meşrulaştırdığı veya bir kişiye veya gruba üstünlük sağladığı inanç" olarak tanımlamaktadır.

E. Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı (AGİT)

24. 2006 yılında yapılan milletvekili seçimlerine ayrılan bir raporda Avrupa'da seçimlere ışık tutan teşkilat olan AGİT'in İnsan Hakları ve Demokratik Kurumlar Bürosu (BIDDH) şu ifadelerde bulunmuştur :

"Bosna Hersek'te 1 Ekim tarihinde, 1995 tarihli Dayton Antlaşması'nda beri ilk genel seçimler tamamen Bosna Hersek makamları tarafından organize edilmiştir. Her ne kadar, özellikle oyların sayımı konusunda ek çabalar hala gerekliyse de, genel olarak bu seçimler demokratik seçimler konusunda uluslararası standartlara uygun olarak yapılmıştır. Global olarak, seçimler demokrasinin ve hukuk devletinin güçlenmesi için yeni bir ilerleme niteliğinde olmuştur. Ancak, aday olma hakkı ile ilgili etnik kökene dayalı yapılan sınırlamalar nedeniyle seçimler, bir kere daha Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne (AİHS), Bosna Hersek'in Avrupa Konseyi nezdinde yaptığı taahhütlere ve 1990 yılında AGİT kapsamında imzalanan Kopenhak Belgesinin 7.3 maddesine aykırı olduğunu belirtilmiştir."

F. Avrupa Birliği

25. 2008 yılında Bosna Hersek, Avrupa Birliği ile İşbirliği ve İstikrar (ASA) Antlaşmasını imzalamıştır ve böylece Avrupa ile işbirliğine öncelik vereceği taahhüdünde bulunmuştur. Süresi iki yılla sınırlanan Bosna Hersek için anahtar önceliklerden bir tanesi, "Bosna Hersek Başkanlığı'nın üyeliklerine ve Millet Meclisi üyeliklerine aday olmak için, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne ve Avrupa Konseyi'ne adaylık için yapılan taahhütlere uygun hale getirilmesi için seçim yasasında değişiklikler" yapması gerektiğidir (bkz., Bosna Hersek ile işbirliğini kapsayan ve 2006/55/CE kararını ortadan kaldıran ilkeler, öncelikler ve şartlar ile ilgili 18 Şubat 2008 tarih ve Konsey'in 2008/211/CE sayılı kararına ek belge, Avrupa Birliği Resmi Gazetesi, L80/21 (2008)).

14 Ekim 2009 tarihinde Avrupa Komisyonu yıllık strateji raporunu kabul etmiştir ve genişleme ile ilgili politikasını açıklamıştır. Bu tarihte yine, 2009 izleme raporları yayınlanmıştır ; bu raporlarda Komisyon'un servisleri, her aday ve potansiyel aday ülkenin (Bosna Hersek gibi) gelişmesini geçen yıl süresince değerlendirmektedir.

HÜKÜM GEREKÇESİ

Başvurucular Roman ve Yahudi kökenli olmaları nedeniyle Millet Meclisine ve Bosna Hersek Cumhurbaşkanlığı'na aday olmalarından şikayet etmektedirler. Başvurucular Sözleşme'nin 14. maddesini, 1 Nolu Protokolün 3. maddesini ve 12 Nolu Protokolün 1. maddesini öne sürmektedirler.

Not: Bu kararın hüküm gerekçesi için Ayrımcılık Yasağı (14. Madde) altına bakınız.

KARARLAR İLGİLİ NOT

Kitapta yer alan çevrilerin bir bölümü, Anadolu Üniversitesi Hukuk Fakültesi İnsan Hakları Hukuku Projesi kapsamında hayata geçirilen ve kısaca İHAMİ diye adlandırılan "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi İçtihatları" başlığı altında yayımlanmıştır. Bu çevirilere ve Mahkeme içtihatları konusunda bir arama motoruna http://ihami.anadolu.edu.tr/ adresinden erişilebilir.

Mahkeme'nin bazı kararlarının tam veya özet çeviri metinlerine artık Mahkeme'nin içtihat veri tabanı HUDOC'tan (http://hudoc.echr.coe.int/sites/) erişmek de mümkündür. Bu çevirilerin önemli bir kısmı Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakıf Fonu'nun (www.coe.int/humanrightstrustfund) desteğiyle yapılmaktadır. Türkçe'ye kazandırılmış diğer kararlar da HUDOC'a eklenmeye başlanmıştır.

Ayrıca Adalet Bakanlığı, Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğüne bağlı İnsan Hakları Daire Başkanlığı'nın internet sitesi aracılığıyla, Mahkeme'nin Türkiye ile ilgili kararlarının Türkçe çevirilerine erişmek mümkündür (http://www.inhak.adalet.gov.tr/mevzuat/mevzuat.html). Bu kararlara Yargıtay sitesinden de erişmek mümkündür.

Mahkeme kararlarının Türkçe'ye kazandırılması önemli bir çalışmadır. Bu çalışmalara önem verilmesi, yapılan çevirilerin de kalitesini arttırmaktadır. Ancak yukarıdaki bazı sitelerde bulunan birçok çeviride önemli hataların ya da eksikliklerin de bulunduğunu belirtmek gerekir. Bu nedenle, birinci ciltte olduğu gibi, ikinci ciltteki kararlar için de daha önce yapılmış çevirilerden yararlanırken, bütün çeviriler gözden geçirilmiş, bazen neredeyse yeniden çeviri oluşturacak ölçüde düzeltmeler yapıldıktan sonra kitaba alınmıştır. Her ne kadar özen göstersek de, bizim çalışmamızdaki çevirilerde de bazı hataların bulunması ihtimal dâhilindedir. Muhtemel hatalardan ötürü okuyuculardan şimdiden özür diler ve uyarılarını bekleriz. Bu çerçevede, Mahkeme içtihadını yakından ve hatasız tanımak ve izlemek isteyen bir hukukçunun bu kararların İngilizce ya da Fransızca asıllarını temel alması gerektiğinin altını çizmeliyiz.

İKİNCİ CİLTTE YER ALAN ÖNEMLİ KARARLAR
(Alfabetik Sırayla)

ABDULAZIZ, CABALES VE BALKANDALI - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 9214/80, 28.05.1985 620
AGGA - YUNANİSTAN (NO. 3), no. 32186/02, 13.07.2006..... 158
AKKUŞ - TÜRKİYE, no. 19263/92, 09.07.1997..... 726
ALTUĞ TANER AKÇAM - TÜRKİYE, no. 27520/07, 25.10.2011 422
BARFOD - DANİMARKA, no. 11508/85, 22.02.1989 303
BARTHOLD - ALMANYA, no. 8734/79, 25.03.1985..... 278
BAYATYAN - ERMENİSTAN [BD], no. 23459/03, 07.07.2011..... 167
BELÇİKA ULUSAL POLİS SENDİKASI - BELÇİKA, no. 4464/70, 27.10.1975..... 450
BELÇİKA'DA EĞİTİM DİLİ DAVASI - BELÇİKA, no. 1474/62, 23.07.1968..... 771
BOYLE VE RİCE - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 9659/82, 27.04.1988..... 579
BUKTA VE DİĞERLERİ - MACARİSTAN, no. 25691/04, 17.07.2007 528
CAMPBELL VE COSANS - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 7511/76, 25.02.1982..... 784
CASTELLS - İSPANYA, no. 11798/85, 23.04.1992..... 306
ÇETİN VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE, no. 40153/98, 13.02.2003 353
D.H. VE DİĞERLERİ - ÇEK CUMHURİYETİ [BD], no. 57325/00, 13.11.2007 632
DİNK - TÜRKİYE, no. 2668/07, 07.07.2011..... 410
EKİN DERNEĞİ - FRANSA, no. 39288/98, 17.07.2001 346
ERBAKAN - TÜRKİYE, no. 59405/06, 06.10.2006 369
F. - İSVİÇRE, no. 11329/85, 18.12.1987..... 553
FENER RUM ERKEK LİSESİ VAKFI - TÜRKİYE, no. 34478/97, 09.01.2007 744
FENER RUM PATRİKLİĞİ - TÜRKİYE, no. 14340/05, 08.07.2008 755
GEBREMEDHİN [GABERAMADHİEN] - FRANSA, no. 25389/05, 26.04.2007 596
GÖZEL VE ÖZER - TÜRKİYE, no. 43453/04, 06.10.2010..... 404
GRANDE ORIENTE D'ITALIA DI PALAZZO GIUSTINIANI - İTALYA, no. 35972/97, 02.08.2001 488
GRIGORIADES - YUNANİSTAN, no. 24348/94, 25.11.1997 340
GUJA - MOLDOVA, no. 14277/04, 12.02.2008 331
HADEP VE DEMİR - TÜRKİYE, no. 28003/03, 14.12.2010 531
HANDYSİDE - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 5493/72, 07.12.1976 245
HASAN VE EYLEM ZENGİN - TÜRKİYE, no. 1448/04, 09/10/2007..... 794
İSVEÇ MAKİNİSTLER SENDİKASI - İSVEÇ, no. 5614/72, 06.02.1976..... 455
JAMES VE DİĞERLERİ - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 8793/79, 21.02.1986..... 693
JERSİLD - DANİMARKA, no. 15890/89, 23.09.1994..... 315
JOHNSTON VE DİĞERLERİ - İRLANDA, no. 9697/82, 18.12.1986 549

KALAÇ - TÜRKİYE, no. 20704/92, 01.07.1997 144
KARAMAN - TÜRKİYE, no. 6489/03, 15.01.2008 751
KAYASU - TÜRKİYE, no. 64119/00, 13.11.2008 374
KJELDSEN, BUSK MADSEN VE PEDERSEN - DANİMARKA, no. 5095/71, 07.12.1976 775
KLASS VE DİĞERLERİ - ALMANYA, no. 5029/71, 06.09.1978 ..... 59, 571
KOKKİNAKİS - YUNANİSTAN, no. 14307/88, 25.05.1993 143
LAUTSI VE DİĞERLERİ - İTALYA [BD], no. 30814/06, 18.03.2011 806
LEANDER - İSVEÇ, no. 9248/81, 26.03.1987 90
LEYLA ŞAHİN - TÜRKİYE [BD], no. 44774/98, 20.11.2005 147
LEYLA ŞAHİN - TÜRKİYE [BD], no. 14307/88, 25.05.1993 790
LINGENS - AVUSTURYA, no. 9815/82, 08.07.1986 285
LITHGOW VE DİĞERLERİ - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 9006/80, 08.07.1986 708
MARCKX - BELÇİKA, no. 6833/74, 13.06.1979 ..... 70, 679
MATHIEU-MOHIN ve CLERFAYT - BELÇİKA, no. 9267/81, 02.03.1987 830
MOTAIS DE NARBONNE - FRANSA, no. 48161/99, 02.07.2002 731
MÜLLER VE DİĞERLERİ - İSVİÇRE, no. 10737/84, 24.05.1988 294
NACHOVA ve DİĞERLERİ - BULGARİSTAN, no. 43577/98, 06.07.2005 629
NORRIS - İRLANDA, no. 10581/83, 26.10.1988 83
OPUZ - TÜRKİYE, no. 33401/02, 09.06.2009 645
ÖNERYILDIZ - TÜRKİYE, no. 48939/99, 30.11.2004 736
ÖZPINAR - TÜRKİYE, no. 20999/04, 19.10.2010 113
PLATTFORM ÄRZTE FÜR DAS LEBEN - AVUSTURYA, no. 10126/82, 21.06.1988 .. 464
REES - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 9532/82, 17.10.1986 547
REFAH PARTİSİ VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE [BD], no. 41340/98, 13.02.2003 507
SANOMA UITGEVERS B.V. - HOLLANDA, no. 38224/03, 14.09.2010 397
SCHARSACH ve NEWS VERLAGSGESELLSCHAFT - AVUSTURYA, no. 39394/98, 13.11.2003 362
SEJDIC VE FINCI - BOSNA HERSEK [BD], no. 27996/06, 22.12.2009 ..... 640, 856
SİLVER VE DİĞERLERİ - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 5947/72, 25.03.1983 574
SİNAN IŞIK - TÜRKİYE, no. 21924/05, 02.02.2010 161
SOPHIA GUDRUN HANSEN - TÜRKİYE, no. 36141/97, 23.09.2003 103
SOSYALİST PARTİ VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE, no. 21237/93, 25.05.1998 478
SPORRONG VE LÖNNROTH - İSVEÇ, no. 7151/75, 23.09.1982 680
STANKOV ve ILINDEN BİRLEŞİK MAKEDONLAR DERNEĞİ - BULGARİSTAN, no. 29221/95, 02.10.2001 493
STEUR - HOLLANDA, no. 39657/98, 28.10.2003 358
SUNDAY TİMES - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 6538/74, 26.04.1979 256

SÜRMELİ - ALMANYA, no. 75529/01, 08.06.2006 591
TIMES NEWSPAPERS LIMITED - BİRLEŞİK KRALLIK (No 1 ve 2), no. 3002/03, 10.03.2009 388
TÜRKİYE BİRLEŞİK KOMÜNİST PARTİSİ (TBKP) - TÜRKİYE, no. 19392/92, 30.01.1998 468
VOGT - ALMANYA, no. 17851/91, 26.09.1995 327
X ve Y - HOLLANDA, no. 8978/80, 26.03.1985 79
YOUNG, JAMES VE WEBSTER - BİRLEŞİK KRALLIK, no. 7601/76, 13.08.1981 .. 460
TARSASAG A SZABADSAGJOGOKERT - MACARİSTAN, no. 37374/05, 14.04.2009 394
YUMAK VE SADAK - TÜRKİYE [BD], no. 10226/03, 08.07.2008 841

İKİNCİ CİLTTE YER ALAN ÖNEMLİ KARARLAR
(Madde ve Konu sırasına göre)

ÖZEL VE AİLE YAŞAMINA, KONUTA VE HABERLEŞMEYE SAYGI HAKKI

06.09.1978 5029/71 KLASS VE DİĞERLERİ - ALMANYA 59

♦ *iletişimin denetlenmesi—telefon dinleme* (terörle mücadele etmek üzere telefonların dinlenmesine ve postaların izlenmesine yetki veren yasada yetkiyi kötüye kullanmaya karşı güvenceler sağlanmış olması), *etkili hukuk yolu* (telefon dinlenmesine ve postaların izlenmesine karşı hukuk yolu, dinleme ve izleme tedbirinin devamı boyunca başvuru hakkını kullanamama, tedbirin uygulanması bittikten sonra başvuru yollarının varlığı) ■ haberleşmeye saygı hakkı—etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

13.06.1979 6833/74 MARCKX - BELÇİKA 70

♦ *aile yaşamı—çocuğun anne ile soybağının doğumla kurulamaması* (nesebi belirsiz çocuk ile anne arasındaki hukuki ilişkinin kurulmasını annenin tanıma beyanına veya mahkeme kararına bağlayan Medeni Kanun hükümleri, nesebi belirsiz çocuğun annesinin ailesiyle hukuki ilişkisinin bulunmaması ve onların malvarlığı üzerinde bir hakkı bulunmaması ve büyük ailenin çocuğa bakma yükümlülüğü bulunmaması, annenin evlilikdışı çocuğuna miras bırakmasının kısıtlanması) ■ aile yaşamına saygı hakkı

26.03.1985 8978/80 X ve Y - HOLLANDA..... 79

♦ *kişisel bütünlük—cinsel saldırıya karşı korumama* (on altı yaşında zihinsel özürlü olup kaldığı özel bakımevinde cinsel saldırıya uğrayan genç kızın bizzat kendisinin şikayetçi olmaması nedeniyle kamu davası açılmaması, babanın yaptığı şikayetin takibi şahsi şikayete bağlı suç nedeniyle reddedilmesi) ■ özel yaşama saygı hakkı—devletin pozitif yükümlülüğü yükümlülüğü

26.10.1988 10581/83 NORRIS - İRLANDA..... 83

♦ *cinsel yaşam—eşcinsel ilişki yasağı* (yetişkin erkekler arasında eşcinsel faaliyetleri suç sayan yasaların uygulanmamakla birlikte yürürlükte olmaları) ■ özel yaşama saygı hakkı

26.03.1987 9248/81 LEANDER - İSVEÇ 90

♦ *kişisel veri—güvenlik soruşturması* (hassas kadrolar için personel kontrol sistemi, askeri deniz müzesinde teknik eleman olarak çalışmak isteyen başvurucunun sakıncalı bulunmasına neden olan gizli polis sicilinde kendisiyle ilgili bilgi tutulması ve bu bilgilerin işe alacak makamlara verilmesi ve başvurucunun öğrenemediği bu bilgilere itiraz edememesi), *etkili hukuk yolu* (personel kontrol sistemine göre alınan tedbirlere karşı etkili başvuru yolu bulunmadığı şikayeti) ■ özel yaşama saygı hakkı—etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

23.09.2003 36141/97 SOPHIA GUDRUN HANSEN - TÜRKİYE 103

♦ *aile yaşamı—çocuk ile kişisel ilişki* (annenin çocukları ile kişisel ilişki kurma hakkının yerine getirilmesinde devletin gereken çabayı göstermemesi) ■ aile yaşamına saygı hakkı – devletin pozitif yükümlülüğü

19.10.2010 20999/04 ÖZPINAR - TÜRKİYE 113

♦ *hakimin meslekten çıkarılması* (kadın başvurucu hakimin giyimi, makyajı ve özel kişilerle ilişkileri konusunda müfettiş soruşturmasının ardından koruyuculardan yararlanamadığı bir usulle meslekten çıkarılması) ■ özel yaşama saygı hakkı

DÜŞÜNCE, DİN VE VİCDAN ÖZGÜRLÜĞÜ

25.05.1993 14307/88 KOKKİNAKİS - YUNANİSTAN 143

♦ *kendi dinine çekme yasağı* (Yehova Şahidi olan başvurucunun Ortodoks Hırıstiyan kişiyi kendi dinine çekme için propaganda yaptığı gerekçesiyle cezalandırılması), *kanunsuz suç* (proselytism suçunun belirsizliği) ■ düşünce, din ve vicdan özgülüğü—kanunsuz suç ve ceza olmaz ilkesi

01.07.1997 20704/92 KALAÇ - TÜRKİYE 144

♦ *tarikat üyeliği gerekçesiyle ordudan ihraç* (askeri hakimin dinsel tarikatlara mensup olmak suretiyle disiplinsizlik nedeniyle Yüksek Askeri Şura kararıyla ordudaki görevine son verilmesi) ■ düşünce, din ve vicdan özgülüğü

20.11.2005 44774/98 LEYLA ŞAHİN - TÜRKİYE [BD] 147

♦ *Üniversitede İslami başörtüsü takma yasağı* (İslami başörtüsü kullanan başvurucunun İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi 5. sınıf öğrencisi bulunduğu sırada Şubat 1998'da Rektör Yardımcısının başörtülü ve sakallı öğrencilerin üniversiteye alınmamalarına dair genelgesi doğrultusunda derslere ve sınavlara alınmaması, başvurucunun yüksek öğretim kurumlarındaki İslami başörtüsü yasağı nedeniyle şikayet ettiği müdahalenin demokratik toplumda gerekli olması), *eğitim hakkı* (düzenlemenin yüksek öğrenime uygulanabilirliği) ■ düşünce, din ve vicdan özgülüğü—eğitim hakkı

13.07.2006 32186/02 AGGA - YUNANİSTAN (NO. 3) 158

♦ *dini lider seçimine müdahale* (ölen müftünün yerine başvurucunun Cuma namazına gelenler tarafından müftü seçilmesi üzerine yapılan yasa değişikliği ile devlet tarafından başka birinin müftü olarak atanmasından sonra başvurucunun müftü sıfatıyla resmi bildiriler imzaladığı ve bunları yayımladığı gerekçesiyle tanınmış bir dinin temsilciliği fonksiyonunu yasalara aykırı tarzda ele geçirme suçundan mahkûm olması) ■ düşünce, din ve vicdan özgürlüğü

02.02.2010 21924/05 SİNAN IŞIK - TÜRKİYE 161

♦ *nüfus cüzdanında din hanesi bulunması* (Alevi inancında olan başvurucunun nüfus cüzdanındaki din hanesinde yazılı İslam sözcüğünün değiştirilmesi talebinin reddedilmesi, nüfus cüzdanında din hanesinin bulunması) ■ düşünce, din ve vicdan özgülüğü

07.07.2011 23459/03 BAYATYAN - ERMENİSTAN [BD] 167

♦ *vicdani ret* (Yehova Şahidi olan başvurucunun zorunlu askerlik hizmetini yerine getirmemesi ve askerlikten kaçması nedeniyle hapis cezasına mahkum edilmesi) ■ düşünce, din ve vicdan özgülüğü

İFADE ÖZGÜRLÜĞÜ

07.12.1976 5493/72 HANDYSİDE - BİRLEŞİK KRALLIK 245

♦ *müstehcen yayın—kitap toplatma* (iki Danimarkalı yazar tarafından yazılan ve Avrupa'nın bir çok ülkesinde serbestçe yayımlandıktan sonra İngilizceye çevrilip İngiltere'de yayımlanan 'küçük kırmızı ders kitabı' adlı on iki ile on beş yaş arası çocuklara hitap eden kitapta yer alan bazı paragraflar nedeniyle kitabın toplatılması) ■ ifade özgürlüğü

26.04.1979 6538/74 SUNDAY TİMES - BİRLEŞİK KRALLIK 256

♦ *gazete yazısına yayın yasağı—tedbir kararı* (ilaç şirketi ile çocukları sakat doğan mağdur aileler arasında tazminat davası devam ederken şirketin hukuki ve ahlaki sorumluluğuna ve daha fazla tazminat ödemesine gerektiğine işaret edecek bir inceleme yazısının yayınlanacağı haberi üzerine yazının mahkemeye saygısızlık oluşturacağı gerekçesiyle yargı organını baskıya karşı korumak amacıyla yayın yasağı konması) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü

25.03.1985 8734/79 BARTHOLD - ALMANYA..... 278

♦ *mesleki reklam yasağı—haksız rekabet* (bir veteriner olan başvurucunun mesleki dergiler dışında, basında adını, fotoğrafını, belirli bir veteriner klinik yöneticisi olduğu belirterek, bu kliniğin geceleri de hizmet verdiğini, bir gece bir kedi sahibinin kedisini tedavi ettirmek için kendisini buluncaya kadar veteriner aradığı şeklinde bir olayı anlattığı gazetede yayımlanan röportajı nedeniyle mahkeme tarafından benzer ifadelerde bulunmaktan yasaklanması) ■ ifade özgürlüğü

08.07.1986 9815/82 LINGENS - AVUSTURYA..... 285

♦ *siyasetçiye hakaret* (başvurucu gazetecinin bir dergide yayımlanan başbakan hakkında yazdığı yazılarda "adi bir fırsatçılık", "ahlak dışılık" ve "şerefsizlik" tabirlerini kullandığı gerekçesiyle açılan şahsi ceza davasında hakaretten suçlu bulması) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü

24.05.1988 10737/84 MÜLLER VE DİĞERLERİ - İSVİÇRE..... 294

♦ *müstehcen resim—sergilenen resme el konulması* (başvurucunun 'fri-art 81' adlı resim sergisinde insanlarla insanları ve insanlarla hayvanları cinsel ilişki halinde kaba bir şekilde resmeden tablosunun sergilenmesi üzerine resme el koyulması ve ressamlara para cezası verilmesi) ■ ifade özgürlüğü

22.02.1989 11508/85 BARFOD - DANİMARKA 303

♦ *yargıca hakaret* (biri meslekten yargıç ikisi meslekten yargıç olmayan memurlardan oluşan mahkemenin idare lehine karar vermesi üzerine davanın tarafı başvurucunun bir dergide yayımlanan yazısında, meslekten olmayan memur yargıçlar hakkıda 'işlerini yaptılar' şeklinde ifadeler yer alması üzerine yargıca iftira suçundan para cezasına mahkum edilmesi) ■ ifade özgürlüğü

23.04.1992 11798/85 CASTELLS - İSPANYA 306

♦ *Hükümeti aşağılama* (seçilmiş bir senatör olan başvurucunun haftalık yerel bir dergide yayımlanan yazısında, faili meçhul cinayetlerin aydınlatılmaması nedeniyle Hükümeti suçlaması üzerine dokunulmazlığının kaldırılması ve hapis cezasına mahkum edilmesi) ■ ifade özgürlüğü

23.09.1994 15890/89 JERSİLD - DANİMARKA 315

♦ *ırkçı ifadeleri yayımlama* (televizyon gazetecisi olan başvurucunun ırkçı görüşlere sahip 'yeşil ceketliler' adlı bir grup gençle yaptığı röportajda gençlerin siyahlar ve yabancı işçiler için küfürlü ve aşağılayıcı sözlerini ciddi bir televizyon haberleri programında yayınlaması nedeniyle para cezasına mahkûm edilmesi) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü

26.09.1995 17851/91 VOGT - ALMANYA 327

♦ *anayasaya sadakatsizlik nedeniyle memuriyetten çıkarma* (öğretmenlik görevinde daimi kadroya atanan başvurucu hakkında sonradan yapılan disiplin soruşturmasında, Alman Komünist Parti üyesi olma ve okul dışında bu parti lehine siyasal faaliyette bulunduğu gerekçesiyle anayasaya sadakatsizlikten memuriyet görevine son verilmesi) ■ ifade özgürlüğü

12.02.2008 14277/04 GUJA - MOLDOVA 331

♦ *basına bilgi sızdırma nedeniyle işten çıkarma* (politikacılar tarafından savcılığa gönderilmiş iki mektubun savcılık görevlisi tarafından basına sızdırılması ve bu mektupların basında politikacıların adliye baskı yaptığının örnekleri olarak yayınlanması üzerine başvurucunun işten çıkarılması, çalışanın işverene liyakat bağı, kamunun yolsuzluk ya da siyasi baskılarla ilgili bilgilere erişme hakkı) ■ ifade özgürlüğü—haber ve görüşleri alma ve verme özgürlüğü

25.11.1997 24348/94 GRIGORIADES - YUNANİSTAN 340

♦ *askeri teşkilatı aşağılama* (bir yedek subayın komutana gönderdiği mektupta askerlik ve silahlı kuvvetler hakkında ağır eleştirileri üzerine açılan ceza davasında mahkum edilmesi) ■ ifade özgürlüğü

17.07.2001 39288/98 EKİN DERNEĞİ - FRANSA 346

♦ *kitabın dağıtılmasının yasaklanması* (Bask kültürünü ve yaşama biçimini korumayı amaçlayan ve başvurucu dernek tarafından Fransa'da yayımlanan ve Bask bölgesindeki çatışmayı tarihsel ve kültürel yönleriyle anlatan kitabın 'yabancı kökenli yayınların' dağıtımının yasaklanması konusunda Bakanlığa geniş yetki veren hükmü gereğince yasaklanması, Bakanlık kararının iptali için açılan davada idare mahkemesinin bu kararın yasal dayanağı bulunmadığına ve kitabın içeriğinin basın özgürlüğüne müdahaleyi gerektirmediğine ancak yasa hükmünün ifade özgürlüğünü ihlal etmediğine karar verilmesi) ■ ifade özgürlüğü

13.02.2003 40153/98 ÇETİN VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE 353

♦ *gazetenin olağanüstü hal bölgesine sokulmasının yasaklanması* (Ülkede Gündem adlı gazetenin olağanüstü bölge valisinin kararıyla olağanüstü bölgesine sokulmasının yasaklanması ve bu karara karşı yargı yolu bulunmaması) ■ ifade özgürlüğü

28.10.2003 39657/98 STEUR - HOLLANDA 358

♦ *avukatın yargılama sırasındaki beyanları nedeniyle disiplin soruşturması* (savunma dilekçelerinde sosyal güvenlik araştırması kapsamında avukatsız ve çevrimensiz ifadesi alınan kişiye baskı yapıldığını dile getiren avukatın baro tarafından disiplin soruşturmasına tabi tutulması) ■ ifade özgürlüğü—savunma sırasında ifade özgürlüğü

13.11.2003 39394/98 SCHARSACH ve NEWS VERLAGSGESELLSCHAFT - AVUSTURYA..... 362

♦ *siyasetçiye hakaret* (gazeteci olan başvurucunun bir parti üyesini eski gizli Nazi olarak nitelendirmesi nedeniyle açılan hakaret davasında mahkumiyetine ve derginin sahibi olan şirketin tazminat ödemesine karar verilmesi) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü

06.10.2006 59405/06 ERBAKAN - TÜRKİYE 369

♦ *kin ve düşmanlığa tahrik* (siyasetçinin açık hava toplantısında yaptığı konuşma yaklaşık dört buçuk yıl sonra açılan ceza davasında halkı dine, etnik kökene ve bölge ayrımına dayalı olarak kine ve düşmanlığa tahrik etmekle suçlanması ve bir yıl hapis ve para cezasına mahkum edilmesi) ■ ifade özgürlüğü

13.11.2008 64119/00 KAYASU - TÜRKİYE 374

♦ *savcının meslekten çıkarılması* (başvurucu savcının 12 Eylül 1980 darbesini yapan komutanlara karşı iddiameyle dava açmak istemesi ve bunu basına vermesi nedeniyle eski TCK'nundaki görevini kötüye kullanma ve silahlı kuvvetleri tahkir etme suçlarından mahkum edilmesi üzerine Hakimler ve Savcılar Yüksek Kurulu tarafından meslekten çıkarılmasına karar verilmesi), *etkili hukuk yolu* (görevden çıkarma kararına karşı başvurulabilecek etkili bir yol bulunmaması) ■ ifade özgürlüğü—etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

10.03.2009 3002/03 TIMES NEWSPAPERS LIMITED - BİRLEŞİK KRALLIK (No 1 ve 2)..... 388

♦ *internet yayını—gazete haberinde hakaret* (başvurucu gazetenin yayımladığı haber nedeniyle açılan hakaret davası devam ederken haberin gazetenin internet sayfasının arşiv bölümünden erişilebilir olmaya devam etmesi ve bu haberin her tıklanışıyla ayrı bir hakaret davası sebebi oluştuğunun kabul edilmesi) ■ ifade özgürlüğü

14.04.2009 37374/05 TARSASAG A SZABADSAGJOGOKERT - MACARİSTAN 394

♦ *bilgiye erişememe–kişisel veriler* (bir dernek olan başvurucunun bir parlamenterin Anayasa Mahkemesine yaptığı anayasa şikayeti dilekçesi ve eklerinin bir örneğinin kendisine verilmesi talebinin reddedilmesi) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü—kamuyu ilgilendiren bilgiyi edinme hakkı

14.09.2010 38224/03 SANOMA UITGEVERS B.V. - HOLLANDA..... 397

♦ *haber kaynağını açıklamaya zorlama* (bir otomobil dergisinin yasadışı sokak yarışlarını sırasında çektiği fotoğrafların, yarışa katılan otomobillerden birinin daha önce bir soyguna katıldığı şüphesiyle soruşturma makamlarına teslime zorlanması) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü

06.10.2010 43453/04 GÖZEL VE ÖZER - TÜRKİYE..... 404

♦ *terör örgütünün bildirisini yayımlama* (başvurucuların terör örgütünün bildiri ve açıklamalarını yayımlamayı otomatik olarak suç sayan TMK (eski) 6(2). fıkrası gereğince mahkum edilmeleri) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü

07.07.2011 2668/07 DİNK - TÜRKİYE..... 410

♦ *Türklüğü aşağılama suçundan mahkumiyet—gazeteciyi saldırılara karşı korumama* (Agos gazetesi genel yayın yönetmeni ve başyazarı olan başvurucunun gazetesinde

yayımlanan haber ve makaleler nedeniyle TCK 301. maddesindeki Türklüğü aşağılama suçundan mahkum edilmesi, aşırı milliyetçi militanlar tarafından yapılabilecek ölümcül bir saldırıya karşı koruyucu önlemler alınması) ■ ifade özgürlüğü—basın özgürlüğü—pozitif yükümlülük

25.10.2011 27520/07 ALTUĞ TANER AKÇAM - TÜRKİYE 422

♦ *Türklüğü aşağılama suçundan soruşturma* (bir tarihçi olan başvurucunun yazıları nedeniyle açılan soruşturmada ifadesi alındıktan sonra takipsizlik kararı verilmesi) ■ ifade özgürlüğü—mağdurluk statüsü

TOPLANMA VE ÖRGÜTLENME ÖZGÜRLÜĞÜ

27.10.1975 4464/70 BELÇİKA ULUSAL POLİS SENDİKASI - BELÇİKA 450

♦ *toplu görüşme yapmama—polis sendikası* (toplu görüşme yetkisi verilmeyen polis sendikasına üye sayısının düştüğü şikayeti), *sendikaya farklı muamele* (adli polisi ve jandarmayı kapsayan merkez memurları bakımından yürürlükteki istişare usulüne benzer bir usulünün belde ve bölge memurları ve özellikle belde polisleri için de kurulmamış olması) ■ örgütlenme özgürlüğü—sendikal örgütlenme—ayrımcılık yasağı

06.02.1976 5614/72 İSVEÇ MAKİNİSTLER SENDİKASI - İSVEÇ..... 455

♦ *toplu sözleşme yapmama—toplu görüşme* (sendikaya toplu sözleşme yapma yetkisi tanınmamasının sendikanın zayıflamasına yol açtığı şikayeti), *sendikaya farklı muamele* (bağımsız ve küçük sendikayla toplu sözleşme yapılmamasının bu sendikayı diğer sendikalar karşısında dezavantajlı bir duruma soktuğu şikayeti) ■ örgütlenme özgürlüğü—sendikal örgütlenme—ayrımcılık yasağı

13.08.1981 7601/76 YOUNG, JAMES VE WEBSTER - BİRLEŞİK KRALLIK... 460

♦ *sendikaya üyelik zorlululuğu* (üç sendika ile demiryolları işletmesi arasında imzalanan 'kapalı işyeri sözleşmesi' gereğince demiryollarında çalışabilmek için bir sendikaya üyeliğin zorunlu olması) ■ örgütlenme özgürlüğü—sendikaya üye olmama hakkı

21.06.1988 10126/82 PLATTFORM ÄRZTE FÜR DAS LEBEN - AVUSTURYA 464

♦ *karşıt göstericilerin tacizine uğrama* (kürtaja karşı mücadele eden başvurucu derneğin düzenliği gösteri yürüyüşü sırasında karşıt göstericilerin tacizde bulunmaları, polislerin araya girmeleri üzerine yaralamanın söz konusu olmaması, toplanma özgürlünğünü kullanılmasına üçüncü kişilerin müdahalesine karşı polisin korumadığı ve bu konuda bir başvuru yolunun bulunmadığı şikayeti) ■ örgütlenme özgürlüğü—pozitif yükümlülük—etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

30.01.1998 19392/92 TÜRKİYE BİRLEŞİK KOMÜNİST PARTİSİ (TBKP) - TÜRKİYE..... 468

♦ *siyasi parti kapatma—azınlık yaratma* (parti programında kürtlerin Kürt halkının varlığının, ulusal kimliğinin ve haklarının tanınmamasını öneren siyasi partinin azınlık yaratma yasağını işlediği gerekçesiyle ve parti adında komünist ifadenin yer alması nedeniyle Anayasa Mahkemesi tarafından kapatılması) ■ örgütlenme özgürlüğü

25.05.1998 21237/93 SOSYALİST PARTİ VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE.....478

♦ *siyasi parti kapatma—azınlık yaratma* (Sosyalist Parti başkanının seçim öncesi konuşmalarında ve parti bildirilerinde bölünmez bütünlüğe karşı azınlık yaratmanın savunulduğu gerekçesiyle Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatılması) ■ örgütlenme özgürlüğü

02.08.2001 35972/97 GRANDE ORIENTE D'ITALIA DI PALAZZO GIUSTINIANI - İTALYA..... 488

♦ *dernek üyeliği—mason derneği* (bazı kamu kuruluşlarına yapılacak atamalar için adayların mason derneğine üye olmadığını beyan etme zorunluluğu getirilmesi nedeniyle mason derneği üyelerinin ve mason derneklerin üst kuruluşunun örgütlenme özgürlüğünün ihlal edildiği şikayeti) ■ örgütlenme özgürlüğü

02.10.2001 29221/95 STANKOV ve ILINDEN BİRLEŞİK MAKEDONLAR DERNEĞİ - BULGARİSTAN 493

♦ *derneğin tescil etmeme—azınlık derneği* (şiddete, kaba güce, gayri insani ve yasa dışı yollara başvurmadan Bulgaristan'da Makedon azınlığının tanınmasını sağlamayı amaçlayan derneğin ulusal bütünlüğe karşı olduğu gerekçesiyle tescil edilmemesi) ■ örgütlenme özgürlüğü

13.02.2003 41340/98 REFAH PARTİSİ VE DİĞERLERİ - TÜRKİYE [BD]..... 507

♦ *siyasi parti kapatma—şeriatı ve çok hukukluluğu savunma* (Hükümette yer alan bir siyasi partinin laiklik ilkesine karşı faaliyetlerin odağı olduğu gerekçesiyle 19 Ocak 1998'de Anayasa Mahkemesi kararıyla kapatılması) ■ örgütlenme özgürlüğü

17.07.2007 25691/04 BUKTA VE DİĞERLERİ - MACARİSTAN 528

♦ *toplanmayı dağıtma—izinsiz gösteri* (bir gün önce oteldeki resepsiyona katılacağını bildiren Başbakanı protesto etmek için barışçıl bir biçimde toplanan 150 kişilik bir grubun kanuna göre üç önceden bildirilmedikleri için dağıtılması) ■ toplanma özgürlüğü

14.12.2010 28003/03 HADEP VE DEMİR - TÜRKİYE 531

♦ *siyasi parti kapatma—yasadışı eylemlerin odağı olma—delillerin değerlendirilmesi* (ülke bütünlüğü aleyhine faaliyetlerin odağı haline geldiği ve terör örgütüne yardım ettiği gerekçesiyle siyasi partinin kapatılması) ■ örgütlenme özgürlüğü

EVLENME HAKKI

17.10.1986 9532/82 REES - BİRLEŞİK KRALLIK..... 547

♦ *evlenme engeli—transseksüelin evlenememesi* (cinsiyet değiştirerek erkek olan başvurucunun doğum kütüğünün değiştirilmemesi nedeniyle evlenememesi *evlenme hakkı*) ■ evlenme hakkı

18.12.1986 9697/82 JOHNSTON VE DİĞERLERİ - İRLANDA 549

♦ *boşanma yasağı* (İrlanda hukukunda boşanmayla ilgili hüküm bulunmaması nedeniyle evli olan birinci başvurucunun uzun süredir birlikte yaşadığı ikinci başvurucuyla evlenememesi, evlenme hakkını düzenleyen maddenin boşanma hakkını kapsamaması nedeniyle maddenin uygulanabilir olmaması), *fiili aile—boşanamama nedeniyle yeniden*

evlenememe—devletin pozitif yükümlülüğü (on beş yıldır birlikte yaşadıkları halde evlenemeyen başvuruculardan birinin evli olduğu eşinden boşanabilmesi için devletin tedbir alma yükümlüğünün bulunmaması), *vatandaşlar arasında farklı muamele* (mali imkânı bulunanların yurtdışında elde ettikleri boşanmaların ulusal mahkemeler tarafından tanınıyor olmasına rağmen imkânı bulunmayanların boşanamamaları nedeniyle farklı muamele, başvurucuların yurtdışında ikametgâhı bulunanlar ile karşılaştırılabilir durumda olmamaları), *inancına aykırı yaşamaya zorlanma* (eşinden boşanamayan birinci başvurucunun ikinci başvurucuyla evlilikdışı bir ilişkiden başka bir ilişki yaşama imkanı bulunmaması, boşanma yasağının başvurucunun inançlarını açığa vurma özgürlüğüne müdahale oluşturmaması) ■ evlenme hakkı—aile yaşamına saygı hakkı—ayrımcılık yasağı—din özgürlüğü

18.12.1987 11329/85 F. - İSVİÇRE 553

♦ *yeniden evlenme yasağı* (üçüncü kez boşanma kararıyla birlikte İsviçre Medeni Kanunun 150. maddesi gereğince başvurucuya 3 yıl süreyle yeniden evlenme yasağı konulması nedeniyle bu süre içinde dördüncü evliliğini yapamaması) ■ evlenme hakkı

ETKİLİ BİR HUKUK YOLUNA BAŞVURMA HAKKI

06.09.1978 5029/71 KLASS VE DİĞERLERİ - ALMANYA 571

♦ *haberleşmeye saygı hakkı konusunda etkili hukuk yolu* (telefon dinlenmesine ve postaların izlenmesine karşı dinleme ve izleme tedbirinin devamı boyunca başvuru hakkını kullanamama, tedbirin uygulanması bittikten sonra başvuru yollarının varlığı)) ■ etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

25.03.1983 5947/72 SİLVER VE DİĞERLERİ - BİRLEŞİK KRALLIK 574

♦ *haberleşmeye saygı hakkı konusunda etkili hukuk yolu* (cezaevinde haberleşmenin denetimine karşı iç hukuk yolu bulunmadığı şikayeti) ■ etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

27.04.1988 9659/82 BOYLE VE RİCE - BİRLEŞİK KRALLIK 579

♦ *haberleşmeye saygı hakkı konusunda etkili hukuk yolu—savunulabilir bir iddia* (tutuklu ve hükümlülerin haberleşmesine ve ziyaretlerine ilişkin alınan tedbirler, mektupların posta ücretinin hükümlünün cezaevindeki kazançlarından karşılanması, bazı mektupların postaya verilmemesi veya geciktirilmesi, cezaevinden gönderilen ve gelen mektupların sansüre tabi tutulması, bazı mektupların diğer hükümlüler önünde yüksek sesle okunması, arkadaşa yazılan bir mektubun gönderilmemesi, hükümlülerin ziyaret haklarının ayda bir kez bir saatle kısıtlanması, eskortsuz özel izinle ev ziyaretinde bulunma imkanı verilmemesi, hükümlünün hasta babasını ziyaret için merhamet izni verilmemesi, uygulanan rejimler bakımından cezaevleri arasında farklılık bulunmasıyla ilgili şikâyetler) ■ etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

08.06.2006 75529/01 SÜRMELİ - ALMANYA 591

♦ *makul sürede yargılanma hakkı konusunda etkili başvuru yolu* (14 yıldan fazla süren yargılama konusunda iç hukukta etkili bir hukuk yolu bulunmadığı şikayeti, Anayasa şikayeti yolunun yetersizliği, önleyici ve hızlandırıcı tedbirlerin önemi) ■ etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

26.04.2007 25389/05 GEBREMEDHİN [GABERAMADHİEN] - FRANSA..... 596

♦ *insanlıkdışı muamele yasağı konusunda etkili hukuk yoyu* (Eritre'ye geri gönderilmesi halinde aşağılayıcı, insanlık dışı muamele veya işkence görme riskiyle karşı karşıya kalacağını iddia eden başvurucunun iç hukukta ülkeye giriş talebinin reddi ve geri gönderilme kararlarını durdurucu nitelikte bir başvuru yolu bulunmadığı şikayeti) ■ etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

AYRIMCILIK YASAĞI

28.05.1985 9214/80 ABDULAZIZ, CABALES VE BALKANDALI - BİRLEŞİK KRALLIK 620

♦ *ikamet izni verilmediğinden ailenin bütünleşememesi—devletin pozitif yükümlülüğü* (Birleşik Krallık'ta hukuka uygun ve sürekli olarak yerleşme hakları bulunan vatandaş olmayan kadınların farklı ülkelerde bulunan vatandaş olmayan eşlerini kendi yanlarına getirtip birlikte yaşamalarına izin verilmemesi), *aile yaşamına saygı hakkı konusunda ayrımcılık—cinsiyetler arasında farklı muamele* (cinsiyet, ırk ve doğum esasına dayanan ve iç hukuka göre vatandaş olmayan evli erkeklerin eşlerini yanlarına getirtme hakları bulunduğu halde kadın eşlerin erkek eşlerini yanlarına getirtme imkânı bulunmaması) ■ aile yaşamına saygı hakkı—etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı

06.07.2005 43577/98 NACHOVA ve DİĞERLERİ - BULGARİSTAN1 629

♦ *yaşama hakkı konusunda ayrımcılık—etnik köken bakımından farklı muamele* (kamu makamlarının ırkçı bir saikle öldürme olduğu yönünde ciddi bir iddiayı soruşturmamaları) ■ ayrımcılık yasağı

13.11.2007 57325/00 D.H. VE DİĞERLERİ - ÇEK CUMHURİYETİ [BD]..... 632

♦ *eğitim hakkı konusunda ayrımcılık--dolaylı ayrımcılık—etnik köken bakımından farklı muamele* (Çek Cumhuriyeti'nde Roman kökenli çocukların eğitim kuruluşlarına erişim konusunda ayrımcılığa uğradıkları şikayeti, dolaylı ayrımcılığın kanıtlanması sorunu, ayrımcılığın kanıtlanmasında istatistiklerin önemi) ■ ayrımcılık yasağı

22.12.2009 27996/06 SEJDIC VE FINCI - BOSNA HERSEK [BD] 640

♦ *serbest seçim hakkı konusunda ayrımcılık* (Anayasaya göre Romanların ve Yahudilerin kurucu halklardan olmamaları nedeniyle, bu gruplara mensup kişilerin ülkenin en yüksek görevlerine de aday olamamaları) ■ ayrımcılık yasağı

09.06.2009 33401/02 OPUZ - TÜRKİYE 645

♦ *üçüncü kişinin şiddeti sonucu ölüm—öldürülme riskine karşı korumama—aile içi şiddet* (kocasından olma üç çocuk sahibi başvurucu kadının ve annesinin kocadan defalarca şiddet görmeleri ve öldürme tehditleri kamu makamlarına bildirilmesine rağmen hareketsiz kalınması ve kocanın başvurucunun annesi öldürmesi), *yaşama hakkı konusuda ayrımcılık—cinsiyet bakımından farklı muamele* (kadınlara karşı şiddetin cinsiyet yönünden ayrımcılık oluşturması) ■ yaşama hakkı—devletin yaşamı koruma yükümlülüğü—devletin ölümü soruşturma yükümlülüğü—ayrımcılık yasağı

MÜLKİYET HAKKI

13.06.1979 6833/74 MARCKX - BELÇİKA 679

♦ *evlilik dışı çocuğa miras bırakmanın kısıtlanması* (başvurucu annenin evlilik dışı çocuğuna çok sınırlı bir şekilde miras bırakabilmesi) ■ mülkiyet hakkı

23.09.1982 7151/75 SPORRONG VE LÖNNROTH - İSVEÇ 680

♦ *kamulaştırma kararı ve inşaat yasağı—mülkiyetten yararlanamama* (başvurucuların sahip oldukları taşımazlar üzerinde kamulaştırma şerhi bulunması ve inşaat izni verilmemesi nedeniyle uzun süreli olarak mülkiyetten yararlanamamaları) ■ mülkiyet hakkı

21.02.1986 8793/79 JAMES VE DİĞERLERİ - BİRLEŞİK KRALLIK..... 693

♦ *mülkiyetin kaybı—üçüncü kişi yararına kamulaştırma* (özel bir vakfa ait konutlarda oturan kiracılara bazı koşullarda mülklerin zorunlu satışını öngören yasa nedeniyle mülk sahiplerinin mülkiyet hakkının kaybetmeleri) ■ mülkiyet hakkı—kamu yararı—tazminat hakkı—uluslararası hukukun genel prensipleri

08.07.1986 9006/80 LITHGOW VE DİĞERLERİ - BİRLEŞİK KRALLIK 708

♦ *mülkiyetin kaybı—millileştirme* (başvuruculara ait hava ve deniz sanayi alanındaki şirketlerin millileştirilmesi nedeniyle mülkiyetlerini kaybetmeleri) ■ mülkiyet hakkı—kamu yararı—hukuken öngörülmüş olma—tazminat hakkı—uluslararası hukukun genel prensipleri

09.07.1997 19263/92 AKKUŞ - TÜRKİYE 726

♦ *kamulaştırma tazminatı—ödeme zamanında enflasyon farkından doğan kayıp* (Türkiye'de enflasyon oranının yıllık yüzde 70 olduğu bir dönemde taşınmazının kamulaştırılmasından sonra aldığı ek tazminatın ulusal makamlar tarafından geç ödenmesi ve bunun sonucu olarak başvurucunun uğradığı zarar) ■ mülkiyet hakkı—tazminat hakkı

02.07.2002 48161/99 MOTAIS DE NARBONNE - FRANSA..... 731

♦ *kamulaştırma amacı—taşınmazı geri alamama* (sosyal konut yapmak için arazi rezervi oluşturulması amacıyla kamulaştırılan taşınmaz üzerinde beş yıl içinde herhangi bir tesis yapılmadığı için taşınmazın geri verilmesi gerekirken bu sürenin sosyal konut amacıyla kamulaştırılan taşınmazlar bakımından uygunlanmayacağı gerkçesiyle tazminat talebinin reddedilmesi) ■ mülkiyet hakkı—mal sahibinin geri alma hakkı

30.11.2004 48939/99 ÖNERYILDIZ - TÜRKİYE..... 736

♦ *patlama nedeniyle sahibi olunan evin yıkılması—tapusuz gecekondu—mülkiyetin kaybı* (şehir çöplüğündeki metan gazı sıkışması nedeniyle meydana gelen patlama sonucu meydana gelen heyelan nedeniyle civardaki tapusuz gecekonduların yıkılması) ■ mülkiyet hakkı—sahibi olunan şeyler kavramı

09.01.2007 34478/97 FENER RUM ERKEK LİSESİ VAKFI - TÜRKİYE 744

♦ *tapu iptali—azınlık vakıflarına taşınmaz edinme yasağı—mülkiyetin kaybı* (başvurucu vakfın taşınmazları kazanmasından 38 ve 44 yıl sonra tapularının iptalinin mülkiyet hakkına bir müdahale oluşturması, 2762 sayılı Yasanın 1936 beyannamesinde yer alanlar dışında taşınmaz mal edinmelerini yasaklayan bir hüküm içermemesi, başvurucu vakfın kazanımlarını valiliğin verdiği belgeyle ve tapuya tescille geçerli kılınmış olması,

başvurucu vakfın taşınmazları hukuka uygun olarak kazanmasından yıllar sonra kabul edilmiş bir içtihadı uygulayarak taşınmaz tescilinin iptalinin başvurucu vakıf tarafından önceden görülemeyen bir müdahale oluşturması, başvurucu vakıf 38 ve 44 yıl meşru hak sahibi olarak taşınmazlardan yararlandığı ve vergisini ödediği halde sahibi olduğu şeyden yararlanma hakkına müdahalenin hukukun üstünlüğü ilkesiyle bağdaşmaması) ■ mülkiyet hakkı—hukukilik

15.01.2008 6489/03 KARAMAN - TÜRKİYE 751

♦ *taşınmazı iade etmeme* (başvurucunun hastane yapılması için beldiyeye devrettiği taşınmazın sadece bir kısmının kamu yararı amacıyla kullanılmış olması, başvurucunun bağışlama amacı dışında kullanıldığı iddiasıyla taşınmazı iade davasının reddedilmesi, Yargıtay'ın, bunların kamu yararına yönelik bir amaca tahsis edilip edilmemiş olduklarına bakılmaksızın eski maliklerin mülklerini idareye devretmiş olmaları nedeniyle hak iddia edemeyecekleri konusundaki yorumunun kamunun genel yararı ile bireysel haklar ve özgürlükler arasındaki adil dengeyi bozması) ■ mülkiyet hakkı—hukukilik—kamu yararı—adil denge

08.07.2008 14340/05 FENER RUM PATRİKLİĞİ - TÜRKİYE 755

♦ *tapu iptali—mülkiyetin kaybı* (başvurucunun sahibi olduğu taşınmazı kullanması için bıraktığı yetimhane vakfı yönetiminin Vakıflar Genel Müdürlüğüne geçmesinin ardından, bu vakfa geçtiği iddia edilen patrikhaneye ait taşınmaz tapusunun iptali) ■ mülkiyet hakkı—hukukilik—kamu yararı

EĞİTİM HAKKI

23.07.1968 1474/62 BELÇİKA'DA EĞİTİM DİLİ DAVASI - BELÇİKA 771

♦ *anadilde eğitim vermeme* (eğitimde kullanılacak olan dili anadil ve ailelerin yerleşimine göre düzenleyen mevzuat nedeniyle devletin başvurucuların oturdukları yakın çevrede anadilde eğitim yapan okul açmamış olması), *anne babanın dil tercihi* (çocuğa anne babanın anadilinde eğitim verecek bir okulun devlet tarafından açılmamış olması nedeniyle anne ve babanın dinsel ve felsefi inançlarına uygun eğitim hakkının ihlali şikayeti), *eğitim hakkı konusunda ayrımcılık—öğrenciler arasında farklı muamele* (eğitim çağındaki çocukların anne babalarının ikamet yerine göre eğitim dilinin belirlenmesi nedeniyle Fransızca eğitim veren okullara alınmama) —*aile yaşamına saygı hakkı*--eğitim nedeniyle ailenin bölünmesi--eğitim alanında alınan tedbirlerin çocukların ailelerinden uzaklaştırması halinde özel ve aile yaşamını etkilemesi) ■ eğitim hakkı—ayrımcılık yasağı

07.12.1976 5095/71 KJELDSEN, BUSK MADSEN VE PEDERSEN - DANİMARKA 775

♦ *cinsel eğitim verme* (devlet okullarındaki zorunlu derslerle bütünleştirilmiş cinsel eğitim bilgileri verilmesini öngören mevzuat ve müfredat nedeniyle bu eğitim verilmesine karşı olan başvurucu ailelerin çocuklarına bu tür bir eğitim nedeniyle şikayetleri), *eğitim hakkı konusunda ayrımcılık—öğrenciler arasında farklı muamele* (dinsel eğitim almak istemeyen öğrencilerin bu derslerden muaf tutuldukları halde zorunlu cinsel eğitim dersi almak istemeyenlerin bu derslerden muaf tutulmamaları) ■ eğitim hakkı—anne babanın dinsel ve felsefi inançlarına uygun eğitim hakkı—ayrımcılık yasağı

25.02.1982 7511/76 CAMPBELL VE COSANS - BİRLEŞİK KRALLIK 784

♦ *bedensel ceza* (bazı okullarda öğretmenler tarafından öğrencilerin ellerine kayışla vurulmak suretiyle bedensel ceza uygulaması, muamelenin asgari ağırlıkta olmaması), *eğitimde disiplin cezası olarak bedensel ceza* (birinci başvurucunun çocuğu için okulda bedensel ceza uygulanmayacağı güvencesi verilmemesi, ikinci başvurucunun çocuğuna verilen bedensel cezanın uygulanmasına karşı çıkılması üzerine okuldan kaydının silinmesi nedeniyle aşağılayıcı ceza şikâyeti) ■ eğitim hakkı—anne babanın dinsel ve felsefi inançlarına uygun eğitim hakkı—kötü muamele yasağı

25.05.1993 14307/88 LEYLA ŞAHİN - TÜRKİYE [BD] 790

♦ *başörtülü öğrencinin üniversiteye alınmaması* (İslami başörtüsü kullanan başvurucunun İstanbul Üniversitesi Tıp Fakültesi 5. sınıf öğrencisi bulunduğu sırada Şubat 1998'da Rektör Yardımcısının başörtülü ve sakallı öğrencilerin üniversiteye alınmamalarına dair genelgesi doğrultusunda derslere ve sınavlara alınmaması) ■ eğitim hakkı

09/10/2007 1448/04 HASAN VE EYLEM ZENGİN - TÜRKİYE..... 794

♦ *zorunlu din kültürü dersi—Alevi inancına uygun eğitim vermeme* (Mahkeme, din kültürü ve ahlak bilgisi dersinde verilen öğretimin objektiflik ve çoğulculuk kriterlerini ve ayrıca başvurucunun Alevi inancına sahip babasının, ki ders içeriğinde bu konu açıkça eksiktir, dini ve felsefi inançlarına saygılı olma gereğini karşılar nitelikte görülemeyeceği sonucuna varmaktadır. Ayrıca Mahkeme, muafiyet usulünün uygun bir yöntem olmadığı ve bu usulün öğretilen konunun okul ile ana ve babanın değerleri arasında bunlara bağlılık yönünden çocuklarda çelişkiye yol açabileceğini haklı olarak düşünen ana ve babalara yeterli bir koruma sağlamadığı görüşündedir. Bu özellikle de Sünni İslam dışında bir dini veya felsefi inanca sahip ana ve babaların çocukları için uygun bir seçenek bulunmayan durumlarda böyledir; bu durumda muafiyet prosedürü, ana ve babayı ağır bir yük altına sokabilir ve çocuklarının din derslerinden muaf tutulması için kendi dini veya felsefi inançlarını ifşa etmek zorunda bırakabilir), *din ve vicdan özgürlüğü* (bu madde bakımından ayrı bir sorun doğmadığından, Mahkeme bu konuda ayrı bir inceleme yapma gereği görmemiştir) ■ eğitim hakkı—anne babanın dinsel ve felsefi inançlarına uygun eğitim verilmesini isteme hakkı—din ve vicdan özgürlüğü

18.03.2011 30814/06 LAUTSI VE DİĞERLERİ - İTALYA [BD] 806

♦ *sınıflarda İsa figürlü haç bulunması* (başvurucunun annenin gittiği veli toplantısında okul duvarlarında İsa figürlü haç bulunduğunu görmesi üzerine bunun çocuklarına verilmesi istediği laik eğitim ilkesine aykırı olduğundan şikayetçi olması) ■ eğitim hakkı—anne babanın dinsel ve felsefi inançlarına uygun eğitim verilmesini isteme hakkı

SERBEST SEÇİM HAKKI

02.03.1987 9267/81 MATHIEU-MOHIN ve CLERFAYT - BELÇİKA 830

♦ *yasama organı seçimi* (Flaman bölgesindeki Fransızca konuşan azınlık seçmenlerin oy verdiği adayın seçildiği zaman Parlamentoda Fransızca yemin ederek Parlamentodaki Fransızca dil grubu üyesi olduğu için, bazı yasama fonksiyonlarına sahip Flaman Konseyi üyesi olamaması), *serbest seçim hakkı konusunda ayrımcılık—azınlığa mensup seçmenler arasında farklı muamele* (Fransızca konuşan azınlık seçmenlerin oy verdiği adayın Flaman meclisine üye olamaması nedeniyle farklı muamele, bu şikâyetin serbest seçim hakkı bakımından incelenip reddedilmiş olması) ■ serbest seçim hakkı

08.07.2008 10226/03 YUMAK VE SADAK - TÜRKİYE [BD] 841

♦ *seçimlerde ülke barajı* (hukukilik: seçimlerden önce seçim barajı 2839 sayılı Kanunun 33. maddesinde yer aldığından başvurucuların aldıkları oy ne olursa olsun partilerinin barajı geçememesi halinde seçilemeyeceklerini biliyor olmaları; meşru amaç: barajın mecliste aşırı bölünmeyi engelleme ve yönetimde istikrarı sağlama gibi meşru bir amaca sahip olması; orantılılık: barajın toplumdaki siyasi alternatiflerin doğmasını engellememiş olması, barajın amacının küçük partilere kendilerini ülke düzeyinde ortaya koyma ve böylece ulusal siyasal projenin bir parçası olma imkanı tanıması, Türkiye'deki yüzde 10'luk barajın seçim barajı uygulayan Avrupa ülkeleri içinde en yükseği olması, buna göre istikrarlı parlamento çoğunluklarını ortaya çıkarma amacından ödün vermeksizin barajın düşürülmesi veya çeşitli siyasal eğilimlerin temsili için düzeltici karşı ağırlıklar getirilmesi arzu edilebilir olmakla birlikte devlete yeterli takdir alanı bırakılmasının gerekli olması) ■ serbest seçim hakkı

22.12.2009 27996/06 SEJDIC VE FINCI - BOSNA HERSEK [BD] 856

♦ *seçilme yeterliliği* (Roman ve Yahudi kökenli kişilere, üç "kurucu halk" grubuna dâhil olmadıkları için yasama meclisine ve cumhurbaşkanlığı seçimlerine aday olma imkânının tanınmaması) *serbest seçim hakkı konusunda ayrımcılık—etnik ve dinsel kimlik nedeniyle farklı muamele* (Bosna-Hersek Anayasası başlangıcında iki grup yurttaş ayrımı yapmaktadır, "Kurucu halklar" Boşnak, Hırvat ve Sırp'dır ve "diğerleri" Yahudi, Roman, diğer azınlıklar ve herhangi bir etnik gruba aidiyet beyan etmeyenlerdir, Bosna-Hersek Meclisinin ve Başkanlığın sadece üç kurucu halktan gelen üyelere açık olması) ♦ serbest seçim hakkı—ayrimcılık yasağı

DİZİN

Açıklamalar bölümünde atıf yapılan kararlar listesi:

(Tam referans için bk. www.echr.coe.int ve http://ihami.anadolu.edu.tr)

A

Abdulaziz, Cabales ve Balkandali 7, 603
Abeberry 41
A, B ve C – İrlanda 6, 16, 23, 24
Acmanne ve Diğerleri 6
Adamsons 822
A.D.T. – Birleşik Krallık 44
Agosi 674
A. – Hırvatistan 38
Ahmed ve Diğerleri 219
Ahmet Arslan ve Diğerleri 134
Ahmet Yıldırım 216, 217
Ahrens 5, 28, 31, 32
Airey 560, 567, 604
Aka 665
Akachev 664
Akdıvar ve Diğerleri 565
Akkuş 663, 665
Aksu 5
Aktaş 608
A.K. ve L. – Hırvatistan 33, 34
Alajos Kiss 819
Alekseyev 617
Alexandridis 126
Allan 672
Alman Komünist Partisi ve Diğerleri 187
Alujer Fernandez ve Caballero Garcia 615
Amann 6, 10, 53
Amrollahi 49
Anakomba Yula 614
Anayo 31
Andrejeva 654
Andreou Papi 9
Andreyeva 614
Angeleni 123, 767
Anguelova 608
Anheuser-Busch Inc. 652, 654
Animal Defenders International 215, 216
Anna-Nina Angeleni 767
A. – Norveç 4, 41
Aresti Charalambous 545
Arıoğlu ve Diğerleri 669
Arrowsmith 122, 123, 431
Arslan 134, 203, 204
Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhiev 12
Assenov ve Diğerleri 565
Aşıcı (no 2) 434, 435
Ataman 433, 435
Autronic AG – İsviçre 226
Axel Springer AG 3, 41, 42, 43, 240
Aydemir ve Diğerleri – Türkiye 569
Aydın Tatlav 194, 195
Aziz 606, 819, 821, 825

B

Barankevich 430
Barfod 243
Barthold 183, 224, 227
Başkaya ve Okçuoğlu 206
Batı ve Diğerleri 564
Bayatyan 124, 125
Belçika'da Eğitim Dili Davası 123
Belçika Polis Sendikası 446
Beldjoudi 49
Belvedere Alberghiera S.r.l. 668
Beneficio Capella Paolini 666, 677
Benes 542
Bernard 432, 767
Bernh Larsen Holding AS ve Diğerleri 10
Besen 3

Bessarabia Metropoliten Kilisesi 122
Betty Purcell ve Diğerleri 203
Bevacqua ve S. 3, 38
Beyeler 656, 661, 662
B. – Fransa 2, 35, 606, 617
Bigaeva 7
Bimer S.A 653
Bladet Tromsø ve Stensaas 207
Blumberga 654
Borysiewicz 58
Botta 56
Bouamar 619
Boulgakov 4
Boultif 49
Bourdov 663, 664
Bourdov (no 2) 663, 664
Bowman 226
Boyle ve Rice 560, 561
Bozcaada Kimisis Teodoku Rum Ortodoks Kilisesi Vakfı 122
British Broadcasting Corporation 211
Broadcast Advertising Clearance Centre 215
Broniowski 654, 656, 657, 670
Brosset-Triboulet ve Diğerleri 676
Bubbins 566
Bucak ve Diğerleri 666
Buck 9
Bukta ve Diğerleri 434
Burden 605
Burdov 652
Burghartz 2, 4, 25, 27
Buscarini 126
Buzescu 653

C

Calvelli ve Ciglio 566
Campbell ve Cosans 123, 763, 765, 766
Canea Katolik Kilisesi 122
Capital Bank AD – Bulgaristan 675
Carbonara ve Ventura 658, 668
Carson ve Diğerleri 606, 616
Casado Coca 224
Castells 208, 438, 604
Catan ve Diğerleri 770
C. – Belçika 7
C. – Birleşik Krallık 47, 48, 122
Cemalettin Canlı 6
Centro Europa 7 S.r.l. ve Di Stefano 182, 183, 213
Ceylan 196
C.G. ve Diğerleri – Bulgaristan 9, 12
Cha'are Shalom Ve Tsedek 124
Chabauty 674
Chamaiev ve Diğerleri 561, 562
Chappel 9
Chassagnou ve Diğerleri 446, 608, 616, 669, 674
Chauvy 4, 41, 184, 187
Chavdarov 30
Chorherr 183, 226
Christine Goodwin 35, 540, 613
Chvedov 664
Cisse 432, 433
Ciubotaru 5, 15, 18, 36, 37
C.J., J.J. ve E.J. – Polonya 767
Colombani 207
Copland 10
Cossey 35, 540
Cumpana ve Mazare 207
Çetin ve Diğerleri 187, 207
Çiftçi 141
Conka 562

D

Dahlab 135, 769
Danilenkov ve Diğerleri 616
Daroczy 26, 27
David Brind ve Diğerleri 203
Demirtaş 124

Demir ve Baykara 447
Demokrasi Partisi Genel Başkanı Dicle 441
Demokratik Kitle Partisi ve Elçi 441
Denev 672
DEP 441, 824
Depalle 652, 675
Des Fours Walderode 652
De Wilde, Ooms ve Versyp 227
D.G. – İrlanda 619
D.H. ve Diğerleri 607, 609, 770
Dickson 22, 546
Dink ve Diğerleri 182
Djavit An 430, 433
Doğan ve Diğerleri 9
Doğru 132
Dokic 611
Dudgeon 2, 5, 15, 44

E

E. B. – Fransa 606
Ebru ve Tayfun Çolak 4
Editions Plon 207
E. - İsviçre 431
Elçi ve Diğerleri 51
Elsholz 7, 28
Emek Partis ve Şenol 441
Enerji Yapı-Yol Sen 447
Engel ve Diğerleri 229, 616
Erbakan 201, 202, 206
Erbil Tuşalp 233, 235
Ercep 124
Ernst ve Diğerleri 9, 52, 210
E.S. – İsveç 1
Eski Yunanistan Kralı ve Diğerleri 669, 670
Etienne Tete – Fransa 825
Etxeberria ve Diğerleri 823
Evans 6, 16, 20, 21
Ezelin 432

F

Fadeyeva 56, 57
Fagerskiöld 58
Fatima El Morsli 133
Fayed ve the House of Fraser Holdings plc 41
Federacion nacionalista Canari 825
Fedina 566
Feldek 208
Fener Rum Erkek Lisesi Vakfı 658, 761
Feti Demirtaş 124
Financial Times Ltd. ve Diğerleri 211
F. - İsviçre 539, 545
Folgero ve Diğerleri 122, 767
Fouklev 654
Francesco Sessa 141, 142
Frasik 542, 543
Fredin (no. 1) 55
Frette 617
Fuentos Bobo 182
Funke 50
Furlepa 58

G

G.A. – İsveç 58
Galev ve Diğerleri 58
G. – Almanya 431
Garaudy – Fransa 186
Gaskin 6, 46
Gayduk ve Diğerleri 653
Gaygusuz 613
Gebremedhin 562
Gerger 205
Giacomelli 9, 57
Gillan ve Quinton 14, 49, 50
Gillberg 4
Giniewski 195
Giuliani ve Gaggio 567
Glass 6
Glimmerveen ve Hagenbeek 188

Glor 618
G. – Norveç 431
Golder 818
Gonzalez Marin 568
Goodwin 35, 207, 210, 226, 540, 613
Gorzelik ve Diğerleri 443
Gözel ve Özer 200, 201
Grande Oriente d'Italia di Palazzo Giustiniani 445, 616
Grant 4
Gratzinger ve Gratzingerova 653, 655
Gribenko 545
Grigoriades 220
Grinberg 208
Groppera Radio AG 213, 214
Guerra ve Diğerleri 56, 184
Guillot 25
Guiso-Galissay 668
Guja 222
Gustafsson 446
Güleç ve Armut 666
Gül ve Diğerleri 198, 205
Gündüz 187, 189, 190, 191
Gürcistan İşçi Partisi 826, 827

H

Haas 6
HADEP ve Diğerleri 441, 442
Hadjianastassiou 230
Hajduova 1, 3, 38
Hakan Arı 676, 677
Halford 2
Hamer 55, 669
Handyside 15, 181, 207, 226, 231
Hartman 568
Hasan Uzun 570
Hasan ve Eylem Zengin 124, 135, 766, 767, 768, 769
Hassan ve Tchaouch 129, 130, 136, 137
Hatton ve Diğerleri 6, 56, 58
Henrritarren Zerrenda 823
Hentrich 658
HEP 440, 441
Herri Batasuna ve Batasuna 440, 441, 823
Herrmann 674
H. – Finlandiya 4
Hilbe 819
Hirst (no 2) 819, 820
H.M. – Türkiye 1
Hoffman 615
Hoogendijk 609
Horych 15
Hristozov ve Diğerleri 2, 3, 6
Hugh Jordan 604, 609
Hutten-Czapska 672

I

Ian Edgar 653, 672
Iatridis 657
I – Birleşik Krallık 613
I. – Finlandiya 18, 19
Ilıcak 823, 824
Ilinden Birleşik Makedonyalılar Derneği ve Ivanov 436
Informationsverein Lentia ve Diğerleri 213, 438
Irene Wilson 39
Işık 123, 124, 126
İçyer 569
İ.R.S. ve Diğerleri 668
İsveç Makinistler Sendikası 447
Ivan Atanasov 55, 58

J

Jabari 561
Jaggi 5
Jahn ve Diğerleri 669, 670, 671
James ve Diğerleri 656, 657, 670
Janowski 238

Jantner 653
J.A. Pye (Oxford) Ltd ve J.A. Pye (Oxford) Land Ltd 652, 673
J. Campany Diez de Revenge ve J.L. Lopez Galiacho Perona 241
Jersild 188, 190, 207, 213
Johansen 32, 33
Johnston ve Diğerleri 539, 544

K

Kalaç 122, 131, 141
Kalucza 39
Karaduman 136, 139
Karaman 667
Karataş 198, 204
Karner 617
Kavakçı 824
Kaya 560, 565
Kearns 34
Keçecioğlu ve Diğerleri 677
Keegan 7, 28, 32, 33
Keenan 566
Keles 49
Kemal Taşkın ve Diğerleri 4
Kervancı 132
Khan 55, 128, 541
Khelili 6
Kimlya 124, 130
Kıbrıs – Türkiye 770
Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen 765, 766, 767
Klass ve Diğerleri 10, 15, 53, 437, 559,
Klip ve Kruger 542
Kokkinakis 121, 139
Kontrova 38
Kopecky 652, 654, 655, 670
Kosmidis ve Kosmidou 664
Koua Poirrez 614
Koukalo 664
Kowal 39
Kozacıoğlu 670, 671
Kozak 617
Köktepe ve Diğerleri 661
Krasnov ve Skuratov 822
Kremzow 604
Krisztian Barnabas Toth 5
Kroon ve Diğerleri 7, 29
Kruskovic 28
Kruslin 54
Kurtulmuş 133, 141, 615
Kutsal Manastırlar 669
Kudla 561
K. ve T. – Finlandiya 8
Kyprianou 242, 243
Kyrtatos 55, 56

L

La Rosa ve Alba 658
Laskey, Jaggard ve Brown 2, 5, 6, 43
Lautsi ve Diğerleri 134, 135, 769
Leander 6, 184, 560, 561
Le Compte, Van Leuven ve De Meyer 437
Lederer 653
Ledyayeva ve Diğerleri 57
Leempel & S.A. Cine Revue 207
Leempoel ve S.A. ED. Cine Revue 41
Lehideux ve İsorni 186
Leon ve Agnieszka Kania 58
Leroy 199, 200
Lesnik 236
Leveau ve Fillon 2
Leyla Şahin 122, 131, 132, 136, 137, 140, 227, 764, 765
Liberty ve Diğerleri 12
Lingens 208, 232, 233, 438
Lithgow 560, 658, 664, 665, 670
Loiseau – Fransa 184
Longobardi ve Diğerleri 678
Lopes Gomez Da Silva 208
Lopez Ostra 56

Lusting-Prean ve Beckett 44
L. ve V. – Avusturya 44
Lykourezos 823, 825

M

Maaouia 49
Malhous 652, 653
Malone 54, 228
Maltzan ve Diğerleri 652, 653, 670
Manole ve Diğerleri 213
Manoussakis ve Diğerleri 128
Marais 186
Marcel Fournier 825
Marckx 7, 8, 29, 652
Markt Intern Verlag GmbH ve Klaus Beermann 225
Masaev 128, 129
Mastromatteo 566
Mathieu-Mohin ve Clerfayd 818
Matthews – Birleşik Krallık 818
Mazurek 616
M.C. – Bulgaristan 3, 40, 41
McCann 9, 565
McCann ve Diğerleri 565
McVicar 207
Medya FM Reha Radyo ve İletişim Hizmetleri A.Ş. 199
Megadat.com SRL 653
Mehmet Nuri Özen ve Diğerleri 10
Mellacher ve Diğerleri 672
Melnychenko 819, 822
Metaxas 663
Michaud 10
Mikulic 2, 4, 30, 31
Mileva ve Diğerleri 58
Minelli 41
Mirolubovs ve Diğerleri 130
Mizzi 30
Modinos 44
Mokrani – Fransa 49
Moldovan ve Diğerleri 611
Moreno Gomez 58
Moskova Yehova Şahitleri 6, 130
Motais de Narbonne 666, 677
Moustaquim 8, 48, 49, 605
Munoz Diaz 541
Murphy 193, 213
Müdür Turgut ve Diğerleri 569, 570
Müller ve Diğerleri 183, 231
Müslüm Gündüz 187, 189, 190, 191
M. ve C. – Romanya 40, 41

N

Nachova ve Diğerleri 608, 610, 611
Nada 8, 15, 16, 181, 182
Namat Aliyev 829
N.A. ve Diğerleri – Türkiye 669
Neulinger ve Shuruk 9
News Verlags GmbH ve CoKG 239
N.F. – İtalya 444
Niemietz 3, 5, 7, 9, 51
Nikula 243
Nilsen ve Johnsen 237
Nordisk Film & TV A/S 211
Norris 5, 44
Norwood 189

O

Oberschlick 183, 208, 233, 241
Observer ve Guardian 184, 209, 229
Odievre 6, 45, 46
O'Donoghue ve Diğerleri 543, 544
Okpisz 604
Olczak 654
Oleksandr Volkov 7
Oluic 58
Open Door ve Dublin Well Woman 230
Orsus ve Diğerleri 609, 770
Otto-Preminger-Institut 140
Öçkan ve Diğerleri 56

Öllinger – Avusturya 430
Opuz 38, 610
Oya Ataman 433, 435
Öneryıldız 654
ÖZDEP 430, 437, 441
Özgür Gündem 182
Özgürlük ve Demokrasi Partisi 430, 441
Özmen 9
Özpınar 4, 7

P

P4 Radyo Helge Norge Asa 242
Paksas 823
Papachelas 670
Papamichalopoulos 667, 668
Paul ve Audrey Edwards 566
Peck 6
Pedersen ve Baadsgaard 213
Perinelli ve Diğerleri 677, 678
Perry 46, 130
Petrov 616
Petrovic 603
Pfeifer 4, 41, 42, 43
P.G. ve J.H. – Birleşik Krallık 13, 46, 55
Phull 133
Pine Valley Developments Ltd ve Diğerleri 654, 655
Pini ve Diğerleri 8
Pinnacle Meat Processors Company ve Diğerleri 672
Pistorova 652
Plattform "Ärzte für das Leben" 429, 430
Plechanow 652
Podkolzina 821, 822, 826
Ponomaryovi 765
Posti ve Rahko 673
Powell ve Rayner 58
Prager ve Oberschlick 208, 241
Pravoye Delo Redaksiyon Komitesi ve Shtekel 218
Pressos Compania Naviera S.A. ve Diğerleri 655, 669
Pretty 3, 6, 7, 123, 136
Price 618
Prince Hans-Adam II de Liechtenstein 653
Purcell ve Diğerleri 187, 203
P. ve S. – Polonya 1, 3, 24, 25
Py – Fransa 825

R

Raimondo 674
Ramirez Sanchez 561
Rasmussen 4, 29, 446
Rayner 58
Rees 35, 539, 540
Refah Partisi ve Diğerleri 191, 441
Rekvenyi 449
Reuther 563
Revert ve Legallais 123
Rimer ve Diğerleri 55
R.K. ve A.K. – Birleşik Krallık 47
Roemen ve Schmit 51, 52, 210
Roman 4, 541, 542, 607, 609, 611, 770, 821
Rotaru 6, 46
R.R. – Polonya 23
RTBF – Belçika 228
Ruano Morcuende 58
Rusya Komünist Partisi ve Diğerleri 828

S

Sadak ve Diğerleri 824
Saday 243
Saghinadze ve Diğerleri 652, 654
Salgueiro da Silva Mouta 617
Sallinen ve Diğerleri 9
Salman 608
Salonen 123
Sanders 542

Sanoma Uitgevers B.V 211, 212
Sarıca ve Dilaver 668
Savda 125
Saygılı ve Diğerleri 208
Schalk ve Kopf 8, 540
Schmidt ve Dahlström 447
Schneider 674
Schwizgebel 619
Scoppola (no 3) 820
Scordino 564, 668, 669, 670
Sdruženi Jihočeske Matky 184
Segerstedt-Wiberg ve Diğerleri 6
Sejdic ve Finci 821
Sevgi Kurtulmuş 615
S. – Fransa, no. 13728/88 58
Sheffield ve Horsham 540
Shimovolas 12
Shopov 6
S.H. ve Diğerleri 21, 23
Sidabras ve Dziautas 4, 7, 41, 606
Sidiropoulos ve Diğerleri 437, 443
Silver ve Diğerleri 10, 11, 15, 561
Silvius Magnago ve Südtiroler Volkspartei 825
Sinan Işık 124, 126
Sinan Yıldız ve Diğerleri 678
Sitaropoulos ve Giakoupoulos 819, 820
Skender 770
S.L. – Avusturya 44, 617
Slivenko ve Diğerleri 652
Societe Colas Est ve Diğerleri 11
Sommerfeld 616
Sorensen ve Rasmussen 446
Sosyalist Parti ve Diğerleri 213, 439, 440, 441
Söderback 33
Sporrong ve Lonnroth 659
Stanev 566
Stec ve Diğerleri 604, 613, 654
Stefanec 563
Sté Plon 207
Stjerna 26, 27
Stoll 207, 208
Stran Greek Refineries ve Stratis Andreadis 652, 663
Stretch 655
Stübing 5, 16, 17, 43
Sukhovetskyy 822
Sulak 765
Sunday Times 11, 12, 226, 227, 242
Sunday Times (no 2) 226
Sürek (no 1) 196, 198, 207
Sürek (no 3) 198
Sürmeli 568
S ve Marper 6
Swabe 209
Şahin 122, 131, 132, 136, 137, 140, 227, 616, 764, 765
Şener 197
Şen – Hollanda 49
Şerif 129, 136
Şerife Yiğit 8, 541
Singh 134
Smith ve Grady 5, 44
Storck 6

T

Tammer 233
Tanase 823
Társaság a Szabadságjogokért 184, 185
Taşkın ve Diğerleri 4, 9, 56
Tatar 57
Tatlav 191, 194, 195
Temel ve Diğerleri 770
Terazzi SRL 661
Ternovszky 7, 13
Thlimmenos 604, 605
Thorgeir Thorgeirson 184, 209, 226
Tillack 210
Timciuc 42

Timichev 608, 610
Todorov 653
Tre Traktörer AB 675
Trouche 58
Tuquabo-Tekle ve Diğerleri 49
Turan Çakır 611
Turgut ve Diğerleri 55, 569, 570, 669
Tüm Haber Sen ve Çınar 449
Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri 441
Türkiye Sosyalist Partisi 441
Tysiac 2, 3, 23

U

Ulusal Polis Sendikası 446
Uzun – Almanya 6, 12, 13, 17, 18
Ülkede Gündem 187, 884
Ülke 124, 196, 438
Ümmühan Kaplan 569
Ünal Tekeli 4, 27, 28, 612
Üner 48, 49

V

Valsamis 766
Van der Heijden 8
Van der Mussele 652
Van Kück 613
Vasilopoulou 663
Vearncombe ve Diğerleri 58
Vereinigung Demokratischer Soldaten Österreichs und Gubi 220, 221
Verein "Kontakt-İnformation-Therapie" ve Siegfield Hagen 122
Vereniging Weekblad Bluf 229
VgT Verein gegen Tierfabriken 213
Vilho Eskelinen ve Diğerleri 652, 654
Vo - Fransa 566
Vogt 219, 220, 429, 438, 442, 446
Von Maltzan ve Diğerleri 670
Voskuil 210, 211
Vördur Olafsson 448

W

Wasmuth 127
W. – Birleşik Krallık 9
Weller 616
Wendenburg ve Diğerleri 653
White – İsveç 4, 41
Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH 9, 52, 53, 212
Willis 604
Wilson ve Gazeteciler Ulusal gazeteciler Birliği ve Diğerleri 447
Wingrove 155, 160
Wintersberger 605

X

X. – Almanya 123
X – Belçika 765
X - Birleşik Krallık 229
X Derneği – İsviçre 213
X. – Finlandiya 13, 14
X. – Hırvatistan 32
X. – Türkiye 617
X. ve Diğerleri – Avusturya 545
X ve Y – Birleşik Krallık 765
X ve Y – Hollanda 1, 2, 3, 40
X, Y ve Z – Birleşik Krallık 8

Y

Yağmurdereli 196
Yanaşık 765
Yazar ve Diğerleri 440, 441
Y.C. – Birleşik Krallık 47, 48
Yehova Şahitleri Gldani Cemaati ve Diğerleri 611
Yetiş ve Diğerleri 665, 666
Y.F. – Türkiye 3
Yılmaz – Almanya 49
Young, James ve Webster 429, 446

Yumak ve Sadak 817, 818, 825, 826
Y.Y. – Türkiye 36

Z

Zana 201
Zarb Adami 604, 609, 612
Zdanoka 819, 820, 821
Zeibek 614
Zekai Tanyar ve Diğerleri 128, 139
Zhigalev 652
Zur Zeit 42
Z ve Diğerleri 566