



EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012. Bu çeviri, Avrupa Konseyi'nin insan haklarına destek Fonu'nun desteğiyle hazırlanmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Daha fazla bilgi için, bu belgenin sonunda bulunan yazarın telif hakkı ile ilgili kısmı okuyabilirsiniz.

© Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court. For further information see the full copyright indication at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2012. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyright/droits d'auteur à la fin du présent document.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

BÜYÜK DAİRE

MICALLEF/MALTA DAVASI

(Başvuru n° 17056/06)

KARAR

STRAZBURG

15 Ekim 2009

Bu karar kesindir. Şekli düzeltmelere tabi olabilir.

Micallef/Malta davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi heyet olarak :

Jean-Paul Costa, *Başkan*,
Christos Rozakis,
Françoise Tulkens,
Giovanni Bonello,
Corneliu Bîrsan,
Karel Jungwiert,
Anatoly Kovler,
Vladimiro Zagrebelsky,
Elisabet Fura-Sandström,
Khanlar Hajiyeve,
Egbert Myjer,
David Thór Björgvinsson,
Dragoljub Popović,
Giorgio Malinverni,
András Sajó,
Zdravka Kalaydjieva,
Mihai Poalelungi, *hakimler*,

ve Michael O'Boyle, *Yazı İşleri Müdür Yardımcısı*,

olarak 22 Ekim 2008 ve 9 Eylül 2009 tarihlerinde toplanmıştır ve bu son tarihteki oturumda aşağıdaki kararı vermiştir :

USUL

1. Davanın temeli olan başvuru (n° 17056/06), Malta'ya karşı bu devletin vatandaşı olan Sayın Joseph Micallef (« başvuru ») tarafından Mahkeme'ye 15 Nisan 2006 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (« Sözleşme ») 34. maddesi uyarınca yapılmıştır.

2. Adli yardımdan faydalanan başvuru, Valetta'da avukatlık yapan Av. T. Azzopardi tarafından temsil edilmiştir. Malta Hükümeti (« Hükümet ») kendi ajanı (görevlisi) *Başsavcı*, Sayın S. Camilleri tarafından temsil edilmiştir.

3. Kendi başvurusunda başvuru, Bayan M.'nin, özellikle Sözleşme'nin 6. maddesine aykırı bir şekilde tarafsız bir mahkeme önünde beyanlarını sunma ihtimali olmamasından dolayı adil yargılanma hakkından faydalanmadığını iddia etmektedir.

4. Başvuru, Mahkeme'nin Dördüncü Dairesi'ne gönderilmiştir (Mahkeme İçtüzüğü'nün 52 § 1 maddesi). 5 Eylül 2006 tarihinde Nicolas Bratza, *Başkan*, Josep Casadevall, Giovanni Bonello, Matti Pellonpää, Lech Garlicki, Ljiljana Mijović ve Ján Šikuta, *hakimler*'den oluşan bir Daire

heyeti, istinaf prosedürünün adil yargılaması ile İstinaf Mahkemesi'nin tarafsızlığı ile ilgili şikayeti Hükümete bildirmiş ve başvurunun kalan kısmını kabuledilemez bulmuştur. Daire ayrıca Sözleşme'nin 29 § 3 maddesine uygun olarak, başvurunun kabuledilebilirliği ve esasına ilişkin incelemeyi aynı zamanda yapacağına karar vermiştir. 15 Ocak 2008 tarihinde Nicolas Bratza, *Başkan*, Giovanni Bonello, Kristaq Traja, Lech Garlicki, Ljiljana Mijović, Ján Šikuta ve Päivi Hirvelä, *hakimler*'den oluşan bir Daire heyeti, oybirliğiyle başvurunun kalan kısmını kabuledilebilir bulmuş ve dörde karşı üç oyla, Sözleşme'nin 6. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Yargıç Bonello'nun ayrık oy yazısı ve Yargıçlar Nicolas Bratza, Kristaq Traja ve Päivi Hirvelä'nin ortak karşı oy yazıları Daire kararına eklenmiştir.

5. 7 Temmuz 2008 tarihinde, Sözleşme'nin 43. maddesine göre Büyük Daire Kurulu, davanın Büyük Daire önüne gönderilmesi talebini kabul etmiştir.

6. Büyük Daire heyeti Sözleşme'nin 27 §§ 2 ve 3 maddesi ve İçtüzüğü'nün 24. maddesine uygun olarak oluşturulmuştur.

7. Gerek başvuru ve gerekse Hükümet kabuledilebilirlik ve esasa ilişkin beyanlarını sunmuşlardır. Başkan'ın yazılı prosedüre müdahil olma talebine izin verdiği Çek Cumhuriyeti Hükümeti de beyanlarını sunmuştur (Sözleşme'nin 36 § 2 maddesi ve İçtüzüğü'nün 44 § 2 maddesi)

8. 22 Ekim 2008 tarihinde Strazburg İnsan Hakları Sarayında bir duruşma yapılmıştır (İçtüzüğü'nün 59 § 3 maddesi).

Bu duruşmaya :

– *Hükümet adına*

Sayın	Silvio CAMILLERI, <i>Başsavcı</i> ,	<i>ajan</i> ,
Sayın	Peter GRECH, <i>Başsavcı yardımcısı</i> ,	<i>danışman</i> ;

– *Başvurucu adına*

Av. Tonio AZZOPARDI,	<i>temsilci</i>
----------------------	-----------------

Katılmıştır.

Mahkeme Av. Azzopardi ve Sayın Camilleri'nin beyanlarını ve Mahkeme tarafından sorulan sorulara verdikleri cevapları dinlemiştir

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

9. 1929 yılında doğan başvuru Vittorioiosa'da ikamet etmektedir.

A. Davanın oluşumu

10. Başvuru, M. F.'nin apartman dairesinin üstünde yaşayan Bayan M.'nin erkek kardeşidir.

11. 17 Temmuz 1985 tarihinde M. F., Bayan M.'nin kendi apartman dairesinin üzerindeki alanda elbiselerini kurutmasını yasaklamak için bir tedbir alınması talebinde bulunmuştur. Mülkiyet hakkına zarar verildiğini iddia eden M. F., bu konuda Malta Medeni Kanununun 403. maddesini öne sürmüştür.

12. Tedbir talebi ile ilgili yapılan bir duruşma sonunda ve Bayan M. ve avukatı Av. A. duruşma salonundan çıktıktan sonra, heyeti yöneten başkan, sonraki duruşma için öngörülen tarihi değiştirmiştir. Bu nedenle Bayan M. yeni tarihten haberdar edilmemiştir ve belirlenen duruşmaya katılmamıştır. 29 Kasım 1985 tarihinde Bayan M.'nin yokluğunda, başkan M. F.'nin lehine bir karar vermiştir.

13. O dönemlerde yürürlükte olan Malta mevzuatına göre M. F., bu tedbir kararının verilmesinden sonra dört gün içinde mülkiyet hakkı ile ilgili ihtiyati tedbir kararı alınması için bir dava açması gerekmektedir. Böyle bir davanın yokluğunda, verilen tedbir kararı tüm etkisini kaybetmekteydi. 5 Aralık 1985 tarihinde M.F., dava dilekçesini sunmuştur.

14. 6 Mart 1992 tarihinde hukuk davasının esasını incelemeye yetkili mahkeme, Bayan M'nin haksız olduğu belirtmiş ve ona karşı daimi bir tedbir kararı vermiştir. 24 Mart 1992 tarihinde istinaf talebi olmadığından bu karar kesinleşmiştir.

B. Normal yetkisine göre toplanan hukuk mahkemesi önündeki prosedür

15. 6 Aralık 1985 tarihinde Bayan M., normal yetkisine göre toplanan hukuk mahkemesi (birinci daire) önünde bir dava açmıştır ve kendisi ile ilgili tedbir kararının onun yokluğunda ve kendisine beyanda bulunma hakkı verilmeden alındığını iddia etmiştir (aşağıdaki paragraf 77).

16. 15 Ekim 1990 tarihli kararıyla, hukuk mahkemesi başvuru kişinin şikayetine yerinde olduğunu kabul etmiştir. Mahkeme, çekişmeli yargılama ilkesinin tedbir kararlarına uygulandığını söylemiştir. Yargı sistemi ve Ceza Muhakemeleri Kanununun 873 § 2 maddesine dayanan hukuk mahkemesi,

yetkili mahkemenin bu konuda bir karar alması konusunda her türlü yetkisi olduğunu söylemiştir. 873 § 2 maddesine göre, tedbir kararı ancak mahkemenin bu tedbirin, talep eden şahsın haklarını korumak için gerekli olduğuna kanaat getirmesi durumunda mümkün olduğunu öngörmektedir (aşağıdaki paragraf 27). Ancak eğer tedbiri veren mahkeme tarafları dinlemenin gerekli olduğuna karar verseydi, bunu doğal hukukun ilkelerine saygı çerçevesi içinde yapması gerekirdi. Bu davada hukuk mahkemesi, Bayan M.'nin herhangi bir hata işlemekten dinlenilme hakkından mahrum bırakıldığını ve bu nedenle verilen tedbir kararının geçersiz ve hükümsüz olduğuna karar vermiştir.

C. İstinaf Mahkemesi önündeki prosedür

17. M. F., 15 Ekim 1990 tarihli karara karşı istinaf yoluna başvurmuştur. M. F., ilk derece mahkemesi önünde Av. U. tarafından temsil edilmiştir; buna karşın istinaf prosedüründe bu avukatın oğlu Av. C. tarafından temsil edilmiştir. İstinaf Mahkemesi, *Chief Justice (Mahkeme Başkanı)* tarafından başkanlık edilmekte et Mahkeme Başkanı ile birlikte iki hakim heyette bulunmaktadır. Mahkeme Başkanı, Av. U.'nun kardeşi ve Av. C.'nin amcasıdır.

18. 12 Ekim 1992 tarihli istinaf duruşmasında Mahkeme Başkanı, birkaç soru sorduktan sonra, Av. A.'nin davranışlarının etiğe uygun olmadığını çünkü bu avukatın herhangi bir haklılık nedeni göstermeden, M. F.'nin avukatının davranışını eleştirdiğini belirtmiştir. İlk derece mahkemesi önünde M. F.'nin Mahkeme Başkanı'nın kardeşi tarafından temsil edildiği dile getirildiği zaman, Mahkeme Başkanı davayı « yetkili makamlara » gönderme tehtidinde bulunmuştur. Kaldı ki bu konu ile ilgili aşağıdaki notu yazdırmıştır :

« İstinaf Mahkemesi, kendisi ve müvekkili duruşma salonundan çıktıktan sonra ilk derece mahkemesinin duruşma tarihini değiştirdiğini kendisi beyan eden Av. A.'ya, neden bu değişikliğin bir avukatın talebiyle yapıldığını ısrarla söylediğini sormuştur. Av. A.'nın cevabı şu şekildedir : « Ben bu sonucu çıkarmaktayım, çünkü hazır olan iki avukat vardı yani Av. U. ve ben kendim. »

(...) Bayan M'nin avukatı, kendisi ve müvekkili duruşma salonundan çıktıktan sonra, hiç rahatsızlık duymadan, başka bir avukatın ve hakimin davranışları konusunda bazı ifadelerde bulunmaktadır ve tahminler yürütmektedir. »

19. Av. A., kendini savunmak için birkaç kelime kullanmıştır, ama istinaf incelemesinin esası konusuna girilmemiştir. Mahkeme Başkanı duruşmayı durdurmuş ve bürosuna gitmiştir. Birkaç dakika sonra tarafların avukatları, Mahkeme Başkanı'nın bürosuna çağırılmışlardır. Açıklamalar yapılmış ama başka tedbirlerin alındığı görünmemektedir.

20. 5 Şubat 1993 tarihli kararıyla, İstinaf Mahkemesi Bayan M.'yi haksız bulmuş ve hukuk mahkemesinin kararını değiştirmiştir. İstinaf

Mahkemesi doğal hukuk ilkelerinin hiçbir zorunlu niteliği olmadığını ve esasen şartlı olan ve doğası gereği geçici olan hazırlık prosedüründe öne sürülemeyeceğini söylemektedir. İstinaf Mahkemesi ayrıca, duruşma gününün değiştirilmesinden dolayı Bayan M'nin duruşmaya katılmasının engellendiği belirten, ilk derece mahkemesi kararında açıklanan olayların anlatımını kabul etmemiştir. Bu konuda karar kısmen duruşma sırasında tutulan notu içermektedir – « Bayan M'nin avukatı, kendisi ve müvekkili duruşma salonundan çıktıktan sonra, hiç rahatsızlık duymadan, başka bir avukatın ve hakimin davranışları konusunda bazı ifadelerde bulunmaktadır ve tahminler yürütmektedir. » İstinaf Mahkemesi ayrıca Bayan M'nin şikayetine dayanak olan ve hukuk mahkemesi tarafından belirlenen bir bilirkişi raporunun dosyadan çıkarılmasına karar vermiştir.

D. Anayasal yetkisine göre toplanan hukuk mahkemesi önündeki prosedür

21. 25 Mart 1993 tarihinde Bayan M., anayasal yetkisine göre toplanan hukuk mahkemesi (birinci daire) önünde dava açmıştır. Sözleşme'nin 6. maddesini öne süren Bayan M., İstinaf Mahkemesi Başkanı'nın (*Chief Justice*) objektif bir şekilde tarafsız olmadığını ve bu durumun 12 Ekim 1992 tarihindeki olay sırasında açıkça ortaya çıktığını savunmuştur. İstinaf Mahkemesi'nin daha önce ispatlanan olayları inkar ettiğini belirten Bayan M., ayrıca adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir.

22. Bayan M., anayasal başvurusu ile ilgili herhangi bir karar verilmeden önce, 20 Ocak 2002 tarihinde hayatını kaybetmiştir. Başvurucu 22 Mayıs 2002 tarihinde, davacının kardeşi sıfatıyla hukuk mahkemesi önündeki prosedüre dahil olmuştur.

23. 29 Ocak 2004 tarihinde hukuk mahkemesi, Bayan M'nin başvurusunu anlamsız ve hakkın kötüye kullanılması olarak kabul ettiği için reddetmiştir. Davacının İstinaf Mahkemesi Başkanı'nı reddetmeyi ihmal ettiğini kaydeden mahkeme, Hükümet tarafından başvuru yollarının tüketilmediği itirazını reddetmiştir ve anayasal yetkisini kullanmaya karar vermiştir. Esasa ilişkin olarak mahkeme, silahların eşitliği ilkesi dahil olmak üzere Sözleşme'nin 6. maddesinden çıkan tüm hakların ve kavramların detaylı bir incelemesine girişmiştir, ama hukuk mahkemesinin tarafsızlığı zorunluluğuna özel bir değer biçmiştir. Ancak mahkeme, 12 Ekim 1992 tarihli olay ile 5 Şubat 1993 tarihli kararın içeriği arasında herhangi bir bağın olmadığı sonucuna varmıştır. Bayan M.'nin belirttiği gibi, kaza kapanmıştır; ancak Bayan M.'ye veya avukatına İstinaf Mahkemesi tarafından hak verilmesi konusunda çok az umut vardı. Bununla birlikte, İstinaf Mahkemesi, olaya karışmayan iki başka hakimden daha oluşmaktadır ve iyi gerekçelendirilen kararın davada oluşturulan tüm heyet tarafından verildiği konusunda hiç şüphe bulunmamaktadır.

E. Anayasa Mahkemesi önündeki prosedür

24. Başvurucu Anayasa Mahkemesi önünde bir başvuru yapmıştır.

25. 24 Ekim 2005 tarihli kararıyla bu yargı organı, başvuruyu kabuledilemez bulmuştur. Anayasa Mahkemesi, Anayasa'nın 46 § 5 maddesine göre, başvuruyu anlamsız ve hakkın kötüye kullanılması olarak reddeden bir karara karşı itiraz edilmesinin mümkün olmadığını belirtmektedir.

II. İLGİLİ İÇ HUKUK VE UYGULAMALARI

26. Medeni Kanunun 403. maddesi şu şekildedir :

« 1. Alt katlarda bulunan lojmanlar, insan müdahalesi olmadan, üst katlarda bulunan lojmanlardan doğal olarak düşen veya akan su veya diğer maddeleri alma riski altındadırlar.

2. Bu düşme ve akmayı engellemek için alt kattaki lojmanın sahibi tarafından yapılan müdahaleler yasaktır ;

3. Üst kattaki lojman sahibi tarafından yapılan ve alt kattaki lojmanın kullanımını zorlaştıran her türlü eylem yasaktır. »

27. Yargı sistemi ve Ceza Muhakemeleri Kanununun, VI bölümünün, V. alt bölümünün, tedbirler ile ilgili kararlar ile ilgili 873 maddesi şu şekildedir :

« 1. Tedbir ile ilgili kararlar, bir şahsa, kararın alınmasını isteyen şahsa zarar verecek nitelikte olan her türlü eylemde bulunmasını yasaklama amacındadır.

2. Mahkeme böyle bir kararı ancak bu tedbirin, talep eden şahsın haklarını korumak için gerekli olduğuna kanaat getirmesi durumunda vermesi ve bu şahsın kural olarak (a priori) böyle bir hakka sahip olması gerekmektedir. »

28. Olayların olduğu dönemde yürürlükte bulunan Malta hukukuna göre, taraflardan birinin hakim oğlu, kızı, eşi veya altsoyundan olan biri tarafından temsil edilmesi durumunda, bu hakim reddedilebilmektedir veya bu hakim bu davaya bakmaktan imtina edebilmektedir. Söz konusu temsilcinin hakim kardeşi veya yeğeni olması durumunda, hakim heyette bulunmasını engelleyecek herhangi bir durum söz konusu değildir. Yargı sistemi ve Ceza Muhakemeleri Kanununun ilgili hükümleri şu şekildedir :

Madde 733

« Aşağıdaki nedenlerden biri için tayin edilen hakim, mahkemeye başvuru bir davaya bakmaktan çekilemez veya bu davada reddedilemez (...) »

Madde 734

« 1. Bir hakim, bir davada reddedilebilir veya davaya bakmaktan çekilebilir

(...)

e) eğer kendisinin veya eşinin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak bir prosedürün sonucundan bir çıkarı varsa ;

f) eğer önünde savunma yapan avukat veya yasal temsilci oğluysa, kızıysa, eşiyse veya altsoyundan olan biri olursa (...) »

29. 2007 yılında, Yargı sistemi ve Ceza Muhakemeleri Kanununun ilgili maddesine bir başka neden ekleyen bir değişiklik getirilmiştir :

« g) eğer önünde savunma yapan avukat veya yasal temsilci erkek kardeşi veya kız kardeşi olursa (...) »

30. Malta Anayasası'nın 39 § 2 maddesinin ilgili hükümleri şu şekildedir :

« Her mahkemenin veya medeni hakların veya yükümlülüklerin varlığı ve kapsamı konusunda yasa ile karar verme yetkisi olan her makamın tarafsız ve bağımsız olması gerekmektedir ; (...) »

III. AVRUPA KONSEYİ'NE VE AVRUPA BİRLİĞİ'NE ÜYE DEVLETLERDEKİ HUKUK VE UYGULAMA

A. Ulusal sistemler

31. Avrupa Konseyi'ne üye olan önemli sayıdaki devletin mevzuatları ile ilgili Mahkeme'nin elindeki verilerden, tedbir ile ilgili prosedürler dahil olmak üzere, ihtiyati tedbirlere 6. maddenin güvencelerinin uygulandığı konusunda bir konsensüs olduğu sonucu çıkmaktadır. Bu sonuç bu devletlerin anayasal metinlerine, Medeni Usul Kanunlarına ve içtihatlarına dayanmaktadır. Bu devletlerin çoğunluğunda (Arnavutluk, Almanya, Avusturya, Azerbeycan, Belçika, Bulgaristan, Kıbrıs, Hırvatistan, İspanya, Estonya, Fransa, Macaristan, İrlanda, İtalya, Hollanda, Polonya, Birleşik Krallık, Rusya, San Marino, Sırbistan, İsveç ve İsviçre) mevzuat, 6. maddede öngörülen güvencelerin (özellikle tarafsızlık unsurunun) ihtiyati tedbirler ve diğer tedbirler ile ilgili prosedürlere uygulandığını söylemeye imkan vermektedir, çünkü ya mevzuat metinleri güvencelerin uygulandığı prosedürün aşamaları ve türleri arasında hiçbir ayırım yapmamaktadır (İspanya, Yunanistan, İtalya ve İsviçre Anayasaları'nda olduğu gibi), ya da ihtiyati tedbirler ile ilgili hükümler bu veya şu şekilde 6. maddedeki asıl güvenceleri tekrarlamaktadır – örnek olarak, esasa ilişkin hükümlerin tedbir ile ilgili prosedürlere de *mutatis mutandis* uygulandığını (Polonya) veya

esasa ilişkin hükümlerin tedbir ile ilgili prosedürlere aykırı hüküm bulunmaması durumun uygulandığını (Allemagne) öngören mevzuat gibi. Belçika mahkemeleri bu sorunu açıkça incelemişlerdir (bkz., *Greenpeace* ve *Global Action in the Interest of Animals* davalarında Yargıtay tarafından verilen 14 Ocak 2005 tarihli kararlar) ve Sözleşme'nin 6. maddesinin ihtiyati tedbir ile ilgili prosedürlere prensip olarak uygulandığı sonucuna varmışlardır.

B. Avrupa Birliği

32. Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesi adil yargılanma hakkını güvence altına almaktadır. Sözleşme'nin 6. maddesinin tersine Şart, bu hakkı « medeni hak ve yükümlülüklerle » ilgili uyuşmazlıklarla ve « cezai alandaki suçlamalarla » sınırlamamaktadır ve bu uyuşmazlıklarla ilgili kararlara da gönderme yapmamaktadır. *Denilauler/Couchet Frères* davasında (ABAD, Affaire C 125/79, 21 Mayıs 1980), Avrupa Birliği Adalat Divanı, kendi içtihadına göre, taraflara karşı duruşmaya çıkmadan verilen ihtiyati tedbirlerin kabul edilmemesi gerektiğini söylemektedir. Bu durum, aynı güvencelerin kesin olmayan kararlara da uygulanması gerektiği anlamına gelmektedir.

HUKUK AÇISINDAN

33. Başvurucu, İstinaf Mahkemesi'nin tarafsız olmadığını ve Bayan M.'nin bu şekilde, Sözleşme'nin 6. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkına aykırı bir şekilde kendi argümanlarını öne sürme ihtimalinden mahrum bırakıldığını savunmaktadır. Bu hükmün ilgili bölümleri şu şekildedir :

« Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar (...) konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil (...) olarak, (...) görülmesini isteme hakkına sahiptir (...) ».

34. Hükümet bu teze karşı çıkmaktadır.

I. HÜKÜMETİN İLK İTİRAZLARI ÜZERİNE

35. Hükümet, Sözleşme'nin 34 ve 35 § 1 maddelerindeki birçok nedenden dolayı başvurunun kabuledilebilirliğine itiraz etmektedir.

34. madde aşağıdaki şekildedir :

« Bu Sözleşme veya Protokollerinde tanınan haklarının Yüksek Sözleşmeci Taraflar'dan biri tarafından ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu öne süren her gerçek kişi, (...) Mahkeme'ye başvurabilir. (...) »

35 § 1 şu şekildedir :

« Mahkeme'ye ancak, uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeleri uyarınca iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra ve iç hukuktaki kesin karar tarihinden itibaren altı aylık bir süre içinde başvurulabilir. »

A. Mağdur sıfatı

1. Daire'nin vardığı sonuç

36. Sorunu kendiliğinden inceleyen Daire, doğrudan mağdur olan Bayan M.'nin, iç hukuktaki yolları kullandığı sırada hayatını kaybettiğini ve bu durumun Bayan M.'nin Mahkeme önünde iddia edilen ihlal ile ilgili şikayette bulunacağı anlamında geldiğini kaydetmiştir. Daire ayrıca, doğrudan mağdur olan şahsın ölümünden sonra ulusal yargı organlarının başvuruca anayasal prosedüre katılmasına ve davacının kardeşi sıfatıyla İstinaf Mahkemesi önünde itiraz etmesine izin verdiklerini gözlemlemiştir. Bununla birlikte Mahkeme'nin, bir başvuruğunun mağdur sıfatını tanıma ve genel bir sorunla ilgili bir davayı incelemeye devam edebileceği konusunda tam bir yetkisi olduğunu hatırlattıktan sonra Daire, iç hukukun hakim karşı tarafın avukatıyla alt-üst hısımlık bağı nedeniyle hakimi reddetmeye imkan vermemesinin, yeterli derecede genel çıkar ile ilgili bir sorun olduğunu belirtmiştir. Hükümetin bu konuda hiçbir itiraz öne sürmediğini kaydeden Daire, başvuruğunun incelemeye konu başvuruyu yapma sıfatı olduğu sonucuna varmıştır.

2. Hükümetin argümanları

37. Hükümet başvuruğunun mağdur sıfatının olmadığını çünkü söz konusu prosedüre taraf olmadığını savunmaktadır. Tek mağdur, iç hukuktaki anayasal prosedür sırasında hayatını kaybeden başvuruğun kızkardeşidir. Başvuruğunun, kızkardeşi yerine bu prosedüre müdahalede bulunmasına izin verilmesi çok önemli değildir. Burada Malta hukukunda, medeni hukukta öngörülen mirasçılık ilkesine dayanan ve sık rastlanan bir durum söz konusudur ve bu ilke, mirasçının Sözleşme anlamında mağdur sıfatından bağımsız olarak, mirasçıya vefat edenin hukuki şahsiyetini transfer etmeye imkan tanımaktadır.

38. Bununla birlikte Hükümet, « yeteri derecede genel çıkarın » varlığı nedeniyle, mağdur sıfatını tanıma konusunda Mahkeme'nin yetkisi ile ilgili Daire'nin yorumuna karşı çıkmaktadır. Bu durum Sözleşme'nin 34. maddesine uygun olmayacaktır ve bir *actio popularis*'i kabul etme ile yaklaşık olarak aynı anlama gelecektir. Ancak, Mahkeme'nin bu taktir yetkisine sahip olduğu kabul edilse bile, bu davada yasa, Daire'ye bunu kullanmasına izin veren hiçbir eksiklik içermemektedir.

3. Başvurucunun argümanları

39. Başvurucu için öncelikle, Hükümetin prosedürün bu aşamasında Mahkeme önünde yeni bir itiraz öne sürmesi, prosedürü kötüye kullanma niteliğindedir ve ikincilik ilkesini ihlal etmektedir. Hükümet bu konuya ulusal yargı organları veya Daire önünde itiraz etmediği için, bu aşamadan sonra bunu yapmasının süresi geçmiştir.

40. Her halükarda başvuru, direk mağdur olanın iç hukuktaki başvuru yollarını yerine getirirken vefat ettiğini ve bunun Mahkeme'ye başvurmadan önce yapılması gereken bir şart olduğunu belirtmektedir. Kaldı ki Bayan M.'nin ölümünden sonra, iç hukuka uygun olarak, ulusal mahkemeler kendisine anayasal prosedür kapsamında işlemde bulunmak için gerekli olan sıfatı tanımışlardır. Bununla birlikte, iç hukuktaki prosedürün bir parçası olduğu andan itibaren, kız kardeşi tarafından başlatılan anayasal prosedürle ilgili tüm harçları ödemesi gerekiyordu ve bu nedenle finansal anlamda bir zarara maruz kalmıştır. Dolayısıyla bu mağdur sıfatı kendisine daha önce verilmiştir ve kendisinden geri alınmaması gerekmektedir.

41. Son olarak başvurunun ahlaki bir boyutu bulunmaktadır çünkü, başvuru Sözleşme'nin yorumlanması veya uygulanması konusunda ciddi sorunları ve genel nitelikteki ağır bir sorunu ortaya çıkarmaktadır. Dolayısıyla, Daire tarafından ifade edilen genel çıkar ilkesinin bu davada uygulanmadığını söyleyemeyiz.

4. Müdahil tarafın argümanları

42. Çek Cumhuriyeti Hükümeti, Mahkeme'nin kendi önündeki yargılama sırasında ölen bir başvuru sahibinin yakınlarına mağdur sıfatını tanınmasının kabul edilebilir olduğunu beyan etmektedir. Buna karşın, mağdurun başvuru yapmadan önce ölmesi durumunda, yani iddia edilen ihlalin doğrudan doğruya mağduru olan şahsın şikayetlerini öne sürmesinin imkansız olması halinde (*Bazorkina/Rusya*, n° 69481/01, § 139, 27 Temmuz 2006) veya mağdur sıfatlarının tanınmasını isteyen ve normalde mirasçı olan kişiler, iddia edilen ihlalin negatif sonuçlarından etkilenmişlerse (*Ressegatti/İsviçre*, n° 17671/02, § 25, 13 juillet 2006), mağdur sıfatının istisnai bir şekilde tanınması gerekmektedir.

43. Ayrıca şikayet genel bir çıkarla ilgili olduğu için Mahkeme'nin, mağdur sıfatını tanıma yetkisi yoktur. Buna karşın Mahkeme, Sözleşme'nin 37 § 1 maddesi altında, vefat eden başvuru sahibi tarafından başlatılan mücadeleyi devam ettirmek isteyen kimsenin bulunmaması durumunda, başvurunun incelenmesine devam etme yetkisi vardır. Yukarıda belirtilen istisnai durumların dışında, bir mağdurun yakını tarafından yapılan bir başvuruya bu kuralı uygulamak, Mahkeme'ye incelemeyi istediği başvuruları kendiliğinden seçme imkanı tanımakla aynı anlama gelecektir.

5. Mahkeme'nin taktiri

44. Sözleşme'nin 34. maddesine göre başvuruda bulunabilmek için, bir gerçek kişinin, hükümet dışı kuruluşun veya kişi gruplarının, « Sözleşme'de korunan haklarının ihlal edilmesinden dolayı mağdur olmaları (...) » gerekmektedir. Bir kişinin herhangi bir ihlalin mağduru olduğunu iddia edebilmesi için, söz konusu tedbirden doğrudan doğruya etkilenmiş olması gerekmektedir (*Burden/Birleşik Krallık* [BD], n° 13378/05, § 33, 29 Nisan 2008).

45. Bu kriterin, sıkı, mekanik ve katı bir şekilde uygulanmaması gerekmektedir (*Karner/Avusturya*, n° 40016/98, § 25, CEDH 2003-IX). Mahkeme, kendi önüne gelen davaların genelde bir ahlaki boyutları olduğunu ve dolayısıyla bir başvuruçunun yakınlarının, başvuruçunun ölümünden sonra bile adaletin yerine gelmesini sağlamaya çalışmak için meşru bir çıkarları olabildiğini kabul etmiştir. Bu durum dava tarafından ortaya çıkan merkezi sorunun, şahsı, başvuruçunun ve mirasçılarının çıkarlarını aşması ve davanın başka şahısları da etkilemesi halinde güçlü bir şekilde (*a fortiori*) söz konusu olabilmektedir (*Malhous/Çek Cumhuriyeti* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 33071/96, CEDH 2000-XII).

46. Mahkeme'nin bazı şartlarda, Sözleşme ve Protokolleri'nde güvence altına alınan insan haklarına saygının gerekli kıldığı hallerde, başvuruyu incelemeye devam etmeye karar verme yetkisi vardır (Sözleşme'nin 37 § 1 *in fine* maddesi). Bu yetki genel bir çıkar sorununun varlığına bağlanabilir (*Karner*, yukarıda adı geçen karar, § 27, ve *Marie-Louise Loyer ve Bruneel/Fransa*, n° 55929/00, § 29, 5 Temmuz 2005). Bu sorun özellikle, başvurunun mevzuatla veya bir savunmacı devletin hukuk sistemi veya hukuki uygulaması ile ilgili olması durumunda ortaya çıkabilmektedir (*Altun/Almanya*, Kararlar ve raporlar 36, § 32, ve, *mutatis mutandis*, *Karner*, yukarıda adı geçen karar, §§ 26 et 28).

47. Mahkeme, asıl başvuruçunun Mahkeme'ye başvuru yaptıktan sonra hayatını kaybetmesi durumunda, yeterli derecede çıkarları olması şartıyla bu başvuruçunun aile üyelerinin başvuruyu devam ettirmelerine normalde izin vermektedir (*Malhous*, yukarıda adı geçen kabuledilebilirlik ile ilgili karar). Ancak, doğrudan doğruya mağdur olan şahsın Mahkeme'ye başvuru yapmadan önce hayatını kaybetmesi halinde durum farklıdır (*Fairfield/Birleşik Krallık* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 24790/04, CEDH 2005-VI).

48. Mahkeme, her ne kadar başvuruçunun iç hukuktaki prosedüre taraf olmasını dikkate alıyorsa da, mağdur kavramını otonom bir şekilde, iç hukukun dava açmak için çıkarı veya sıfatı olma kavramlarından bağımsız olarak yorumlamaktadır (*Sanles Sanles/İspanya* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 48335/99, CEDH 2000-XI). 6. madde ile ilgili şikayetler konusunda Mahkeme, şikayetlerin genel bir sorun ile ilgili olması ve mirasçı olan başvuruçuların başvurunun devamı için bir çıkarları bulunması, yani başvuruçunun malvarlığı hakları üzerinde doğrudan bir etkisi olması

durumunda (*Ressegatti*, yukarıda adı geçen karar, § 25), bir başvuruçunun yakınına mağdur sıfatını tanımaya hazır olduğunu göstermiştir (*Marie-Louise Løyen*, yukarıda adı geçen karar, § 29, ve, *a contrario*, *Biç ve diğerleri/Türkiye*, n° 55955/00, § 23, 2 Şubat 2006).

49. Bu davada Mahkeme, direk mağdur olan şahsın ilk derece mahkemesinde on yıldan fazla süren ve iç hukuk yollarının tüketilmesi için bitmesi gereken anayasal başvuru sırasında hayatını kaybettiğini belirtmektedir. Anayasal yargı organları, başvuruçunun davacının kardeşi ve mirasçısı sıfatıyla prosedüre dahil olma talebini ve başvuruçunun davası ile ilgili karar vermeyi reddetmemişlerdir. Kaldı ki başvuru, kızkardeşi tarafından açılan dava için yargılama masraflarını ödemiştir ve dolayısıyla bu miktarın kendisine geri ödenmesi için maddi bir çıkarı bulunmaktadır.

50. Ayrıca Mahkeme, taraflardan birinin avukatının, hakimin yeğeni olması veya davanın hakimin kardeşinin davranışları ile ilgili olması nedeniyle, hakimin reddini imkansız hale getiren iç hukukun iddia edilen boşluğunun, yargının iyi işlemesine dokunan sorunlar ortaya çıkardığını ve dolayısıyla bu boşluğun genel çıkarı ilgilendiren önemli bir sorun oluşturduğunu belirtmektedir.

51. Sonuç olarak, Daire gibi Büyük Daire, yukarıda belirtilen iki nedenden dolayı başvuruçunun başvurusunu kendi incelemesine sunması için gerekli sıfatı olduğu kanaatindedir. Dolayısıyla Hükümetin ilk itirazının reddedilmesi gerekmektedir.

B. İç hukuk yollarının tüketilmemesi

1. Daire'nin vardığı sonuç

52. Daire, İstinaf Mahkemesi önündeki 12 Ekim 1992 tarihindeki duruşmaya dayanarak, Malta hukukunun bir hakimin bakacağı davada, davaya taraf olanlardan birinin avukatının amcası olması nedeniyle bu hakimin reddedilmesine hiçbir şekilde imkan vermediğini ve bu nedenle Bayan M.'nin hakimin çekilmesini isteyemediğini belirtmiştir. Bununla birlikte başvuru, bu olaydan sonra anayasal konuda karar vermeye yetkili hukuk mahkemesi önüne bu şikayetini taşımıştır ve bu yargı organı Hükümet tarafından öne sürülen normal yolların tüketilmesi ile ilgili itirazını reddetmiş ve davayı esastan incelemiştir.

2. Tarafların argümanları

53. Hükümet, 12 Ekim 1992 tarihli duruşma sırasında Bayan M.'nin, kendi beyanlarını sunma ihtimalinin olmamasından şikayetçi olmadığını ve ek beyanlarda bulunma talebinde bulunmadığını beyan etmektedir. Bayan M., yargılamanın herhangi bir aşamasında hakimi reddetmemiştir ve aynı yargılama esnasında tarafsız bir mahkeme tarafından yargılanma

hakkının çiğnenme « riski » taşıdığını belirterek Sözleşme'nin 6. maddesi ile ilgili şikayetini yetkili yargı organlarına sunmayı ihmal etmiştir. Bayan M., Mahkeme Başkanı'nın davadan çekilmesini hiçbir zaman talep etmemiştir. Kendisi tarafından yapılacak böyle bir talep sadece Mahkeme Başkanı tarafından değil, ama davayla ilgilenen her üç hakim tarafından incelenecekti. Hükümete göre, Bayan M., böyle bir başvuruyu, *nemo judex in causa propria* (kimse hem hakim hem de taraf olamaz) genel ilkesini yansıtan Yargı sistemi ve Ceza Muhakemeleri Kanununun 734 § 1 e) maddesine dayanarak yapmalıydı (yukarıdaki paragraf 28). Hükümet, mahkemelerin her seferinde adaletin sadece yerine gelmesi değil ama aynı zamanda yerine geldiğinin görülmesi ve bilinmesi gerektiğine (*justice must not only be done, it must also be seen to be done*) üstün bir önem verdikleri birçok karardan bahsetmektedir. Bu durum hakimin reddi veya çekilmesini haklı gösterecek meşru bir neden oluşturmaktadır. Ancak Büyük Daire önündeki yargılama aşamasında Hükümet, yukarıda belirtilen kanunun 734 § 1 e) maddesine göre bu davada hakimin reddi talebinin başarı şansı olduğunu gösteren bir içtihadın olmadığını kabul etmiştir.

54. Başvurucu bu konuda herhangi bir beyanda bulunmamıştır.

3. Mahkeme'nin taktiri

55. Sözleşme'nin 35 § 1 maddesine uygun olarak Mahkeme, ancak iç hukuk yollarının tüketilmesinden sonra bir sorunu inceleyebilir. Bu hükmün amacı, taraf devletlere iddia edilen Sözleşme ihlallerinin Mahkeme önüne gelmeden önce önlenmesi veya giderilmesi için fırsat vermektir (bkz., birçok karar arasından, *Selmouni/Fransa* [BD], n° 25803/94, § 74, CEDH 1999-V). Böylece Mahkeme'nin incelemesine sunulan bir şikayetin daha önceden, en azından, zımni olarak, ulusal hukukta belirlenen şekil ve sürelerde ilgili ulusal yargı organlarına sunulması gerekmektedir (*Zarb Adami/Malta* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 17209/02, 24 Mayıs 2005). Ancak, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına göre, bir başvurunun iç hukukta kendisine, iddia ettiği ihlali gidermeye imkan tanıyacak ve normalde uygun ve yeterli olan başvuru yollarını tüketmesi gerekmektedir. Bu başvuru yolları, hem teoride hem de pratikte belirli bir kesinlikle varolması gerekmektedir; aksi durumda bu yollarda istenen ulaşılabilirlik ve etkililik kriterleri eksik kalır. Yeterli ve etkili olmayan yollara başvurmayı hiçbir şey dayatmamaktadır (*Raninen/Finlandiya*, 16 Aralık 1997, § 41, *Kararlar Dergisi* 1997-VIII).

56. Daire gibi Büyük Daire, başvurunun Yargı sistemi ve Ceza Muhakemeleri Kanununun 734 maddesini öne sürerek (yukarıdaki paragraf 28) Mahkeme Başkanı'nı reddetme zorunluluğu olmadığı kanaatindedir çünkü, o dönemlerde red nedeni olarak bir avukat ile hakim arasındaki yakınlık derecesi amca ve yeğen ilişkisini kapsamamaktaydı. 734 § 1 f) maddesi açıkça bazı soy bağıyla ilgili yakınlık derecelerini saymaktaydı (yukarıdaki paragraf 28). Ancak, bu madde kız ve erkek

kardeşler veya diğer uzak akrabalıklarla ilgili bir şey söylememekteydi; yasakoyucu bunları bu madde kapsamına koyma niyeti olsaydı, bu akrabalık bağlarını da sayardı. Bu akrabalık bağları ile ilgili yasanın sessiz kalması, bu konuda içtihat yokluğunda bu akrabalık bağlarının bu hukuki hüküm kapsamına girdiği yönündeki argümana destek olmamaktadır. Hükümet ayrıca, genel bir hüküm olan 734 § 1 e) maddenin de bu konuda bir başvuruya temel teşkil ettiğini göstermemiştir. Bu bağlamda kaldı ki Hükümet, 734 § 1 e) maddesine göre bu davada hakimnin reddi talebinin başarı şansı olduğunu gösteren bir içtihadın olmadığını kabul etmiştir. Bu nedenle bu davada, başvurucudan mantıklı olarak böyle bir girişimde bulunmasını isteyemeyiz.

57. Mahkeme, söz konusu kararın verilmesinden sonra, İstinaf Mahkemesi'nin tarafsızlığı ve bu yargı organı önündeki argümanların öne sürülmesi ihtimalinden dolayı, Sözleşme'nin 6. maddesi ile güvence altına alınan adil yargılanma hakkının ihlalinin şikayet etmek için, başvurucunun davasının devamını getirdiği Bayan M.'in, hukuk mahkemesi önünde (birinci daire) anayasal başvuru yaptığını – bunun çok önemli olduğunu – kaydetmektedir. Sonrasında başvurucu, talebini reddeden hukuk mahkemesinin kararına karşı Anayasa Mahkemesi'ne başvurmuştur. Mahkeme, başvurucunun bu şikayetini anayasal yargı organları önüne götürdüğünü, bu organların Hükümet tarafından öne sürülen normal hukuk yollarının tüketilmediği itirazını reddettiklerini, başvurucunun şikayetini usuli nedenlerle reddetmediklerini ve esasa ilişkin incelemeyi yaptıklarını ve dolayısıyla başvurucunun, kendisine normal olarak sunulan ve Mahkeme önünde şikayet edilen olaylar ile ilgili olarak gerekli başvuruları yaptığını belirtmektedir (bkz., *mutatis mutandis*, *Zarb Adami*, yukarıda adı geçen kabuledilebilirlik ile ilgili karar).

58. Başvurucunun prosedürün değişik aşamalarında, başka yollarla iddia ettiği ihlallerin telafisini elde etmeyi deneyebileceği veya iç hukukun izin verdiği gibi, başvurucunun bir başvuru yolunu başlatmak için prosedürün sonunu beklebileceği sıradan düşüncesi, bu sonucu hiçbir şekilde değiştirmemektedir. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, bir başvuru yolu kullanıldığı zaman, uygulamada aynı olan bir başka yolu kullanma zorunlu kılınmamaktadır (bkz., birçok karar arasından, *Kozacioğlu/Türkiye* [BD], n° 2334/03, § 40, 19 Şubat 2009).

59. Bu nedenle başvuru, iç hukuk yollarının tüketilmemesinden dolayı reddedilemez ve dolayısıyla Hükümetin itirazını reddetmek gerekmektedir.

C. Konu bakımından (*ratione materiae*) uyumsuzluk

1. Daire'nin vardığı sonuç

60. Asıl davadan çıkan tedbir prosedürü ile söz konusu prosedür arasında ayırım yapan Daire, söz konusu prosedürü « tedbirden sonraki

prosedür » olarak, yani tedbir prosedürünün eksikliklerinden şikayet etmeye imkan veren yeni ve ayrı bir prosedür olarak kabul etmiştir. İstinaf Mahkemesi gibi ilk derece mahkemesi, Bayan M.'nin şikayetinin esasını incelediğinden ve dolayısıyla, tedbir prosedürü kapsamında « dinlenilme hakkı » ile ilgili bir uyuşmazlık konusunda karar verdiğinden, başvurucunun en basitinden prosedürün 6. madde kapsamına girdiğini iddia etmesi için makul nedenleri bulunmaktaydı. Bununla birlikte, başvuru son olarak « tedbirden sonraki prosedürün » hakkaniyete uygun olmamasından şikayet ettiğinde, anayasal yargı organı İstinaf Mahkemesi'nin tarafsızlığı ile ilgili şikayetinin esasını incelemiştir ve dolayısıyla 6. maddenin bu prosedüre uygulandığını kabul etmiştir. Daire, *Vilho Eskelinen ve diğerleri/Finlandiya* ([BD], n° 63235/00, § 61, CEDH 2007-...) kararında, 6. maddenin otonom bir şekilde uygulanmasından bağımsız olarak Mahkeme'nin, bu maddenin şekli anlamda ulusal sistemde uygulanması halinde, bu hükmün uygulanacağına karar vereceğini beyan ettiğini hatırlatmaktadır : « bir iç hukuk düzeninin mahkemeye erişim hakkını engellemesi durumunda Mahkeme, uyuşmazlığın 6. maddenin güvencelerini askıya almayı haklı kılıp kılmadığını denetlemektedir. Eğer bu durum söz konusu değilse, hiçbir sorun bulunmamaktadır ve 6 § 1 maddesi uygulanmaktadır ». Bununla birlikte 6 § 1 maddesinde bulunan « medeni hak » kavramı Sözleşme'nin 53. maddesi anlamında iç hukukta bir kararın icrası hakkını sınırlandıracak şekilde yorumlanamamaktadır (*Okuy ve diğerleri/Türkiye*, n° 36220/97, § 68, CEDH 2005-VII). Daire bu davada 6. maddenin uygulandığı sonucuna varmıştır.

2. Hükümetin argümanları

61. Hükümet, her ne kadar ulusal mahkeme önündeki asıl beyanlarında bunu dile getirmemişse de, Büyük Daire'ye sunulan belgelerden anlaşılacağı üzere, iç hukuktaki prosedür kapsamında 6. maddenin uygulanmasına karşı çıktığını ifade etmektedir. Malta hukukunda, bu itirazı iç hukuk prosedürünün ileriki bir aşamasında öne sürmede süreyi kaçırmamıştır. Ayrıca ulusal yargı organı, bu sorun konusunda karar vermemiştir çünkü sadece davanın anlamsız ve hakkın kötüye kullanılması olduğu yönündeki itirazı kabul etmiştir.

62. İlgili prosedür, tedbir prosedürü sırasında dinlenilme hakkının çiğnendiği iddiası ile ilgilidir. 6. madde bu tedbir prosedürüne uygulanmaz çünkü herhangi bir hakkın veya yükümlülüğün esas ile ilgili olmayan ihtiyati tedbirler söz konusu idi. Bir davacı bir tedbiri elde etmeyi başarıp başarmadıktan sonra, esasa ilişkin şikayetini öne sürebilmesi için gerekli davayı açabilmektedir. Dolayısıyla, tedbir prosedüründen çıkan bir dava, bir hak veya yükümlülük ile ilgili karar verilmesine imkan vermemektedir. Her ne kadar usul hukukuna göre, bu dava ayrı bir şekilde açılması gerekiyorsa da, bu dava tedbir prosedürünün bir devamı niteliğindedir ve tedbir kararına

karşı bir itiraz mekanizmasına denk gelmektedir. Bu nedenle bu dava hiçbir şekilde asıl şikayetin esası ile ilgili olamaz.

63. Bununla birlikte, bir tedbir prosedürü kapsamında dinlenilme hakkı, Malta hukukunda öngörülmemiştir. Ulusal içtihatlarla göre, tedbir prosedürlerinin, hızlılık gibi özel zorunlulukları nedeniyle, bu tür prosedürler kapsamında, bu tip güvencelerden muafiyet getirilmesi mümkündür. Hukuk mahkemesinin (birinci daire) bir tedbir prosedürü kapsamında duruşma yapılmasına karar vermesi durumunda dinlenilme hakkına saygı gösterilmesi gerektiğini beyan ederek, Bayan M.'ye hak vermesi, başvurucuya savunulabilir bir şikayet verdiği ve 6. maddenin bu prosedüre uygulandığı sonucuna varmak için yeterli değildir. Bu prosedür medeni haklarla ilgili uyuşmazlıklar konusunda bir karar verilmesi amacıyla değildir.

64. Bu davada meydana gelen değişik yargılamalarda söz konusu olan tek medeni hak, elbiselerin kurutulması için serilmesi hakkıdır ve bu hak esas şikayetin merkezinde bulunmakla birlikte, bu hakkın incelenmesi 6 Mart 1992 tarihli kararla kesin bir şekilde sonuçlanmıştır ve bu karar istinaf aşamasında itiraza konu olmamıştır. Buna ek olarak, İstinaf Mahkemesi'nin ifade ettiği gibi, tedbir ile ilgili prosedür sırasında dinlenilme hakkı ile ilgili argümanlar davanın esasının incelenmesi sırasında da sunulabilirdi ; kaldı ki yargılama ekonomisi de böyle olmasını emrederdi.

65. Daire'nin *Vilho Eskelinen ve diğerleri* kararına ve Sözleşme'nin 53. maddesine verdiği yorum konusunda Hükümet, Daire kararına ekli bulunan üç hakimin karşı oy yazılarında belirtilen bakış açılarına ve müdahil tarafın beyanlarına katılmaktadır.

3. Başvurucunun argümanları

66. Başvurucu, bir şey yapılmaması için tedbir kararı alındığı zaman, bu tedbir kararının arada kaldırılması hariç olmak üzere, yargılamanın sonuna kadar etki göstermeye devam ettiğini belirtmektedir. Bu nedenle kendi kapsamında tedbir alınan prosedür her ne kadar geçici de olsa, belli bir süre boyunca tarafların medeni hakları ile ilgilidir. Dolayısıyla bu tedbirden çıkan etkilerin kapsamı dikkate alındığında Sözleşme'nin 6. maddesi, özellikle Malta konteksinde buna uygulanmaktadır.

67. Ancak, söz konusu prosedür tedbir prosedüründen farklıdır ve 6. maddenin kapsamına girmektedir. Burada, dava dilekçesiyle açılan ve istinaf prosedürü ile devam eden, ilk derece mahkemesi ve istinaf derecesinde kararlar verilmesine neden olan şekli *ad hoc* bir prosedür söz konusudur. Kaldı ki bu prosedür, tedbir prosedürü ile ilgilenen hakimden başka bir yargı organı önünde duruşma yapılmasını kapsamaktadır. Halihazırdaki medeni hak, « dinlenilme hakkıdır » ve bu dava olağan yargı organları önünde açılan herhangi bir davadan farklı değildir.

68. Elbiseleri kurutma hakkı ile ilgili asıl prosedürün 6 Mart 1992 tarihinde bitmesi durumu, söz konusu kararı tüm pratik etkilerinden muaf

hale getirmemektedir. Kaldı ki, M. F. istinaf yoluna başvurmuştur ve asıl şikayet esasa ilişkin olarak çözümlendiğinde, M. F. bu etkiyi yoketmek için çaba sarfetmemiştir. Bu durum, bir kere daha bu davanın faydasını ve ayrı olma niteliğini ispatlamaktadır. Bununla birlikte, Hükümet kendi itirazını iç hukuk yargı organları önünde düzgün bir şekilde öne sürmediği için ve bu yargı organları bu itirazı kendiliğinden ele almadıkları için, Hükümete bu itirazı şimdi öne sürme konusunda izin verilmemesi gerekmektedir ; aksi durum Hükümeti, tüm iç hukuk yollarını kullanan başvurucuya karşı daha avantajlı bir duruma sokacaktır.

69. Bu davada *Vilho Eskelinen* kararını öne sürmeye gerek yoktur çünkü, 6. madde her halükarda yukarıda belirtilen nedenlerle uygulanmaktadır. Bununla birlikte başvuru Daire tarafından Sözleşme'nin 53. maddesine verilen yoruma katılmaktadır. Bu yoruma göre her ne alanda olursa olsun, insan haklarının korunmasının, ulusal yargı organları önündekine oranla Mahkeme önünde daha güvenilir olması gerekmektedir.

4. Müdahil tarafın argümanları

70. Çek Cumhuriyeti Hükümeti, Mahkeme'nin 6. maddenin özellikle geçici niteliklerinden dolayı, geçici veya ihtiyati tedbirlere uygulanmadığı yönündeki içtihadına sadık kalması gerektiğini belirtmektedir. İhtiyati tedbirler bağımsız bir prosedür olarak kabul edilmemektedirler, ama asıl prosedürün kapsamı içinde kabul edilmeleri gerekmektedir. Dolayısıyla, eğer geçici olma niteliğinin, « prosedürün bu parçasının » 6. madde kapsamına girmemesi için artık bir geçerli neden değil ise, Mahkeme'nin bu konudaki içtihadından vazgeçmesini anlayabiliriz. Bu nedenle 6. madde ihtiyati tedbirlere uygulanabilecek ; ancak, ihtiyati tedbir prosedürü kapsamındaki tespit edilen eksikliğin, prosedürün tamamını adil olmaktan çıkarması durumunda ancak ihlal olabilecektir. Bu nedenle asıl yargılamanın kesin bir kararla sonuçlanması durumunda, bir ihlal tespitine varmayı düşünmek zordur.

71. Bununla birlikte, geçici olsun veya olmasın istenen tedbirin medeni hak ve yükümlülükleri ilgilendiren bir uyuşmazlıkla ilgili olması veya bu hak veya yükümlülüklerin varlığı, kapsamı veya yerine getirilme şekli ile ilgili olması şartıyla ancak, 6. maddenin uygulanması gerekmektedir. Her ne kadar usuli hakların (bu davada olduğu gibi, dinlenilme hakkı) medeni hak olarak kabul edilmesi zor olsa da, aynı durum ihtiyati tedbirler ile ilgili arada açılan davalar için de geçerlidir.

72. Ayrıca, *Vilho Eskelinen* kararı sadece, mahkemeye ulaşma hakkı ile ilgili olarak devlet ve memurlar arasında varolan bir uyuşmazlık ile ilgilidir. Bununla birlikte 6. maddenin uygulanması, ulusal alanda bir korumanın tanınmasının sonucu değildir; ulusal yargılama kapsamında 6. maddenin uygulanmasının tartışılıp tartışılmamasının herhangi bir önemi bulunmamakla birlikte, bu durumun Mahkeme tarafından dikkate alınmaması gerekmektedir.

73. Sözleşme'nin 53. maddesi ile ilgili olarak, bu hüküm bazı hakların Sözleşme kapsamında korunmamasından dolayı insan haklarının korunması standartların düşmesini engellemek amacıyla tasarlanmıştır. Tekrar belirtmek gerekirse, ulusal yargı organlarını Sözleşme ile oluşturulan normları aşmak için hiçbir engel bulunmamaktadır.

5. Mahkeme'nin taktiri

a) Genel ilkeler

74. Mahkeme, 6 § 1 maddesinin « sivil » kısmının uygulanması için, iç hukukta en azından savunulur bir şekilde varolan ve Sözleşme kapsamında korunan bir « hak » ile ilgili bir « uyuşmazlığın » olması gerektiğini hatırlatmaktadır. Söz konusu uyuşmazlığın gerçek ve ciddi olması gerekmektedir ; bu uyuşmazlık yalnızca bir hakkın varlığıyla değil, aynı zamanda bu hakkın kapsamı ve uygulanma şekliyle de ilgili olabilir ; son olarak yargılamanın sonucunun, doğrudan doğruya söz konusu hak için belirleyici olması gerekmektedir ve yüzeysel bir bağlantı veya dolaylı sonuçlar 6 § 1 maddeyi harekete geçirmek için yeterli değildir (bkz., bir çok karar arasından, *Mennitto/İtalya* [BD], n° 33804/96, § 23, CEDH 2000-X, ve *Gülmez/Türkiye*, n° 16330/02, § 28, 20 Mayıs 2008). Dolayısıyla, uyuşmazlığın çözümlenmesine temel teşkil eden yasanın niteliği (medeni, ticari, idari kanun, vs.) ve bu konudaki yetkili makam (olağan yargı organları, idari organ, vs.) çok önem arz etmemektedir (*J.S. ve A.S./Polonya*, n° 40732/98, § 46, 24 Mayıs 2005).

75. İhtiyati tedbir alınması amacıyla açılan prosedürler gibi ön prosedürler normalde, medeni hak ve yükümlülükler konusundaki bir uyuşmazlık ile ilgili olarak kabul edilmemektedirler ve dolayısıyla genel olarak 6. maddenin koruması kapsamına girmemektedirler (bkz., birçok karar arasından, *Wiot/Fransa* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 43722/98, 15 Mart 2001, *APIS a.s./Slovakya* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 39794/98, 13 Ocak 2002, *Verlagsgruppe News GmbH/Avusturya* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 62763/00, 16 Ocak 2003, ve *Libert/Belçika* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 44734/98, 8 Temmuz 2004). Bu nedenle, yargılamanın uzunluğu ile ilgili davalarda Mahkeme, 6. maddeyi ihtiyati tedbirler ile ilgili kararın alınması talebinden itibaren değil ama esasa ilişkin davanın açılmasından itibaren uygulamıştır (*Jaffredou/Fransa* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 39843/98, 15 Aralık 1998, ve *Kress/Fransa* [BD], n° 39594/98, § 90, CEDH 2001-VI). Ancak, bazı durumlarda Mahkeme, özellikle ihtiyati tedbirlerin başvuruçunun medeni hakları için belirleyici olduğundan dolayı, 6. maddeyi ihtiyati tedbirlere uygulamıştır (*Aerts/Belçika*, 30 Temmuz 1998, *Recueil* 1998-V, ve *Boca/Belçika*, n° 50615/99, CEDH 2002-IX). Bununla birlikte Mahkeme, ihtiyati tedbir ile ilgili kararın niteliği bunu gerektiriyorsa, istisnai olarak 6. maddenin uygulanmaması ilkesinin istisnasını yapmak gerektiğini, çünkü

istenen talebin radikal olduğunu, asıl dava için geniş bir şekilde belirleyici olduğunu ve istinaf aşamasında iptal edilmediği zaman tarafların hakları üzerinde yeteri kadar uzun bir zaman dilimi içinde etkileri olduğunu söylemiştir (*Markass Car Hire Ltd/Kıbrıs* (kabuledilebilirlik ile ilgili karar), n° 51591/99, 23 Ekim 2001).

b) Bu davadaki prosedürün nitelendirilmesi

76. Halihazır dava dört dereceli bir yargılamadan oluşmaktadır : i) ihtiyati tedbir, ii) tedbir kararının hakkaniyete aykırılığından dolayı yapılan itiraz prosedürü (Mahkeme'ye sunulan şikayete konu yapılan itiraz), iii) M. F.'nin şikayetleri ile ilgili asıl prosedür, ve iv) anayasal prosedür.

77. Daire'nin aksine Büyük Daire, bu prosedürleri global bir şekilde incelemeyi tercih ettiğini belirtmektedir. İstenen tedbir geçici olarak verilmiştir ve sonrasında uyuşmazlığın esası ile ilgili asıl dava açılmıştır. Bu arada, tedbir kararının hakkaniyeti ile ilgili şikayette bulunmak için yeni bir prosedür başlatılmıştır. Hükümet gibi Büyük Daire, bu son prosedürün hukuk sistemlerinde tedbire karşı itiraz olarak nitelendirilen yol ile aynı olduğu kanaatindedir. Olayların olduğu dönemde Malta hukuk sisteminin tedbire itiraz edilmesine imkan vermediğine kimse karşı çıkmamaktadır. Buna karşın, önce kendi olağan yetkisi kapsamında toplanan hukuk mahkemesi (birinci daire) önünde ve sonrasında İstinaf Mahkemesi önünde olacak şekilde, iki dereceli bir yargılamayı kapsayan « yeni » bir dava açılarak bu tedbire itiraz etmek mümkündür. Bu nedenle, ihtiyati tedbir prosedürü ve sonrasında gelen ve bu prosedürün hakkaniyete uygun olmadığını eleştirmeye imkan veren prosedür birbirinden ayrı olarak kabul edilememektedir. Bunlar, asıl şikayeti inceleyen esas dava ile bağlantılı olan bir tek prosedürü oluşturmaktadır. Her ne kadar bu prosedür üç dereceli yargı organlarını içine katıyorsa da, klasik bir ihtiyati tedbirlerden başka bir şey değildir. Dolayısıyla Büyük Daire bu analize dayanarak, bu davada 6. maddenin uygulanıp uygulanmadığı sorununu inceleyecektir.

c) İçtihadın gelişmesinin gerekliliği üzerine

78. Mahkeme, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde, yasaklama tedbirleri dahil olmak üzere 6. maddenin tüm ihtiyati tedbirlere uygulandığı konusunda geniş bir konsensüs olduğunu, çünkü devletlerin açıkça veya zımni olarak bu yönde hükümler öngördüklerini gözlemlemektedir (yukarıdaki 31. paragrafta açıklandığı gibi). Aynı şekilde, Avrupa Birliği Adalat Divanı'nın gösterdiği şekilde (yukarıdaki paragraf 32) Divan, ihtiyati tedbirlerin adil yargılamanın ve özellikle de dinlenilme hakkının güvenceleri ile donatılması gerektiğini belirtmektedir.

79. İhtiyati tedbirlerin şu ana kadar 6. maddenin kapsamı dışında tutulmaları, ilke olarak bu tedbirlerin medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili karar vermeye imkan vermedikleri nedeniyle haklı kılınmıştır. Ancak, iş yoğunluğundan dolayı birçok taraf devletin kendi hukuk sistemlerinde

yüksek oranda birikmiş dava ile başetmesi ve bunun ortaya çıkardığı çok uzun yargılamalar nedeniyle, bir tedbir kapsamında bir hakim tarafından alınan karar, çoğu zaman esas karara eşdeğer bir şekilde uzun süre, hatta istisnai durumda kesin karar gibi, geçerli kalmaktadır. Bu nedenle çok önemli sayıdaki olayda ihtiyati tedbir prosedürü ile asıl prosedür aynı « medeni hak veya yükümlülüklerle » ilgili olabilir ve uzun vadede veya daimi bir şekilde aynı etkileri göstermektedir.

80. Bu şartlarda Mahkeme, ihtiyati tedbir prosedürlerinin medeni hak veya yükümlülükler için belirleyici olmadığını otomatik olarak taktir etmenin artık haklılığını yitirdiği kanaatindedir. Mahkeme, ihtiyati tedbir prosedüründeki bir eksikliğin sonraki yargılama sırasında yani, 6. maddenin uygulandığı esasa ilişkin prosedür kapsamında zorunlu olarak düzeltileceği konusunda ikna olmamıştır, çünkü bu arada maruz kalınan her türlü zarar telafi edilemez hale gelebilir ve belki de muhtemel tazminat dışında, gerçekte zararın telafisini elde etme şansı çok cüzzi olabilir.

81. Dolayısıyla Mahkeme, yukarıda belirtilen nedenlerle içtihadın değiştirilmesi gerektiği kanaatindedir. Hukuk güvenliği, hukukun öngörülebilirliği ve yasa önünde eşitlik ilkelerinin çıkarı adına Mahkeme'nin daha önceki kararlarını gerekçe göstermeden değiştirmemesi gerektiği doğrudur; ancak Mahkeme için, dinamik ve yenilikçi bir yaklaşımdan vazgeçmek, tüm reformlara veya iyileştirmelere engel olma riskini taşımaktadır (bkz., *mutatis mutandis*, *Mamatkoulov ve Askarov/Türkiye* [BD], n^{os} 46827/99 ve 46951/99, § 121, CEDH 2005-I, ve *Vilho Eskelinen ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, § 56). Sözleşme'nin, « teorik ve anlamsız hak ve özgürlükleri değil ama pratik ve etkili hak ve özgürlükleri koruma amacıyla olduğunu unutmamak gerekmektedir » (bkz., birçok karar arasında, *Folgerø ve diğerleri/Norveç* [BD], n^o 15472/02, § 100, CEDH 2007-..., ve *Salduz/Türkiye* [BD], n^o 36391/02, § 51, 27 Kasım 2008).

82. Yukarıda belirtilenler dikkate alındığında, medeni hak veya yükümlülükler ile ilgili uyuşmazlıkları çözümlemeye çalışan ihtiyati tedbirler ile ilgili kararların Sözleşme'nin 6. maddesinin kapsamı dışında tutulması durumuna yeni bir yaklaşım getirmek gerekmektedir.

d) Yeni yaklaşım

83. Yukarıda belirtildiği gibi, 6. maddenin sivil boyutu sadece medeni hak veya yükümlülüklerle ilgili prosedürlere uygulanmaktadır. Ancak tüm ihtiyati tedbirler bu hak ve yükümlülükleri çözümlememektedir; dolayısıyla 6. maddenin uygulanması, bazı şartlara saygılı olmaya bağlıdır.

84. İlk olarak, söz konusu hakkın hem asıl prosedürde hem de ihtiyati tedbir prosedüründe « sivil nitelikte » bir hak olması gerekmektedir; bu kavram Sözleşme'nin 6. maddesi anlamında otonom bir kavramdır (bkz., birçok karar arasından, *Raffineries grecques Stran ve Stratis Andreadis/Yunanistan*, 9 Aralık 1994, § 39, seri A n^o 301-B,

König/Almanya, 28 Haziran 1978, §§ 89-90, seri A n° 27, *Ferrazzini/İtalya* [BD], n° 44759/98, §§ 24-31, CEDH 2001-VII, ve *Roche/Birleşik Krallık* [BD], n° 32555/96, § 119, CEDH 2005-X).

85. İkinci olarak, ihtiyati tedbirin konusu, amacı ve söz konusu hak üzerindeki etkilerinin çok yakından incelenmesi gerekmektedir. Yürürlükte olduğu süre önemli olmamakla birlikte, bir tedbirin söz konusu bir medeni hak veya yükümlülük için belirleyici olduğu kanaatine vardığımız zaman 6. madde uygulanır.

86. Ancak Mahkeme, istisnai durumlarda – örneğin istenen tedbirin etkililiğinin karar mekanizmasının hızlılığına bağlı olduğu zaman – 6. maddede öngörülen tüm güvencelere hemen uyulmasının imkansız olduğunu kabul etmektedir. Bu nedenle, her ne kadar hakimnin veya mahkemenin tarafsızlığı ve bağımsızlığı vazgeçilemez güvenceler olduğundan bu prosedürlerde buna saygı vazgeçilemez ise de, bazı belirli hipotezlerde ihtiyati tedbirin niteliği ve amacı buna imkan verdiği ölçüde, diğer usuli güvenceler uygulanmayabilir. Mahkeme önünde sonraki yargılama aşamasında, belirli bir davada söz konusu prosedürün amacına göre ve söz konusu ihtiyati tedbirin amaçlarının gerçekleştirilmesine zarar vermeden bir veya birden fazla güvencelerin uygulanmadığını ispatlamak hükümete düşmektedir.

e) 6. maddenin bu davada uygulanması

87. Mahkeme, asıl prosedürün özetle Malta hukukuna uygun olarak mülkiyet hakkının komşular tarafından kullanılması ile ilgili olduğunu ve dolayısıyla hem iç hukuka göre hem de Mahkeme içtihatlarına göre medeni bir hak ile ilgili olduğunu kaydetmektedir (*Ferrazzini*, yukarıda adı geçen karar, § 27, ve *Zander/İsveç*, 25 Kasım 1993, § 27, seri A n° 279-B). Her ne kadar sınırlı bir süre ile de olsa yasaklama tedbiri, asıl prosedürdeki aynı hakkı çözümlenmektedir ve hemen icraya konulabilmektedir. Bu nedenle yasaklama tedbiri bu davada 6. maddenin uygulanması için gerekli kriterleri doldurmaktadır ; ayrıca Hükümet herhangi bir amaçla bunun kapsamını sınırlamak için bir neden olduğunu ortaya koymamıştır (yukarıdaki paragraf 86).

88. Mahkeme, başvurucunun şikayetinin 5 Şubat 1993 tarihli kararla sonuçlanan istinaf prosedürü ile ilgili olduğunu ve buna karşın şikayetin esasının 6 Mart 1992 tarihli kararla çözümlendiğini gözlemlemektedir. Dolayısıyla Mahkeme, kararın verildiği tarihte uyuşmazlığın gerçekte çözümlendiğinin farkındadır. Ancak 1990 yılında, yargılama başladığı zaman şikayetin esasına ilişkin daha bir karar verilmemişti ve Mahkeme'nin yukarıda belirttiği gibi, prensip olarak 6. madde uygulanmaktaydı. Mahkeme, 6. maddenin bu davanın ileriki bir aşamasına uygulanmaya devam etmeyeceği konusunda bir neden görmemektedir. Ayrıca Mahkeme, bu prosedürün devamının Bayan M.'nin herhangi bir hatasından dolayı

oluşmadığını çünkü, istinafa başvuran taraf M. F.'nin olduğunu ifade etmektedir.

89. Bu nedenle, 6. madde söz konusu prosedüre uygulanmaktadır ve Hükümetin itirazının reddedilmesi gerekmektedir.

II. SÖZLEŞME'NİN 6 § 1 MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI ÜZERİNE

A. Daire'nin vardığı sonuç

90. Daire, *Chief Justice'in* (Mahkeme Başkanı'nın) kişisel önyargısını gösterdiği konusunda yeterli unsurların olduğu konusunda ikna olmadığını beyan etmiştir. Ancak Daire, karşı tarafın avukatı ile hakim arasında varolan hısımlık derecesinin yakınlığının, başvurucunun heyeti yöneten hakim tarafsızlığının yokluğu ile ilgili kaygılarını objektif bir şekilde haklı kılmak için yeterli olduğunu belirtmiştir; kaldı ki olayların gelişme şekli başvurucunun kaygılarını yoketmeye katkı sunmamıştır. Bu nedenle Daire, 6 § 1 maddesinin ihlal edildiğine (mahkemenin tarafsızlığı) ve silahların eşitliği ilkesi ile ilgili şikayetin ayrı bir şekilde incelenmesine gerek olmadığına karar vermiştir.

B. Başvurucunun argümanları

91. Başvurucu bu davada, Mahkeme Başkanı'nın hem objektif bir şekilde hem de subjektif bir şekilde taraf olduğunu gösterdiğini ve bu şekilde Sözleşme'nin 6. maddesini ihlal ettiğini savunmaktadır. Bu hakim taraflıydı çünkü kardeşi tedbir kararı ile ilgili prosedür kapsamında karşı tarafın avukatıydı. Bu hakim tarafsızlığı Bayan M. aleyhine verilen kesin karardan ve 12 Ekim 1992 tarihli olaydan açıkça anlaşılmaktadır; ve bu olay, davada mahkeme heyetinde bulunan diğer iki hakimi sessiz bırakmış, Bayan M.'nin lehine olan bir bilirkişi tarafından hazırlanan raporunun dosyadan çıkarılmasına neden olmuş ve Mahkeme Başkanı'nın, kendi kardeşine karşı Bayan M.'nin avukatının davranışlarını dile getirmiştir (yukarıdaki paragraf 20). Hakimin şahsi tarafsızlığına karşı delil sunulana kadar, bu tarafsızlığın var olduğu kabul edildiğinden dolayı başvurucunun, yukarıda belirtilen olaylar oluşmadan önce hakimi reddetmesi için hiçbir neden bulunmamaktadır. Ancak, Mahkeme Başkanı'nın kardeşi ile ilgili sorunu şahsen ortaya koyacağını biliyordu ve dolayısıyla inisiyatif alarak kendisinin çekilmesi gerekirdi. Ayrıca, olay sırasında Mahkeme Başkanı'nın davranışları ve karşı tarafın avukatıyla olan kardeşlik derecesi ayrı sorunlar değildirler, ama bu iki durum bir madalyanın her iki yüzünü oluşturmaktadırlar.

C. Hükümetin argümanları

92. Hükümet için bu davada, tarafsızlık ile ilgili olarak hiçbir sorun bulunmamaktadır. Eğer avukat hakimin taraf tuttuğu konusunda kaygıları olsaydı, kesinlikle hakimi reddederdi, ama bunu yapmamıştır. Tam tersine, Mahkeme Başkanı'nın bürosunda yapılan toplantı sonrasında olayın kapandığını kabul etmiştir. Kaldı ki, iç hukuk yargı organları önünde başvuru, adil olmayan yargılamanın argümanlarını sunma hakkına sahip olmamasından veya bu hakimin akrabalık bağlarından kaynaklandığını iddia etmemiştir ; bu yaklaşım sadece Mahkeme önünde ortaya konulmuştur. İstinaf Mahkemesi'nin kararı, Mahkeme Başkanı'nın taraf tuttuğunu hiçbir şekilde göstermemektedir ve Mahkeme Başkanı taraflı olsa bile, sonraki bir tarihte böyle bir iddiayı ortaya atamayız. Bayan M.'ye rakip tarafın avukatları ile Mahkeme Başkanı arasındaki yakınlık derecesine rağmen, İstinaf Mahkemesi Sözleşme'nin 6 § 1 maddesi anlamında tarafsızdı.

D. Mahkeme'nin taktiri

1. Genel ilkeler

93. Normal olarak tarafsızlık, önyargı yokluğu veya taraf tutmama olarak tanımlanır ve değişik şekillerde taktir edilmektedir. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, 6 § 1 maddesi anlamında tarafsızlık ilk olarak subjektif yönetime göre değerlendirilmektedir ; buna göre, hakimin kişisel kanaati ve davranışı dikkate alınmaktadır, yani belirli bir durumda hakimin kişisel önyargısının ve taraf tutma durumunun olup olmaması noktasına bakılmaktadır. İkinci olarak hakimin tarafsızlığı objektif yönetime göre taktir edilir ; burada mahkemenin, özellikle heyetin oluşumundan dolayı, tarafsızlığı ile ilgili her türlü meşru şüpheyi ortadan kaldırmak için yeterli güvenceleri verip vermediğini belirlemek gerekmektedir (bkz., birçok karar arasından, *Fey/Avusturya*, 24 Şubat 1993, §§ 27, 28 ve 30, seri A n° 255-A, ve *Wettstein/İsviçre*, n° 33958/96, § 42, CEDH 2000-XII).

94. Objektif yöntem ile ilgili olarak, bu mahkemenin önyargıdan veya taraflılıktan yoksun olması gerektiği ilkesi, Mahkeme içtihatlarında uzun zamandan beri yerleşmiştir (bkz., örnek olarak, *Kyprianou/Kıbrıs* [BD], n° 73797/01, § 119, CEDH 2005-XIII). Mahkeme, bir hakimin şahsi tarafsızlığının, bunun aksini iddia eden delilin varlığına kadar varsayıldığını söylemiştir (*Wettstein*, yukarıda adı geçen karar, § 43). İstenen delil türü ile ilgili olarak Mahkeme, örnek olarak, kişisel nedenlerle bir hakimin düşmanlık veya kötünietli hareket edip etmediğini kontrol etmeye çalışmaktadır (*De Cubber/Belçika*, 26 Ekim 1984, § 25, seri A n° 86).

95. Tarafsızlık ile ilgili sorun çıkaran davaların büyük çoğunluğunda Mahkeme, objektif yönetime başvurmuştur. Ancak objektif ve subjektif tarafsızlık arasındaki sınır kesin değildir çünkü dışarıdaki bir gözlemcinin

bakış açısıyla, bir hakimin davranışının, onun tarafsızlığı konusunda objektif bir şekilde haklı olan şüpheler doğurabildiği gibi (objektif yöntem) hakimin davranışı aynı zamanda onun şahsi kanaatine de dokunabilir (subjektif yöntem) (*Kyprianou*, yukarıda adı geçen karar, § 119). Böylece, hakimin subjektif tarafsızlığı karinesini çürütmeye imkan veren delillerin sunulmasının zor olduğu durumlarda, objektif tarafsızlık şartı daha fazla önemli bir güvence vermektedir (*Pullar/Birleşik Krallık*, 10 Haziran 1996, § 32, *Recueil* 1996-III).

96. Objektif taktir konusunda, bu tarafsızlık hakimin davranışlarından bağımsız olarak, bazı olayların hakimin bağımsızlığından şüphelenmeye imkan verip vermediğini belirlemekten oluşmaktadır. Bu durumdan, belirli bir davada bir hakimin veya bir mahkeme heyetinin tarafsızlığının eksikliğinin varlığı ile ilgili olarak meşru bir nedenin varlığı konusunda karar vermek için, başvurucunun bakış açısı dikkate alındığı ama belirleyici bir rol oynamadığı sonucu çıkmaktadır. Belirleyici unsur, başvurucunun iddialarının objektif bir şekilde haklı olduğunu kabul edip edememektir (*Wettstein*, yukarıda adı geçen karar, § 44, ve *Ferrantelli ve Santangelo/İtalya*, 7 Ağustos 1996, § 58, *Recueil* 1996-III).

97. Objektif taktir esasen hakim ile prosedürün diğer tarafları arasındaki hiyerarşik veya diğer bağların bulunması ile ilgilidir (bkz., sıkıyönetim mahkemeleri ile ilgili davalar, örnek olarak *Miller ve diğerleri/Birleşik Krallık*, n° 45825/99, 45826/99 ve 45827/99, 26 Ekim 2004 ; bkz., ayrıca hakimin çifte rolü ile ilgili davalar, örnek olarak *Mežnarić/Hırvatistan*, n° 71615/01, § 36, 15 Temmuz 2005, ve *Wettstein*, yukarıda adı geçen karar, § 47, bu davada başvurucunun rakip tarafının avukatı, sonradan başvurucuyu aynı dava ve birlikte yürütülen yargılamalar kapsamında yargılamıştır) ; aynı durum mahkemenin tarafsızlığı konusundaki şüpheleri objektif bir şekilde haklı göstermiştir ve dolayısıyla objektif tarafsızlık ile ilgili Sözleşme normlarına cevap vermemiştir (*Kyprianou*, yukarıda adı geçen karar, § 121). Bu nedenle her davada, söz konusu bağın niteliğinin ve derecesinin hakimin tarafsızlığının yokluğunu ortaya koyup koymadığını belirlemek gerekmektedir (*Pullar*, yukarıda adı geçen karar, § 38).

98. Bu konuda görünüş dahi önem taşıyabilir veya bir İngiliz deyiminin söylediği gibi « *justice must not only be done, it must also be seen to be done* » (adaletin sadece yerine gelmesi değil ama aynı zamanda yerine geldiğinin görülmesi ve bilinmesi gerekmektedir) (*De Cubber*, yukarıda adı geçen karar, § 26). Aynı şekilde demokratik toplumdaki mahkemelerin hak arayanlara güven vermesi gerekmektedir. Dolayısıyla tarafsızlığından meşru bir şekilde şüphe duyulan hakimin çekilmesi gerekmektedir (*Castillo Algar/İspanya*, 28 Ekim 1998, § 45, *Kararlar Dergisi* 1998-VIII).

99. Mahkemelerin halka gerekli olan güveni verebilmesi için, organik nitelikteki düşüncelerin de dikkate alınması gerekmektedir (*Piersack/Belçika*, 1 Ekim 1982, § 30 d), seri A n° 53). Tarafsızlığı güvence altına almaya çalışan ulusal prosedürlerin varlığı etkili bir faktördür. Bu

kurallar, ulusal yasa koyucunun hakimnin veya ilgili yargı organının tarafsızlığı ile ilgili tüm mantıklı şüpheleri ortadan kaldırma kaygısını açıklamakla birlikte, bu konudaki kaygıların nedenini yok ederek tarafsızlığı sağlama girişimini oluşturmaktadır. Gerçek bir taraf tutma yokluğunu güvence altına almanın ötesinde, bu kurallar tamamen görünüşte tarafsızlığı yoketmeyi amaçlamaktadır ve böylece mahkemelerin halka vermeleri gereken güveni güçlendirmektedir (*Mežnarić*, yukarıda adı geçen karar, § 27). Mahkeme, bir mahkemenin tarafsız olup olmadığını ve özellikle başvurucunun kaygılarının objektif olarak haklı olup olmadığını taktir ederken bu kuralları dikkate alacaktır (bkz., *mutatis mutandis*, *Pescador Valero/İspanya*, n° 62435/00, §§ 24-29, CEDH 2003-VII).

2. Yukarıda belirtilen ilkelerin bu davada uygulanması

100. Mahkeme hakimlerin reddi ile ilgili hükümlerin yargı sistemi ve Ceza Muhakemeleri Kanununun 734. maddesinde düzenlendiğini belirtmektedir (yukarıdaki paragraf 28). Daire gibi Büyük Daire, o dönemlerde yürürlükte bulunan Malta hukukunun iki yönüyle eksiklikler içerdiğini gözlemlemektedir. İlk olarak, bir hakimnin tarafsızlığının sorun çıkardığı davalarda otomatik olarak çekilme yükümlülükleri bulunmamaktaydı. Bu durum halihazırda yürürlükte bulunan hukuk için de geçerlidir. İkinci olarak, amcalar veya teyzeler ile kız yeğenler ile erkek yeğenler arasında varolan daha az sıkı olan hısımlık bağlarından bahsetmeksizin, o dönemlerdeki hukuk, bir avukat ile bir hakim arasındaki kardeşlik bağının bir sorun teşkil ettiğini – ve dolayısıyla red nedeni olarak– kabul etmemekteydi. Dolayısıyla, Daire gibi Büyük Daire, hukukun kendisinin subjektif ve objektif tarafsızlık ile ilgili uygun güvenceler sunmadığı kanaatindedir.

101. Mahkeme *Chief Justice*'ın (Mahkeme Başkanı'nın) kişisel önyargısını gösterdiği konusunda yeterli verilerin olduğu konusunda ikna olmamıştır. Bu nedenle Mahkeme, daha fazla bir garanti sunan objektif tarafsızlık kapsamı altında davayı incelemeyi tercih etmektedir.

102. Objektif taktir konusunda şikayetin bu bölümü ilgili hukukun zayıflığı ile ilgilidir. Bu zayıflık, bir hakim ile bir tarafın avukatı arasında ebeveyne-çocuk veya birinci derecede hısımlık bağı dışındaki bağ öne sürülerek hakimnin reddinin istenmesinin imkansızlığıdır (yukarıdaki paragraf 28). Sonuç olarak Bayan M., bu davada üç hakimden oluşan bir heyetin karşısına çıkmıştır ve bu heyetteki hakimlerden biri, karşı tarafın avukatının amcasıydı ve ilk derece mahkemesi önündeki yargılamada söz konusu hakim, karşı tarafın avukatının kardeşiydi. Hakimin, kardeşi ile ilgili istinaf aşamasındaki davranışları eleştirilmiştir. Büyük Daire, karşı tarafın avukatı ile hakim arasında varolan hısımlık derecesinin yakınlığının, başvurucunun *Chief Justice*'ın (Mahkeme Başkanı'nın) tarafsızlığının yokluğu ile ilgili kaygılarını objektif bir şekilde haklı kılmak için yeterli olduğunu kanaatindedir. Malta'nın küçük bir ülke olduğunu ve sık bir

şekilde hukuk pratisyenlerinden oluşan ailelerle karşılaşmayı gözden uzak tutmamaktayız. Kaldı ki Hükümetin kendisi de söz konusu olan bu durumun tedbir alınmayı gerektirdiğini kabul etmiştir; bu nedenle ilgili hukuk değiştirilmiştir ve bundan böyle kardeşlik bağı, red nedenleri arasında sayılmaktadır (yukarıdaki paragraf 29).

103. Mahkeme için yukarıda belirtilen tespitler, mahkeme heyetinin tarafsızlığını güvence altına almadığı ve objektif tarafsızlık ile ilgili Sözleşme'nin zorunluluklarına cevap vermediği sonucuna varmak için yeterlidir.

104. Dolayısıyla 6 § 1 maddesi ihlal edilmiştir.

105. Bu hükmün ihlal edildiği sonucuna varan Mahkeme, hakimın davranışının Bayan M.'nin beyanlarını sunma hakkına zarar verdiği ile ilgili şikayetini, ayrı bir şekilde incelemeye gerek olmadığı kanaatindedir.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI ÜZERİNE

106. Sözleşme'nin 41. maddesine göre,

« Mahkeme işbu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder. »

A. Zarar

1. Daire'nin kararı

107. Daire, başvurucunun maruz kaldığı manevi zarar için ihlal tespitinin başlı başına bir adil tazmin oluşturduğunu belirtmiştir.

2. Tarafların argümanları

108. Daire önünde olduğu gibi başvuru manevi tazminat olarak, 5 000 euro (EUR) talep etmektedir.

109. Hükümet, Daire kararını değiştirmek için hiçbir neden bulunmadığını iddia etmektedir.

3. Mahkeme'nin kararı

110. Daire gibi Büyük Daire, bu davanın şartlarında başvurucunun çektiği sıkıntı ile ilgili olarak, ihlal tespitinin başlı başına muhtemel tüm manevi tazminat için bir adil tazmin oluşturduğunu belirtmiştir (*Chmelir/Çek Cumhuriyeti*, n° 64935/01, § 74, CEDH 2005–IV, ve *Coyne/Birleşik Krallık*, 24 Eylül 1997, § 64, *Recueil* 1997-V).

B. Giderler ve masraflar

1. Daire'nin kararı

111. Daire, ilk derece mahkemesi ile İstinaf Mahkemesi önündeki prosedürle ilgili yapılan masrafların ödenmesi talebini reddetmiştir çünkü Daire, bu masrafların tespit edilen ihlali önlemek veya düzeltmek için yapılmadığı kanaatinde varmıştır. İç hukuktaki anayasal başvuru ile ilgili avukatlık masrafları konusunda Daire, başvurucunun gerçekte bu miktarları ödediğini ispatlamadığı gerekçesiyle bu talebi de reddetmiştir. Daire buna karşın, başvurucunun gerek ulusal anlamda ve gerekse Avrupa çapında Sözleşme ihlalini düzeltmek için bazı masraflar yaptığını kabul etmiştir ve başvurucuya iç hukuktaki prosedür ile kendi önündeki prosedür için 2 000 EUR ödenmesine karar vermiştir.

2. Tarafların argümanları

112. Başvurucu Daire önündeki prosedür için 1 177 EUR ; yani 850 EUR yazılı beyanlar, 250 EUR belgelerin çevirisi ve 77 EUR idari masraflar için talep etmektedir. Başvurucu Büyük Daire önündeki prosedür için, 850 EUR yazılı beyanlar için, 350 EUR adli yardım talebinin hazırlanması için, 300 EUR Büyük Daire önündeki sözlü savunmaya hazırlık için, 250 EUR yazılı beyanların çevirisi için, 300 EUR duruşmaya katılmak için ve 143 EUR idari masraflar olmak üzere toplamda 2 193 EUR talep etmektedir.

113. Hükümet Daire önündeki prosedür için talep edilen masrafların Daire tarafından ödenmesine karar verilen miktardan daha az olduğunu beyan etmektedir; Hükümet Büyük Daire önünde yapılan yargılama için istenen miktarın aşırı olduğunu ve bazı miktarların iki defa istendiğini eklemektedir.

3. Mahkeme'nin kararı

114. Büyük Daire, Daire tarafından ödenmesine karar verilen miktarın iç hukuktaki prosedür ile ilgili yapılan masraflar ile Mahkeme önündeki prosedürde Daire aşamasına karar yapılan masrafları karşıladığını gözlemlemektedir ; dolayısıyla Büyük Daire, Daire'nin başvurucuya 2 000 EUR ödenmesine ilişkin kararını teyid etmektedir.

115. Büyük Daire önünde yapılan yargılamada yapılan masraflar ve giderler ile ilgili olarak Mahkeme, bir başvurucunun ancak doğru, gerekli ve miktarının mantıklı olduğu masrafları talep edebileceğini ifade eden içtihadını hatırlatmaktadır. Bu davada yukarıda belirtilen kriterleri ve sahip olduğu bilgileri, özellikle başvurucunun kendi taleplerini belgelendirmemesini ve harcanan zaman ve uygulanan ücret konusunda açıklama yokluğunu dikkate alan Mahkeme, Büyük Daire önündeki prosedürle ilgili yapılan masrafların zorunlu olarak yapıldığı ve

miktarlarının mantıklı olduğu konusunda ikna olmamıştır. Büyük Daire önündeki prosedürle ilgili olarak Avrupa Konseyi'nin adli yardım adı altında başvurucuya 1 854,86 EUR ödediğini bilen Mahkeme, bu konuda başvurucuya herhangi bir tazminat verilmesine gerek olmadığına karar vermektedir.

116. Sonuç olarak Mahkeme, Daire önündeki prosedür kapsamında yapılan masraflar için başvurucuya ödenmesine karar verilen 2 000 EUR'luk miktarı teyid etmektedir.

C. Gecikme faizi

117. Mahkeme gecikme faizi olarak, Avrupa Merkez Bankası'nın kısa vadeli kredilere uyguladığı marjinal faiz oranına üç puan eklemek suretiyle elde edilecek oranın uygun olduğu kanaatindedir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME

1. Onbire karşı altı oyla, Hükümetin ilk itirazlarının reddedilmesine ;
2. Onbire karşı altı oyla, tarafsızlık ile ilgili zorunluluk yerine getirilmediği için Sözleşme'nin 6 § 1 maddesinin ihlal edildiğine ;
3. Oybirliğiyle, Bayan M.'nin beyanlarını sunma hakkı ile ilgili şikayetini ayrı bir şekilde incelemeye gerek olmadığına ;
4. Onbire karşı altı oyla,
 - a) Savunmacı Devletin, üç ay içinde, yargılama masrafları ve giderleri ile ilgili olarak 2 000 EUR'nun (iki bin euro), miktara yansıtılabilecek her türlü vergi ve masraflarla birlikte, başvurucuya ödemesine ;
 - b) Yukarıda belirtilen bu sürenin sona ermesinden, ödeme gününe kadar geçen süre için, yukarıdaki miktara Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli faizinin üç puan fazlasına eşit oranda basit faiz uygulanmasına ;
5. Oybirliğiyle, adli tazmine ilişkin kalan taleplerin reddedilmesine ;

Karar vermektedir.

Fransızca ve İngilizce hazırlanan bu karar, Strazburg İnsan Hakları Sarayında, 15 Ekim 2009 tarihinde kamuya açık bir duruşmada ilan edilmiştir.

Michael O'Boyle
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Jean-Paul Costa
Başkan

Sözleşme'nin 45 § 2 maddesi ve İçtüzüğü'nün 74 § 2 maddesi gereğince, aşağıdaki ayrık görüşler bu karara eklenmiştir :

- Yargıçlar Costa, Jungwiert, Kovler ve Fura'nın kısmi karşı oy yazıları ;
- Yargıçlar Björgvinsson ve Malinverni'nin kısmi karşı oy yazıları ;
- Yargıçlar Rozakis, Tulkens ve Kalaydjieva'nın ayrık oy yazıları.

J.-P. C.
M. O.B.

« Ayrık oy yazıları çevrilmemektedir ancak bu ayrık oy yazıları, İngilizce ve/veya Fransızca olan ve Mahkeme'nin içtihat veritabanı HUDOC üzerinden ulaşılabilen kararın orjinal dil(ler)inde bulunmaktadır. »

© **Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012.** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin resmi dilleri Fransızca ve İngilizce'dir. Bu çeviri, Avrupa Konseyi'nin insan haklarına destek Fonu'nun desteğiyle hazırlanmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Mahkeme'yi bağlamamaktadır ve Mahkeme, kalitesi konusunda herhangi bir sorumluluk kabul etmemektedir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihatlarının veritabanı olan HUDOC üzerinden (<http://hudoc.echr.coe.int>) veya HUDOC'un bildirdiği başka veritabanları üzerinden yüklenebilir. Davanın isminin tamamen yazılması, yukarıdaki telif hakkıyla ilgili ifadeler kullanılması ve insan haklarına destek Fonu'na referans yapılması şartıyla ticari olmayan amaçlarla kullanılabilir. Bu çevirinin tamamını veya bir kısmını ticari amaçlarla kullanmak isteyen herkesin, bu durumu belirtilen adrese bildirmesi rica olunur: publishing@echr.coe.int.

© **Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012.** The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court, nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.coe.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

© **Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2012.**

Les langues officielles de la Cour européenne des droits de l'homme sont le français et l'anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund) Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour européenne des droits de l'homme (<http://hudoc.echr.coe.int>), ou toute autre base de données à laquelle HUDOC l'a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l'affaire soit cité en entier et s'accompagne de l'indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme. Toute personne

souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l'adresse suivante : publishing@echr.coe.int.