

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ'NİN 6. MADDESİNİN UYGULAMA ALANI

Kerem ALTIPARMAK*

Usulüne uygun bir şekilde onaylanarak Türk hukukunun bir parçası haline gelen Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Sözleşme) kuralları iç hukukta doğrudan uygulanabilirlik imkanına da sahiptir. Ancak Sözleşme'deki kurallar genelde soyut ifadeler içerdiğinden, bu ifadelerin somutlaştırılması Strasbourg organları, yani Avrupa İnsan Hakları Divanı (Divan) ve Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon) yorumlarıyla mümkün olmuştur.¹ Gerek iç hukukta bu anlamlara aykırı mevzuatın düzeltilmesi, gerekse Sözleşmeye açıkça aykırı olmayan mevzuatın, yargı organları tarafından "Sözleşmeye Uygun Yorum" metodu ile yorumlanması bu içtihatın bilinmesine bağlıdır.

Biz bu çalışmada, kısaca Sözleşme'nin en çok başvuru konusu olan 6. maddesinin hangi hallerde uygulanacağı hakkında bilgi sunmaya çalışacağız. Hukukumuz açısından konunun önemi birkaç noktada ortaya çıkmaktadır. Ama sorunun özellikle idari yargıda görülen davalar açısından önem arzettiğini de ekleyelim. Aşağıda görüleceği gibi 6. maddede düzenlenen doğru yargılanma hakkına ilişkin güvenceler² ancak "cezai alanda bir suç isnadı" veya "medeni hak ve ödevle ilgili bir nizanın bulunması halinde söz konusu olabilecektir. Bu halde;

● Ülkemizde yargı yolunu kapatan yasal ve anayasal kurallar 6. maddeye aykırı olacak mıdır?

* A.Ü Siyasal Bilgiler Fakültesi İnsan Hakları Bilim Dalı Araştırma Görevlisi

¹ Ek 11. Protokol uyarınca getirilen değişiklikten sonra Sözleşmenin tek denetim organı olarak Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kalacaktır. Ek Protokol 1 Kasım 1998 günü yürürlüğe girecektir.

² 6ş1'in sağladığı güvenceler şu şekilde sıralanabilir: Mahkeme önünde hak arama hürriyeti; kanuni, müstakil ve tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma hakkı; makul bir süre içerisinde yargılanma hakkı; aleni olarak yargılanma hakkı; silahların eşitliği ilkesi. Ayrıca maddenin 6ş2 ve 3 hükümleri ceza yargılamasına ilişkin güvenceler sağlamaktadır.

● İdari yargıda görülen davalar medeni hak ve ödev veya cezai isnad kapsamına dahil görülürse, idari yargılama usulümüz 6. maddedeki güvenceleri sağlamaya yeterli midir?

● Hukukumuzda disiplin cezası olarak kabul edilmekle birlikte, Sözleşmeye göre ceza hukuku anlamında bir ceza sayılabilecek yaptırımlar var mıdır? Eğer varsa, Anayasamızdaki ceza kavramını bu doğrultuda yorumlayarak bu hükümlerin iptalini sağlamak mümkün olabilir mi?

● İdari yargıda görülmekle birlikte, 6. madde kapsamına giren uyuşmazlıklarda maddenin güvencelerinin sağlanması için doğrudan Sözleşme hükümleri uygulanabilir mi?

Biz bu çalışmada tüm bu soruların doğrudan cevabını vermeyi makalenin hacmi nedeniyle uygun görmüyoruz; buna mukabil, verilen bilgilerin anılan ve benzeri sorunların çözümünde gözönünde tutulması gerektiğini düşünüyoruz.

I. Doğru yargılamanın Sözleşme Açısından Önemi

Sözleşmenin doğru yargılama kurallarını düzenleyen 6. maddesi, 5. madde ile birlikte en kapsamlı maddesidir. Ancak bunun da ötesinde, 6. madde, gerek iç hukukta, gerekse Strasbourg organlarında en çok başvuru hukümü olma ve diğer hakların korunması için "olmaz ise olmaz" niteliğiyle Sözleşme sisteminde çok önemli bir işlevi yerine getirmektedir.³

6. Maddenin işlevi ve Sözleşme açısından önemi, Divanca diğer kavramlarla olan ilişkisi irdelenirken açıkça ortaya konmuştur. Hukukun üstünlüğü ve demokrasinin işletilmesi, doğru yargılama ilkesinin başlıca varlık sebepleridir. Nitekim *Salabiaku* kararında, doğru yargılama hakkını korumaya alırken amaçlananın hukukun üstünlüğünün temel ilkesinin sözleşmeye dahil edilmesi olduğu açıkça belirtilmiştir.⁴ Divan, *Golder* davasında da, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin (VAHS)⁵ 31-33. maddelerinde belirtilen ilkelere⁶ dayanarak, Sözleşme'nin başlangıç bölümünde bahsedilen "...hukukun üstünlüğü" ortak mirasına atıfta bulunmuş ve 6. Maddeyi bu kavramın somutlaşması olarak değerlendirmiştir.⁷ *Sunday Times* kararında da, 6.

³ Komisyona yapılan başvuruların birçoğunda diğer haklarının ihlal edilmesinden şikayet edilmesi yanında, bu ihlalin gerçekleşmesinde uygulanan usulün de Sözleşmeye aykırılık teşkil ettiğinden yakınılmaktadır.

⁴ *Salabiaku* kararı, 7.10.1988, Seri A. 141-A, s. 10, § 28; *Sunday Times* kararı, 26.4.1979, Seri A. 30, s. 34, § 55.

⁵ Sözleşmenin Türkçe metni için bkz. Gündüz Aslan, *Milletlerarası Hukuk ve Milletlerarası Teşkilatlarla İlgili Temel Belgeler*, Beta yayınları, İstanbul, 1987., s. 115 vd.

⁶ VAHS'nin 31/2. Maddesi bir andlaşmanın yorumunda andlaşmanın girişinin dikkate alınması gerektiğini düzenlemektedir.

⁷ *Golder* kararı, 21.2.1975, Seri A. 18, s. 16, § 34. Yine aynı kararda Divan, Maddeyi yorumlarken "Medeni ülkelerce tanınmış hukukun genel ilkelerinin dikkate alınması gerektiğini" belirtmiştir. Aynı yerde, s. 17, § 35.

Maddenin Sözleşmede "merkezi bir yere" sahip olduğunu ve hukukun üstünlüğünü yansıtan bir hüküm olduğunu belirtmiştir.⁸

Strasbourg organlarının belirttiği gibi doğru yargılama güvencelerinin hayata geçirilmesi, demokrasinin de vazgeçilemez şartlarından biridir. Divan özellikle demokratik bir toplumda doğru yargılamanın önemini ısrarla vurgulamakta⁹ ve demokratik bir toplumda, Sözleşme'nin 6. maddesinin dar bir şekilde yorumlanmasının mümkün olmadığını belirtmektedir¹⁰.

Medeni Hak Ve Ödev Kavramı¹¹

Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrası, maddenin diğer fıkralarından farklı olarak sadece cezai ithama ilişkin sorunlara değil aynı zamanda medeni hak ve ödevlere ilişkin nizalara da uygulanacaktır. Yukarıda da belirtildiği gibi 6§1. maddedeki tüm güvenceler açısından ortada ya bir medeni hak ve ödevle ilişkin bir nizanın ya da bir cezai isnadın bulunması gerekir.

Bir hakkın veya ödevin medeni nitelikte olup olmadığını belirlemek açısından iki farklı yaklaşım söz konusu olabilecektir. Bunlardan birincisi bir hakkın iç hukukta nasıl değerlendirildiğine bakmak, ikincisi ise kavrama iç hukuktan bağımsız genel bir anlam vermek olacaktır. Doğal olarak birinci yaklaşım koruma alanının kimi ülkelerde daha geniş kimilerinde ise daha dar olması sonucunu doğuracaktır. Çünkü, atıf (*renvoi*) sistemi benimsendiği takdirde kapsam açısından bir ülkede kamu hakkı olarak nitelendirilebilen bir hakkın bir diğer taraf devlette özel hak olarak isimlendirilmesi mümkün olacaktır.¹² Hatta, böyle bir ayırımın söz konusu olmadığı Ortak-Hukukun (*Common Law*) uygulandığı ülkelerde durumun saptanması çok daha zor olacaktır.

⁸Sunday Times kararı, 26.4.1979, Seri A. No. 30, s. 34, § 55.

⁹Bkz. Pretto kararı, 8.12.1983, Seri A. 71, s. 11-12, § 22; ayrıca Airey kararı, 9.10.1972, Seri A. 32, s. 12-13, § 24; Adolf kararı 26 .3.1982, Seri A. 49, s. 15, § 30; Deweer kararı, 27.2.1980, Seri A. 35, § 44; F.C.B/İtalya kararı, 28.8.1991, Seri A. 208-B, s. 21, § 35.

Divan, Bergers kararında on yıllık içtihatına atıfta bulunarak, toplumun doğru yargılama konusundaki hassasiyetinin Divan içtihatında önemli bir gelişmeye neden olduğunu vurgulamıştır. 30.10.1991, Seri A. 241-B, s. 8-9, § 24.

¹⁰Delcourt kararı, 17.1.1970, Seri A. 11, s. 14-15, § 25; De Cubber kararı , 26.12.1984, Seri A. 86, s. 16, § 30.

¹¹Fıkranın ilgili bölümünün İngilizce metni, 'In the determination of civil rights and obligations...'; Fransızca metni ise '...sur ses droits et obligations de caractère civil,...' şeklindedir.

¹²Fawcett J.E.S, *The Application of The European Convention On Human Rights*, Clarendon Press, Oxford-1987; Harris D.J, O'Boyle M, Warbrick C, *Law of the European Convention on Human Rights*, Butterworths, 1995, s. 175.

Konuyu örneklerle açmak gerekirse; Fransa'da Devletin haksız fiilden sorumluluğu kamu hukukunun bir dalı olarak görülürken, Almanya'da özel hukuk alanında düzenlenmekte, sosyal güvenlik hukukuna ilişkin sorunlarda ise tersi bir uygulama görülmektedir. İş hukuku gibi yeni gelişen dalların ise hangi gruba dahil olduğunu saptamak iyice zor olmaktadır. Harris D.J, "The Application of Article 6(1) of the European Convention on Human Rights to administrative law", *BYIL*, 1974-75, XLVII, s. 183.

Bu yorum yöntemi hem Komisyon hem de Divan tarafından açıkça reddedilmiştir.¹³ Bunun yerine tüm Sözleşmeciler Tarafı tarafından bağlayacak bir 'otonom' kavramın (*notion autonome*)¹⁴ uygulanması tercih edilmiştir.¹⁵

Öteden beri benimsediği içtihatı göre Komisyon kavramın "sadece ilgili Yüksek Sözleşmeciler Tarafı için hukukuna göre yorumlanamayacağını, fakat, bunun tersine Yüksek Sözleşmeciler Tarafı tarafından varolan hukuktan bağımsız olarak yorumlanması gereken otonom bir kavram" olduğunu belirtmiştir¹⁶. Komisyon, *Isop* olayında da, başvuru kendisine yapılan hakarete karşı başlattığı ceza usulünde bir medeni hak olup olmadığını değerlendirirken, 6. maddenin uygulanması için iç hukuk düzenlemesinin tek başına belirleyici olamayacağını belirttikten sonra kişinin şahsiyetine karşı yapılan saldırıdan kurtulma ve temiz bir isme sahip olmasının medeni bir hak oluşturduğunu belirtmiştir.¹⁷

Divan da ilk olarak *Ringeisen* kararında¹⁸ "Mevzuatın olayı nasıl değerlendirdiği (medeni, ticaret, idare hukuku vs.) ve olayda yetkilendirilen organın (mahkeme, idari organ, vs.) önemi yoktur" diyerek dolaylı olarak benimsediği 'otonom' medeni hak ve

¹³Bir hakkın veya ödevin medeni olup olmadığını belirlemede iç hukuk tamamen de önemsiz değildir. Özellikle bir hak ya da ödev iç hukukta eğer özel hukukun bir parçası ise, artık bu hak veya ödevin otonom anlamda da bu nitelikte olup olmadığına bakılmayacaktır. P. van Dijk, "Access to Court", *The European System for the Protection of Human Rights*, Ed. Macdonald, Matscher, Petzold, Martinus Nijhoff Publishers, 1993, s. 355. Bunun yanında hakkın içeriğinin saptanmasında da tek aracın iç hukuk düzenlemesi olduğunu unutmamak gerekir. Örneğin bkz. König kararı, 28.6.1978, Seri A. 27, s. 30, § 89.

Sadece özel hukuku ilgilendirmeyen ancak özel hukuk yönü ağır basan uyuşmazlıklar açısından da aynı şeyleri söylemek mümkündür. Bkz. Feldbrugge kararı, 29.5.1986, Seri A. 99, s. 16.

¹⁴Otonom yorum kavramı ve sözleşme içtihatında uygulanmasına ilişkin diğer örnekler için bkz. Matscher Franz, "Methods of Interpretation of the Convention", *The European System for the Protection of Human Rights*, s. 63 vd.

¹⁵Aynı yorum yönteminin, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 14. maddesinin uygulanmasında da benimsendiğini hatırlatmak gerekir. Nowak Manfred, *U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary*, N.P. Engel Publisher, 1993. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (İHK), rapor sistemine göre tüm ülkelerden aldığı raporların genel değerlendirmesinde şu ifadeler yer vermiştir: "...taraf Devletler için 'cezai isnad' ve 'davadaki hak ve ödev'in kendi iç hukuklarıyla ilişkili olarak neden o şekilde yorumlandığı konusunda detaylı bir şekilde açıklama ödevi getirmektedir." *General Comment 13/21*, n. 3, bkz. Mc Goldrick Dominic, *The Human Rights Committee Its Role in the Development of The International Covenant on Civil and Political Rights*, Clarendon Paperbacks, Oxford, 1994, s. 398; *The Protection of Human Rights in the Administration of Justice*, ed. M. Charif Bassiouni, Transnation Publishers Inc. 1994 Geneva.

¹⁶Başvuru no. 1931/63, YB XII, (1969), s. 212, 227'de.

¹⁷Başvuru no. 808/60, YB V, (1962), s. 122.

¹⁸*Ringeisen* kararı, 23.6.1973, Seri. A. 13, s. 39, § 94. Aynı yönde, *Sramek* kararı, 22.10.1984, Seri. A. 84, s. 17, para 34; *Helmers* kararı, 29.10.1991, Seri. A. 212-A, s. 14, para 29-30.

ödev anlayışını, *König* kararı ile birlikte net bir şekilde ortaya koymuş ve "...bunun aksine bir çözümün sözleşmenin konusu ve amacıyla bağdaşmayacak sonuçlar doğurabileceğini" belirtmiştir¹⁹. Kısacası bir hakkın medeni olup olmadığı yargılayan mahkeme veya kuruma, davanın taraflarına vs. bağlı olmaksızın doğrudan hakkın niteliğine göre saptanacaktır.²⁰

Böyle olmakla birlikte bu yorum yöntemi de sorunu çözmeye yeterli olmamakta bunun tam tersine otonom kavramın içeriğinin ne olması gerektiği gibi bir yeni sorunu beraberinde getirmektedir.²¹ Bu otonom kavramın sınırlarının çizilmesinde hangi kriterlerin dikkate alınacağı halen tartışma konusu olup, Divan'ın yorumu eleştirilere muhatap olmaktadır.

A. Medeni Hak ve Ödev Kavramının Kapsamı

Strasbourg organları, medeni hak ve ödev kavramının soyut bir tanımını yapmaktan kaçınmış, bunun yerine her olayın özelliklerine göre karar vermeyi tercih etmiştir.²²

Özel hukuka ait olan sorunlar açısından bir sorun söz konusu olmamaktadır. Ticaret ilişkilerinden²³, aile hukuku ilişkilerinden²⁴, haksız fiilden kaynaklanan tazminat istemlerinden²⁵, sigorta hukukundan²⁶, iş hukukundan²⁷, sözleşme hukukundan ve medeni hukukun²⁸ diğer dallarından kaynaklanan tüm uyumsuzlukların 6. maddenin kapsamına girdiğine şüphe yoktur.²⁹ Bugüne kadar Divan, medeni hak ve ödev

¹⁹König kararı, 28.6.1978, Seri A. 27, s. 29-30, § 88. Ayrıca bkz., Benthem kararı, 23.10.1985, Seri A. 97, s. 16.

²⁰Harris, a.g.m., s. 161.

²¹Yargıç Matscher, Öztürk kararında yazdığı karşıoyda böyle bir yorumun beraberinde ne gibi çıkmaz yollar taşıdığını belirtmektedir. Öztürk kararı, 21.2.1984, Seri A. 73, Matscher karşıoy, § 2.

²²Benthem kararında Divan otonom medeni hak ve ödev kavramını yapmaktan, Komisyon'un teklifine rağmen kaçınmıştır ve tüme varım yöntemini tercih etmiştir. Bkz. Benthem kararı, Seri A. 97, § 34. Ayrıca bkz. König kararı, 28.6.1978, Seri A. 27, s. 32, para 95; H/Belçika kararı, 30.11.1987, Seri A. 127, s. 58, § 77-78.

²³Örn., Barthold/FRG, Başvuru no. 8734/79, DR 26, s. 145.

²⁴Örn., Airey kararı, 9.10.1979, Seri A. 32; Rasmussen kararı, 28.11.1984, Seri A. 87.

²⁵Örn., Axen kararı, Seri A. 72; Golder kararı, 21.2.1975, Seri A. 18.

²⁶Örn., Feldbrugge kararı, 29.5.1986, Seri A. 99; Deumeland kararı, 29.5.1986, Seri A. 100.

²⁷Örn. Bucholz kararı, 6.5.1981, Seri A. 42.

²⁸Örn., miras hukukuna ilişkin, Bralemid and Malström, Başvuru no. 8588/79 ve 8589/79, DR 38, s. 18; taşınmaz mülkiyetine ilişkin, Pretto and Others kararı, 8.12.1983, Seri A. 71; kira hukukuna ilişkin, Langborger kararı, 22.6.1989, Seri A. 155.

²⁹Gölcüklü Feyyaz, Gözübüyük Şeref, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması, Turhan Kitabevi, Ankara-1994, s. 208; Harris, a.g.m., s. 164. Bkz. başka örnekler, Sporrang and Lönnroth kararı, 23.9.1982, Seri A. 52; Guincho kararı,

kavramının özel hukukla aynı anlama gelip gelmediğini ya da özel hukuk dışında bir hakkı kapsayıp kapsamadığı sorusunu açık tutmakla birlikte³⁰ birçok kararında özel (*private*) ve medeni (*civil*) aynı anlamda kullanarak³¹ medeni haktan anladığının özel hukuktan kaynaklanan haklar olduğunu ortaya koymuştur.³² Bir başka deyişle özel hukuk karakteri taşımayan uyuşmazlıklarda 6§1'e aykırılıktan söz etmek mümkün gözükmemektedir.

Bu nedenle asıl sorun kamu hukuku niteliğinde görülebilecek haklar ve ödevler için ortaya çıkmaktadır. Özellikle idare hukukuna ilişkin uyuşmazlıklarda 6§1'in ihlali edildiği ileri sürülebilecek midir? Ceza usulü dışındaki kamu hukuku uyuşmazlıklarının 6/1. maddedeki güvencelerden hangi durumlarda yararlanabileceği Sözleşme içtihatında önemli bir yer tutmaktadır. Bu sorununun çözümünde gelinen noktayı saptayabilmek için Sözleşmenin hazırlık çalışmaları ile Divan ve Komisyonun içtihatlarına kısaca bir göz atmak yararlı olacaktır.

1. Hazırlık Çalışmaları (Travaux Préparatoires)

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesine (VAHS)³³ göre eğer terimlerin doğal anlamlarından (md. 31) yorum için yeterli bir sonuca ulaşılmıyorsa, hazırlık çalışmaları ve sonucunun oluşturacağı durumların da dikkate alınacağı ek unsurlara başvurulabilir (md. 32). Uluslararası sözleşmeler çoğunlukla zaman içinde önemli değişikliklere uğramakta, hazırlandıkları günkü anlamın ötesine geçmektedirler³⁴; ancak Sözleşmelerin muğlak kalan ifadelerinin açılmasında hazırlık çalışmalarının önemli bir yeri olduğu da unutulmamalıdır³⁵.

10.7.1984, Seri A. 81; Lithgow And Others kararı, A. 102, 8.6.1986; Lechner And Hess Kararı, A. 118, 23.4.1987; Martins Moreira kararı, A. 143, 26.10.1988; Union Alimentaria Sanders Sa Case Kararı, A. 157, 7.7.1989.

³⁰König kararı, 28.6.1978, Seri A. 27, s. 32; Le Compte, Van Leuven and De Meyere kararı, Seri A. 43, s. 22. Aslında medeni hakların özel haklar anlamına gelmediği ifadesi ile ne demek istendiği tam açık değildir. Bu ifadeden, en azından sözleşmede yer alan kamu haklarının medeni hak kapsamında değerlendirildiği sonucuna ulaşılabilir. Divan bu ifadesini geri almamakla birlikte Le Compte, Van Leuven and De Meyere kararından beri tekrar tartışmamıştır. Harris D.J, O'Boyle M, Warbrick C, a.g.e, s. 175.

³¹Aynı yerde, s. 31-32, para 22; Ettl and Others kararı, 23.4.1987, Seri A. 117, s. 16; Erkner and Hofauer kararı, 23.4.1987, Seri A. 117, s. 60; Poiss kararı, 23.4.1987, Seri A. 117, s. 102.

³²Van Dijk, Van Hoof, s. 295-296.

³³Divan, uluslararası hukukun genel kurallarını kodlaştırdığı için daha yürürlüğe girmeden, Viyana Andlaşmalar Hukuk Sözleşmesine atıfta bulunmuştur. Golder kararı, 21.2.1975, Seri A. 18, para 29-36.

³⁴Özellikle, Divan'ın Tyrer kararında belirlediği ilkeyi burada anmak gerekir. Buna göre Sözleşme günün şartlarına göre yorumlanması gereken canlı bir belgedir. 25.4.1978, Seri A. 26, s. 15, § 31. Ayrıca bkz. Airey kararı, 9.10.1979, Seri. A. 32, s. 15, para 32.

³⁵Bir sözleşmenin hazırlık çalışmalarına göre yorumda bulunmak aslen yardımcı bir yorum yöntemidir. Bununla birlikte, özellikle bir anlaşmanın anlamı açık olmadığı

6. maddenin kapsamının saptanmasında hazırlık çalışmalarının yeri hem Komisyonda hem de Divanda birçok kez incelenmiş ve farklı fikirler savunulmuştur. Komisyon *Ringeisen* olayında bu çalışmaların sınırlandırıcı yorum gerektirdiğini belirtirken³⁶, Divan'ın *König* kararında karşıoy sahibi *Matscher* bu çalışmaların konuya hiçbir açıklık getirmediyini belirtmiş³⁷, *Feldbrugge* ve *Deumeland* kararlarında ise ortak karşıoyda hazırlık çalışmalarına göre sınırlandırıcı bir yorumun zorunlu olduğu ileri sürülmüştür³⁸.

Sorunun ilginç yanı hazırlık çalışmalarına ilişkin yorumların Sözleşmenin hazırlık çalışmaları üzerinde değil, Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinin hazırlık çalışmaları üzerinde yoğunlaşmış olmasıdır. Bunun başlıca nedeni KSHS'nin ilk taslağının 13. maddesinin³⁹, Sözleşmenin 6. maddesi için model olarak alınmasıdır⁴⁰. Ağustos 1949'da Sözleşmenin hazırlık çalışmaları yapılırken, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun o tarihte ulaştığı sonuçlardan yararlanılabileceği düşünülmüştür. Nitekim Avrupa Konseyi Hükümet Uzmanları Komitesi KSHS'nin 13. maddesini ikinci hazırlık toplantısında sunmuştur. Bunun yanında Komite'nin kurulduğu tarihte Bakanlar Komitesinin BM tarafından katedilen noktanın göz ardı edilmemesi konusundaki uyarısını da unutmamak gerekir.⁴¹

takdirde bu çalışmalardan yararlanmak gerekebilir. Pazarıcı, Hüseyin, *Uluslararası Hukuk Dersleri*, 1. Kitap, 3. Baskı, Turhan Kitabevi, Ankara, 1992, s. 194-195.

³⁶ Ayrıca yine Benthem olayında Komisyonda azınlık görüşüne sahip olanlar aynı görüşü benimsemişlerdir. Benthem kararı, 23.10.1985, Seri A. 97, Komisyonun görüşü, s. 37.

³⁷ König kararı, 28.6.1978, Seri A. 27, s. 45. Yargıç *Matcher*'in karşıoyu.

³⁸ *Feldbrugge* kararı, 29.5.1986, Seri A. 99, *Ryssdal*, *Bindschedler-Robert*, *Lagergen*, *Matscher*, *Vincent Evans*, *Bernhardt* ve *Grsings*'in ortak karşıoyları, s. 21 ve 26-27; *Deumeland* kararı, 29.5.1986, Seri. A. 100, aynı karşıoy, s. 33 ve 38-39.

³⁹ KSHS'nin adil yargılanmaya ilişkin güvenceleri taşıyan ilgili maddesi daha sonra 14. madde olarak düzenlenmiş ve kabul edilmiştir. Sözleşme 23 Mart 1976 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

Maddenin resmi olmayan bu çevirisinde medeni niteliği hak ve özgürlüklerin başına getirilmiş olmakla birlikte, İngilizce metinde bu yoktur. İngilizce metin için, bkz. *Human Rights in International Law*, Council of Europe Press, Netherlands, 1995, s. 38-39: 'In the determinationof his rights and obligations in a suit at law...'. Daha önce de belirtildiği gibi Fransızca metinde ise medeni karakterli hak ve ödev kavramı yer almaktadır.

⁴⁰ Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin hazırlık çalışmaları öncesinde Sözleşmenin niteliğine ilişkin olarak iki ayrı görüş savunulmuştur. Sözleşmede güvence altına alınan hak ve özgürlükler de bu iki görüşün uzlaşması sonucu ortaya çıkmıştır. Birleşik Krallık ve Hollanda'nın başını çektiği bir görüşe göre Sözleşme tüm hakları eksiksiz bir şekilde düzenlemelidir; Fransa ve İtalya'nın savunduğu bir diğer görüşe göre ise Sözleşme Evrensel Bildirge'deki genel prensipleri içermelidir. Her iki yaklaşımın da sakıncalarından kaçınmak amacı ile zaten üzerinde Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun ilk hazırlıklarını yaptığı Kişisel ve Siyasal Haklar Sözleşmesinden yararlanma yolu seçilmiştir. *Drzemczewski Z. Andrew, European Human Rights Convention in Domestic Law*, Clarendon Press, Oxford, 1985, s. 8.

⁴¹ Doc. no. 116, para 6. Consultative Assembly, 1st Session, s. 228. Bkz., van Dijk, a.g.m., s. 350.

Anılan düzenleme, sadece İngilizce metninde haklar ve ödevler kelimelerinin başına medeni sıfatı getirilerek Sözleşmenin 6. maddesine aktarılmıştır.⁴² Fransızca metinde ise hiçbir değişiklik yapılmamıştır. Bu değişiklikteki amaç, genel kaniye⁴³ göre İngilizce metni Fransızca metne uydurmaktır.⁴⁴ Sözleşmenin hazırlık çalışmaları hem değişiklik konusunda hem de medeni hak ve ödev kavramıyla ne amaçlandığı konusunda pek açıklık taşımamaktadır.⁴⁵ Bu durumda KSHS'nin hazırlık çalışmalarında yapılan tartışmalar ayrı bir önem kazanmaktadır.

a) Tarihsel Gelişim ve KSHS Hazırlık Çalışmalarındaki Tartışmalar

Doğru yargılama kurallarına ilişkin uluslararası belgelerdeki gelişme güvence kapsamının daraltılması yönünde bir çizgi izlemektedir. Gerçekten de 10 Aralık 1948 tarihli Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Evrensel Bildirgesi'nin (IHEB) 10. maddesi hiçbir şart olmaksızın tüm haklar ve ödevlerde doğru yargılama güvencelerinden yararlanılabileceğini söylemektedir. Bu ifadeden idare hukukundan doğan uyumsuzlukların da tartışmasız madde kapsamına girdiği sonucuna ulaşmak mümkündür.⁴⁶ Ancak, bu düzenlemenin sadece bir bildirge olduğunu ve bağlayıcılık niteliğinin daha sonraki belgeler düzeyinde olmadığını göz ardı etmemek gerekir.

IHEB'le paralel olarak⁴⁷, hazırlıklarına başlanan KSHS'de ise tersi yönde bir gelişmenin söz konusu olduğu görülmektedir.⁴⁸ KSHS'nin doğru yargılamaya ilişkin

⁴²Collected Edition of the Travaux Préparatoires of the European Convention on Human Rights, vol. VII, s. 12, para 6. Ayrıca eski hali için bak. Aynı yerde, vol. V, s. 148. s. 38 § 20.

⁴³Schermers Henry, "The Right To a Fair Trial Under European Convention on Human Rights", *Human Rights for the 1990's*, Robert Blackburn and John Taylor ed., Mansel, London, 1991, s. 60; van Dijk, van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, Kluwer, 1990, s. 298; Fawcett, a.g.e., s. 127.

⁴⁴Yukarıda da belirtildiği gibi Fransızca metinde 'sur ses droits et obligations de caractère civil...' ifadesine yer verilmiştir.

⁴⁵Vijapur P. Abdülrahim, "The Scope of Civil Rights under Article 6 of the ECHR-A Study of the Problem of Right of Access to Courts", *Turkish Yearbook of Human Rights*, TODAIE, Vol. 14, 1992, s. 118.

⁴⁶Rasenack Christian, "'Civil Rights and Obligations' or 'Droits et Obligations de Caractère Civil' Two crucial legal determinations in art. 6 (1) of the European Convention Fort The Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms", *Revue des droits de l'homme /human rights journal*, Vol. 3, s. 1-4 (1970), s. 65. Bkz. RG., 27.5.1949, No. 7217-Düstur III, c. 30, s. 1020.

⁴⁷İlk tasarlarda, KSHS'nin de IHEB'e paralel bir şekilde düzenlenmesi düşünülmüştür. Bu tasarlara için bkz. Van Dijk P., "The Interpretation of 'civil rights and obligations' by the European Court of Human Rights-one more step to take", *Protecting Human Rights: The European Dimension, Studies in honour of Gérard J. Wiarda*, s. 135-136.

⁴⁸Newman F.C, "Natural justice, Due process and the New International Covenants on Human Rights: Prospectus", *Public Law*, (1967), s. 274.

hükümünün hazırlık çalışmasında Fransız ve Mısırlı delegelerce getirilen öneride doğru yargılama güvencelerinin hiçbir önşart olmaksızın tüm haklar ve ödevlere (*droits et obligations/rights and obligations*) uygulanması öngörülmüştür. İlk taslak bu haliyle bir anlamda İHEB ile paralel bir düzenlemedir.

Ancak sunulan önerinin hemen akabinde, çeşitli ülke delegeleri bu düzenlemeye karşı çıkmışlar ve orijinal teklif değişmiştir. Danimarka delegesi Sørensen teklifin bu şekilde kurallaştırılmasına karşı çıkmış, böyle bir düzenlemenin kapsamının çok geniş olacağını ve idari makamların takdir yetkisini kullandığı sorunların bile bu şekilde yargı önüne götürülmesi tehlikesinin ortaya çıkabileceğini belirtmiştir. Sørensen, daha sonra teklif sahiplerine teklifin sadece bireyler arasındaki uyumsuzluklara özgü kalıp kalamayacağını, devletle olan uyumsuzlukların kapsam dışına çıkarılıp çıkarılmayacağını sormuştur.⁴⁹ *Feldbrugge ve Deumeland* kararlarında karşıoy yazan yargıçlara göre Fransız delegesi Cassin'in teklifinde yaptığı değişiklik bu eleştiriye dayanmaktadır ve teklifini isteme uygun olarak medeni karakterli haklar ve ödevlerle sınıflandırmıştır: *soit des contestations sur ses droits et obligations de caractère civil*.

Ancak Van Dijk tarafından savunulan bir başka görüşe göre, KSHS çalışmalarının 14. madde güvencelerini sınırlandırma amacı söz konusu değildir. Bu görüş, Birleşik Devletler delegesi Bayan Roosevelt'in medeni haklar ve ödevler yerine 'medeni dava' teriminin getirilmesi teklifinin⁵⁰ reddine dayanmaktadır. Roosevelt, bu teklifinde vergi ve askerlikle ilgili olanlar gibi bir çok medeni hak ve ödevin mahkemelerden çok idari organlarca çözümlendiğini ancak orijinal teklifin tüm haklar ve ödevlere ilişkin uyumsuzlukların mahkemeler tarafından çözümlenmesi sonucunu doğurduğunu ileri sürmüş, bu nedenle 'medeni dava' teriminin kullanılmasının yerinde olacağını belirtmiştir. Aslında bu teklifte de askerlik ve vergi ile ilgili uyumsuzluklar *medeni haklar* olarak görülmüş⁵¹, ancak bunlar açısından bir sınırlama getirilmesi talep edilmiştir. Bu istem, Kıta Avrupası hukukunu uygulayan ülkelerin temsilcileri tarafından kabul görmemiştir. Cassin 'medeni dava' kavramındaki medeni kelimesine neden karşı çıktığını anlatırken; bu ifadenin kabulü halinde mali, idari ve askeri sorunlara hükümün uygulanamayacağını belirtmiş ve böyle bir durumun kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

⁴⁹E/CN. 4/SR. 109, s. 3-4. Bkz. Deumeland kararı, 29.5.1986, Seri. A. 100, karşıoy, s. 38-39, para 21; van Dijk, a.g.m., s. 349, Sperduti, Komisyonun F.M/İtalya davasındaki görüşüne farklı gerekçeli kabul oyu yazısı, 20.2.1992, Seri A. 245-A, s. 14-17. Aynı yönde, Harris, a.g.e, s. 177-180.

³¹ Deumeland kararı, 29.5.1986, Seri. A. 100, karşıoy, s. 39, para 21.

⁵⁰İHEB'deki geniş düzenlemeden sonra KSHS için Birleşik Devletlerden gelen bu teklife Newman şu şekilde yaklaşmaktadır: "BD delegasyonu şöyle mi demektedir? Küresel bir propaganda yaparken herkese doğru yargılanma hakkını vermeye tamam ama gerçekçi olalım en azından Birleşik Devletlerde biz tam olarak bu hakkı tanımıyoruz". Newman, a.g.m, s. 306.

⁵¹Dikkat edilecek olursa Roosevelt'e göre medeni hak ve ödev kavramı, askerlik ve vergi gibi kamu hukukunun konusunu oluşturan ödevleri de kapsamaktadır. Harris, Roma'da Sözleşme çalışmaları sırasında Amerikan teklifindeki *medeni* kavramının özel hukuk anlamında anlaşılmadığı kabul edildiği takdirde, artık Sözleşmeyi hazırlayanların amacının sınırlama olmadığını savunmanın mümkün olduğunu belirtiyor. Gerçekten de amaç, özel hukukla sınırlandırılmak değil de sadece mahkemelerdeki davalarla sınırlandırma olarak kabul edilirse medeni=özel hukuk anlayışı savunulamaz hale gelecektir. Harris, a.g.m., s. 179-180.

Bunun sonucu olarak da Amerikan teklifi, bir davadaki haklar ve ödevler (*his rights and obligations in a suit at law*)⁵² olarak değiştirilmiş ve kabul edilmiştir.⁵³ Yazar, Danimarka delegesinin yaptığı itirazın da İngilizce metne medeni ekinin gelmesine neden olmadığını, Cassin'in daha sonraki ifadelerinden de kişilere idari yetkililer karşısında maksimum garantinin sağlanmak istendiği anlamının çıktığını savunmaktadır.⁵⁴ Bu görüş Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun 6. dönem toplantısında kabul edilen görüşle de örtüşmektedir: Buna göre, ilgili maddedeki ifade tüm uyumsuzluklara uygulanmalıdır: "son tahlilde, Sözleşmedeki tüm hakların uygulanması adaletin tam anlamıyla yerine getirilmesi ile mümkündür."⁵⁵

Her iki görüşün de savunulabilir yönleri olduğu açıktır. Bununla birlikte, gelişim çizgisi içinde bakıldığında hem KSHS'de hem Sözleşmede İnsan Hakları Evrensel Bildirgesinde öngörülenden farklı bir metnin ortaya konmaya çalışıldığı kesindir. Her ne kadar, KSHS'de Amerikan teklifi daha sonra kabul edilmediyse de ortaya çıkan uzlaşma metninin de ilk metne bir değişiklik getirdiği açık gözükmektedir. Bunun yanında, yapılan değişiklikte hangi amaca ulaşılacak istendiği pek açık değildir. Kanımca hazırlık çalışmalarından medeni hak ve ödev ifadesinin sınırlandırıcı bir ifade olmadığı sonucuna ulaşmak zorlama bir çıkarım olacaktır.

Sözleşmeye göre İngilizce ve Fransızca metinler aynı derecede geçerliliğe sahiptir. (Sözleşme md. 64/4). Komisyonun "Herhangi bir yorumda Sözleşmeci Devletlerin iç hukukunun da mutlaka göze alınması gerektiği" içtihatı⁵⁶ ışığında her iki hukuk sistemi açısından medeni hak ve ödev kavramının ne anlama geldiği büyük önem kazanmaktadır. Ancak, İngiliz ve Fransız hukuk kültürlerindeki farklılık kavramı daha belirsiz hale gelmektedir.

Anglo-Amerikan hukukunda, medeni haklar⁵⁷ (*civil rights ya da liberties*) bir çok kamu hakkını da içine alan ve civil liberties (medeni özgürlükler) şeklinde kullanıldığı zaman doğal hukukla birleşme haline giren bir kavram olarak kullanılmaktadır. Bir başka deyişle bu hukuk sisteminde kamu hakkı medeni hakkın bir karşıtı olarak görülmemektedir.⁵⁸

⁵²Amerikan delegesinin teklif ettiği değişiklik kabul edilmemekle birlikte, suit at law ekinin getirildiğini belirtmiştik. Suit at law kavramının Anglo-Amerikan hukukunda idari takdir yetkisine karşı kullanılan bir kavram olduğunu belirtmekte fayda vardır. Bkz. Gomien D., Harris D., Zwaak L., *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, 1996, s. 177.

⁵³Van Dijk, "Access to court", s. 348-349. Bkz. E/CN.4/SR. 107, 2.6.1949, s. 2.

⁵⁴Aynı yerde, s. 349.

⁵⁵Fawcett, a.g.e, s. 128.

⁵⁶Başvuru No. 1931/63, Y.B. 7, s. 233.

⁵⁷Bu kavramı Sözleşme metnine uygun olarak medeni hak olarak çevirdik. Ancak Kapani'nin belirttiği gibi "Yurttaşlık hakları" şeklinde bir çeviri en azından Anglo-Amerikan hukuku açısından daha doğru olacaktır. Bkz. Kapani Münci, *Kamu Hürriyetleri*, 7. Baskı, Yetkin Yayınları, Ankara, 1993, s. 13.

⁵⁸Rasenack, a.g.m., s. 59-62.

Kıta Avrupası ve Fransız hukuku açısından ise farklı bir durum söz konusudur. Bilindiği gibi Kıta Avrupası hukuku Roma hukukunun yoğun etkisi altında kalmıştır. Bu etkiye rağmen, zaman içerisinde *corpus iuris civilis*'in birçok bölümü kullanışsız hale gelmiştir. Bunun sonucu olarak da medeni hukuk (*droit civil*), özel hukuk (*droit privé*) haline gelmiş ve *ius civile*'nin kamu hukuku çıkarılmış kısmı olarak değerlendirilmiştir. Özel hukuk tarafından düzenlenmeyen alan ise kamu hukuku (*droit public*) olarak isimlendirilmiştir. Fransız hukukunda medeni hak ve ödev kavramının kapsamına devletin devlet olmaktan doğan imtiyazlarını kullandığı uyuşmazlıklar girmemektedir.⁵⁹ Özellikle dar yorum benimsendiğinde, bu durum da medeni hak ve ödev kavramının bir kısım kamu hukuku nitelikli uyuşmazlıklara uygulanamayacağını ortaya koymaktadır.⁶⁰ Fransızca metnin baştan itibaren değişmemiş olması dar yorumun daha doğru bir yaklaşım olacağı düşüncesinin savunulmasına neden olmuştur.⁶¹

Düzenleme bu şekilde muğlak oldukça⁶², medeni hak ve ödev kavramının kapsamına ilişkin tartışmaların bir netliğe kavuşacağını söylemek zor görünmektedir.⁶³

⁵⁹ Aynı yerde, s. 63-65.

⁶⁰ Rasenack bu durumda dar yorumun benimsenmesi gerektiğini belirtmektedir, s., 72.

⁶¹ Fawcett, a.g.e., s. 135. Komisyona göre her iki metnin de otantik özelliği göz önünde tutulduğunda eğer bir belirsizlik söz konusu olursa daha açık ifadelerle sahip olana gitmek gerekir ki; tartışma konusu düzenlemede bu açıklık Fransızca'da vardır. Hazırlık çalışmalarından da imzacı tarafların Fransızca metni tercih ettikleri anlaşılmaktadır. Harris, a.g.m., s. 172.

Bununla birlikte Sözleşmenin yorumunda geleneksel uluslararası hukuk kurallarından ayrılınması gerektiği de savunulmaktadır. Bu görüşe göre yasa anlaşma (*law-making treaty*) ile, akit-anlaşma (*contractual*) niteliğindeki birbirinden ayırmak gerekir. İkinci grup sözleşmelerde belirsizlik bulunması halinde yorum taraf devlete en az yük yükleyecek şekilde olmalıdır. Hukuk yaratan sözleşmelerde ise tam aksi bir yorum yöntemi izlenmelidir. Nitekim Divan 8-11 maddelerin sınırlandırıcı hükümlerini mümkün olduğunca dar yorumlamaktadır. Bkz. Matscher, a.g.e, s. 66. Bu görüş açısından bakıldığında İngilizce metnin tercih edilmesi de düşünülebilir. Farklı bir görüş için bkz., Yargıç Vendross'un Golder kararında, Fitzmaurice'in Golder ve Marckx kararlarındaki karşı oyları.

⁶² Ame.IHS'de bu belirsizlikten kaçınabilmek için, herkesin, medeni, iş, mali veya başka nitelikte haklar ve ödevlerinin adil yargılanma hükümlerinden yararlanabileceği düzenlenmiştir. (Ame.IHS, Mad. 8 § 1).

⁶³ Schermers, 6. maddeye ek bir 6-A hükmü eklenerek idari uyuşmazlıkların da doğru yargılama ilkelerinden yararlanmasını sağlayacak bir düzenleme düşüncesinin bulunduğunu belirtmektedir. Bununla birlikte, bugüne kadar bu yönde bir gelişme olmamıştır. Tabii, böyle bir durumda da uyuşmazlığın hangi hüküm kapsamında değerlendirileceği sorunu ortaya çıkmaktadır. Schermers, a.g.m., s. 61.

Taraf devlet mahkemeleri, medeni hak kavramını Divan içtihatı ışığında yorumlamaya çalışmaktadır. Avusturya, Almanya, Hollanda ve Belçika örnekleri için bkz. Evans Vincent, "The Practice of European Countries Where Direct Effect is Given to the European Convention on Human Rights in Internal Law", *Proceeding of the Colloquy about the European Convention on Human Rights in Relation to other International Instruments for the Protection of Human Rights*, Strasbourg, 1979, Council of Europe, s. 122-123, 151-152 ve 194.

2. Komisyon ve Divan İçtihatında Medeni Hak ve Ödev

Daha önce de belirtildiği gibi Strasbourg organları medeni hak ve ödev kavramının soyut bir tanımını yapmaktan kaçınmışlardır. Özellikle davanın konusu kişiler arasındaki uyumsuzluk değil ve fakat, birey ile devlet arasındaki bir uyumsuzluksa ne zaman 6. madde güvencelerinden yararlanma imkanı olacağı olayın niteliğine göre belirlenmektedir. Bununla birlikte, otonom medeni hak ve ödev kavramının nasıl saptanacağına ilişkin genel ilkeleri Komisyon ve Divan kararlarından çıkarmak mümkündür:

- Hakkın veya ödevin niteliği ve içeriği en başta ele alınması gereken ölçüttür. Hakkın niteliği, onun hukuki düzenlemedeki yerinden daha önemlidir.⁶⁴ *Ringeisen* kararında, hakkın niteliğinin düzenleme ve yargılama şekliyle bağımsız olarak değerlendirileceği açıkça belirtilmiştir.⁶⁵ *H./Fransa* davasında Divan daha açıklıkla sorunu şu şekilde ortaya koymuştur:

"..kamu veya özel olsun tarafların durumunu ve uyumsuzluğun nasıl çözümleneceğini düzenleyen kanunun niteliğini göze almaksızın; usulün sonucunun özel haklar ve ödevler açısından kesin bir sonuç doğurması 6§'in uygulanması açısından yeterlidir."⁶⁶

Bu ilkenin taraflardan birinin Devlet olduğu uyumsuzluklar açısından çok önemli bir yer taşıdığı kesindir.⁶⁷ Benzer bir yaklaşımın Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi (İHK) tarafından da benimsendiği görülmektedir.⁶⁸

- Başvuru konusu uyumsuzluk bir medeni hak veya ödevi ilgilendirmelidir. Bununla birlikte, medeni hak veya ödevin mutlaka davanın ana konusu olması gerekmez. *Ringeisen* olayında, başvuru ile Roth çifti arasında geçen satım sözleşmesinin geçerliliği bu sözleşmeyi Bölge Arazi Satım Komisyonu'nun onaylamasına bağlıdır. Her ne kadar adı geçen Komisyon, idare hukuku ilkelerini uygulamakta ise de, kararın sonucu tarafların medeni hakları üzerinde etkili olacaktır.⁶⁹ Bir başka deyişle ilgili davanın, hakkın veya ödevin varlığı veya yerine getirilmesi hakkında kesin (*decisive*) bir sonuç doğurması ya da etkisinin bulunması yeterlidir.⁷⁰

⁶⁴König kararı, 28.6.1978, Seri A. 27, s. 30, § 89.

⁶⁵Bkz., dn. 68.

⁶⁶H./Fransa kararı, 24.10.1978, Seri A. 27, s. 30, § 47.

⁶⁷Harris, O'Boyle, Warbrick, a.g.e., s. 176.

⁶⁸Y.L./Kanada (112/1981, § 9.2) olayında İHK eski bir ordu mensubunun malülen emeklilik maaşı istemesinin 14. madde kapsamına girip girmediğini değerlendirirken, taraflardan birinin niteliğine veya uyumsuzluğun hangi hukuki alanda düzenlendiğine değil hakkın niteliğine öncelik verilmesi gerektiğini kabul etmiştir. Nowak, U.N. Covenant on Civil and Political Rights CCPR Commentary, N.P. Engel Publisher, 1993., s. 243.

⁶⁹Ringeisen kararı, 23.6.1973, Seri. A. 13, s. 39, § 94.

⁷⁰Wintwerpkararı, 24.10.1979, Seri A. 33, s. 28; Sporrong and Lönnroth kararı, 23.9.1982, Seri. A. 52, s. 30; Bodén kararı, 27.10.1987, Seri. A. 125, s. 41; Ettl and Others kararı, 23.4.1987, Seri A. 117, s. 16; Erkner and Hofauer kararı,

Ancak, dava ile medeni hak veya ödev arasında bağlantı bulunması 6. maddenin her olayda uygulanmasını gerektirmeyecektir. *Le Compte, Van Leuven and De Meyere* davasında Divan, uyuşmazlıkla medeni hak arasındaki 'ilişkinin zayıf olması ya da uzak sonuçların doğması' halinin 6§1 güvencelerini uygulamak açısından yeterli olmayacağını belirtmiştir.⁷¹

Le Compte kararının, özel-kamu hukuku ayrımı açısından bir sınır çizdiği açık olmakla birlikte⁷², medeni hakkın uyuşmazlığın ana konusunu oluşturmasının zorunlu bir unsur olması gerektiği düşüncesi bir çok idari yargı sorununun 6§1. madde şartlarına uygun olarak çözümlenmesi gerektiği sonucunu doğurmuştur.

- Hakkın veya ödevin iç hukukta nasıl değerlendirildiğinin tek başına belirleyici olamayacağını belirtmiştik. Ancak hakkın medeni olup olmadığı saptanırken, iç hukuktaki maddi içeriğine ve etkisine bakılacağından⁷³ bir otonom kavram benimsense bile bir ülke açısından medeni hak olarak nitelenen bir hakkın diğerinde kamu hakkı olarak kabul edilmesi mümkün olacaktır.

Bunun ötesinde Divan, incelemesi sırasında Sözleşmenin amacı ve konusu ile diğer Sözleşmeciler Devletlerde konunun düzenlenmesinin dikkate alınması gerektiğini belirtmektedir.⁷⁴ Divan, bu incelemeyi yaparken tek tip (*uniform*) bir Avrupa kavramı olup olmadığına bakmaktadır. Örneğin *Feldbrugge*⁷⁵ ve *Deumeland*⁷⁶ davalarında, sosyal güvenlik haklarına ilişkin tek tip bir Avrupa kavramının olup olmadığı incelenmiş, böyle bir netlik olmaması karşısında başka kriterlere başvurulmuştur.

23.4.1987, Seri A. 117, s. 60; Poiss kararı, 23.4.1987, Seri A. 117, s. 112; Pudas kararı 27.10.1987, Seri. A. 125, s. 15.

⁷¹*Le Compte, Van Leuven and De Meyere* kararı, 23.6.1981 Seri A. 43, § 47. Bu olayda başvuru yetkili disiplin organları tarafından mesleki faaliyetleri geçici olarak durdurulan doktorlardır. Her ne kadar kararın ilk amacı meslek kurallarının ihlal edilip edilmediğini saptamaksa da bu konuda verilecek kararlar, bir medeni hak olan mesleği icra etme hakkını da doğrudan etkilemektedir.

⁷²*Le Compte* kararındaki yakın ilişki sınırı olmaksızın, sadece kararın medeni hak veya ödevle ilişkisine göre maddenin uygulanması halinde hemen tüm uyuşmazlıkların doğru yargılanma güvencelerinden yararlanması mümkün olacaktır. Örneğin, bir yabancı sınırdışı edilmesi halinde bu kişinin bir iş sözleşmesinin bulunması göze alınarak medeni haklarını etkilediği savunulabilir ve 6§1'in tüm şartlarının uygulanması istenebilir. Bkz. Harris, O'Boyle, Warbrick, a.g.e, s. 190. Ayrıca bkz. Başvuru no. 7902/77, DR. 9, s. 224.

⁷³König kararı, 28.6.1978, Seri A. 27, 30, § 89.

⁷⁴Aynı yerde, s. 30, § 89; bkz. mutatis mutandis, Engel and Others kararı, 23.11.1976, Seri. A. 22, s. 35, § 82.

⁷⁵*Feldbrugge* kararı, 29.5.1986, Seri A. 99.

⁷⁶*Deumeland* kararı, 29.5.1986, Seri A. 100.

Değerlendirme sırasında dikkate alınacak bir diğer husus da; genel objektif prensipler açısından özellikle kişinin davadaki sıfatı ve bulunduğu koşullardır.⁷⁷

- Uyuşmazlığın kişiler arasında ya da birey-devlet arasında olması da tek başına yeterli değildir.⁷⁸ Hatta Devletin egemenlik hakkını kullandığı alanlarda dahi eğer bir medeni hak ve ödevin etkilenmesi söz konusu ise 6. maddenin uygulanması mümkün olabilecektir.⁷⁹ *Sporrong and Lönnroth* kararında, medeni bir hakkın etkilenmesi söz konusu olduğunda, uyuşmazlığın kamu gücünü kullanan bir idare tarafından alınan önlemlerle ilgili olmasının bir önemi olmadığı belirtilmiştir.⁸⁰

- Bir hakkın veya ödevin medeni olup olmadığı belirlenirken kamu hukuku yönünün mü yoksa, özel hukuk yönünün mü ağır bastığı saptanacaktır. Eğer özel hukuk yönü ağır basıyorsa hakkın bir medeni hak olduğuna karar verilecektir.⁸¹ Örneğin *Pudas*⁸² davasında, başvuru İsveç'te taşımacılık işini yürütmek için aldığı ruhsatın yetkililerce iptali üzerine ilgili idari birimlere başvurmuş, bu başvuruların sonuçsuz kalması üzerine yargı yolunun yokluğundan şikayetle Komisyon'a başvurmuştur. Davalı devlet, kamu taşımacılığı işinin İsveç'te kamu hukuku ağırlıklı bir konu olduğunu ileri sürmüştür. Kamu taşımacılığı işinde devletin denetim ödevinin önemini kabul etmekle birlikte Divan, bu özelliğin başvuru sahiplerinin medeni haklarını ortadan kaldırmadığını kabul etmiştir. Son tahlilde, taşımacılık işinin taşıyıcı ile müşterisi arasındaki ticari bir ilişkiye dayanmakta olduğu belirtilmiştir.

Divan benzer bir sonuca *H/Belçika*⁸³ davasında da ulaşmıştır. Başvurucunun doğru yargılanma hakkı ihlal edilerek barodan çıkarılmasına ilişkin yakınmasını değerlendirirken Divan Belçika'daki avukatlık mesleğinin özelliklerini incelemiştir. Buna göre, her ne kadar avukatlık mesleği yargının bir parçası ise de; avukatla müşterisi arasındaki ilişkinin bir özel hukuk ilişkisi olması, müşteri çevresinin bir mülkiyet hakkı

⁷⁷ H/Belçika kararı, 30.11.1987, Seri A. 127, s. 33-34.

⁷⁸ Ringeisen davasında Divan Komisyon ve davalı Devletin her iki tarafın da özel kişi olması gerektiği düşüncesini reddetmiş, Fransızca metindeki medeni karakterli haklar ve ödevlerle ilgili tüm uyuşmazlıklara uygulanma hükmünün iddia edilenden daha geniş bir anlam taşıdığını belirtmiştir. § 94.

⁷⁹ König kararı, 28.6.1978, Seri A. 27, s. 30; Feldbrugge kararı, 29.5.1986, Seri A. 99, s. 12; Benthem kararı, 23.10.1985, Seri A. 97, s. 16; Baraona kararı, 8.7.1987, s. 18. König kararında Divan kişi ile kamu otoritesinin karşılaşması halinde ikincinin "...bir özel kişi gibi veya egemenlik yetkisine dayanarak hareket etmesinin bir önemi yoktur." ifadesini kullanmıştır.

⁸⁰ "6§1'e medeni hakkını kullanmasına haksız olarak engel olunan ve 6§1'e uygun kurulan bir mahkemede bu iddiasını ileri süremeyen kişiler dayanabilir... Uyuşmazlığın kamu gücünü kullanan yetkili bir makamın idari bir önemi ile ilgili olmasının önemi yoktur". Sporrong and Lönnroth kararı, 23.9.1982, Seri A. 52, s. 29 ve son., § 79-83. Ayrıca bkz. Lithgow and Others kararı, 8.7. 1986, Seri A. 102, s. 70. § 192; Phils kararı, 27.8. 1991, Seri A. 209, § 59.

⁸¹ Feldbrugge kararı, 29.5.1986, Seri A. 99, s.16, §40; Deumeland kararı, 29.5.1986, Seri A. 100, s. 25, para 74; H/Belçika kararı, 30.11.1987, Seri A. 127, s. 58, § 77-78.

⁸² Pudas kararı, 27.10.1987, Seri. A. 125-A.

⁸³ H/Belçika kararı, 30.11.1987, Seri A 127.

doğurması, avukatların yargı dışında tavsiye, tahkim, danışmanlık gibi hizmetler de görmesi göze alınarak sorununun özel hukuk yönü daha ağırlıklı görülmüştür.

Kamu yararı da hakkın niteliğinin belirlenmesinde önemli bir unsur olmakla birlikte⁸⁴, sadece sorunda kamu yararının söz konusu olması 6. maddenin uygulanmasını engellemeyecektir. Nitekim bir babalık davasında, Divan davanın sonucundan kamu yararının da etkileneceğini kabul etmekle birlikte, uyuşmazlıkta öncelikle aile hukukuna ilişkin bir sorunun mevcut olduğuna, bu nedenle de ortada bir medeni hakkın bulunduğuna karar vermiştir.⁸⁵ Aynı şekilde, kamu yararı nedeniyle bir mala el konması sonucu ödenecek tazminatın belirlenmesi bir medeni hakka vücut verecektir.⁸⁶

Buraya kadar anlatılan ilkeler ışığında medeni hak ve ödev kavramının içeriğinin bütünüyle saptanmasının mümkün olmadığı yerinde bir eleştiridir. Bununla birlikte, Komisyon ve Divan'ın kendisini bağlayıcı net bir tanımdan kaçındığı söylenebilir. Böyle bir tanım yapmak, Komisyon'un *Benthem* raporunda azınlıkta kalan üyeler tarafından denenmiştir. Azınlık oyu sahibi üyelere göre "Milli hukuk sistemine göre kişisel haklar olan ve genel kişi özgürlüğü alanına giren tüm haklar; profesyonel ya da kanunen izin verilmiş başka bir etkinlik olsun medeni hak olarak görülmelidirler."⁸⁷ Ancak bu görüşü benimseyen üyelere göre kişilerin vatandaş olarak sahip oldukları haklar ve kamu hukukuna ilişkin sorunlar-örneğin kamu hizmeti, mali konular, askeri hizmet, göç sorunları- medeni hak kavramının dışında kalmaktadır.⁸⁸ Bu tanımın da içinde bir çok çelişki barındırdığı ve muğlaklığı gidemediği haklı olarak ileri sürülmüştür.⁸⁹

Her ne kadar Komisyon ve Divan kararlarındaki bu belirsizlik eleştiriye açıksa da, Strasbourg organlarının bugüne kadarki içtihatlarının önemli bir gelişim sağladığı gerçeği de göz ardı edilemez. Bunun yanında her davanın kendi şartları içerisinde değerlendirilmesi önceden öngörülemeyen birçok hak sahibinin 6. maddenin güvencelerinden yararlanması imkanını ortaya çıkarmaktadır.

a) 6 § 1. Madde Kapsamında Görülen Haklar ve Ödevler

i. Belirtilen ilkeler ışığında Strasbourg organları, idare tarafından alınan kararların sonucu olmasına rağmen birçok uyuşmazlığın medeni hak niteliğinde olduğuna karar vermiştir. Bu bağlamda ilk göze çarpan uyuşmazlıklar mülkiyet hakkını etkileyen ve

⁸⁴Komisyon'a göre; "Kamu yararı amacıyla Devletin yüksek yetkisine (*supreme authority*) dayanarak yürürlüğe koyduğu ve özellikle binaların yüksekliği ve bunlara uygulanacak kurallara ilişkin düzenlemeler maliklerle devlet arasında 6/1 anlamında medeni hak ve ödev olarak nitelendirilecek bir ilişki doğurmaz." Başvuru no. 9607/81, DR. 28, s. 248.

⁸⁵Rasmussen kararı, 28.11.1984, Seri A. 87, s. 13. Ayrıca bkz. Garcia/İsviçre, Başvuru no. 10148/82, DR 42, s. 98.

⁸⁶Andorfer Tonwerke, Başvuru no. 7987/77, Kom. Rap.

⁸⁷Melchior ve Frowein tarafından yazılan azınlık oyu için bkz. Benthem, Kom. rap., Seri A. 97, s. 36.

⁸⁸Aynı yerde, s. 37.

⁸⁹Eleştiriler için bkz.. Van Dijk, "Access...", s. 376-377; "The interpretation..." s. 143.

mali sonuçları olan idari kararlardır. Bir taşınmazın satımına izin verme, kamulaştırmadan kaynaklanan tazminat istemleri, toprağın tarıma açılmasına ilişkin karar, piyasadan mal toplatılması kararı, mal idare etme yetkisinin akıl hastasının elinden alınmasına dair karar, patent haklarına ilişkin işlemler, iflase ilişkin kararlar gibi mülkiyeti doğrudan etkileyen kararlar 6/1. maddenin kapsamı içinde görülmektedir.⁹⁰ Bununla birlikte mülkiyet hakkını etkileyen her idari kararın medeni hak olarak değerlendirilmemesi gerektiğini de belirtmek gerekir. Eğer alınan kararda kamu yararı amacı daha ağır basıyorsa 6. maddeye aykırılıktan dolayı bireysel başvuru yapılamayacaktır.⁹¹

ii. Ticari etkinlikte bulunma da bir medeni hak olarak değerlendirilmiş ve idarenin bu tip etkinliklere ilişkin olarak yaptığı işlemlerden doğan uyuşmazlıklar 6/1. maddenin kapsamında değerlendirilmiştir. Örneğin bir restoranın alkollü içki satma ruhsatının iptal edilmesi⁹², kamu taşımacılığı yetkisinin iptali⁹³, muayene⁹⁴ veya özel okul işletme⁹⁵ ruhsatlarının iptali ve bir serbest mesleği icra etmeyi⁹⁶ engelleyecek kararlar doğrudan bir medeni hakkı ilgilendirir kabul edilmiş ve 6. maddeye aykırılıklarının incelenebileceğine karar verilmiştir. Divan *König* kararında devam eden bir ticari etkinlikte yetkinin iptal edilmesi ile yeni verilecek yetki arasında fark bulunduğunu ve ikinci halde 6. maddenin uygulanamayacağını belirtmesine rağmen daha sonraki içtihatı⁹⁷ ile bu düşünceden ayrılmış ve bir ekonomik faaliyete başlamak için yetki talebinin reddinin de medeni hakkı ilgilendirebileceğini kabul etmiştir.

iii. Devletin hukuk dışı eylemlerinden kaynaklanan zararın karşılanması talebi de medeni hak olarak nitelendirilmiştir. *X/Fransa*⁹⁸ davasında, devlet görevlilerinin hatası nedeniyle AIDS hastalığının kapılması karşısında istenen tazminat bir medeni hak olarak değerlendirilmiştir. Uyuşmazlığın Fransız hukuku açısından kamu hukukunun kapsamına

⁹⁰Karar örnekleri için bkz. Gölcüklü, Gözübüyük, a.g.e., s. 209-210 ; Harris, O'Boyle, Warbrick, a.g.e., s. 177-178; Van Dijk, Van Hoof, a.g.e., s. 302-303.

⁹¹Örneğin bir olayda, başvuru Hamburg ili idaresinin bir sokağı genişletme kararı üzerine bahçesinin bir kısmını vermek zorunda kalmıştır. Komisyon yapılan başvuruyu kişinin malı ile ilgili olarak görmemiştir; şikayetçi idari yarıdan idarenin yolları daha güvenli yapmak amacı ile aldığı önlemin iptalini istemektedir ki; uyuşmazlık açıkça kamu hukuku alanına aittir. Başvuru no. 5428/73.

⁹²Tre Traktörer Aktiebolag kararı, 7.7.1989, Seri A. 159.

⁹³Pudas kararı, 27.10.1987, Seri A. 125-A; Axelsson/İsveç, Başvuru no. 12213/86, DR 65, s. 99, taksi işletme ruhsatının iptali.

⁹⁴König kararı, 28.6.1978, Seri A. 27.

⁹⁵Jordebo Foundation/İsveç, Başvuru no. 11533/85, DR 61, s. 92, Rapor.

⁹⁶Doktorluk mesleğine ilişkin König kararı, 28.6.1978, Seri A. 27; Kraska kararı, 19.4.1993, Seri A. 254-B; avukatlığa ilişkin, H/Belçika kararı, 30.11.1987, Seri A. 127; De Moor kararı, 23.6.1994, Seri A. 292-A; mimarlığa ilişkin, Guchez/Belçika Başvuru no. 10027/82, DR 40, s. 100.

⁹⁷Benthem kararı, 23.10.1985, Seri A. 97; Allan Jacobson kararı, 25.10.1989, Seri A. 163; Kraska kararı, 19.4.1993, Seri A. 254-B.

⁹⁸31.3.1992, Seri A. 234-C. Ayrıca bkz. Adler/İsviçre, Başvuru No. 9486/81, DR. 46, s. 36. Rapor; Devlet hastahanesindeki hatadan kaynaklanan dava, H/Fransa, Seri A. 162-A.

girmesi karar üzerinde etkili olmamıştır. Benzer bir yaklaşım *Editions Périscope*⁹⁹ davasında da benimsenmiştir. Adı geçen şirket, idarenin haksız olarak vergi muafiyetünden yararlanma isteğini reddetmesi üzerine ticareti bırakmak zorunda kalmıştır. Divan, zararın tazminine ilişkin davada verilecek olan kararın bir medeni hakkı tespit edeceğine karar vermiştir.¹⁰⁰ Divan maddi sonuçları olan bir çok olayda sorunun idare mahkemeleri tarafından incelenmesini önemsemeksizin, bir medeni hakkın varlığına hükmetmiştir. Her maddi talep bir medeni hak olmamakla birlikte, bu özelliğin önemli bir ölçüt olduğunu vurgulamak gerekir.

iv. Divan ve Komisyon içtihatına göre, idarenin aldığı kararlara karşı açılmış olmalarına rağmen 6. maddenin kapsamında görülen bir hak kategorisi de aile ilişkilerinden kaynaklanan haklardır. Çocukların korumaya alınmasına, velilerin çocuklarını görmesine, evlat edinmeye ilişkin kararlar medeni hakları etkiler nitelikte görülmüştür.¹⁰¹ *Alam and Khan*¹⁰² olayında 8. maddedeki aile hayatına saygı ile medeni hak kavramı arasında ilişki kurulması, kimi yazarlarca¹⁰³ medeni hak kavramının en azından sözleşmenin içerdiği haklar anlamında temel hakları da kapsadığı şeklinde anlaşılmıştır. Bununla birlikte, gerek Komisyon gerek Divan'ın sonraki içtihatları medeni hak ve ödev kavramı ile temel haklar arasında bir bağlantı kurmanın doğru olmayacağı yönünde gerçekleşmiştir. Nitekim, 5. maddede düzenlenen kişi hürriyetinin bir medeni hak olmadığı açıkça belirtilmiştir.

⁹⁹31.3.1992, Seri A. 234-B

¹⁰⁰Ayrıca bkz. K. Lennard and Gunny Zander/İsveç, Başvuru No. 14282/88, Kom. Rap.; Obermeier kararı, 28.6.1990, Seri A. 179.

¹⁰¹Olsson kararı (I), 24.3.1988, Seri A. 130; W.,B.,R./Birleşik Krallık kararı, 8.7.1987, Seri A. 121; Eriksson kararı, 22.6.1989, Seri A. 156; Keagan kararı, 26.5.1994, Seri A. 290.

¹⁰²Başvuru no. 2991/66, YB 10 (1967), s. 504. Bu olayda, başvurulardan birincisi Pakistan vatandaşı, Birleşik Krallığa 1957 yılında çocuklarını ve iki karısını Pakistan'da bıraktığı halde yerleşen Alam'dır. İkinci başvuru ise ilk başvurunun 13 yaşındaki oğlu Khan'dır. Khan, babasının yanında yaşamak üzere Londra'ya gelmiş, göç işlerinden sorumlu olan yetkililer onun ilk başvurunun oğlu olduğuna inanmış ve Khan'ı ülkeye kabul etmemişlerdir. İlgili iç hukuk düzenlemesine göre beyanın doğruluğu halinde başvurunun ülkeye kabulü gerekmektedir. 8. maddedeki anlamda aile hayatına saygının ihlal edilmesi bir medeni haktır. Komisyon'a göre bu maddeye ilişkin bir hak, medeni hak olduğundan, bu tip bir uyuşmazlıkta 6. maddedeki yargılama ilkelerine uymak gerekir. Olay daha sonra dostça çözümlerle sonuçlandırıldığı için daha ileri aşamalara gidilememiştir. YB 11 (1968), s. 788. Bunun dışında Singh olayında da başvurunun babasının ülkeye girişine izin verilmemesi üzerine konuyu Komisyon 8. madde açısından incelemiş ancak bu anlamda bir aile hayatının ihlalini bulmadığı için 6. maddenin kapsamına sokmamıştır. Bir başka deyişle Komisyona göre başvurunun dul kalmış babasını yanına almak gibi bir medeni hakkı yoktur. Başvuru no. 2992/66, YB 10 (1967) s. 502. Bu olayların önemi doğrudan aile hukuku ile ilgili olmayan konularda da medeni hakkın saptanarak 6. maddeye uygunluğun aranmasıdır.

¹⁰³Harris, a.g.m. s. 169-170.

v. Sosyal güvenlik hukuku kapsamındaki kimi hakların Divanca medeni hak olarak nitelendirilmesi de ciddi tartışmalar yaratmıştır.¹⁰⁴ Divanın yukarıda açıklanan özel hukuk-kamu hukuku dengesi açısından ortak bir Avrupa kavramı olmadığını belirttiği bu hukuk disiplini birçok kararda tartışma konusu olmuştur.¹⁰⁵ *Feldbrugge*¹⁰⁶ ve *Deumeland*¹⁰⁷ kararları bu alanda önemli bir aşama olarak değerlendirilebilir. *Feldbrugge* olayında, Hollanda sosyal güvenlik hukukuna göre başvuruçunun sağlık sigortası çalışabilecek durumda olduğu gerekçesi ile kesilmiştir. Divan olayda Hollanda iç hukukuna göre sorunun iki yönlü olduğunu ancak özel hukuk yönünün ağır bastığına hükmetmiştir. Bu sonuca ulaşırken Divan kısaca şu gerekçelere dayanmıştır: İlgili hak devletin takdiri olarak sunduğu bir imkan değil başvuruçunun kanuni hakkıdır, verilen ödenek başvuruçunun açısından geçimini sağlamaya varacak kadar önemli ekonomik sonuçları olan bir niteliktedir, alınan ödenek kısmen işçilerden kesilen paylarla sağlanmaktadır ve özel hukuk kurallarına göre yapılan sözleşme gereği ödenmesi gereken ücretin yerine verildiği savunulabilir, bu sigortanın özel sigorta anlaşmaları ile birçok ortak yanı bulunmaktadır. Aynı gerekçelerin *Deumeland* kararında da tekrarlandığını görüyoruz.¹⁰⁸ Divan, 1994 yılında verdiği bir kararda, sosyal güvenlik kaynaklı hakların yanında, iştirakçilerin katkı paylarının da bir 'medeni borç' olarak kabul edileceğini saptamıştır.¹⁰⁹ Bunun da ötesinde Divan, yeni kararlarında özel hukuk sözleşmesinden kaynaklanmayan sosyal güvenlik sorunlarında veya ihtiyaç içinde bulunan kişilere yapılan yardımlara ilişkin müdahalelerin de medeni hak çerçevesi içerisinde değerlendirilebileceğine karar vermiştir.¹¹⁰

İdareyi ilgilendiren ve medeni hak olarak nitelendirilmeyen uyuşmazlıklara örnek olarak ise şunlar sayılabilir: Vergilendirilmeden kaynaklanan uyuşmazlıklar¹¹¹, aile hayatına saygıyı ihlal etmemesi kaydı ile bir yabancıнын ülkeye kabulü veya yurtdışı edilmesine ilişkin kararlar, devlet memurluğuna girişi ve memur olarak çalışmayı

¹⁰⁴ Komisyonun bu konuda 6. Maddenin uygulanamayacağına ilişkin eski içtihatları için bkz. Başvuru no. 4505/70, YB 14, s. 423; Başvuru no. 5713/72, Coll. 44, s. 77; Başvuru no. 8341/78, DR 20, s. 161; Başvuru no. 11098/84, DR 43, s. 198; Başvuru no. 10855/84, DR 55, s. 51.

¹⁰⁵ Komisyonun ilk yıllarda sosyal güvenlik hukukuna ilişkin hakların 6. maddenin konusu olamayacağına ilişkin karar örnekleri için Fawcett, a.g.e.s. 136.

¹⁰⁶ *Feldbrugge* kararı, 29.5. 1986, Seri A. 99.

¹⁰⁷ *Deumeland* kararı, 29.5.1986, Seri. A. 100.

¹⁰⁸ Bu yönde bkz. *Schuler-Zraggen* kararı, 24.6.1993, Seri A. 263, s. 17, § 46; *Paskhalidis* kararı, 19.3.1997, § 30.

¹⁰⁹ *Schouten and Meldrum* kararı, 9.12.1994, Seri A. 304, s. 19-24.

¹¹⁰ *Bkz. Lombardo* kararı, Seri A. 249-B; *Salesi* kararı, Seri A. 257-E; *Schuler-Zraggen* kararı, 24.6.1993, Seri A. 263; *Paskhalidis and Others* kararı, 19.3.1997, PR. ECHR 14-21 March, s. 12; *Minniti/İtalya* Başvuru no. 9630/81, DR 59, s. 5 Kom. Rap; *Stamoulakatos* (No.2) kararı, 26.11.1997, § 31.

¹¹¹ Mali nitelikli suçlardan dolayı ise 6§1'in cezai isnad kavramını da içermesi nedeniyle 6. maddeye başvurmak mümkündür. Bkz. *Salabiaku* kararı, 7.10.1988, Seri A. 141, Kom rap., 8.7.87, s. 21-22; Başvuru no. 11464/85, DR 53, s. 85, 121.

düzenleyen kurallar¹¹², siyasi haklar, devlet fonlarından yapılan ve karşılığı önceden verilmemiş ödemeler¹¹³.

Divana göre, devlet memurluğuna girişi, kariyeri ve memurluğun sona ermesini düzenleyen kurallar 6. madde anlamında medeni hak veya ödev değildir.¹¹⁴ Ancak memurlara ilişkin sorunlar, doğrudan parasal sonuçlar doğuran uyumsuzluklarda 6. maddenin kapsamına girebilecektir. Ancak bu parasal sonuçlu işlemlerde idarenin takdir yetkisinin bulunmaması gerekmektedir. Örneğin emekliliğe ilişkin olarak kanunun gerektirdiği şartları geçekleştiren kişi açısından idarenin takdir yetkisi söz konusu değildir ve bu nedenle emeklilik maaşının alt kademedен verilmesinden kaynaklanan uyumsuzluk 6. madde kapsamında değerlendirilmektedir.¹¹⁵ Bir başka ifadeyle bu davanın konusunu davacının üst kademedен emekliliğe hak kazanıp kazanmadığı değil, kazanılan hakkın devlet tarafından ödenmesi oluşturmaktadır.

İtalya'ya karşı yapılan son başvurularda Divan ekonomik hak kavramını halen devam eden memurluklar açısından da genişleterek, alması gerekenden az maaş alan bir

¹¹² Spurio, Galla, Zilagha, Leghi Viero, Orlandini, Ryllo, Soldani, Fusca, Di Luca, Saluzi Pizzi, Scrafo Argento kararları, 2.9.1997. Kararların tümünde Avrupa Konseyi ülkelerin çoğunda devlet memuru ile özel hukuka göre çalışan işçiler açısından açık farklar olduğu vurgulanmış. Bu nedenle memurların işe giriş, kariyer ve işe son vermeye ilişkin uyumsuzlukları 6. Maddenin dışında olacağı belirtilmiştir.

¹¹³ Karar örnekleri için bkz. Gölcüklü-Gözübüyük, a.g.m., s. 211-212; Dijk, a.g.m., s. 359; Robertson, Merrils, a.g.e, s. 90; Harris, O'Boyle, Warbrick, a.g.e, s. 182-183; Grotian Andrew, Article 6 of the European Convention on Human Rights: The right to a fair trial, Council of Europe Publishing, 1996, s. 18-19; van Dijk, van Hoof, a.g.e, s. 320-304; Fawcett, a.g.e, s. 136 vd.; Schermers, a.g.m, s. 60; Sieghart Paul, The International Law of Human Rights, Oxford, Clarendon Press, 1983, s. 276, dn. 32; Clements Luke, European Human Rights-Taking A Case Under The Convention, Sweet & Maxwell, 1994, s. 144.

¹¹⁴ Glasenapp and Kosiek kararı, 28.8.1986, Seri A. 104, § 49 ve Seri A. 105, § 35; Spurio, Galla, Zilagha, Leghi, Viero Orlandini, Ryllo, Soldani, Fusca, Di Luca, Saluzi Pizzi, Scrafo, Argentokararları, 2.9.1997. Kararların tümünde Avrupa Konseyi ülkelerin çoğunda devlet memuru ile özel hukuka göre çalışan işçiler açısından açık farklar olduğu vurgulanmış. Bu nedenle memurların işe giriş, kariyer ve işe son vermeye ilişkin uyumsuzlukları 6. Maddenin dışında olacağı belirtilmiştir.

¹¹⁵ Örneğin Divan 'Memurların işe alınması, çalıştırılması ve emekliye ayrılmalarını genel kural olarak 6. maddenin dışında' görmekle birlikte memurun kanuna dayanarak elde ettiği emekli maaşı hakkını medeni bir hak olarak değerlendirmiştir. Divana göre bu halde devlet takdir hakkını kullanmamaktadır ve bu açıdan özel hukuk tarafından düzenlenen bir iş sözleşmesindeki işverene benzetilebilir. Bkz. Lombardo kararı, Seri A. 249-B; Scuderi kararı, Seri A. 265-A; Multikararı, Seri A. 281-C. Kişi kamu otoritesi altında ve fakat özel iş sözleşmesi ile çalışıyorsa zaten şüphesiz 6. madde uygulanacaktır. Grotian, a.g.e, s. 18.

Neigel/ Fransa kararında (17.3.1997, § 43), sonucu doğrudan kamu görevlisini işe alma, çalışma düzeni ve işten çıkarılmaları olan davalarla, bir kere bunlardan biri gerçekleşikten sonra doğan mali uyumsuzluklardan kaynaklanan davalar arasındaki fark vurgulanmıştır. Örneğin emekliliğe hak kazanmış bir kişinin bu emeklilik maaşını talep etmesi 'medeni hak' olarak kabul edilecektir. Diğer kararlar için bkz. Massa kararı, 4.8.1993, Seri A. 265-B, s. 20, § 26; Lombardo kararı, 26.11.1992, Seri A. 249-B.

kişinin maaşının arttırılması talebini medeni hak talebi olarak değerlendirmiştir.¹¹⁶ Aynı şekilde maaşında kesinti yapılan kişi açısından da medeni hakkın söz konusu olabileceği sonucuna ulaşılmıştır.¹¹⁷ *Nicodemo* olayında ise, idare bir kamu görevlisini geçici işten sürekli işe alma kararını almış ancak bu kararı uygulamakta gecikmiştir. Bu gecikmeden kaynaklanan maaş kaybı Divana göre medeni hak kapsamındadır. Her ne kadar davacı kararın uygulanmasını talep ederken, gecikmeden dolayı zararını ve maaş farkını istemekte ve bu nedenle ekonomik yönü olan bir karar söz konusu ise de bu kararın Divan içtihadında önemli bir değişiklik olduğu açıktır.¹¹⁸

Öte yandan *Spurio* kararında başvuru 1973-1976 yılları arasında uzman hemşire olarak çalıştığını ve maaşının buna uygun olarak ödenmesi gerektiğini ileri sürmüş, idare tarafından reddedilen talep üzerine konu idari yargının önüne gelmiştir. Divana göre bu olayda söz konusu olan başvurunun kariyeridir (uzman hemşire olup olmadığı) ve bu da bir medeni hak değildir.¹¹⁹ Bu davalarda ileri sürülen maaş farkları ise ancak idarenin hukuka aykırı davrandığının saptanması sonrasında elde edilebilecektir, yani davanın ana konusu değildir. Diğer önemli bir örnek *Gallo* kararıdır. Başvurucuya verilen disiplin cezası sonucunda maaşında azalma gerçekleşmesine rağmen Divana göre bu olayda yarıdan istenen disiplin cezasının denetlenmesidir ki; bu da memurun kariyerine ilişkin bir unsurdur.¹²⁰

Görüldüğü üzere, memur hukukunu ilgilendiren bir uyuşmazlığın 6. madde kapsamına girebilmesi için konusunun doğrudan parasal nitelikli olması gerekmektedir. Sonucunda mali sonuçlar doğursa bile, davanın esas konusunu memuriyete giriş, kariyer ve memuriyetten çıkarma oluşturuyorsa 6. maddenin uygulanması mümkün olmayacaktır.

B. Hak ve Uyuşmazlık Kavramları

Medeni hakka ilişkin bir davanın çözümlenmesinde 6. Maddenin uygulanabilmesi için öncelikle iç hukukta tanınmış bir hak ve bu hakka ilişkin bir uyuşmazlığın varlığı aranacaktır.

Strasbourg organları medeni hak kavramını otonom bir şekilde yorumlamalarına rağmen, bu madde sadece usuli bir güvence taşıdığından iç hukukta hiç bulunmayan bir

¹¹⁶De Santa kararı, 2.9.1997, § 19-23. Ekonomik hak ayırımına ilişkin olarak aynı tarihli Lapalorcja kararı, § 20-21.

Toplam 16 ayrı başvuruyu içeren bu davalarda Divanın ortaya koyduğu kriterlerin gerçekten 6. maddeye uygun ve ekonomik haklara ilişkin yapılan ayırımın tutarlı olup olmadığı tartışılabilir. Birbirine çok benzeyen dört olayda 6. maddenin uygulanacağına karar verilirken onikisinde aksi yönde karar çıkmıştır. Kabul edilen kararlarda Yargıç Bernhardt'ın, reddedilen kararlarda Yargıç Pekkanen'in karşıoyları bu açıdan ilgi çekicidir.

¹¹⁷Abenavoli kararı, 2.9.1997, § 15-16.

¹¹⁸Nicodemo kararı, 2.9.1997, § 16-18.

¹¹⁹Spurio kararı, 2.9.1997, § 16-19. Benzer karar, Zilaghe, 2.9.1997, § 16-20; Laghi, 2.9.1997, § 14-18; Viero, 2.9.1997, § 13-17; Soldani, 2.9.1997, § 15-19; Di Luca and Saluzzi, 2.9.1997, § 15-19.

¹²⁰Gallo kararı, 2.9.1997, § 15-20.

hakka uygulanması söz konusu olamayacaktır. Bir başka deyişle, iç hukukta bir hak olarak kabul edilemeyen bir talebe ilişkin olarak 6. Madde anlamında bir yargılama yapılmadığı ileri sürülemeyecektir. 6. Madde Taraf Devletlerin iç hukukunun belli bir içerikte olmasını emretmemektedir.¹²¹ İç hukukta tanınan hakkın aynı zamanda Sözleşme tarafından tanınmış olmasına da gerek yoktur.¹²² Bu nedenle, kiracılara oturdukları evleri alma hakkı veren bir kanun alım için kanuni şartlar yerine getirildiği takdirde, davanın esasına ilişkin yargı denetimine imkan tanımamış olsa bile 6. Maddenin ihlali söz konusu olmayacaktır.¹²³ Aynı şekilde, uçak sesinin verdiği zararlara karşı açılacak dava hakkını sınırlayan bir kanun da 6. Maddeyi ihlal etmeyecektir.¹²⁴ Konunun çok hassas ve mahkemeye başvurma hakkı ile karışmaya çok müsait olduğu açıktır.¹²⁵ Bu hassasiyetin sonucu olarak, Komisyon başvurusunun medeni taleplerinin keyfi sınırlandırılmasını denetleyebileceğini belirtmiştir.¹²⁶ Divan da *Fayed* kararında, bir Devletin Sözleşme makamlarının denetimi olmaksızın, tüm hakları mahkemelerin denetiminden çıkarmasının ya da bir kısım insanlara medeni sorumluluktan imtiyaz tanımalarının demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü ile bağdaşamayacağını belirtmiştir.¹²⁷

6. Maddedeki güvencelerin uygulanabilmesinin bir diğer şartı, bireyler ya da bireyle devlet arasında bir uyuşmazlık (*contestation*)¹²⁸ bulunmasıdır. Bununla birlikte, bu başvurusunun iddiasında mutlaka haklı olmasını gerekürmez, iç hukukta savunulabilir bir çekişmenin varlığı hükme uygunluğun denetlenmesi açısından yeterlidir. Divan, genellikle 'uyuşmazlık' şartını ağır bir engel olarak uygulamamaktadır.¹²⁹ Uyuşmazlığın varlığına ilişkin şu şartlar hauratılabilir:

- Uyuşmazlık gerçek ve ciddi nitelikte olmalıdır.¹³⁰ Bu halde varsayımsal istemler uyuşmazlık olarak görülmeyebilir (Örneğin eğer bu dava x şeklinde biterse, y sonuçlarının oluşması mümkün gibi). Ancak bir davada zararın tazmini istenmeyip, sırf bir tespit davasının açılmış olması uyuşmazlık bulunmadığı anlamına gelmeyecektir.¹³¹

¹²¹H/Belçika kararı, Seri A. 127-B, § 40.

¹²²Neves e Silva kararı, Seri A. 153, § 36.

¹²³James and Others kararı, 21.2.1986, Seri A. 98, s. 46, § 81.

¹²⁴Powell and Rayner kararı, 21.2.1990, Seri A. 172, s. 16, § 36. Ayrıca bkz. Başvuru no. 9310/81, Baggs/Birleşik Krallık, DR. 52, s. 29; Başvuru no. 7729/76, Agee/Birleşik Krallık, DR. 7, s. 164.

¹²⁵Grottrian, a.g.e., s. 12.

¹²⁶Başvuru no. 10457/83, Dyer/Birleşik Krallık, DR. 39, s. 246; Başvuru no. 10782/84, Wallace-Jones/Birleşik Krallık, DR. 47, s. 157.

¹²⁷21.9.1994, Seri A. 294-B, § 65.

¹²⁸Fransızca metinde yer alan bu kavram İngilizce'de yer bulunmamaktadır.

¹²⁹Harris, O'Boyle, Warbrick, a.g.e., s. 188.

¹³⁰Bentham kararı, Seri A. 97, §.; Sporrang and Lönnroth kararı, Seri A. 52, § 81.

¹³¹Helmerts kararı, Seri A. 212-A.

- Uyuşmazlık sadece medeni hakkın varlığına değil, kapsadığı alana, kullanım şekline, hakkın kullanılmasına ilişkin sınırlamalara da yönelik olabilir.¹³²

- Komisyon'un *Kaplan* olayındaki tutumunun¹³³ tersine, uyuşmazlığın hukuki olması şartı aranmaz, sadece olaylara ilişkin bir uyuşmazlık da Maddenin uygulanması açısından yeterlidir.¹³⁴ Eğer ortada bir medeni hak veya ödev varsa ve olayı inceleyecek olan idari makam 6. maddenin tüm şartlarını taşııyorsa, yapılan işlemin bir mahkeme tarafından denetlenebilmesi gerekir.¹³⁵

İdari makamların işlemlerine karşı yargı yoluna başvurulabiliyorsa, bu işlemler aleyhine yapılan her başvuruda aynı zamanda bir çekişmenin de varolduğu söylenebilecektir. Bununla birlikte, *Van Marle* kararında¹³⁶ Divan, başvuru sahiplerinin muhasebeci olmak için gerekli niteliklere sahip olup olmadığının saptanmasının bir yargı kararından çok bir sınava daha çok benzediğini düşünerek bu olayda uyuşmazlık bulunmadığına karar vermiştir. Bu değerlendirmenin birçok davayı Sözleşme kapsamına çıkarmaya müsait olduğuna şüphe yoktur.

III. Cezai Alan (Criminal) Kavramı

Divan ve Komisyon¹³⁷ içtihatına göre, cezai isnad da medeni hak ve ödev kavramı gibi otonom bir kavramdır.¹³⁸ Divan, *De Weer* kararında doğru yargılama ilkesinin demokratik bir toplumdaki yerinin kendisini 6§1'deki ceza kavramını "şekli" biçiminde "öze ilişkin" bir şekilde değerlendirmeye götürdüğünü belirtmektedir.¹³⁹ Kavramın bu niteliği özellikle disiplin cezaları söz konusu olduğunda önem taşımaktadır.

¹³²Le Compte, Van Leuven and De Meyere kararı, 23.6.1981 Seri A. 43, s.22; Benthem kararı, 23.10.1985, Seri A. 97, s. 15; Van Marle and Others kararı, 25. 6. 1986, Seri. A. 101, s. 11; Sporong and Lönnroth kararı, 23.9.1982, Seri A. 52, s. 29-30.

¹³³Kaplan/Birleşik Krallık, Başvuru no. 7598/76, 17.7.1980, DR 21, s. 5. Kom. Rap. Bu olayda başvuru sahibinin sigortacılık işine yeterli niteliklere sahip olmadığı gerekçesi ile bakanlıkça sınırlama getirilmiştir. Başvurucu, yapılan işlemlerin hukuka uygun olduğunu ancak alınan kararın içeriğinin mahkeme tarafından incelenmesi imkânının verilmediğinden yakınmaktadır. Komisyon, 6. maddenin sadece hukuka aykırılık iddiaları açısından söz konusu olabileceğini başvuru sahibinin iddiasının ise yerindeliğe ilişkin olduğunu belirterek 6/1'in ihlali olmadığını sonucuna varmıştır.

¹³⁴Sporrong and Lönnroth kararı, 23.9.1982, Seri A. 52, s. 31, § 86; Albert and Le Compte kararı, 10.2.1983, Seri A. 58, s. 19, § 36.

¹³⁵Albert and Le Compte kararı, 10.2.1983, Seri A. 58, s. 16.

¹³⁶Seri A. 101.

¹³⁷Komisyon ilk kararlarında otonom bir kavram benimsemek yerine doğrudan iç hukuka atıfla sorunu çözmeyi uygun bulmuş ve 6. maddenin normal bir ceza yasasına dayanılarak yapılan ceza isnadı bulunduğu takdirde uygulanacağını belirtmiştir. Başvuru no. 734/60, X/FRG, Coll. 6 (1961). Ancak daha sonra Komisyon'un bu tavrından vazgeçtiği görülmektedir. Bkz. Huber olayı, 8.2.1973, YB 18 (1975), s. 326.

¹³⁸Engel kararı, 23.11.1976, Seri. A. 22 İHK da ceza kavramını otonom bir şekilde yorumlamaktadır. Nowak, a.g.e, s. 244.

¹³⁹27.2.1980, Seri A. 35, s. 23. Ayrıca bkz. 15.7.1982, Seri A. 51, s. 33; Corigliano kararı, 10.12.1982, Seri A. 57, s. 13.

Çünkü 6. maddenin 1. fıkrasında¹⁴⁰ yer alan "cezai sahada serdedilen bir isnad" kavramı idari cezaları dışlayan, sadece ceza hukuku alanına giren suçlamalara yönelik olarak güvenceler sağlayan bir düzenlemedir.¹⁴¹

Öncelikle belirtmek gerekir ki; Sözleşme devletlere iç hukuklarında herhangi bir konuyu suç olarak düzenleme konusunda prensip olarak herhangi bir sınırlama getirmemektedir. Bu prensibin tek istisnası yapılacak düzenlemenin Sözleşmenin güvence altına aldığı bir hakkı ihlal etmesi halidir.¹⁴² ¹⁴³ Ancak aynı kolaylık, cezai alanda düzenlenen bir suçun disiplin cezası ile cezalandırılması halinde söz konusu olamamaktadır. Cezai bir alanda düzenlenmiş bir suçun disiplin hukukuna dahil etme ya da karma (*mixed*) bir suçun cezai kovuşturma yerine disiplin soruşturması yolu ile takip imkanı devletlerin takdirine bırakılırsa, 6. ve 7. maddelerin uygulanıp uygulanmayacağı da tamamen Sözleşmeci Tarafların iradelerine bırakılmış olacaktır ki bu kabul edilemez. Yani ceza kavramının otonomluğu tek yönlüdür,¹⁴⁴ her konu ceza hukuku anlamında suç olarak nitelendirilebilir ancak tersi bir şekilde cezai alana ait bir davranışı disiplin hukuku içinde değerlendirerek 6. maddenin güvenceleri dışında bırakmak mümkün değildir.

6. madde ceza hukuku kapsamında görülen her işleme karşı güvence sağlamaz. Maddenin uygulanabilmesi için cezai alanda serdedilen bir isnadın tesbitine yönelik bir usul olması gereklidir. Bu nedenle özellikle ceza soruşturması öncesi uygulanan kimi önlemler ve kimi soruşturmaya yardımcı işlemler 6. madde anlamında ceza kavramının dışında kalmaktadır.

Örneğin bir kişinin suç işlemesi tehlikesi nedeniyle polis gözetimi altında bulunması¹⁴⁵, hakkında cezai bir isnad bulunan kişinin hapishaneye gönderilmesine ilişkin bir karar¹⁴⁶ ya da cezanın çekileceği kurumun niteliği¹⁴⁷ gibi cezanın ne şekilde

¹⁴⁰ Medeni hak ve ödevlere ilişkin uyuşmazlıklara ilişkin hükümler sadece 1. fıkradaki güvencelerle sınırlı kalırken 6. maddenin tümü cezai alanda bir isnad söz konusu olduğunda uygulanacaktır.

¹⁴¹ Maddenin 2. ve 3. fıkrasında suç isnadı kavramı farklı şekillerde ifade edilmiş olmakla birlikte, (1. fıkra In the determination of ... criminal charge ifadesi kullanırken, diğer fıkralarda charged with a criminal offence (accusé d'une infraction) cümlesine yer verilmiştir. Ancak Divana göre bu iki düzenleme aynı anlama gelmektedir. Lutz kararı, 25.8.1987, Seri A. 123, s. 22, § 52; Minelli kararı, 25.3.1983, Seri A. 62, s. 15, § 27. Bu nedenle bir başvuruda ceza alanına giren bir isnadın bulunup bulunmadığının saptanması 6. maddenin tümünün uygulanması açısından önem taşımaktadır.

¹⁴² Engel kararı, 23.11.1976, s. 34, § 81.

¹⁴³ İç hukukta getirilen bir ceza hükmünün sözleşmeyi ihlal etmesi örneği Dudgeon kararında görülmüştür. Kuzey İrlanda'da eşcinsel ilişkiyi yasaklayan ceza hükmü sözleşmenin 8. maddesine aykırı bulunmuştur. 22.10.1981, Seri A. 45, s. 23-24.

¹⁴⁴ Engel kararı, s. 34, § 81.

¹⁴⁵ Guzzardi kararı, Seri A. 109, s. 40, § 108; Raimando kararı, Seri A. 281-A.

¹⁴⁶ Başvuru No. 17083/90, DR 71, s. 269.

¹⁴⁷ Başvuru no. 7034/75, DR 10, s. 146. Cezanın uygulanmasına ilişkin olup 6. madde kapsamına girmeyen konulara örnek olarak hükümlünün güvenlik sınıflandırmasını (Başvuru no. 8575/79, DR 20, s. 202), şartlı serbest bırakılan bir hükümlünün geri

yerine getirileceğine ilişkin çeşitli kararlar 6. maddenin uygulanmasını gerektirmez¹⁴⁸. Suç işlenmesini engellemek amacı ile bir mala el konması halinde de aynı durumdan söz edilebilecektir¹⁴⁹; yine üçüncü kişi hakkında yürütülen bir cezai soruşturmada zarar görmesi söz konusu olan kişi için de 6. maddeden yararlanma imkanı olmayacaktır¹⁵⁰. Güvenlik (cezai bir faaliyet şüphesi olsa bile) nedeniyle¹⁵¹, ya da yasadışı bir şekilde ülkeye girdiği¹⁵² için bir kişinin sınırdışı edilmesinde de Divan'ın ifadesiyle "cezai yaptırımların geleneksel ayırıcı nitelikleri"¹⁵³ bulunmadığından 6. madde hükümlerinin uygulanması söz konusu olamayacaktır. Ceza hukukunun konusunu oluşturmakla birlikte ortada bir cezai isnad olmadığı için 6. maddenin güvencelerinin uygulanmadığı bir önemli usul de suçluların geri verilmesidir¹⁵⁴. Bununla birlikte Divan Soering¹⁵⁵ kararında, suçluyu talep eden devletin iade edilen kişiyi doğru yargılama güvencelerinden yararlandırmayı alenen reddetmesi veya reddetme ihtimali karşısında 6. maddenin istisnaen uygulanabileceğini belirtmiştir.

Yargılamanın iadesinin istendiği hallerde de, iadeyi gerektirecek bir durum olup olmadığını inceleyecek mahkeme Komisyona göre cezai bir isnadı incelememektedir, ortada kesinleşmiş bir yargı kararı (*res judicata*) bulunmaktadır ve bu nedenle 6. maddenin güvenceleri bu incelemede uygulanmayacaktır.¹⁵⁶ Buna karşılık eğer davanın yeniden

çağrılmasını (Başvuru no. 7648/76, DR 11, s. 175) verebiliriz. Bununla birlikte, aşağıda incelenecek olan Campbell and Fell kararı karşısında cezanın çekilmesi sırasında alınan her kararın 6. madde uygulaması dışında kalamayacağını da hatırlatmakta fayda vardır.

¹⁴⁸ Kişi hürriyetine ilişkin uygulamalarda 5. maddenin uygulanabileceğini belirtmek de fayda vardır.

¹⁴⁹ Başvuru no. 12386/86, DR 70, s. 59. Ancak bu tip müdahalelerin medeni hak olarak değerlendirilebilme imkanını unutmamak gerekir.

¹⁵⁰ AGOSI, 24.10.1986, Seri A. 108.

¹⁵¹ Agee/Birleşik Krallık, Başvuru no. 7729/76, DR 7, s. 164. Bu kararın eleştirisi için bkz. Massias Florence, "Control of Aliens", *The European Convention for the Protection of Human Rights - International Protection versus National Restrictions*, Ed. Mireille Delmas-Marty, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, s. 46-47.

¹⁵² Başvuru no. 9174/80, DR 29, s. 153; 9539/81, X/İsviçre, yayımlanmamış, Dijk, a.g.m., s. 362.

¹⁵³ Öztürk kararı, 21.2.1984, Seri A. 73, s. 20, § 53.

¹⁵⁴ Bkz. Başvuru no. 12386/76, DR 70, s. 59; Başvuru no. 10227/82, DR 37, s. 93; Başvuru no. 10479/83, DR 37, s. 158. Bir suçluyu birden fazla devletin istemesi halinde hangisine verileceğine karar verildiğinde de durum aynıdır. Doğu Almanya'da verilmiş bir kararın Federal Almanya'da çektirilmesine ilişkin kararda da bir cezai isnad görülmemiştir. Başvuru no. 1322/62, Coll. 1-30, s. 161. Fawcett, a.g.e., s. 145.

Bu konuda ayrıntılı bir inceleme için bkz. Vogler, "The Scope of Extradition in the Light of European Convention on Human Rights", *Protecting Human Rights: The European Dimension-Studies in honour of Gérard J. Wlarda*, s. 663-672.

¹⁵⁵ 7.7.1989, Seri A. 161, § 113.

¹⁵⁶ Fawcett, a.g.e., s. 146-147.

incelenmeye başlanmasıyla yargılamanın iadesine karar verilirse tüm güvencelerin uygulanması gereklidir, çünkü yargılama hiç yapılmamış gibi yeniden ele alınacaktır.

Ceza kovuşturması usulünün kamu makamları tarafından veya bir kişi tarafından başlatılmasının bir önemi yoktur.¹⁵⁷ Davaya katılan zarar gören kişi ceza davasında 6. maddenin gereklerine uyulmadığından dolayı şikayet edemeyecektir, çünkü 6§1. madde bir kişiye karşı cezai alanda serdedilen bir isnaddan bahsetmektedir ki; şikayetçi olan kişiye serdedilen bir isnad söz konusu değildir.¹⁵⁸ Bununla birlikte, müdahilin zararını ceza mahkemesinden istemiş olması mümkündür, bu halde medeni haklara ilişkin bir talep söz konusu olduğu için suçtan zarar görenin 6. maddeye dayanması mümkün olabilecektir.¹⁵⁹ Davada tazminat istenmemiş olmasına rağmen eğer karar daha sonra tazminat istenmesini tamamen imkansız hale getiriyorsa yine 6. maddenin uygulanması mümkün olacaktır.¹⁶⁰

Ceza kavramının sınırlarının çizilmesinde kullanılan ölçütler medeni hak ve ödev kavramında kullanılanlara nisbeten daha net ve açıktır. Bu kriterler Divan tarafından Engel kararında oluşturulmuş, daha sonra izleyen kararlarda geliştirilmiş ve daha belirgin hale gelmiştir. Bu nedenle Engel kriteri de denebilecek¹⁶¹ ölçüte göre isnadın cezai alanda ileri sürülüp sürülmediği üç aşamada belirlenmektedir: i. İç hukuktaki sınıflandırma ii. Suçun niteliği iii. Verilebilecek cezanın doğası ve ağırlığı

A. İç Hukuktaki Sınıflandırma

Devletlerin istedikleri konuyu ceza hukuku içinde düzenleme muhtariyeti içerisinde oldukları daha önce belirtilmişti. Bir davranışın ceza hukuku kavramı altında düzenlenmiş olması, diğer kriterlere başvurmak gerekmeksizin, kendiliğinden (*ipso facto*) bu davranışa ilişkin isnadlarda 6. maddenin tüm güvencelerinin işlemesi sonucunu doğuracaktır. Bu otonom ceza kavramının tek yönlü olmasının doğal sonucudur.

¹⁵⁷ Minelli kararı, 25.3.1983, Seri A. 62, s. 15.

¹⁵⁸ Başvuru no. 7116/75, DR. 7, s.91 ve 94; Başvuru no. 9777/82, DR 34, s. 159; Başvuru no. 10877/84, DR 43, s. 185.

¹⁵⁹ Moreira de Azvedo kararı, 23.10.1990, Seri A. 189, s. 17, § 66-67. Aynı olayda Komisyon talep olmasa da mahkemenin tazminata da hükmedecek olmasının olayda medeni hakka ilişkin bir uyuşmazlık olması anlamına gelmediğini belirtmiştir. Aynı yerde, Komisyonun görüşü, 10.7.1989, s. 24, § 90 ve 96. Divan ise sanığın cezalandırılmasının yanında zarar hakkında da karar verilmesini yeterli görmüştür. Bu yönde bkz. Başvuru no. 8366/78, X/Lüksemburg, DR 16, s.196; 9660/82, X/Fransa, DR 29, s. 241.

¹⁶⁰ Örneğin suçlu bulunmama halinde, yine de tazminata hükmedilebilecektir, ancak meşru müdafaa nedeniyle kusur ortadan kalkmışsa artık tazminat istemek de mümkün olamayacaktır. Ancak Fransa'ya karşı yapılan başvurularda görüldüğü gibi davaya medeni hak talebi olmaksızın katılmak mümkünse, başvuru bu hakkını hiç talep etmemiş ve karar sonrasında bu hakkını halen arama imkanına sahipse 6. maddenin herhangi bir hükmüne dayanamayacaktır. Bkz. Tomasi kararı, 27.8.1992, Seri A. 242-A, s. 43, § 121; Acquaviva kararı, 21.11.1995, Seri A. 333-A, § 50; Hammer kararı, 7.8.1996, § 77.

¹⁶¹ Kidd C.JF., "Disciplinary Proceedings and The Right to a Fair Trial under European Convention on Human Rights", *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 36, Oct 1987, s. 858-860.

Başvuru konusu kuralın içinde bulunduğu kanunun genel niteliği de kuralın ceza hukukunun bir parçası olup olmadığını belirleme de yardımcı olabilir. Örneğin, *Salabiaku* olayında, başvurucuya sadece para cezası verilmiş olmasına rağmen 6. maddenin uygulanması gerekliliği belirtilirken Fransız Gümrük Kanunu'nun ceza hukukunun bir parçasını oluşturduğu vurgulanmıştır. Bu kanun hem kabahatları hem cürümleri içermekte, fiillerin yaptırımları arasında hürriyeti bağlayıcı cezaları düzenlediği gibi bu suçlar kimi hallerde mahkumun siciline de işlenebilmektedir.¹⁶²

Bununla birlikte eğer bir davranış iç hukukta disiplin hukukunun düzenleme alanı içine giriyorsa, Divana göre bu düzenleme inceleme açısından sadece bir başlangıç noktası oluşturur.¹⁶³ İç hukukta cezai alanda görülmeyen davranışlar için diğer iki ölçütü incelemek gerekecektir.

B. Suçun Niteliği

Kriterlerin belirlendiği Engel ve Diğerleri olayında, Hollanda Ordusunun disiplin kurallarını ihlal ettikleri iddiasıyla cezalandırılan başvurucuların yakınmalarını inceleyen Divan prensip olarak bir askerin, askeri kuralları ihlal ettiği iddiasının cezai yerine idari usulle de incelenebileceğini belirtmektedir.¹⁶⁴ ^{164a} Bu kararda açık olarak belirtilmese de cezanın tüm topluma mı yoksa belli bir gruba mı yönelik olduğu kriterinden hareket edilmiştir.¹⁶⁵ ¹⁶⁶ Burada gözardı edilmemesi gereken konu ayrımın kurala tabi olan

¹⁶²Salabiaku kararı, 7.10.1988, Seri A. 141-A, s. 14, § 24.

¹⁶³Engel kararı, 23.11.1976, Seri A. 22, s. 34, § 81. Ayrıca bkz. gümrük suçları ile ilgili, Funke kararı, 25.2.1993, Seri A. 256-A.

¹⁶⁴Aynı yerde, s. 35, § 82.

^{164a}^{163a} Anayasa Mahkemesinin (AYM), 1632 sayılı Askeri Ceza Kanununun disiplin amirinin mahkeme kararı olmaksızın verdiği hürriyeti bağlayıcı cezalara ilişkin hükümlerde verilen cezaların niteliğini değerlendirirken daha çok kanunun düzenleme amacı üzerinde durduğu görülmektedir. Mahkeme verilen cezanın uzunluğuna hiç deyinmemiş (Adı geçen kanuna göre disiplin amiri oda hapsinde 4 hafta, katıksız hapsinde 3 hafta maksimum ceza verebilmekte, ancak katıksız hapsinde verilebilecek cezalar rütbelere göre değişmekte, örneğin 3 hafta cezayı korgeneral ve üstü rütbeliler verebilmektedir.), niteliğini şu şekilde belirlemiştir: "Bu cezaların hiçbir zaman ceza hukuku anlamında hürriyeti bağlayıcı ceza niteliği taşımadığının, bir disiplini koruma ve bozulan disiplini onarma tedbirlerinden ileri gitmediğinin hatırlanması ve disiplin amirlerinin kullandıkları yetkinin bir yargı yetkisi olmadığına gözönünde bulundurulması..." AYM, aynı kararda suçun niteliğini değerlendirirken de düzenlemenin tamamen askerlik mesleğinin bir gereği olduğunu, ast-üst, maiyet-amir ilişkilerinin hizmetin gereklerine uygun bir seviyede tutulabilmesinin ancak sağlam bir disiplinle mümkün olacağını belirtmiştir. Buna bağlı olarak verilecek cezaların bir nebze ağır olması da normaldir. E. 1963/132, K. 1966/29, 28.6.1966; AYMKD, Sayı. 4, s. 175 vd.

¹⁶⁵Her ne kadar, kuralın belli nitelikte insanlara uygulanması idari nitelikte bir kural olduğu konusunda fikir vermekteyse de, üçüncü kriter incelendiğinde görüleceği üzere kimi hallerde bu düzenlemelerin yaptırımları çok ağır olabilir, bu durumda yine cezai alanda serdedilen bir isnattan bahsetmek mümkündür.

¹⁶⁶Konumuzu açacağı için tartışmasına girmemekle birlikte, bu kriterin özgü suçlar karşısında ne kadar yeterli olduğu hususunun tartışmaya açık olduğu kesindir. Gerçekten

kişilerin sayısına değil niteliklerine göre yapılması gerektiğidir.¹⁶⁷ Eggs olayında, Komisyon bu ayrımı saptarken sadece ihlal edilen kuralın ordu mensuplarına yönelik olmasını yeterli görmemiş, aynı zamanda bu kuralların silahlı kuvvetlerin işleyişine ilişkin olduğunu da belirtmiştir. Bir başka deyişle başvuru konusu kurallar, normalde ceza hukuku tarafından korunan kamunun genel yararını ilgilendirmemektedir.¹⁶⁸ Disiplin-ceza hukuku arasındaki bu ayrım daha sonraki Divan kararlarında da açıklıkla dile getirilmiştir.¹⁶⁹ Weber davasında, soruşturmanın gizliliğinin ihlal eden bir kişinin duruşma yapılmaksızın cezalandırılması üzerine yapılan başvuruda Divan şu değerlendirmeyi yapmıştır:

"Disiplin yaptırımları genellikle belli bir grubun hareketlerini düzenleyen kurallara uyulmasını sağlamak için düzenlenmiştir(...)Diğer herkesten daha fazla soruşturmanın gizliliği ile bağlı olarak hakimler, avukatlar ve mahkemelerin işleyişinde ilişkide bulunanlar, cezai yaptırımdan bağımsız olarak, mesleklerine bağlı olarak disiplin önlemlerine tabi olurlar. Bunun yanında, sadece mahkemelerin yetkisine tabi olan kişiler olan davanın tarafları, bu nedenle yargı sisteminin disiplin alanına girmezler."¹⁷⁰

Divan daha sonra *Demicoli* olayında da aynı kriteri benimseyerek, meclis tarafından verilen ve hürriyeti bağlayıcı cezası da bulunan bir suçta; suçlanacak kişinin Meclis üyesi olup olmamasına ve ülkenin neresinde olduğuna bakılmaksızın herkese

de, sadece belli niteliklere sahip insanların işleyebileceği suçlarda durum ne olacaktır. Divanın yaklaşımı karşısında, eğer suç iç hukukta genel ceza hukuku anlamında suç sayılıyorsa isnad da cezai isnad sayılacaktır. Eğer iç hukuk bunları disiplin suçu olarak değerlendiriyorsa ya genel olarak Avrupa hukuklarındaki düzenlemelerden hareket ederek suç doğası itibarı ile genel ceza hukukunun kapsamında değerlendirilecek, ya da bu suça verilecek cezaya göre onun ceza hukuku kapsamında olup olmadığına karar verilecektir.

Onar'ın verdiği disiplin suçu-cezai suç kavramları arasındaki ayrım kanımca bu sorunun çözümünde benimsenebilecek bir fikirdir: "Ceza kanunları memur olsun olmasın ülkenin üzerinde yaşayan her fert hakkında tatbik edilir. Her ne kadar yalnız memurlar tarafından işlenebileceği kabul edilen bazı suçlar varsa da bunlar da gene memuriyet mesleği bakımından değil, cemiyetin içtimai nizamı ve içtimai adalet bakımından suç sayılmışlardır ve bu suçlara iştirak eden ferdler de aynı suretle cezalara uğrarlar." Onar Sıddık Sami, *İdare Hukukunun Umumi Esasları*, Cilt. II, 3. bası, İstanbul, Hak Kitabevi, 1966, s. 1189.

¹⁶⁷Dijk, a.g.m., s. 365.

¹⁶⁸Başvuru no. 7341/76, Eggs/İsviçre, DR 15, s. 65; Başvuru no. 9208/80, Saravia de Carvalbo/Portekiz, DR 26, s. 268.

¹⁶⁹Örneğin, Öztürk kararında trafik suçlarının tüm topluma yönelik olması nedeniyle ceza hukukunun alanına girdiği belirtilmektedir. Öztürk kararı, 21.2.1984, Seri A. 73, s. 20, para 33.

¹⁷⁰Weber kararı, 22.5.1990, Seri A. 177, s. 18, § 33. Olayda ilgili ceza tüm topluma yönelik olduğu için disiplin hukukunun değil ceza hukukunun bir parçası olarak değerlendirilmiştir. Bu görüşe uygun olarak Komisyon, bir avukatın hatası nedeniyle sebep olduğu masrafları ödemesine karar verilmesini cezai isnad olarak görmemiştir. Başvuru no. 10615/83, , DR 38, s. 213.

uygulanması karşısında ilgili hükmün ceza hukukunun bir parçası olduğuna karar vermiştir.¹⁷¹

Başvurucunun mahkemede kullandığı üslup nedeniyle para cezasına çarptırıldığı *Ravnsborg* kararında ise Divan bu çizgiden kısmen vazgeçmiş gözükmektedir:

"Bir mahkemeye önündeki yargılama sırasında düzeni bozacak hareketleri cezalandırma yetkisi veren kurallar Sözleşmeciler Devletlerin hukuk sistemlerinin ortak özellikleri olarak görülmektedir. Bu kurallar ve yaptırımlar mahkemenin usulünü tam ve düzenli bir şekilde yürütebilmesi için zorunlu olan gücünden çıkmaktadır. Mahkemeler tarafından bu kurallara göre alınan önlemler bir cezai suçun işlenmesi üzerine icra edilen cezalandırmadan çok bir disiplin yetkisinin kullanılmasına benzemektedir."¹⁷²

Bu anlamda olmak üzere genel olarak ordu, hapishane gibi özel kurumların iç işleyişini sağlamaya yönelik kurallar ilk bakışta disiplin hukukunun parçası olmaktadır.¹⁷³ Ancak, mahkemeleri bu gruptan ayrı tutmak mümkündür. Çünkü davanın tarafı olan kişinin sıfatı askerden ve mahkumdan farklı olarak devamlılık arzeden bir statü değildir.

Öztürk davasında da ceza hukukunun amacı ve buna bağlı olarak suçun niteliği davalı devlet tarafından çeşitli açılardan tartışılmıştır. Taksirli bir hareketle trafik cezasına çarptırılma halinde bu cezanın idari bir ceza olarak kabul edilip edilemeyeceğinin incelendiği bu olayda¹⁷⁴ davalı devlet, ortada idari bir ceza bulunduğu düşüncesini ortaya koyarken idari suçlarla cezai suçlar arasındaki yapısal farklılığı şu şekilde belirlemiştir: Ceza hukuku araçları ile toplum, temellerini korumaya ve toplumun yaşaması için temel

¹⁷¹ Demicoli kararı, 27.8.1991, Seri A. 210, s. 17, § 33. Olayda parlamento üyelerine hakaret ettiği gerekçesiyle adı geçen başvurucuya meclis tarafından hapis cezasına da çevrilebilecek bir ceza verilmiştir.

¹⁷² *Ravnsborg* kararı, 23.3.1994, Seri A. 283-B, s. 30, § 34. Bkz. Gomien, Harris, Zwaak, a.g.e., s. 183.

Putz kararında, Divan *Ravnsborg*'daki düşüncesini devam ettirerek mahkemelerin düzensiz hareketleri cezalandırma yetkilerinin yargılama yetkilerinde içkin olduğunu ve bu nedenle cezadan çok disiplin bir nitelik taşıdığını belirtmiştir. 22.2.1996, § 33.

¹⁷³ Bu konunun tipik bir örneğinde zaten hükümlü olan bir kişinin, disiplin kurallarına uymama nedeniyle hücre cezasına çarptırılmasının onu cezai alana dahil etmemesi gösterilebilir. Başvuru no. 7754/77, DR 11, s. 218.

Campbell and Fell kararında görüldüğü üzere hapishanede isyan, isyana teşvik ve gardiyana karşı kullanılan şiddet ise hem idari hem ceza alanında düzenlenebilecek konulardır. Ancak Divana göre, bu özellikli hareketler her ne kadar kesin olarak ceza alanına dahil olduğunu göstermemekteyse de disiplin kuralı olma iddiasının da kesinliğini engelleyen özelliklerdir. 28.6.1984, Seri A. 80, s. 36, § 71

¹⁷⁴ *Öztürk*, olayda idare tarafından cezalandırılmış, daha sonra mahkemeye başvurma hakkını kullanmış ve karara itiraz etmiştir. Mahkeme önünde kendisine tercüman temin edilmiştir. Daha sonra başvurucu kendi isteğiyle davadan vazgeçmiştir. Ancak, tercüman ücreti başvurucunun üzerinde bırakılmıştır. Başvurucu ortada 6. madde anlamında bir isnadın bulunduğunu bu nedenle, 6/3 (e) gereği kendisine ücretsiz olarak bir tercüman temininin gerektiğini iddia etmektedir. Bkz. *Öztürk* kararı, 21.2.1984, Seri A. 73, As to the Facts.

olan haklar ve çıkarları korumaya çalışmaktadır, disiplin kuralları ise kamu düzenini sağlamaya yöneliktir.¹⁷⁵

Divan bu itirazları esasen cezanın niteliğine bakarak reddetmekle birlikte, *Öztürk* tarafından çiğnenen kuralın diğerlerinin hakları ve yararlarını mı koruduğu yoksa sadece trafiğin iyi işlenmesini mi düzenlediğinin bir önemi olmadığını da belirtmiştir. Divanın idari ceza-cezai ceza konusunda bu şekilde gereksiz bir kaniya varması sorunun muğlak kalmasına neden olmuştur.¹⁷⁶

Bir mesleğe özgü kuralların ihlali ikinci ölçüt açısından disiplin hukukunun konusunu oluşturmaktadır. Engel¹⁷⁷ kararında ordu mensupları için söz konusu olan durum diğer meslek grupları için de geçerli olacaktır. Örneğin bir avukata verilen uyarı cezası, ya da bir eczacıya ilaçların fiyatlandırılması ile ilgili kurallara uymamak gibi gayri ahlaki hareketleri nedeniyle verilen para cezası¹⁷⁸ bunun örneğidir.¹⁷⁹ Bununla birlikte, mesleğin icrasındaki kusurlardan kaynaklanacak suçlara verilecek cezaların niteliği (3. ölçüt), suçu adli suç haline getirebilir.¹⁸⁰

Suçun niteliği açısından karşılaştırmalı hukuk ve diğer Sözleşmeciler Devletlerdeki durum da önemli olmaktadır. Eğer diğer Sözleşmeciler Devletlerin çoğunda ya da tümünde başvuru konusu düzenleme cezai alanda kabul edilmişse, bu davranış kuralının ceza hukuku alanı içinde görülmesi ihtimali yüksek olacaktır.¹⁸¹

C. Verilebilecek Cezanın Doğası ve Ağırlığı

Engel kararında son kriter olarak cezanın niteliğinin incelenmesinin zorunlu olduğu belirtilmiştir.

¹⁷⁵ Aynı yerde, s. 19, para 52. Davalı devlet, cezanın doğasına ilişkin olarak da şu iddiaları ileri sürmüştür: İç hukuk düzenlemesine göre verilecek cezanın hürriyeti bağlayıcı olmaması, idari bir para cezası olması, cezayı alanın siciline kaydedilmemesi ve usulün ceza usulü ile benzerlikler göstermesine rağmen farklı bir prosedür gerektirmesi idari-ceza ayrımının bir gerekçesi olarak belirtilmiştir.

¹⁷⁶ Özellikle Yargıç Bindschedler-Robert'in karşıoyu, aynı yerde, s. 25. Eggs kararında Komisyon'un davalı devletin ileri sürdüğüne benzer bir yaklaşımı kabul ettiğini söylemek mümkündür.

¹⁷⁷ Başvuru no. 8249/78, DR 20, s. 40

¹⁷⁸ Başvuru no. 10059/82, DR 43, s. 5. Bir öğretmene greve gitmesi nedeniyle verilen para cezası da disiplin hukuku kapsamında görülmüştür. Başvuru no. 10365/83, S/FAC, DR 39, s. 237.

¹⁷⁹ Aynı durumun kural olarak idari bazı şartların varlığına göre verilmiş bir ruhsatın iptalinde de geçerli olacağını kabul edebiliriz. Ruhsatın verilmesine neden olan şartlar ortadan kalkmışsa bu ruhsat iptal edilebilir ve bu yaptırım da adli bir ceza sayılmaz. Tre Traktörer Aktiebolag/Isveç kararı, Seri A. 159. İçki satış yetkisinin iptali.

¹⁸⁰ Bkz. Deweer kararında bir kasabın fiyat düzenleme kurallarına uymaması nedeniyle hakkında yürütülen usul. 27.2.1980, Seri A. 35.

¹⁸¹ Kidd, a.g.m, s. 859. Bu noktaya Öztürk kararında da değinilmiştir. s. 20, § 53.

Öztürk davasında, Divan ceza hukuku alanındaki suçlara verilecek cezaların niteliğini belirlerken tartışmalı geniş bir çerçeve çizmiştir. Divana göre olağan anlamıyla ceza hukukunun alanına hareketi yapan kişiyi caydırıcı, hürriyeti bağlayıcı cezalar veya para cezaları ile cezalandırılan hareketler girer.¹⁸² Olayda verilen ceza hem *caydırıcı* hem de *cezalandırıcı* niteliğe sahiptir. Her ne kadar idari para cezası, cezai para cezasından kimi durumlarda daha az gözükse bile bunun cezalandırıcı yönü -ki cezai cezaların geleneksel ayırıcı unsurudur- halen durmaktadır.¹⁸³

Bu yaklaşımın suçun cezai alana dahil olması konusunda bir açıklık getirdiğini savunmak zor gözükmemektedir. Karşıoylarda da belirtildiği gibi, "cezanın amacının hem cezalandırıcı hem caydırıcı" olması kriteri çok geniş bir değerlendirme alanı yaratmaktadır. Cezalandırma idari olsun cezai olsun bu nitelikleri taşıması onun doğal gereği olarak görülmelidir.

1. Hürriyeti bağlayıcı cezalar

Gerek *Engel* kararında gerekse daha sonraki kararlarda bu başlık altında en çok tartışılan ceza tipi hürriyeti bağlayıcı cezalar olmuştur. Divana göre; "Kişi özgürlüğünün sınırlandırılması; hukukun üstünlüğüne inanmış ülkelerde yapısı, süresi ve yöntemi çok ağır olmadığı haller hariç 'ceza' alana dahildir."¹⁸⁴ Hürriyeti bağlayıcı cezalar açısından cezai alanın bu tanımı, kimi hallerde hürriyeti bağlayıcı ceza alma tehlikesi olsa bile bireyin 6. madde güvencelerinden yararlanmasını engelleyecektir. Nitekim, *Engel* kararında başvuruculardan birinin karşılaşılabileceği (karşılaştığı) en fazla süre olan 2 günlük hürriyetin sınırlandırılması maddenin uygulanması için yeterli görülmezken¹⁸⁵, üç başvurucu için söz konusu olan azami 3-4 aylık hapis cezası sorunu cezai alana dahil etmek için yeterli görülmüştür.¹⁸⁶ Hürriyeti bağlayıcı cezalar açısından böyle bir ayrıma gidilmesi eleştirilere konu olmuştur, bir görüşe göre 5. madde içtihatı anlamında özgürlüğün kısıtlandığı her durumda 6. madde güvencelerini aramak gereklidir.¹⁸⁷

Divan sürenin cezai alana dahil olacak kadar uzun olup olmadığını hesaplarken ilgili usulün sonunda verilen cezayı değil ve fakat ilgili soruşturmada verilebilecek azami

¹⁸²Elbette bu anlayış tüm hürriyeti bağlayıcı ve para cezalarının ceza isnad niteliğinde olduğu anlamına gelmemektedir.

¹⁸³Aynı yerde, s. 20, § 52-53.

¹⁸⁴*Engel* kararı, 23.11.1976, Seri A. 22, s. 35, § 82.

¹⁸⁵*Clements*, bu cezaların sivil yargıya ilişkin sorunlar olması halinde bakış açısının değişebileceği düşüncesindedir, a.g.e, s. 145.

¹⁸⁶Aynı yerde, s. 36, para 85. Bu olayda söz konusu olan ordu disiplin kurallarına göre dört tip hürriyetin sınırlandırılmasına yönelik ceza tipi bulunmakla birlikte bunlardan sadece ikisinin Divanca Sözleşme anlamında kişisel hürriyete sınırlandırma getirir şekilde anlaşıldığını belirtmekte fayda vardır.

Benzer bir olayda Komisyon, askeri disiplin nedeniyle sivil hapis hanesinde geçirilen 5 gün hapis cezasını gerek süresi gerekse uygulanış şekli nedeniyle cezai düzeyde sayılacak derecede zarar verici olmadığını belirtmiştir. *Eggs/İsviçre*, Rapor, 4.3.1978, DR 15 (1979), s. 65.

¹⁸⁷Bkz. van Dijk, van Hoof, a.g.e, s. 311.

cezayı dikkate almaktadır. Bu nedenle üç ay hapis istemi ile yargılanan kişinin iki günlük hapis cezası almış olmasının bir önemi yoktur.

Komisyon, *Mc Feeley* olayında birden fazla cezanın kümülatif etkisinin dikkate alınarak 6. maddenin uygulanma alanının belirlenemeyeceğini, bu uygulamada her suçun ayrı ayrı değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁸⁸ Ancak, bu uygulama karşısında bir kişi ceza davası yoluyla mahkemeden alabileceğinden çok daha ağır bir cezayı hiç bir mahkeme güvencesinden yararlanmadan alabilecektir.¹⁸⁹

Hapishane disiplin kurallarının ihlalinden kaynaklanan idari yaptırımların 6. madde anlamında cezai isnad oluşturup oluşturmayacağı özellikle İngiltere aleyhine yapılan başvurularda tartışılmıştır. *Kiss* olayında, başvurunun iyi hal nedeniyle aftan (*remission*)¹⁹⁰ yararlanma imkanından disiplin kurallarını ihlal etmesi nedeniyle mahrum olması, adı geçen imkânın bir hak (*right*) değil imtiyaz (*privilege*) olması nedeniyle Komisyon tarafından 6. maddenin dışında görülmüştür.¹⁹¹ Ancak *Campbell and Fell* davasında¹⁹² Divan bu anlayışı değiştirmiştir. Başvurucuların davranışları bir idari organ olan Ziyaretçiler Kurulu (*Board of Visitors*) tarafından soruşturulmuş ve karara bağlanmıştır. Bu idari kurul, mahkumun toplam cezanın 1/3'ü olan aftan yararlanma imkanının tümünü (Dava konusu olayda 3 yıl) ortadan kaldıracak kadar ağır cezalar vermektedir. Divan buradaki affın bir hak mı yoksa bir ayrıcalık mı olduğunu incelemeye gerek olmadığını, önemli olanın kişinin cezasının başlangıcında kanuni bir beklenti olarak önünde bulunan tahliye gününden sonra salıverilmesi olduğunu belirtmiştir.¹⁹³

¹⁸⁸ *Mc Feeley and Others/Birleşik Krallık*, Başvuru no. 8317/78, DR. 20, s. 94.

¹⁸⁹ van Dijk, a.g.m., s. 366. Yazar haklı olarak, Divan'ın Sözleşmenin 5(3) maddesine göre makul süreyi hesaplariken birbirini izleyen her suça ayrı muamele yapmayı toplam tutukluluk süresini dikkate aldığı içtihatının da altını çizmektedir. Neumeister kararı, 27.6.1968, Seri. A. 8, s. 37; Ringeisen, 16.7.1971, Seri. A. 13, s. 41-42.

¹⁹⁰ Kelimenin çevirisi af olarak yapılmakla birlikte, daha çok hukukumuzdaki iyi hali ifade etmektedir. Yani, söz konusu olan kişi hapishaneye girdikten sonra yapılan bir düzenlemeyle çıkarılan bir af değil, herhangi bir disiplinsizlik göstermediği takdirde tüm mahkumlar için hapishaneye girdikleri anda var olan bir imkândır. Disiplin kuralları ihlal edildiği takdirde bu imkânın elden alınması mümkündür.

¹⁹¹ *Kiss/Birleşik Krallık*, Başvuru no. 6224/73, DR 7, s. 55. Komisyon, *Pell/Fransa* olayında da bir bekçiyi tehdit ettiği için 18 gün aftan yararlanma imkanından yoksun kalan başvuru açısından bir cezai isnad bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Ancak, bu olayda sürenin kısalığı da dikkat çekmektedir. Başvuru no. 11691/85, DR 50, s. 263. 28 gün süre aftan yararlanma imkanından mahrum kalma ve daha az cezalar da Komisyonca 6. maddenin kapsamı dışında bulunmuştur. *Mc Feeley and Others/ Birleşik Krallık*, Başvuru no. 8317/78, DR. 20, s. 44. Komisyon, izinle hapishaneden ayrılan bir kişinin iznini aşan bir süreden sonra geri dönmelerini üzerine verilen cezayı da tamamen bir disiplin cezası olarak görmüştür. (*X/İsviçre*, Başvuru no. 7754/77, DR 11, s. 216)

¹⁹² *Campbell and Fell* kararı, 28.6.1984, Seri A. no. 80

¹⁹³ Bu imkânın uygulamada bir imtiyazdan çok bir hakka dönüştüğünü de belirtmekte fayda vardır. İngiltere'de dava konusu dönemde var olan uygulamaya göre, her hükümlüye hapishaneye girdiği anda tüm cezanın son günü değil af toplam cezadan çıkarıldıktan sonra kalan sürenin son günü yani toplam cezanın 2/3'ünün sona erdiği gün tahliye

Her ne kadar bu halde cezanın esas dayanağı daha önce mahkeme tarafından verilmiş ceza ise ve yeni bir ceza eklenmiyorsa da geri alma kararı sonuçları açısından hürriyetin sınırlandırılması süresini uzatan nitelikte bir karardır.¹⁹⁴

2 Diğer cezalar

Hürriyeti bağlayıcı cezaların dışında ilk akla gelen idari ceza kategorisi para cezalarıdır. Bu cezalara muhatap olanların 6. madde güvencelerinden yararlanabilmeleri için de öncelikle cezai cezanın genel niteliklerinin bu yaptırımlarda buluşmuş olması gerekir.

Komisyon X/Avusturya¹⁹⁵ olayında para cezasını değerlendirmiş ve Sözleşmenin ortak standardı açısından ağır bir düzeye geldiğini belirterek, 6. maddenin uygulaması alanına girdiğini kabul etmiştir.¹⁹⁶ Bununla birlikte Komisyon bu kararda ortak standarttan ne anlaşılması gerektiğini belirtmemiştir.

Komisyon'a göre para cezasının bir tüzel kişiye verilmiş olması da onun cezai alanda serdedilen bir isnadın sonucu olmasını engellemez. Sözleşme, tüzel kişilerin ceza hukukunda süje olamayacağına ilişkin bir kural getirmemektedir. Ayrıca Avrupa'daki çeşitli hukuk sistemlerinde tüzel kişilerin ceza hukuku anlamında ceza alması mümkündür.¹⁹⁷ Bu halde para cezası eğer ortak standartlara göre cezai kabul edilebilecek durumda ise tüzel kişiye karşı alınmış olması 6. madde güvencelerinin uygulanmasına engel olamayacaktır. Aynı şekilde Divan da yakın tarihte verdiği bir kararda hem şirket tarafından verilebilecek para cezasının ağırlığını (15050 DM) hem de bu cezanın ödenmemesi halinde şirket yöneticilerinin hapis cezasına çarptırılacaklarını dikkate alarak tüzel kişiye yönelik para cezasını 6. madde kapsamında değerlendirmiştir.¹⁹⁸

Para cezalarında Öztürk kararında belirlenen hem caydırıcı hem cezalandırıcı olma niteliği özel bir önem kazanmaktadır. Eğer para cezası içinde tazmin etme değil cezalandırma amacını taşıyorsa ilgili usule 6. madde anlamında cezai bir nitelik kazandıracaktır.¹⁹⁹ Bu özellikler, verilebilecek cezanın ağırlığı ile doğru orantılı olarak

günü olarak bildirilmektedir. Bu nedenle mahkumun kanuni bir beklentisi kavramından bunu anlamak gerekir.

¹⁹⁴ a.k., s. 37-38, § 72.

¹⁹⁵ Başvuru no. 8998/80, DR 32, s. 150.

¹⁹⁶ Olayda başvurucuya 2.000 Avusturya Şilini ceza verilmiştir, ancak kriter olarak alınacak miktar verilebilecek en ağır ceza olduğundan 30.000 Şilin para cezası ve ödenmemesi halinde 6' haftalık hürriyeti kısıtlama bu cezayı ceza hukuku alanında serdedilen bir isnad haline getirmektedir.

¹⁹⁷ Société Stenuit/Fransa, Seri. A. 232-A, Komisyon raporu, s. 20, para 54. Komisyon önündeki olay açısından Fransız hukukunda durumu inceleme gereği duymuştur. Fransız Yargıtay'ına göre kanunda düzenlendiği takdirde bir tüzel kişinin ceza soruşturmasının süjesi olabilmesi mümkündür.

¹⁹⁸ Garyfallou Aebe kararı, 24.9.1997, § 34.

¹⁹⁹ Salabiaku kararı, 7.10.1988, Seri A. 141-A, s. 14.

kazanılmaktadır.²⁰⁰ Örneğin, Komisyon 50.000 Fransız Frangı'nı önemli bir para cezası olarak değerlendirmekte ancak bunun da ötesinde aynı olayda maksimum cironun %5'ine varan cezanın caydırıcı olmayı da amaçladığı sonucuna ulaşmaktadır.²⁰¹ Ancak Divan *Putz* kararında diğer kriterlerin yanında 10.000 Avusturya Şilini'ni ceza hukuku anlamında cezaya vücut verecek kadar ağır bulmamıştır.²⁰²

Divan *Bendenoun* kararında²⁰³, başvuru hakkında ayrıca bir ceza usulü yürütülmüş olmasına rağmen idare mahkemeleri önünde devam eden vergi cezasına ilişkin uyuşmazlığın da ceza hukuku anlamında bir isnad oluşturduğu sonucuna ulaşmıştır. Bu sonuca ulaşırken Divan şu ana kadar anlatılan tüm ölçütleri dikkate almıştır:

i. İlgili hüküm Genel Vergi Kanununun 1729. maddesinde yer almaktadır, yani özel bir statüde yer alması gerekmeksizin tüm vatandaşlara uygulanabilecek bir hükümdür;

ii. İdare tarafından verilen bu vergi ek yükü (surcharge) bir zararın tazminini değil aynı ihlalin bir daha gerçekleşmesini engellemek amacını taşımaktadır;

iii. Genel bir kuralın altında, hem caydırıcı hem de cezalandırıcı olarak verilmektedir;

iv. İlgili olaydaki 422.534 FF başvurusunun kendi adına, 570.398 FF şirket yöneticisi olarak ceza kesilmiştir ki ödenmediği takdirde ceza mahkemeleri tarafından hapis cezasına çevrilmesi de mümkündür.

Divan'a göre tek başına yeterli olmayan bu kriterler toplu olarak ele alındıklarında cezai bir isnadın varlığında karar kıldırılmaktadır.²⁰⁴

²⁰⁰Para cezasının oranı önemli bir özellik olmakla birlikte, kimi durumlarda hareketin niteliği para cezası cüzi olsa bile cezanın adli ceza olmasına neden olabilmektedir. Örneğin *Belilos* olayında, başvurucuya izinsiz gösteriye katıldığı için Polis İdaresi tarafından bir yönetmeliğe dayanılarak verilen 200 İsviçre Frangı ceza 6§1'in kapsamında görülmüştür. *Belilos* kararı, 29.4.1988, Seri A. 132, s. 28, § 62.

²⁰¹*Salabiaku*, s. 20, § 53.

²⁰²Bununla birlikte, Divan'ın bu sonuca ulaşmasında cezanın diğer nitelikleri de rol oynamıştır: Para cezası sicile geçmemekte, sadece ödememe halinde hapis cezasına çevrilmekte, bu karara karşı düzeltme yoluna gidilebilmektedir ve hapis cezasının 10 günü geçmemesi karşısında cezai anlamda bir cezanın bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır. Aynı olayda Komisyon tersi bir sonuca ulaşmıştır. Bkz. *Putz* kararı, 22.2.1996, § 36-37. *Pierre-Bloch* kararında ise sicile geçmemek, müteselsil suça esas alınmamak yanında düzenlemenin amacının seçimleri adil kılmaya yönelik olması cezai isnadın sınırlarının belirlenmesinde dikkate alınmıştır. 21.10.1997, § 56-58.

²⁰³24.2.1994, Seri A. 284

²⁰⁴s. 20, § 47. Bununla birlikte, bu ölçütler Divan kararlarındaki belirsizliği ortadan kaldırmaya yeterli olmamıştır. Özellikle para cezalarının ne orandan sonra ciddi olacağı son derece belirsizdir. *Pierre-Bloch* kararında *Yargıç De Meyer*'in de belirttiği gibi, *Öztürk* davasında 60 DM, *Weber* davasında 300 İsv Fra., cezai isnad olarak kabul etmek için yeterli görünürken bu kararda 59,572 FF diğer unsurlar dikkate alındığında ceza alanının dışında kabul edilmiştir. *Pierre-Bloch* kararı, 21.10.1997.

Para cezalarının yanında kamu görevlilerine yönelik disiplin cezaları da kişi bakımından çok ağır sonuçlar doğurabilmektedir. Bununla birlikte, Komisyonca Devlet tarafından çalıştırılan kişiler aleyhine verilen işten çıkarma²⁰⁵, nakil²⁰⁶, emeklilik haklarını kaybetmeyi²⁰⁷, kabul edilebilir nitelikte görülmemektedir. Bu nitelikteki cezalarda 6. madde güvencelerinin uygulanmaması önemli bir boşluk yaratmaktadır.²⁰⁸ Kamuda çalışan kişilerin de, mesleklerini yürütme haklarını medeni hak olarak kabul etmek bu boşluğa engelleyici bir önlem olarak düşünülebilir.

D Kabahatler ve Ceza Hukukunun Dışına Çıkarılmaları (Decriminalization)²⁰⁹

6. maddenin tüm suçlara ve özellikle hafif cezalı suçlara uygulanması içtihatla sorun yaratan bir konu olmuştur. Komisyon 8537/79 sayılı başvuruda²¹⁰ "Sözleşmenin 6. maddesinin sorundaki tip basit suçlara ilişkin usullerde uygulanacağı kabul edilse bile" ifadesini kullanarak bu hususu açık bırakmıştır. Divan bu konuya ilk olarak *Adolf* kararında açıklık getirmiş ve Sözleşmenin suçlar arasında bir ayırım getirmediğini, 6. maddenin bir kişinin cezai bir suçla isnad edildiği her halde uygulanacağını belirtmiştir.²¹¹ *Öztürk* kararında da Divan hafif suçlarda da mutlaka 6. maddenin güvencelerinin uygulanması gerektiğini belirtmektedir:

"Sözleşmede anılan cezai suçun belli bir ciddiyette olmasını gerektirir hiçbir belirti yoktur. Bunun da ötesinde, eğer bir Devlete bütün bir

²⁰⁵Bkz. X/Birleşik Krallık, Başvuru no. 8469/79, DR 21, s. 168 (resmi malı kötüye kullanan polis memurunun işine son verilmesi); Başvuru no. 13877/88, DR 65, s. 279.

²⁰⁶Başvuru no. 9208/80, DR 26, s. 262.

²⁰⁷Başvuru no. 16417/90, DR 67, s. 307. Bu olayda mahkeme sadece ceza mahkemesinin verdiği hüküm üzerine esas incelemeyen disiplin cezası vermiş olmasına rağmen 6/1'in kapsamında görülmemiştir.

²⁰⁸Harris, O'Boyle, Warbrick, a.g.e, s. 169.

²⁰⁹Bu konuda Türk hukuku açısından değerlendirme için bkz. Mahmut F. Selami, *Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi ve Düzene Aykırılıklar Hukukunda (İdari Ceza Hukukunda) Yaptırım Rejimi*, İstanbul, Kazancı Yayınları, 1995; Bayraktar Köksal, "Ceza Hukukunda Suç Olmaktan Çıkarma Akımı", *İÜHFİM*, Sayı. 1-4, 1984, s. 197-212; İçel Kayıhan, "İdari Ceza Hukuku ve Kabahatleri Suç Olmaktan Çıkarma Eğilimi", *İÜHFİM*, Cilt. 50, Sayı.1-4, s. 117-131.

Türkiye'de bu yöndeki gelişmelere örnek olarak 3.11.1988 tarih ve 3493 sayılı Bazı Cezaların İdari Cezaya Dönüştürülmesine Dair Kanunun, Orman Kanunu, İş Kanunu, Tarımda Kendi Adına Çalışanlar Kanununda yaptığı değişiklikler gösterilebilir. Ayrıca hazırlanan bir kanun tasarısı ile 49 kanundaki çeşitli hükümlerle düzenlenen hürriyeti bağlayıcı cezalarla para cezaları idari mahiyette para cezasına çevrilmek istenmiş, Adalet Komisyonunca da benimsenen teklif kanunlaşmamıştır. Bkz. *Demokratikleşme ve Yargı Reformu*, C. 2, Adalet Bakanlığı Yayını, s. 577-668. Daha önce bu yönde yapılmış bir çalışma için bkz. Yücel Mustafa T., "Ceza Adaleti Sisteminin Sadeleştirilmesi ve Etkinleştirilmesi", *Adalet Dergisi*, Yıl: 78, Sayı. 5, s: 129-130.

²¹⁰X/FAC, bkz. van Dijk, a.g.m. s. 368.

²¹¹Başvurucunun attığı anahtarlığın yanlışlıkla mağdurenin başına gelmesi sonucu işleyen usule devlet tarafından son verilmiştir. *Adolf* kararı, 26.3.1982, Seri A. 49.

grup suçu sırf hafif suç olarak gördüğü için maddenin dışına çıkarma imkanı verilirse bu 'cezai bir isnadla karşılaşılan herkese' mahkemeye başvurma ve adil yargılanma hakkı veren 6. maddenin konusu ve amacına aykırı olur."²¹²

Divana göre devletler her istediklerini idari alanda düzenleme imkanına sahip olurlarsa 6. ve 7. maddenin garantilerini uygulamak Sözleşmeciler Devletlerin takdirine kalacaktır.²¹³

Divan'ın bu görüşü tüm sanıklara belirli güvenceleri sağlamak amacını gütmekle birlikte, bazı açılardan sakıncaları da içermektedir. Bu gelişimin amaçlarından biri davaların daha hızlı sonuçlandırılması için mahkemelerin iş yükünü azaltmaktır. Öte yandan bu tip davranışların ceza hukukunun dışına taşınması birey açısından cezanın siciline işlenmemesi, ceza mahkemelerinde yargılanmamak gibi avantajlar da getirmektedir.²¹⁴ Bunun da ötesinde, Öztürk kararında karşıoy sahiplerinden yargıç Bernhardt'ın da belirttiği gibi Avrupa'da gerçekleşmekte olan bu sosyal gelişimi dikkate almak Divan'ın gelişimci yorumu ile de daha uyumlu olacaktır.²¹⁵

Teknik gelişmeler nedeniyle kabahat başlığı altında nitelendirilebilecek ceza kategorisi her geçen gün genişlemektedir. Özellikle mahkemelerin iş yükünü hafifletmek açısından bu gruba giren hareketlerin suç olmaktan çıkarılması bir zorunluluk olarak gözükmektedir. Bu tip cezaların önce idari birimlerce verilmesi ancak cezalandırılan kişiye bu cezaya karşı 6. madde anlamında yargı yollarına başvurma imkanının verilmesi Sözleşme içtihatına uygun olacaktır. Bununla birlikte, böyle bir başvuru sonucunda 6. maddenin tüm güvencelerinin uygulanması gerekip gerekmediği bu alanda Avrupa ortak hukukundaki gelişmelere göre yeniden cevaplanabilecek gibi gözükmektedir.

²¹²21.2. 1984, A. 73, s. 21. Ayrıca 18.10.1985 Rep, Lutz kararı, Seri A. 123, s. 33 ve Belilos kararı 29.4.1988, A. 132, s. 28.

²¹³Aynı yerde, s. 18, § 49.

²¹⁴Kidd, a.g.m., s. 863.

²¹⁵Aynı yerde.