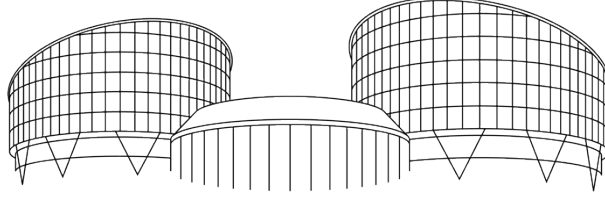


EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME

© Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2013. 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, 2013. 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 at the end of this document.

© Conseil de l'Europe/Cour européenne des droits de l'homme, 2013. 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.



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

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

BÜYÜK DAİRE

NADA/İSVİÇRE DAVASI

(Başvuru no 10593/08)

KARAR

STRAZBURG

12 Eylül 2012

Bu karar kesindir. Şekli düzeltmelere tabi olabilir.

Nada/İsviçre davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Dairesi heyet olarak :

Nicolas Bratza, *Başkan,*

Jean-Paul Costa,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Nina Vajić,

Dean Spielmann,

Christos Rozakis,

Corneliu Bîrsan,

Karel Jungwiert,

Khanlar Hajiyeve,

Ján Šikuta,

Isabelle Berro-Lefèvre,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou,

Mihai Poalelungi,

Kristina Pardalos,

Ganna Yudkivska, *hakimler,*

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

23 Mart 2011, 7 Eylül 2011 ve 23 Mayıs 2012 tarihlerinde toplanmıştır ve bu son tarihteki oturumda aşağıdaki kararı vermiştir :

USUL

1. Davanın temeli olan başvuru (n° 10593/08), İsviçre Federasyonu'na karşı İtalyan ve Mısır vatandaşlığı olan Bay Youssef Moustafa Nada (« başvuru ») tarafından Mahkeme'ye, 19 Şubat 2008 tarihinde İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin (« Sözleşme ») 34. maddesi uyarınca yapılmıştır.

2. Başvurucu Londra'da avukat olan Av. J. McBride tarafından temsil edilmiştir. İsviçre Hükümeti (« Hükümet ») kendi ajanı (görevlisi), Federal Adalet Bürosu'ndan Bay F. Schürmann tarafından temsil edilmiştir.

3. Bay Nada başvurusunda, kendi isminin Taliban ile ilgili federal karara ekli listede bulunmasından dolayı İsviçre'ye girme ve bu ülkeden geçme yasağına maruz kalmasının, kendisinin özgürlük hakkı (Sözleşme'nin 5. maddesi) ile özel ve aile yaşamına saygı hakkına, onur ve şerefine (8. madde) zarar verdiğini iddia etmektedir. Başvurucu, bu yasağın ayrıca 3. madde anlamında kötü muamele sonucunu doğurduğunu ifade etmektedir. Başvurucu bununla birlikte kendi dinini ve inançlarını yerine getirme özgürlüğüne (9. madde) verilen zarardan şikayet etmektedir çünkü başvurucuya göre, İtalya'nın Campione yerleşim yerinden ayrılmasının

imkansızlığı nedeniyle camiye gidememektedir. Son olarak başvuru, kendi şikayetleri ile ilgili olarak etkili başvuru yolunun olmamasından (article 13) şikayet etmektedir.

4. Başvuru Mahkeme'nin Birinci Dairesi'ne gönderilmiştir (Mahkeme İçtüzüğü'nün 52 § 1 maddesi). Daire Mahkeme İçtüzüğü'nün 41. maddesine uygun olarak başvuruyu öncelikli olarak incelemeye karar vermiştir. 12 Mart 2009 tarihinde bu Daire'nin bir heyeti, 5, 8 ve 13. maddelerle ilgili şikayetleri Hükümete bildirmeye karar vermiştir.

5. Tarafların herbiri diğerinin beyanları ile ilgili olarak yazılı beyanlarını sunmuştur. Başkan'ın yazılı prosedüre müdahil olma taleplerine izin verdiği (Sözleşme'nin 36 § 2 maddesi ve İçtüzüğü'nün 44 § 2 maddesi) Fransız ve Birleşik Krallık Hükümetleri tarafından sunulan beyanlar da alınmıştır. İtalyan Hükümeti prosedüre müdahil olma hakkını kullanmamıştır (Sözleşme'nin 36 § 1 maddesi).

6. 20 Ocak 2010 tarihinde taraflar, Daire'nin başvurunun kabuledilebilirliği ile esasına ilişkin incelemeyi beraber yapmayı düşündüğü konusunda bilgilendirilmişlerdir (İçtüzüğü'nün 54A maddesi ile birlikte Sözleşme'nin eski 29 § 3 maddesi).

7. 30 Eylül 2010 tarihinde, Christos Rozakis, Nina Vajić, Khanlar Hajiyev, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni ve George Nicolaou, hakimler, ve Søren Nielsen'den, Daire Yazı İşleri Müdürü, oluşan Daire, Büyük Daire lehine davadan çekilmiştir ve bu konuda fikri alınan taraflar buna karşı çıkmamıştır (Sözleşme'nin 30. maddesi ve İçtüzüğü'nün 72. maddesi).

8. Büyük Daire heyetinin oluşumu Sözleşme'nin 27 §§ 2 ve 3. maddesi ve İçtüzüğü'nün 24. maddesine uygun olarak yapılmıştır. Son müzakereler sırasında Jean-Paul Costa, Christos Rozakis, Giorgio Malinverni ve Mihai Poalelungi, Sözleşme'nin 23 § 3 maddesi ve İçtüzüğü'nün 24 § 4 maddesi gereğince görev sürelerinin bitiminden sonra heyette bulunmaya devam etmişlerdir.

9. Başvurucu ve Hükümet davanın esası hakkında beyanlarını sunmuşlardır. Fransız ve Birleşik Krallık Hükümeti daha önce Daire önünde öne sürülen beyanlarını sunmuşlardır. Ayrıca Büyük Daire Başkanı, Londra'da merkezi bulunan hükümet dışı kuruluş olan JUSTICE'a yazılı prosedüre müdahalede bulunma imkanı vermiştir (Sözleşme'nin 36 § 2 maddesi ve İçtüzüğü'nün 44 § 2 maddesi). Büyük Daire Başkanı son olarak, Birleşik Krallık Hükümeti'ne prosedüre sözlü olarak müdahale etmesine izin vermiştir.

10. 23 Mart 2011 tarihinde Strazburg'ta, İnsan Hakları Sarayında kamuya açık bir duruşma yapılmıştır (İçtüzüğü'nün 59 § 3 maddesi).

Bu duruşmaya :

– *Hükümet adına*

Baylar F. SCHÜRMANN, Avrupa Birliği ve uluslararası
insan haklarının korunması Bölüm Başkanı,
Federal Adalet Bürosu, Federal Polis ve Adalet
Dairesi *ajan,*
J. LINDENMANN, Büyükelçi, Uluslararası Kamu Hukuku Dairesi
Başkan Yardımcısı, Dışişleri Federal Bölümü,
R. E. VOCK, Cezalar Bölüm Şefi, Ekonomiden sorumlu
Devlet Bakanlığı, Ekonomi Federal Dairesi
Bayanlar R. BOURGUIN, Sorumluluk konusunda uzman danışman,
Hukuki İşler Bölümü, Göçmen politikası Dairesi,
Göçmenler Federal Bürosu, Federal Polis ve Adalet Dairesi
C. EHRICH, Teknik danışman, Avrupa hukuku ve uluslararası
insan haklarının korunması Bölümü
Federal Adalet Bürosu, Federal Polis ve,
Adalet Dairesi *danışmanlar ;*

– *Başvurucu adına*

Av. J. MCBRIDE, avukat, *temsilci ;*

– *Birleşik Krallık adına (müdahil taraf)*

Baylar D. WALTON, *ajan,*
S. WORDSWORTH, *temsilci,*
Bayan C. HOLMES, *danışman.*

katılmıştır.

Ayrıca başvuru ve eşi de duruşmada hazır bulunmuşlardır.

Mahkeme Baylar Schürmann, McBride ve Wordsworth'ın beyanlarını dinlemiştir. Mahkeme aynı zamanda, tarafların temsilcilerinin hakimler tarafından sorulan sorulara verdikleri cevapları dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

A. Davanın kökeni

11. Başvurucu 1931 yılında doğmuştur ve 1970 yılında beri, İsviçre'nin Tessin Kantonu ile çevrili olan ve Lugano Gölü ile İtalya'nın geri kalan kısmından ayrılan Côme (Lombardie) bölgesinin içinde bulunan ve yaklaşık olarak 1,6 km² lik alana sahip İtalyan yerleşim yeri olan Campione d'Italia'da ikamet etmektedir.

12. Başvurucu kendisini, dini gerekliliklerini yerine getiren bir Müslüman ve ekonomik ve politik hayatta iyi bir şekilde tanınan bir işadamı olarak tanımlamaktadır. Mühendis olan başvuru, özellikle bankacılık, uluslararası ticaret, endüstri ve gayrimenkul alanlarında olmak üzere birçok alanda çalışmıştır. Başvurucu kendi çalışmaları kapsamında, kendisinin tek veya asıl hissedar olduğu çok sayıda şirket kurmuştur.

13. Başvurucu her türlü terörist yönetime başvurmaya karşı olduğunu ve El-Kaide ile hiçbir zaman herhangi bir bağının olmadığını ifade etmektedir. Tam tersine, sadece bu organizasyon tarafından kullanılan yöntemleri değil ama aynı zamanda onun ideolojisini de reddetmektedir.

14. Başvurucu ayrıca, kendisinin tek böbreği olduğunu (ikincisinin son yıllarda tahribata uğradığını) belirtmektedir. Son olarak başvuru, 20 Aralık 2001 tarihli tıbbi raporla ortaya konulduğu gibi sol gözünde oluşan kanamadan ve boynundaki rahatsızlıktan (arthritis du cou) şikayetçidir. Buna ek olarak, Zürih'teki bir doktor tarafından 5 Mayıs 2006 tarihinde verilen tıbbi rapordan, başvurunun sağ elinin kırıldığı ve bunun için 2004 yılında bir ameliyat öngörüldüğü anlaşılmaktadır. Başvurucu, bu davaya konu olan ve maruz kaldığı sınırlamalar nedeniyle bu ameliyatı yapamadığını ve kırılmanın ortaya çıkardığı sonuçların kendisine halen acı verdiğini iddia etmektedir.

15. Oussama Ben Laden ve kendi örgütünün üyeleri tarafından 7 Ağustos 1998 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri'nin Nairobi'deki (Kenya) ve Dar es-Salaam'daki (Tanzanya) bombalı saldırılarına cevap olarak Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi (sonrasında « BM » olarak anılacaktır), 15 Ekim 1999 tarihinde Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümüne dayanarak 1267 (1999) sayılı kararını vermiştir ; bu karar Taliban'a yaptırımlar getirmiş (bkz., aşağıdaki 70. paragraf) ve tüm Güvenlik Konseyi üyelerinden oluşan ve bu kararın uygulanmasını gözetten bir komite oluşturmuştur (sonrasında « Yaptırım Komitesi » olarak anılacaktır).

16. 2 Kasım 2000 tarihinde, bu kararın uygulanması için İsviçre Federal Konseyi (Federal Konsey), « Taliban'a karşı tedbirler getiren » bir karar vermiştir (sonrasında : « Taliban ile ilgili karar » olarak anılacaktır, aşağıdaki paragraf 66). Bu karar ve başlığı sonrasında defalarca değiştirilmiştir.

17. 1333 (2000) sayılı ve 19 Aralık 2000 tarihli kararıyla (aşağıdaki paragraf 71) Güvenlik Konseyi, yaptırımların kapsamını genişletmiştir. Yaptırımlar bundan böyle, Oussama Ben Laden'i, El-Kaide örgütünü ve Talibanların asıl sorumluları ve danışmanlarını hedef almaktadır. 1267 (1999) sayılı kararda olduğu gibi, 1333 (2000) sayılı kararda Güvenlik Konseyi Yaptırım Komitesi'nden, devletler ve bölgesel kuruluşlar tarafından verilen bilgilerden hareketle, Oussama Ben Laden ve El-Kaide örgütüyle ilişki içinde olan organizasyonların ve şahısların bir listesini yapması talebinde bulunmuştur.

18. 11 Nisan 2001 tarihinde İsviçre Hükümeti, 1333 (2000) sayılı kararı uygulamak için Taliban ile ilgili kararı değiştirmiştir. Hükümet Taliban ile ilgili karara yeni 4 a) maddesini ekleyerek, bu maddenin ilk bendinde 1333 (2000) sayılı karar ile yasaklanan grup ve kişilerin (isim belirtmeden) İsviçre'ye girişini ve bu ülkeden geçişini yasaklamıştır.

19. 24 Ekim 2001 tarihinde Konfederasyon Savcılığı başvuru hakkında bir soruşturma açmıştır.

20. 7 Kasım 2001 tarihinde Amerika Birleşik Devletleri Başkanı, başvuru başkan ve asıl hissedarı olduğu Al-Taqwa Bankası'nın mallarının dondurulmasını talep etmiştir.

21. 9 Kasım 2001 tarihinde başvuru ve kendisiyle ilişki içinde olan birçok organizasyon, Yaptırım Komitesi'nin listesine eklenmişlerdir. 30 Kasım 2001 tarihinde (başvurucunun beyanlarına göre 9 Kasım) onların ismi Talibanlar ile ilgili karara ek belgeye yazılmıştır.

22. 16 Ocak 2002 tarihinde Güvenlik Konseyi, 1390 (2002) sayılı kararı kabul etmiştir ve bu kararla 1267 (1999) ve 1333 (2000) sayılı kararların (aşağıdaki paragraflar 70-71 ve 74) uygulanmasıyla oluşturulan listede bulunan kişilere, gruplara, şirketlere ve kuruluşlara ülkeye giriş ve ülkeden geçme yasağı uygulamıştır. Bunun sonucu olarak 1 Mayıs 2002 tarihinde Talibanlar ile ilgili federal kararın 4 a) maddesi değiştirilmiştir : bundan böyle ülkeye giriş ve ülkeden geçme yasağı, federal kararın ek 2 belgesinde bulunan, başvuru dahil, tüm şahıslara uygulanmıştır.

23. 10 Eylül 2002 tarihinde İsviçre BM üyesi olmuştur.

24. Kasım 2002 tarihinde başvuru Londra'ya giderken yakalanmış ve İtalya'ya gönderilmiştir ve parasına el konulmuştur.

25. 10 Kasım 2003 tarihinde, yaptırımların uygulanmasından sorumlu izleme grubunun eleştirisinden sonra (« İzleme Grubu/Monitoring Group », aşağıdaki paragraf 72) Tessin Kantonu, başvuru sınır iznini iptal etmiştir. Gerçekten de izleme grubu, başvuru faaliyetlerinin soruşturulması sırasında, başvuru rahat bir şekilde İsviçre ve İtalya

arasında seyahat edebildiğini belirtmiştir. Hükümet, bu aşamadan itibaren başvurunun ülkeye giriş ve ülkeden geçme yasağının sonuçlarından etkilendiğini ifade etmektedir.

26. 27 Kasım 2003 tarihinde, İsviçre göçmenlik, uyum ve göç Federal Bürosu (sonrasında « IMES » olarak anılacaktır) başvuru, sınırdan artık geçmesine izin verilmeyeceği konusunda bilgilendirmiştir.

27. 23 Mart 2004 tarihinde başvuru, İsviçre’de tıbbi bir tedavi için veya bu ülkede ve İtalya’da kendisi ile ilgili yargısal davalar için İsviçre’de kalmak ve bu ülkeden geçmek için IMES önünde talepte bulunmuştur. 26 Mart 2004 tarihinde Büro, bu talebi temelsiz olduğundan dolayı reddetmiştir. Büro ayrıca başvuruya, kendi talebine dayanak olarak gösterdiği kendi avukatlarıyla görüşme ve tıbbi tedavi alma zorunluluğu ve Campione d’Italia’daki evi ile ilgili özel durumun, kendisi hakkında verilen kararın ortadan kaldırılması için ilgili makamlara imkan vermediğini bildirmiştir.

28. 27 Nisan 2005 tarihli kararıyla Federal Ceza Mahkemesi, Konfederasyon Savcılığı’na davayı takipsizlikle sonuçlandırmasını veya davayı en geç 31 Mayıs 2005 tarihine kadar yetkili federal soruşturma hakimine göndermesini istemiştir. Aynı tarihli kararla Konfederasyon Savcılığı, ortaya atılan suçlamaların yerinde olmadığına ve başvuru hakkında yapılan soruşturmanın sona erdiğine karar vermiştir.

29. 22 Eylül 2005 tarihinde başvuru, Federal Konsey’den kendi isminin ve kendisinin ilişki içinde olduğu organizasyonların isimlerinin karara eklenen listeden silinmesi talebinde bulunmuştur. Talebine dayanak olarak başvuru, polis tarafından hakkında açılan soruşturmanın Konfederasyon Savcılığı’nın bir kararı ile sona ermesini ve dolayısıyla kendisini yaptırma tabi tutmanın artık haklılığını yitirmesini gerekçe olarak öne sürmüştür.

30. 18 Ocak 2006 tarihli kararıyla ekonomiden sorumlu Devlet Bakanlığı (sonrasında « SECO » olarak anılacaktır), isimlerin Birleşmiş Milletler Yaptırım Komitesi’nin listesinde bulunduğu sürece İsviçre’nin Taliban ile ilgili karara ek belgeden isimleri çıkaramayacağı gerekçesiyle başvurunun talebini reddetmiştir.

31. 13 Şubat 2006 tarihinde başvuru, Ekonomi Federal Dairesi’ne (sonrasında « Daire » olarak anılacaktır) bir idari başvuruda bulunmuştur.

32. 15 Haziran 2006 tarihli kararla Daire bu başvuruyu reddetmiştir. Daire, bir ismin ancak Yaptırım Komitesi’nin listesinden silinmesi halinde bu ismin Taliban ile ilgili karara ek listeden silinebileceğini teyid etmiştir ve bu amaçla, ilgili şahsın vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği ülkenin Birleşmiş Milletler organlarının önünde kaydın silinmesi prosedürünü başlatması gerektiğini belirtmiştir. İsviçre başvurunun vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği devlet olmadığından Daire, İsviçre makamlarının söz konusu prosedürü başlatmaya yetkili olmadığını ifade etmiştir.

33. 6 Temmuz 2006 tarihinde başvuru, Daire'nin kararına karşı Federal Konsey'e bir başvuruda bulunmuştur. Başvuru kendi isminin ve kendisinin ilişki içinde olduğu organizasyonların isimlerinin Taliban ile ilgili kararın 2. ekindeki listeden silinmesi talebinde bulunmuştur.

34. 20 Eylül 2006 tarihinde 2005 yılında kurulan ve IMES'i içinde barındıran Göçmenler Federal Bürosu (sonrasında « ODM » olarak anılacaktır) başvuru, bir yargısal prosedür kapsamında Milan'a gitmesine imkan vermek için 25 Eylül 2006 tarihi ile ilgili olarak bir günlük izin vermiştir. Başvuru bu izni kullanmamıştır.

35. 6 Nisan 2007 tarihinde başvuru, Güvenlik Konseyi Yaptırım Komitesi'nin « odak noktasına » – 1730 (2006) sayılı karar ile oluşturulan ve Yaptırım Komitesi tarafından oluşturulan listede isimleri bulunan şahısların veya grupların isimlerinin silinmesi ile ilgili talepleri almakla görevli organ (aşağıdaki paragraf 76) – başvurarak isminin bu listeden çıkarılması talebinde bulunmuştur.

36. 6 Temmuz 2006 tarihli başvuruyu inceleyen Federal Konsey 18 Nisan 2007 tarihli kararla, davayı Federal Mahkeme'ye göndermiştir ve başvuru mülkiyet hakkına doğrudan doğruya yapılan sınırlamalara maruz kaldığını; dolayısıyla, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesinin Taliban ile ilgili karara ek belgeden isminin silinmesi talebine uygulandığını ve bu nedenle davanın tarafsız ve bağımsız bir mahkemeye gönderilmesinin yerinde olacağını belirtmiştir.

37. Kendi beyanlarında Daire, başvurunun reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır ve 1730 (2006) sayı ve 19 Aralık 2006 tarihli Güvenlik Konseyi kararının, isimleri Yaptırım Komitesi'nin listesinde olan şahısların ve organizasyonların isimlerinin silinmesi prosedürünü, vatandaş olduğu veya ikamet ettiği ülkenin başvurusu olmadan şahsen başlatabileceklerine imkan verdiğinin altını çizmiştir.

38. Başvuru kendi beyanlarını tekrar etmiştir. Başvuru ayrıca, ODM'nin Talibanla ilgili kararının 4. maddesinin 2. bendine dayanan durumları kendisine vermek için büyük bir kararsızlık içinde olmasından dolayı, yeteri kadar tıbbi altyapı bulunmamasına rağmen Campione d'Italia'daki evinden ayıramadığını, idari veya hukuki nedenlerle İtalya'ya gidemediğini ve dolayısıyla uygulamada senelerdir ev hapsine maruz kaldığını öne sürmüştür. Başvuru göre kendi isminin Yaptırım Komitesi'nin listesine yazılmasının kendisini kamuya açık bir şekilde Oussama Ben Laden, El-Kaide örgütü ve Talibanlarla ilişki içinde olmaktan dolayı suçlanması anlamına gelmektedir, ancak böyle bir durum gerçekte söz konusu değildir. Başvuru aynı zamanda, haklılıktan yoksun bir şekilde ve kendisinin önceden dinlenilme ihtimali olmadan isminin listeye yazılmasının, ayrımcılık yasağı ilkesini, bireysel özgürlüğünü, malvarlığının güvence altına alınmasını, ekonomik özgürlüğü ve dinlenilme ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini belirtmiştir. Son olarak Güvenlik Konseyi'nin yaptırım rejiminin Birleşmiş Milletler Şartı'na aykırı olduğunu

ve uluslararası hukukun emredici normlarına (*jus cogens*) zarar verdiğini iddia eden başvurucu, İsviçre'nin bu yaptırım rejimini uygulama zorunluluğu olmadığını savunmuştur.

39. Karara karşı açık olan yargı yollarını belirten 11 Mayıs 2007 tarihli kararıyla ODM, başvurucu tarafından sunulan yeni talebi reddetmiştir. Karara karşı uygun olan yargı yollarını yeniden belirten 12 Temmuz 2007 tarihli kararıyla ODM, yeni bir inceleme talebi olarak kabul ettiği başvurucunun mektubunu incelemeyi reddetmiştir. 20 Temmuz 2007 tarihli mektubuylar başvurucu, bir yanlış anlaşılma olduğunu ve daha önceki mektubunun gerçekte yeni bir talep olduğunu açıklamıştır. 2 Ağustos 2007 tarihinde Büro yeniden, başvurucunun talebini reddetmiştir ve Federal İdare Mahkemesi önünde itiraz etme hakkı olduğunu kendisine hatırlatmıştır. Başvurucu bu karara karşı itiraz etmemiştir.

40. 29 Ekim 2007 tarihinde, 1730 (2006) sayılı Güvenlik Konseyi kararıyla oluşturulan « silinme talepleri için odak noktası », başvurucunun 6 Nisan 2007 tarihinde isminin Yaptırım Komitesi'nin listesinden silinmesi talebini reddetmiştir (yukarıdaki paragraf 35). 2 Kasım 2007 tarihinde, prosedürün gizliliğini öne sürerek, başvurucunun isminin listeye yazılmasını talep eden devletin ismi ve isminin yazılmasının nedenleri konusunda başvurucunun bilgilendirilme talebini de reddetmiştir. Son olarak 19 ve 28 Kasım 2007 tarihli mektuplarla « silinme talepleri için odak noktası », prosedürün gizli olduğunu tekrar etmiş, ama başvurucunun isminin silinmesi talebine bir devletin karşı çıktığı ve bu devlet ile ilgili herhangi bir bilgi veremeyeceği konusunda başvurucuyu bilgilendirmiştir.

B. 14 Kasım 2007 tarihli Federal Mahkeme kararı

41. 14 Kasım 2007 tarihinde, Federal Konsey'in başvurucunun dosyasını gönderdiği Federal Mahkeme (yukarıdaki paragraf 36), başvuruyu kabuledilebilir bulmuş ancak esasa ilişkin olarak başvuruyu reddetmiştir.

42. Federal Mahkeme öncelikle, Birleşmiş Milletler Şartı'nın 25. maddesine göre BM'e üye devletlerin Şartı uygulayarak Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararları kabul etmeye ve uygulamaya mecbur olduklarını hatırlatmıştır. Bununla birlikte Federal Mahkeme, Şart'ın 103. maddesine göre bu belgeden çıkan yükümlülükler, üye devletlerin iç hukuklarına göre daha üstün olmakla birlikte, uluslararası antlaşmalar ile çatışma olması durumunda bu yükümlülüklerin öncelikli olduğunu ve bu önceliğin ilgili antlaşmaların doğasından – iki taraflı veya çok taraflı – bağımsız olduğunu belirtmiştir. Federal Mahkeme ayrıca bu önceliğin, sadece Şart ile sınırlı olmadığını ama bu önceliğin aynı zamanda, Güvenlik Konseyi'nin zorlayıcı kararlarından çıkan yükümlülüklerin tümünü de kapsadığını beyan etmiştir.

43. Ancak Federal Mahkeme, Güvenlik Konseyi'nin de Şart ile bağlı olduğunun ve organizasyonun ilkelerine ve amacına (Şart'ın 24 § 2 maddesi) uygun hareket etmesi gerektiğinin altını çizmiştir; bu ilke ve amaçlar arasında insan haklarına ve temel özgürlüklere saygı bulunmaktadır

(madde 1 § 3). Federal Mahkeme aynı zamanda, devletlerin esasa ilişkin olarak Şart'a aykırı olduğuna karar verdikleri bir karardan (veya Güvenlik Konseyi kararından) doğan yükümlülüklerinden kurtulamadıkları ifade etmiştir. Aynı durum özellikle Şart'ın VII. Bölümüne göre (barışa karşı tehlike, barışın sekteye uğraması ve saldırı hareketi olduğu durumda yapılan fiili) alınan bir karar (Güvenlik Konseyi karar) söz konusu olduğu zaman da geçerlidir.

44. Federal Mahkeme sonrasında, Federal Anayasa'nın 190. maddesine göre (aşağıdaki paragraf 65), federal yasaları ve uluslararası hukuku uygulamak zorunda olduğunu hatırlatmıştır. Federal Mahkeme, uygulanan uluslararası hukukun, İsviçre tarafından kabul edilen uluslararası sözleşmeleri, gelenek hukukunu, hukukun genel ilkelerini ve yaptırım rejimi kapsamında Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararlar dahil olmak üzere İsviçre için hukukun bağlayıcı olan uluslararası organizasyonların kararlarını kapsadığını belirtmiştir.

45. Buna karşın Federal Mahkeme, Anayasa'nın 190. maddesinin İsviçre için hukukun bağlayıcı olan uluslararası hukukun normları arasında çatışma olması durumunda sorunun çözümüne imkan verecek herhangi bir kural öngörmediğini ve bu davada, Güvenlik Konseyi'nin kararları ile Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nden çıkan güvenceler arasında çatışma olduğunu gözlemlemiştir. Federal Mahkeme, her ne kadar antlaşmaların yorumlanması ile ilgili kurallar bu çatışmayı gidermeye imkan vermese de, bu sorunun çözümü için uluslararası hukuktaki normlar hiyerarşisine dayanmak gerektiğini ifade etmiştir ve Federal Mahkeme'ye göre, normlar hiyerarşisi gereğince Birleşmiş Milletler Şartı'ndan doğan yükümlülükler, herhangi bir uluslararası antlaşmadan çıkan yükümlülüklerin tamamından baskın gelmektedir (Antlaşmalar ile ilgili Viyana Antlaşması'nın 30. maddesi ile birlikte Şart'ın 103. maddesi ; bkz. aşağıdaki paragraflar 69 ve 80). Federal Mahkeme, Avrupa Sözleşmesi'ne ve Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ne taraf olan devletlerin mahkemeleri, bazı şahısların veya organizasyonların haklarını korumak için yaptırım rejimini ortadan kaldırırlarsa, yaptırım rejiminin uyumlu bir şekilde uygulanmasının tehlikeye gireceğini belirtmiştir.

46. Federal Mahkeme ancak, Güvenlik Konseyi'nin kararlarının uygulanması yükümlülüğünün sınırlarını *jus cogens* normlarında bulunduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla Federal Mahkeme, başvurucunun ifade ettiği gibi, Güvenlik Konseyi tarafından alınan yaptırımlar rejiminin uluslararası hukukun zorlayıcı normlarını çiğneyip çiğnemediğini araştırma zorunda olduğunu belirtmiştir.

47. Sonrasında Federal Mahkeme, örnek olarak *jus cogens* normları ile ilgili olarak, yaşam hakkını, işkence ve insanlıkdışı ve onur kırıcı muamele yasağını, kölelik yasağı, toplu cezalandırma yasağı, cezai sorumluluğun şahsiliği ilkesi ve sınırdışı etmeme yasağını saymıştır. Federal Mahkeme

buna karşın, mülkiyet ile ilgili güvence, ekonomik özgürlük, adil yargılanma hakkının güvenceleri veya ayrıca etkili başvuru hakkı *jus cogens*'in parçası olmadığını ifade etmiştir.

48. Başvuruya karşı alınan tedbirlerin sonuçları konusunda, özellikle İsviçre'ye giriş ve bu ülkeden geçme yasağının sonuçları konusunda Federal Mahkeme şu beyanlarda bulunmuştur :

« 7.4. (...) Söz konusu yaptırımlar ilgililer için ağır ekonomik sınırlamalar getirmektedir ; buna karşın ilgililerin geçimlerini sağlamak için gerekli şartlardan faydalanmaları amacıyla tedbirler alınmıştır (bkz. 1452[2002] sayılı Güvenlik Konseyi kararı, nokta 1a). Dolayısıyla ilgililerin sağlıklarının ve yaşamlarının tehlikeye konulmasından ve insanlıkdışı ve onur kırıcı muamelelere maruz kalmalarından bahsedemeyiz.

Seyahat etme yasağı ilgililerin hareket özgürlüğünü sınırlamaktadır, ama bu konuda prensip olarak hürriyeti mahrumiyetten bahsedemeyiz : ilgililer kaldıkları ülkede serbestçe hareket edebilmektedirler (ancak bkz., aşağıdaki 10.2 altındaki başvuruğun özel durumu ile ilgili gelişmeler) ; bununla birlikte ilgililerin kendi ülkelerine dönmelerine açıkça izin verilmektedir (bkz., karar 1735[2006], nokta 1b).

(...) »

49. Federal Mahkeme sonrasında, normal olarak Güvenlik Konseyi tarafından alınan yaptırımlara hedef olan şahısların veya kurumların, önceden veya sonradan, kendilerini ifade edemediklerini ve ulusal veya uluslararası yargı organları önünde başvuru yapamadıklarını gözlemlemiştir. Bu konuda Federal Mahkeme, özellikle 1730 (2006) sayılı karardan çıkan şartlarda, şahıslara doğrudan doğruya Yaptırım Komitesi'ne başvurma imkanı tanıyan isim silme mekanizmasının, her ne kadar insan hakları bakış açısıyla önemli zayıflıklar içerse de, önemli bir ilerleme oluşturduğunu belirtmiştir.

50. Federal Mahkeme ardından Güvenlik Konseyi'nin ilgili kararlarının hangi durumda İsviçre'ye zorlayıcı bir şekilde dayatıldığını, yani İsviçre'nin bu kararları uygulama konusunda hala bazı yetkilere (« *Ermessensspielraum* ») sahip olup olmadığını incelemiştir :

« 8.1 Güvenlik Konseyi, Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümüne dayanarak, sözleşmelerden veya uluslararası antlaşmalardan çıkan daha önceki muhtemel yükümlülükler veya hakların varlığından bağımsız olarak ve ilgili yaptırımların sıkı ve tam olarak yerine getirilmesi konusunda tüm üye devletler için açıkça yükümlülük ile birlikte, 1267(1999) sayılı kararı ve [El-Kaide] ve Talibanlar'a yaptırımlar getirilmesi konusunda ilgili kararları kabul etmiştir (bkz., 1267[1999] sayılı kararın 7. noktası).

Yaptırımlar (malvarlığının bloke edilmesi, ülkeye giriş ve ülkeden geçiş yasağı, silahlar üzerinde ambargo) detaylı bir şekilde tanımlanmıştır ve bunların uygulanması için üye devletlere hiçbir taktir yetkisi bırakılmamıştır. Yaptırımlara konu olanlar da ayrıca üye devletlere açıkça bildirilmiştir : belirleyici unsur, Yaptırımlar Komitesi tarafından yapılan ve tutulan listedir (1333[2000] sayılı kararın 8 c) noktası).

Listeden silinmenin kabul edilmesi ile ilgili olarak Yaptırımlar Komitesi özel bir prosedür öngörmüştür (1735(2006) sayılı kararın 13 ve devamı noktaları ve 12 Şubat 2007 tarihindeki versiyonu ile Yaptırımlar Komitesi'nin talimatları). Böylece yaptırımların Yaptırımlar Komitesi tarafından oluşturulan listede geçen bir şahsa veya bir organizasyona uygulanmasına devam edilip edilmemesi konusunda otonom bir şekilde karar verme yetkisi devletlere yasaklanmıştır.

Sonuç olarak İsviçre, Talibanlara karşı tedbirler oluşturan karara ek belgede başvurunun ve kendisine ait organizasyonlarının isimlerinin çıkarılmasına karar vermesi durumunda, Şart'tan doğan yükümlülüklerini yerine getirmemiş sayılacaktır.

(...).

8.3 Yukarıda belirtilenler dikkate alındığında İsviçre için, başvurunun ismini Talibanlara karşı tedbirler oluşturan karara ek 2 belgeden otonom hareket ederek silme girişiminde bulunması mümkün değildir.

Başvurucuya bu durumda kendisinin hiçbir etkili başvuru yoluna sahip olmadığını belirtmek gerekmektedir : Federal Mahkeme Güvenlik Konseyi'nin kararları ile bağlı olup olmadığını veya hangi durumda bağlı olduğunu inceleyebildiği doğrudur ama, yaptırımların başvurunun temel haklarını çiğnediği gerekçesiyle Mahkeme'nin, başvuru hedef alan yaptırımları kaldırmaya yetkisi yoktur.

Bir şahsı veya bir grubu listeden silmeye sadece Yaptırımlar Komitesi yetkilidir. Yukarıda belirtilen iyileştirmelere rağmen silme prosedürü, Federal Anayasa'nın 29a maddesi, AİHS'nin 6 § 1 maddesi ve Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşme'nin 14 § 1 maddesi ile koruma altına alınan hakime ulaşma zorunluluğunun ve AİHS'nin 13 maddesi ve Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşme'nin 2 § 3 maddesi anlamında etkili başvuru hakkının gereklerini yerine getirmemektedir. (...)»

51. Federal Mahkeme sonrasında, her ne kadar otonom bir şekilde başvurunun ismini listeden silemiyorsa da İsviçre'nin, en azından başvurucuya isminin silinmesi prosedüründe kendisine yardım edip edemeyeceği sorusu üzerinde durmuştur. Mahkeme şu gerekçeleri öne sürmüştür :

« 9.1 Alt derecedeki organlar İsviçre'nin, başvurunun adına silinme prosedürüne girişmesi gerekip gerekmediği sorusunu incelemişlerdir. Bu sorun o sırada anlamını yitirmiştir çünkü silinme prosedürünün değiştirilmesinden sonra başvurunun kendisi bu konuda isminin silinmesi talebinde bulunabilmektedir; kaldı ki başvuru bu yolu kullanmıştır.

9.2 Ancak başvuru sadece İsviçre'nin desteğini almakla kendi talebinin sonuç vereceğini umud edemez, çünkü İsviçre talimatla ifade alınması için karar alınması, evlerde arama yapılması ve tanıkların dinlenilmesi ile birlikte derinlemesine soruşturma yapan tek ülkedir.

Birleşmiş Milletlere üye devletlerin terörizmi finanse eden veya terörizme destek veren şahıslar hakkında cezai soruşturma açma yükümlülükleri bulunmaktadır (bkz., 1373[2001] sayılı Güvenlik Konseyi kararının 2. noktası) (...).

Tam tersine cezai soruşturmalardan beraat ile sonuçlanması veya bu soruşturmalardan vazgeçilmesi halinde, bu durum önleyici tedbir olarak alınan yaptırımların kaldırılmasına neden olmaktadır. Soruşturmayı yapan devletin silinme prosedürüne girişemeyeceği doğrudur, ama en azından soruşturmanın sonucunu Yaptırım Komitesi'ne bildirebilir ve ilgilinin listeden silinmesini destekleyebilir veya silinme talebinde bulunabilir. »

52. Son olarak Federal Mahkeme, Talibanlar ile ilgili kararın 4. maddesinde öngörülen seyahat yasağının Güvenlik Konseyi'nin kararları ile oluşturulan yaptırımları aşip aşmadığını ve dolayısıyla, İsviçre makamlarının bu konuda bir taktir yetkileri olup olmadığını incelemiştir. Federal Mahkeme şu beyanlarda bulunmuştur :

« 10.1 Talibanlara karşı tedbirler oluşturan kararın 4a § 1 maddesi, ek 2 de belirtilen şahıslara İsviçre'ye girmeyi ve İsviçre'den transit geçmeyi yasaklamaktadır. 4a § 2 maddesi Federal Göçmenler Bürosu'nun, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin kararlarına uygun olarak veya İsviçre'nin çıkarlarını korumak için, istisnalar tanıyabileceğini öngörmektedir.

Milletler Güvenlik Konseyi'nin kararlarına göre, ülkeye girişin veya ülkeden geçişin adli bir prosedür için gerekli olması durumunda seyahat yasağı uygulanmamaktadır. Bununla birlikte Yaptırım Komitesi'nin onayı ile bireysel durumlarda istisnalar tanınabilmektedir (1735[2006] sayılı Güvenlik Konseyi kararının 1 b) noktası). Tıbbi, insani veya dini nedenlerle yapılan seyahatler bu durumların kapsamına girmektedir (Brown Enstitüsü, *loc. cit.*, s. 32).

10.2 Talibanlara karşı tedbirler oluşturan kararın 4a § 2 maddesi, yetki veren bir hüküm olarak düzenlenmiştir ve Federal Göçmenler Bürosu'nun belli bir taktir yetkisine sahip olduğu izlenimi vermektedir. Ancak bu hükmün Anayasa'ya uygun bir şekilde, BM'nin yaptırımlar rejiminin imkan verdiği durumlarda bir istisna tanınması yönünde yorumlanması gerekmektedir : başvurucunun hareket özgürlüğünün daha fazla sınırlanması Güvenlik Konseyi'nin kararlarına dayandırılmış olarak kabul edilemeyecektir, bu sınırlama kamu yararı için olmayacaktır ve başvurucunun özel durumu dikkate alındığında bu sınırlama orantısız olacaktır.

İlgili şahıs, Tessin'de 1,6 km² alana sahip olan yerleşim yeri Campione'da ikamet etmektedir. İsviçre'ye girme ve İsviçre'den geçme yasağı başvurucunun Campione'dan ayrılmasını amacını taşımaktadır. Uygulamada bu durum, başvurucunun haklı olarak öne sürdüğü gibi bir ev hapsine dönüşmektedir ve dolayısıyla başvurucunun bireysel özgürlüğünün önemli bir şekilde sınırlandırılması anlamına gelmektedir. Bu şartlarda İsviçre makamlarının, Güvenlik Konseyi kararlarının izin verdiği yaptırım rejimin hafifletilmesi yollarını tüketme yükümlülüğü vardır.

Bu nedenle Federal Göçmenler Bürosu'nun hiçbir taktir yetkisi bulunmamaktadır. Büronun görevi gerçekte, bir istisna tanınması için gerekli olan şartların oluşup oluşmadığını tespit etmektir. Her ne kadar başvuru Güvenlik Konseyi tarafından öngörülen genel istisnaların kapsamına girmiyorsa da, başvurunun onay için Yaptırım Komitesi'ne sunulması gerekmektedir.

10.3 Başvurucu tarafından yabancı ülkeye seyahat talebinin incelenmesinde Federal Göçmenler Bürosu'nun anayasal hükümlerinin yok saydığı sorusunun incelenmemesi gerekmektedir: Federal Göçmenler Bürosu tarafından bu konuda alınan kararlara,

başvurucu tarafından itiraz edilmemiştir ve bu kararlar bu halihazır prosedürün konusu ile ilgili değildir.

Aynı durum İtalya'daki İtalyan yerleşim yeri Campione'deki evinden ayrılmasının gerekip gerekmediği sorunu için de geçerlidir. Başvurucu gerçekten de bu konuda şu ana kadar herhangi bir talepte bulunmamıştır. »

C. Federal Mahkeme kararından sonraki olaylar

53. Federal Mahkeme'nin kararından sonra başvuru, ODM'ye yazmış ve ondan kendi özel durumuna genel istisnaların uygulanması ihtimalini yeniden incelemesini talep etmiştir. 28 Ocak 2008 tarihinde başvuru, ülkeye giriş ve ülkeden geçme yasağının üç ay süreyle durdurulması için yeni bir talepte bulunmuştur. 21 Şubat 2008 tarihinde Büro bu talebi reddetmiştir ve Yaptırım Komitesi'ne dayanmadan bu kadar uzun süreli bir durdurma kararı vermeyeceğini ve sadece ülke sınırları içinde kalmasına imkan veren belgeler (*sauf-conduits*) verebileceğini belirtmiştir.

54. 22 Şubat 2008 tarihinde, başvurunun avukatı ve İsviçre makamları arasında, İsviçre'nin başvurunun isminin silinmesi ile ilgili olarak başvurucuya sunacağı destek konusunda yapılan bir görüşme sırasında Dışişleri Federal Dairesi'nden bir temsilci, özel bir durumla karşı karşıya kaldığını çünkü başvurunun bir taraftan, İsviçre'den kendis isminin BM önündeki listeden silinmesi ile ilgili prosedüre destek istediğini ama diğer taraftan İsviçre'ye karşı Mahkeme önünde dava açtığını gözlemlemiştir. Buna karşın bu temsilci ayrıca İsviçre'nin Yaptırım Komitesi önünde başvurunun isminin silinmesi talebinde bulunamayacağını tekrar etmiştir. Temsilci aynı zamanda, İsviçre Hükümeti'nin buna rağmen başvurucuya destek vermeye hazır olduğunu ve bunun için özellikle kendisi hakkında açılan bir soruşturmanın takipsizlik ile sonuçlandığını belirten bir belge verebileceğini eklemiştir. Başvurunun avukatı, daha önce müvekkili hakkında verilen takipsizlik kararının varlığını gösteren bir belgeyi elde ettiği ve bunun kendisi için yeterli olduğu şeklinde cevap vermiştir.

Başvurunun isminin silinmesi için İtalyan makamlarından destek elde etmek için yaptığı talepler konusunda Daire temsilcisi, başvurunun avukatına İtalya'nın Birleşmiş Milletler nezdindeki Temsilciliği ile ilişkiye girmeyi tavsiye etmiştir ve bu devletin Güvenlik Konseyi'nde bulunduğunu eklemiştir.

55. Hükümet, Nisan 2008 tarihinde bir Mısır askeri mahkemesinin başvuru yokluğunda, Müslüman Kardeşler örgütünü finanse etmekten dolayı on yıllık hürriyeti bağlayıcı cezaya çarptırdığı konusunda Mahkeme'yi bilgilendirmiştir (bkz., bu konuda 16 Nisan 2008 tarihinde *Corriere del Ticino* günlük gazetede yayınlanan makale). Başvuru bu mahkumiyetin gerçekliğine itiraz etmemektedir ama, hakkında açılan soruşturmalardan hiçbir zaman haberdar edilmediğini ve dolayısıyla kendini şahsen veya bir avukat aracılığıyla savunma ihtimali olmadığını

savunmaktadır. Bu nedenlerle ve sivil olmasına rağmen askeri bir yargı organı önünde mahkum olması dikkate alındığında başvuru, söz konusu prosedürün açıkça 6. maddeye aykırı olduğu kanaatindedir.

56. 5 Temmuz 2008 tarihinde İtalyan Hükümeti, İtalya’da başvuru hakkında yapılan soruşturmanın takipsizlikle sonuçlanması nedeniyle Yaptırım Komitesi’nden başvurunun isminin silinmesi talebinde bulunmuştur. Komite 15 Temmuz 2008 tarihli kararıyla bu talebi reddetmiştir. Başvurucuya göre Komite kendisine, beyanlarını önceden sunma ihtimali vermemiştir.

57. 11 Eylül 2008 tarihinde, ODM başvurucuya İsviçre’ye girme ve orada iki gün kalma hakkı vermiştir. Başvuru bu izni kullanmamıştır.

58. 23 Aralık 2008 tarihli mektubuyla ODM, Schengen bölgesinden İsviçre’ye girmesinin kendi durumu için hiçbir etkide bulunmadığı konusunda başvuru bilgilerini vermiştir.

59. Daire önündeki beyanlarında İsviçre Hükümeti, kendisine göre başvurunun isminin listeye yazılmasının Amerika Birleşik Devletleri’nin bir talebinden sonra meydana geldiğini ve bu devletin 7 Temmuz 2009 tarihinde Yaptırım Komitesi’nden, başvuru dahil birçok kişinin isminin silinmesi talebinde bulunduğunu belirtmiştir.

60. 24 Ağustos 2009 tarihinde, Güvenlik Konseyi’nin 1730 (2006) sayılı kararı ile öngörülen prosedüre uygun olarak başvuru, « silinme talepleri için odak noktasına » başvurmuş ve Yaptırım Komitesi’nin listesinden isminin silinmesini istemiştir.

61. 2 Eylül 2009 tarihinde İsviçre, Yaptırım Komitesi’ne 13 Ağustos 2009 tarihli mektubun kopyasını göndermiştir ve bu mektupla Konfederasyon Savcılığı başvurunun avukatına, kendi müvekkili hakkında yapılan polis soruşturması sonucunda başvuru ile Oussama Ben Laden, El-Kaide veya Talibanlar ile bağları olan şahıslarla veya organizasyonlar ile herhangi bir bağı olduğunu gösteren bir emarenin veya delilin bulunmadığını teyid etmiştir.

62. 23 Eylül 2009 tarihinde başvurunun ismi, söz konusu yaptırımları öngören Güvenlik Konseyi’nin kararlarına ek listeden silinmiştir. Başvurucuya göre 1730 (2006) sayılı karar ile öngörülen prosedürün işletilmediğini ve bu konuda kendisine hiçbir açıklama sunulmamıştır. 29 Eylül 2009 tarihinde sonuç olarak Talibanlar ile ilgili karara ek belge de değiştirilmiştir ve değişiklik 2 Ekim 2009 tarihinde etkisini göstermeye başlamıştır.

63. 1 Mart 2010 tarihli öneriyi kabul eden Ulusal Konsey’in (Federal parlamentonun alt meclisi) Dış Politika Komisyonu, 2010 yılının sonundan itibaren terörizm ile mücadele kapsamında kabul edilen kararlara uygun olarak şahıslara karşı uygulanan yaptırımları bazı durumlarda uygulamayacağını Güvenlik Konseyi’ne bildirmesi görevini Federal Konsey’e yüklemiştir. Komisyon ayrıca Hükümet’ten, devletlerin hukuk düzenlerine saygı çerçevesi içinde terörizmle mücadelede daimi bir şekilde

işbirliği yapma iradesini tekrar beyan etmesini istemiştir. Öneri, Devletler Konseyi (Federal Parlemlentonun üst meclisi) üyesi Dick Marty tarafından 12 Haziran 2009 tarihinde sunulmuştur ve başvurucunun durumu örnek olarak sunulmuştur.

D. Yaptırımlar rejimini iyileştirmek için harcanan çabalar

64. Hükümet, her ne kadar İsviçre Güvenlik Konseyi üyesi değilse de bu devletin, diğer devletlerle birlikte aktif olarak BM'e üye olduğu 10 Eylül 2002 tarihinden beri, isimlerin yazılması ve silinmesi prosedürünün ve ilgili şahısların hukuki durumlarını hakkaniyete uygun olarak iyileştirmek için çalıştığını ifade etmektedir. Böylece 2005 yazı mevsimi sırasında İsviçre, İsveç ve Almanya ile birlikte, yaptırım prosedürlerinde temel hakların en iyi şekilde dikkate alınması için bir inisiyatif geliştirmiştir. 2008 yılında bu inisiyatif kapsamında İsviçre, Almanya, Danimarka, Liechtenstein, Hollanda ve İsveç ile birlikte Güvenlik Konseyi'ne, Yaptırım Komitesi'ne isimlerin silinmesi önerisinde bulunmak için bağımsız bir panelin oluşturulması amacıyla somut önerilerde bulunmuştur. Ayrıca 2009 sonbaharında İsviçre kendi partnerleriyle birlikte, Aralık ayında kabul edilmesi planlanan El-Kaide ve Talibanlara karşı yaptırım rejiminin yenilenmesi kararının bu yönde olması için yoğun bir çaba sarfetmiştir. Buna paralel olarak İsviçre, inceleme mekanizmasının oluşturulması kapsamında bir arabulucunun olmasını öneren ve 2009 Ekim ayında yayınlanan bir çalışmanın güncelleştirilmesi için desteğini sunmuştur. 17 Aralık 2009 tarihinde Güvenlik Konseyi, terörizmle mücadele kapsamında Güvenlik Konseyi tarafından alınan yaptırımlara hedef olan şahısların şikayetlerini incelemek amacıyla bir Arabulucu Bürosu oluşturan 1904 (2009) sayılı kararını kabul etmiştir (aşağıdaki paragraf 78). Son olarak İsviçre, yaptırımlardan etkilenen şahısların usuli haklarının iyileştirilmesi talebinde bulunmak için defalarca Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nde ve Genel Kurulu'nda beyanlarda bulunmuştur.

II. İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA

A. İç hukuk

1. Federal Anayasa

65. Federal Anayasa'nın 190. maddesi (uygulanan hukuk) şu şekildedir :

« Federal Mahkeme ve diğer makamlar federal yasaları ve uluslararası hukuku uygulamak zorundadırlar. »

2. 2 Ekim 2000 tarihli Oussama ben Laden, « El-Kaide » grubu veya Talibanlara bağlı şahıslar ve gruplara karşı tedbirler getiren karar (« Talibanlar ile ilgili karar »)

66. 2 Ekim 2000 tarihli Oussama ben Laden, « El-Kaide » grubu veya Talibanlara bağlı şahıslar ve gruplara karşı tedbirler getiren karar defalarca değiştirilmiştir. Bu davada söz konusu olan dönemde, özellikle Federal Mahkeme'nin kararını verdiği zaman (14 Kasım 2007) yürürlükte olan şekliyle bu kararın ilgili hükümleri şu şekildeydi :

Madde 1 : Askeri malzeme ve benzer malların verilme yasağı

« 1. Silah ve patlayıcı madde, araç ve askeri malzemeler, paramiliter malzemeler ile aynı şekilde askeri aksesuarlar ve yedek parçalar dahil olmak üzere her türlü silahın Ek 2 belgede belirtilen gerçek kişilere veya tüzel kişilere, gruplara veya topluluklara verilmesi, satılması ve bunun ticaretinin yapılması yasaktır.

(...)

3. Ek 2 belgede belirtilen gerçek kişilerin veya tüzel kişilerin, grupların veya toplulukların faaliyetleri ile ilgili teknik tavsiyeler, yardımlar veya eğitimler verilmesi, satılması ve bunun ticaretinin yapılması yasaktır.

4. 1. ve 3. bentler sadece, malların kontrolü ile ilgili 13 Aralık 1996 tarihli yasanın, savaş malzemeleri ile ilgili 13 Aralık 1996 tarihli federal yasanın ve uygulama ile ilgili genelgelerin uygulanabilir olması durumunda uygulanır.

(...)

Madde 3 : Malların ve ekonomik kaynakların dondurulması

1. Ek 2 belgede belirtilen gerçek kişilere veya tüzel kişilere, gruplara veya topluluklara ait olan veya onlar tarafından kontrol edilen mallar ve ekonomik kaynaklar dondurulur.

2. Ek 2 belgede belirtilen gerçek kişilere veya tüzel kişilere, gruplara veya topluluklara doğrudan doğruya veya dolaylı yoldan fonlar veya ekonomik kaynaklar verilmesi veya bunların onların hizmetine sunulması yasaktır.

3. Ekonomiden sorumlu Devlet Bakanlığı (SECO), 1. ve 2. bentlerde belirtilen yasakların insancıl faaliyetleri veya demokratikleşme lehine olan projeleri ile ilgili ödemedi muaf tutabilir.

4. SECO, Dışişleri Federal Dairesi'nin ve Federal Finans Dairesi'nin yetkili bürolarına danıştıktan sonra, bloke edilen hesaplardan kesinti yapılmasına, dondurulan malların anaparaya dönüştürülmesine ve dondurulan ekonomik kaynaklar üzerindeki blokenin kaldırılmasına, İsviçre'nin çıkarlarını korumak veya zor durumları önlemek amacıyla izin verebilir.

Madde 4 : Zorunlu beyan

1. 1. ve 3. bentlerde belirtilen malların dondurulması tedbiri kapsamına giren ve elinde bulunan ve yönettiği malları olan herkes hemen, bu malları hemen SECO'ya bildirmek zorundadır.

2. 1. ve 3. bentlerde belirtilen ekonomik kaynakların dondurulması tedbiri kapsamına giren ekonomik kaynaklardan haberdar olan şahıslar veya kurumlar, bunları hemen SECO'ya bildirmek zorundadır.

3. Beyanda, ilgili şahsın isminin, malların ve ekonomik kaynakların konusunun ve değerinin bulunması gerekmektedir.

Madde 4a : İsviçre'ye giriş ve transit geçme

1. Ek 2 belgesinde belirtilen şahıslara İsviçre'ye giriş ve İsviçre'den transit geçme yasaktır.

2. Göçmenler Federal Bürosu, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin kararlarına uygun olarak veya İsviçre'nin çıkarlarını korumak için istisnalar tanıyabilir. »

B. Uluslararası Hukuk*1. Birleşmiş Milletler Şartı*

67. Birleşmiş Milletler Şartı, 26 Haziran 1945 tarihinde San Francisco'da imzalanmıştır. Bu dava ile ilgili hükümleri şu şekildedir :

Başlangıç

« Biz Birleşmiş Milletler halkları ;

Bir insan yaşamı içinde iki kez insanlığa talefi edilemez acılar çektiren savaş felaketinden gelecek kuşakları korumaya,

temel insan haklarına, insan kişiliğinin onuruna ve değerine, erkeklerle kadınların ve büyük ve küçük ulusların hak eşitliğine olan inancımızı yeniden ilan etmeye,

adaletin korunması ve antlaşmadan ve diğer uluslararası kaynaklardan doğan yükümlülüklerle saygı gösterilmesi için gerekli koşulları yaratmaya,

daha geniş bir özgürlük içinde daha iyi yaşam koşulları sağlamaya ve sosyal açıdan ilerlemeyi kolaylaştırmaya,

ve bu amaçlara ulaşmak için

hoşgörüyle davranmaya ve iyi komşuluk anlayışı içinde karşılıklı bir şekilde barışık yaşamaya,

uluslararası barış ve güvenliği korumak için güçlerimizi birleştirmeye,

ortak yarar dışında silahlı kuvvet kullanılmamasını sağlayacak ilkeleri kabul etmeye ve yöntemleri benimsemeye,

tüm halkların ekonomik ve sosyal bakımdan ilerlemesini kolaylaştırmak için uluslararası kurumlardan yararlanmaya,

tüm halkların ekonomik ve sosyal bakımdan ilerlemesini kolaylaştırmak için uluslararası kurumlara başvurmaya,

kararlı bir şekilde, bu amaçları gerçekleştirmek için çaba harcamaya karar verdik.

Buna uygun olarak hükümetlerimiz, San Francisco kentinde toplanan ve yetki belgeleri usulüne uygun görülen temsilcileri aracılığıyla işbu Birleşmiş Milletler Şartını kabul etmişler ve Birleşmiş Milletler adıyla anılacak bir uluslararası örgüt kurmuşlardır.

Madde 1

Birleşmiş Milletlerin amaçları şunlardır :

1. Uluslararası barış ve güvenliği korumak ve bu amaçla : barışın maruz kalacağı tehditleri önlemek ve bunları boşa çıkarmak, saldırı ya da barışın başka yollarla bozulmasını sağlayacak eylemlerini bastırmak üzere etkin ortak önlemler almak ve barışın bozulmasına yol açabilecek nitelikteki uluslararası uyuşmazlık veya durumların düzeltilmesini ya da çözümlenmesini barışçı yollarla, adalet ve uluslararası hukuk ilkelerine uygun olarak gerçekleştirmek ;

(...)

3. Ekonomik, sosyal, kültürel ve insancıl nitelikteki uluslararası sorunları çözmede ve ırk, cinsiyet, dil ya da din ayrımı gözetmeksizin herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlamak ve ;

(...)

Madde 24

1. Birleşmiş Milletler'in üyeleri, örgütün hızlı ve etkili hareket etmesini sağlamak için uluslararası barış ve güvenliğin korunmasında başlıca sorumluluğu Güvenlik Konseyi'ne bırakırlar ve bu sorumluluk gereğince görevlerini yerine getirirken Güvenlik Konseyi'nin kendi adlarına hareket ettiğini kabul ederler.

2. Güvenlik Konseyi, bu görevleri yerine getirirken Birleşmiş Milletler'in Amaç ve İlkelerine uygun hareket eder. Bu görevleri yerine getirebilmesi için Güvenlik Konseyi'ne verilmiş belirli yetkiler VI, VII, VIII ve XII. Bölümlerde gösterilmiştir.

(...)

Madde 25

Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Antlaşma uyarınca, Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır. »

68. Şart'ın VII. Bölümü « Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi » başlığından oluşmaktadır. Bu bölümün 39. maddesi şu şekildedir :

« Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya 41. ve 42. [maddeler] uyarınca hangi önlemler alınacağını kararlaştırır ».

69. XVI. Bölüm « Çeşitli hükümler » başlığını taşımaktadır. Bu Bölümün 103. maddesi şu şekildedir :

« Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Şart'tan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Şart'tan doğan yükümlülükler üstün gelecektir. »

2. El-Kaide ve Talibanlara karşı mücadele kapsamında Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen ve bu dava ile ilgili kararlar

70. 1267 (1999) sayılı karar 15 Ekim 1999 tarihinde kabul edilmiştir. Bu karar Yaptırım Komitesi'ni kurmuştur. Güvenlik Konseyi'nin tüm üyelerinden oluşan bu Komite, devletlerden Konsey'in kararı gereğince alınan tedbirlerin etkili bir şekilde uygulanmasını sağlamak için yapılan işlemlerden kendisini haberdar etmesini talep etme amacındadır. Bu tedbirler bir taraftan Talibanlara ait hava araçlarının kendi hava sahalarından geçmesini yasaklamaktan veya Yaptırım Komitesi'nin önceden insani nedenlerle verdiği izin olmadan kendi havasahalarında inmelerini yasaklamaktan ve diğer taraftan Talibanların fonlarının ve diğer finansal kaynaklarının dondurulmasından ibarettir. Bu kararın dava ile ilgili bölümleri şu şekildedir :

Karar 1267 (1999)

« 15 Ekim 1999 tarihinde Güvenlik Konseyi tarafından 4051. toplantısında kabul edilen bu kararla

Güvenlik Konseyi,

Daha önceki kararlarında, özellikle 13 Ağustos 1998 tarih ve 1189 (1998) sayılı, 28 Ağustos 1998 tarih ve 1193 (1998) sayılı ve 8 Aralık 1998 tarih ve 1214 (1998) sayılı kararlarında ve Konsey Başkanı'nın Afganistan ile ilgili beyanlarında *ifade ederek,*

Afganistan'ın egemenliğine, bağımsızlığına, toprak bütünlüğüne ve ulusal birliği ile bu ülkenin tarihi ve kültürel malvarlığına saygıya kararlı bir şekilde bağlı olduğunu tekrar *beyan ederek,*

İşlenmeye devam edilen uluslararası insancıl hukuk ihlallerinden, özellikle kızlar ve kadınlara karşı işlenen ayrımcılıktan ve hukuka aykırı bir şekilde opiumun üretimini hassas bir şekilde artırılmasından dolayı *derin bir şekilde kaygı duyduğunu tekrar beyan ederek*, ve İran İslam Cumhuriyeti Başkonsolosluğu'nun Talibanlar tarafından alınmasının ve İranlı diplomatlarının ve gazeteci Mazar-e-Sharif'in öldürülmesinin yerleşik uluslararası hukuk kurallarının açık ihlalleri olduğunun *altını çizerek*,

Terörizme karşı ilgili uluslararası sözleşmeleri ve özellikle bu belgelere üye olan devletlerin teröristleri iade etme veya onlar hakkında cezai soruşturma açma yükümlülüklerini *hatırlararak*,

Teröristlerin Afgan topraklarında ve özellikle Talibanlar tarafından tutulan bölgelerde kabul edilmelerini, eğitim görmelerini ve terörist eylemlerin hazırlanmasını *şiddetle kınayarak* ve uluslararası barışın ve güvenliğin korunması için uluslararası terörizmle mücadelenin gerekliliği yönündeki inancını *yenileyecek*,

Talibanların Usama bin Laden'i barındırmaya ve ona ve onunla işbirliği içinde olanlara, Talibanlar tarafından tutulan topraklarda terörist eğitim kampını yönetme ve Afganistan'ı uluslararası terörist operasyonlar yapma merkezi haline getirme imkanı vermeye devam ettiklerini *üzüntü ile karşılayarak*,

Usama bin Laden ve onunla işbirliği içinde olanların Amerika Birleşik Devletleri tarafından, özellikle bu ülkenin Nairobi'deki (Kenya) ve Dar es-Salaam'daki (Tanzanie) büyükelçiliklerine 7 Ağustos 1998 tarihinde bombalı saldırı yapmaktan ve yabancı ülkede kalan Amerikan vatandaşlarını öldürme amacıyla komplo kurmaktan dolayı cezai takibata uğradığını *kaydederek* ve Amerika Birleşik Devletleri'nin Talibanlardan ilgililerin yargı önüne çıkarılmasını istediğini de (S/1999/1021) *ayrıca kaydederek*,

1214 (1998) sayılı kararın 13. paragrafında ifade edilen zorunlulukları yerine getirmeyi reddetmekle Taliban makamlarının, uluslararası barış ve güvenliği tehdit ettikleri *kanaatine vararak*,

Kendi kararlarına saygı gösterilmesini sağlama konusunda kesin kararlılığının *altını çizerek*,

Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümüne göre *hareket ederek*,

(...)

3. 14 Kasım 1999 tarihinden önce Talibanların yukarıdaki 2. paragrafta kendilerine dayatılan yükümlülüğü tamamen yerine getirdiğine karar vermediği sürece, tüm devletlerin bu tarihte Genel Sekreterin raporu temelinde, aşağıdaki 4. paragrafta öngörülen tedbirleri dayatacaklarına *karar vermektedir* ;

4. Ayrıca yukarıdaki 2. paragrafın uygulanmasını sağlamak amacıyla tüm devletlerin aşağıdaki tedbirleri almasına *karar vermektedir*;

a) Komite'nin daha önceden söz konusu uçuşa, Mekke'ye Hacca gitme gibi dini yükümlülükler dahil olmak üzere insani nedenlerle izin vermediği sürece, Talibanlara ait olan veya Talibanlar tarafından kiralanan veya işletilen hava araçlarının kendi

topraklarından havalanmasına izin vermeyi veya kendi topraklarına inmeyi reddetmek ;

b) Talibanlara ait olan veya onlar tarafından doğrudan doğruya ve dolaylı yoldan kontrol edilen veya Talibanlara ait veya onlar tarafından kontrol edilen ve sonraki 6. paragrafın uygulanması ile Komite tarafından belirlenen şirketlere ait mallardan doğan fonları ve diğer ekonomik kaynakları donduran ve olaydan olaya inceleme yapan Komite'nin daha önceden insani nedenlerle aksi yönde bir karar vermediği sürece, ne söz konusu fonlar ve diğer ekonomik kaynaklar ne de tespit edilen diğer fon ve ekonomik kaynaklar Talibanların veya onlara ait olan veya onların doğrudan doğruya ve dolaylı yoldan kendi toprakları üzerinde yaşayan gerek kendi vatandaşları ve gerekse yabancı tüm şahıslar tarafından kontrol altında olan şirketlerin hizmetine sunulmamasına veya onların yararına kullanılmamasına özen göstermek ;

5. Yukarıdaki 2. paragrafta zorunlu kılınan durumlara ulaşmak için çaba sarfetme ve Usama bin Laden'e ve onunla işbirliği içinde olanlara karşı tedbirler almayı düşünme konusunda tüm devletleri *yükümlülük altında tutmaktadır* ;

6. Aşağıdaki görevleri yerine getirmek ve kendi gözlemlerini ve tavsiye kararlarını sunarak Konsey'e hesap vermek için, kendi geçici içtüzüğünün 28. maddesine uygun olarak, Güvenlik Konseyi'nin tüm üyelerinden oluşan bir Güvenlik Konseyi Komitesi'nin kurulmasına *karar vermektedir* :

(...)

7. Yukarıdaki 4. paragraf ile dayatılan tedbirlerin yürürlüğe girdiği tarihten önce imzalanan tüm uluslararası antlaşmaların ve verilen tüm izin ve onayların veya tüm sözleşmelerin dayattığı yükümlülüklerin veya verdiği hakların varlığına rağmen, tüm devletlerden ciddi bir şekilde bu kararın hükümlerine uymalarını *talep etmektedir* ;

8. Devletlerden 4. paragrafta dayatılan tedbirleri ihlal eden ve kendi yargı çevresi içinde olan gruplara ve şahıslara karşı cezai takibat yapmayı ve bunlar hakkında gerekli cezalar vermeyi *talep etmektedir* ;

9. Özellikle bu karar anlamında gerekli olabilecek tüm bilgileri kendisine verilmesi suretiyle tüm devletlerden, yukarıdaki 6. paragrafın uygulanması ile oluşturulan Komite ile tamamen işbirliği içinde bulunmalarını *talep etmektedir* ;

10. Devletlerden, yukarıdaki 6. paragrafın uygulanması ile oluşturulan Komite'ye, yukarıdaki 4. paragrafta dayatılan tedbirlerin yürürlüğe girdiği tarihten itibaren 30 gün içinde, bu 4. paragrafın uygulanması için yapılan işlemler konusunda hesap vermeyi *talep etmektedir* ;

(...)»

71. 19 Aralık 2000 tarihinde kabul edilen 1333 (2000) sayılı karar ile Güvenlik Konseyi, 1267 (1999) sayılı karar ile öngörülen yaptırımları, Yaptırım Komitesi tarafından El-Kaide veya Oussama Ben Laden ile işbirliği içinde olduğu belirlenen tüm şahıslar ve gruplara uygulanacak şekilde genişletmiştir. Karar ayrıca, Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen yaptırımların uygulanması için bir listenin kullanımını da öngörmektedir. Bu dava ile ilgili bu kararın ilgili bölümleri şu şekildedir :

Karar 1333 (2000)

« (...) *Güvenlik Konseyi* (...)

Daha önceki kararlarında, özellikle 15 Ekim 1999 tarihli 1267 (1999) sayılı kararlarını ve Konsey Başkanı'nın Afganistan ile ilgili beyanları *tekrar ifade ederek*

Afganistan'ın egemenliğine, bağımsızlığına, toprak bütünlüğüne ve ulusal birliği ile bu ülkenin tarihi ve kültürel malvarlığına saygıya kararlı bir şekilde bağlı olduğunu *tekrar beyan ederek,*

Afgan halkının kritik insani ihtiyaçlarını *kabul ederek,*

(...)

8. Tüm devletlerin aşağıda sayılan yeni tedbirleri alacaklarına *karar vermektedir* :

a) Kendi topraklarında bulunan Talibanların bürolarını hemen ve tamamiyle kapatmak ;

b) Kendi topraklarında bulunan Ariana Afghan Airlines havayolları şirketinin tüm bürolarını hemen kapatmak ;

c) Usama bin Laden'in ve [El-Kaide'in] dahil olmak üzere Komite tarafından tespit edilen ve onunla işbirliği içinde olduğu şahısların ve grupların fonlarını ve diğer ekonomik gelirlerini veya Usama bin Laden'e ve onunla işbirliği içinde olan şahıslar ve gruplara ait olan veya onlar tarafından doğrudan doğruya ve dolaylı yoldan kontrol edilen mallardan doğan fonları ve diğer ekonomik kaynakları gecikmeksizin dondurmaya ve ne söz konusu fonlar ve diğer ekonomik kaynaklar ne de tespit edilen diğer fon ve ekonomik kaynakların, Usama bin Laden'in, onunla işbirliği içinde çalışanların veya [El-Kaide] dahil olmak üzere onların doğrudan doğruya ve dolaylı yoldan kendi toprakları üzerinde yaşayan gerek kendi vatandaşları ve gerekse yabancı tüm şahısların hizmetine sunulmamasına veya onların yararına kullanılmamasına özen göstermeyi ve Komite'den devletler ve bölgesel kuruluşlar tarafından kendisine sunulan bilgiler temelinde ve [El-Kaide] örgütü dahil olmak üzere Komite tarafından Usama bin Laden ile işbirliği içinde olduğu tespit edilen şahısların ve grupların güncelleştirilmiş bir listesini yapmayı *rica etmektedir*.

(...)

12. Ayrıca Komite'nin, Birleşmiş Milletler Organizasyonu ve organları, insani yardım sunan acil yardımla ilgili hükümete bağlı kuruluşlar, Uluslararası Kızılhaç Komitesi ve hükümet dışı organizasyonlar dahil olmak üzere, gerektiğinde Afganistan'da insani yardım vermeye izin verilmiş acil yardım kuruluşlarının ve örgütlerinin listesini hazırlamasına, yukarıdaki 11. paragrafta belirtilen yasağın, Komite tarafından kabul edilen listede bulunan insani acil yardım sunan ilgili hükümete bağlı kuruluşlar ve örgütler tarafından organize edilen veya kendi hesaplarına yapılan insani amaçlı uçuşlara uygulanmamasına, Komite'nin sistemli bir şekilde, hükümete bağlı yeni yardım örgütleri ile kuruluşlarını ekleyerek bu listeyi tekrar inceleyeceğine ve Komite'nin listeden, kendisine göre insani amaçlarla uçuşlar organize eden veya organize edebilen hükümete bağlı kurumları ve örgütleri çıkaracağına ve hemen bu hükümete bağlı bu kurumları ve örgütleri, kendileri

tarafından organize edilen veya kendileri hesabına yapılan tüm uçuşların yukarıdaki 11. maddeye bağlı olduğu konusunda bilgilendireceğine *karar vermektedir* ;

(...)

16. Komite'den, 1267 (1999) sayılı kararda belirtilen görevlerden başka, aşağıdaki görevleri yerine getirmesini talep etmektedir :

a) Devletler, bölgesel kuruluşlar ve uluslararası organizasyonlar tarafından verilen bilgilerden hareketle Talibanlar tarafından kontrol edilen topraklardaki havaalanı bölgelerinin ve giriş noktalarının listelerini yapmak ve güncelleştirmek ;

b) Devletler ve bölgesel kuruluşlar tarafından verilen bilgilerden hareketle, yukarıdaki 8. paragrafın c) bendine uygun olarak Usama bin Laden ile işbirliği içinde olan şahıslar ve gruplar ile ilgili listeler yapmak ve güncelleştirmek ;

c) Yukarıdaki 6 ve 11. paragraflarda belirtilen istisnalar ile ilgili talepleri incelemek ve bu talepler hakkında karar vermek ;

d) Bu kararın kabul edilmesinden sonra en geç bir ay içinde, yukarıdaki 12. paragrafa uygun olarak Afganistan'da insani yardım sunan kabul kuruluşların ve yetkili organizasyonların listesini yapmak ve güncelleştirmek ;

(...)

17. Birleşmiş Milletler Organizasyonu ve uzman kuruluşlar dahil olmak üzere devletlerden, tüm bölgesel ve uluslararası organizasyonlardan, yukarıdaki 5, 8, 10 ve 11. paragraflarda dayatılan tedbirlerin yürürlük tarihinden önce kabul edilen uluslararası bir antlaşma veya sözleşme veya bir lisans veya izin ile dayatılan veya verilen hakların varlığına rağmen, halihazır bu kararın hükümlerine sıkı bir şekilde uymalarını talep etmektedir ;

(...)»

72. 30 Temmuz 2001 tarihinde kabul edilen 1363 (2001) sayılı kararda Güvenlik Konseyi, 1267 (1999) ve 1333 (2000) sayılı kararlarında belirtilen tedbirleri uygulamak için, özellikle dengeli coğrafi ayırım ilkesi dikkate alınarak en fazla beş uzmandan oluşan bir izleme grubundan (« *İzleme Grubu/Monitoring Group* ») oluşan bir kontrol mekanizmasının (« kontrol mekanizması ») oluşturulmasına karar vermiştir.

73. 28 Eylül 2001 tarihinde 2001 – 11 Eylül 2001 olaylarında sonra – kabul edilen 1373 (2001) sayılı kararda Güvenlik Konseyi, devletlerin uluslararası terörizm ile mücadele ve sınırların kontrolü için bir seri tedbir almaları gerektiğine karar vermiştir. Bu kararın bu dava ile ilgili bölümleri şu şekildedir :

Karar 1373 (2001)

« (...) *Güvenlik Konseyi* (...) »

1. Tüm devletlerin aşağıdaki tedbirleri almasına *karar vermektedir* :

a) Terör eylemlerinin finansmanını engellemek ve cezalandırmak ;

b) Terörist eylemleri gerçekleştirmek için kullanıldığını bildiğimiz veya kullanıldığını öngördüğümüz fonların, gerek doğrudan doğruya ve gerekse dolaylı olarak her ne şekilde olursa olsun kendi vatandaşları tarafından veya kendi toprakları üzerinde verilmesini veya toplanmasını suç olarak kabul etmek ;

c) Terör eylemleri yapan veya yapmaya kalkışan, bunları kolaylaştıran veya bu eylemlere katılan şahısların, bu şahıslara ait veya onlar tarafından doğrudan doğruya veya dolaylı yoldan kontrol edilen grupların, bu şahısların ve grupların adına veya onların talimatı ile hareket eden şahısların ve grupların fonları ve ekonomik kaynaklarını veya finansal mallarını hemen dondurmak ; bu şahıslara ve bu şahıslarla işbirliği içinde olan şahıslara ve gruplara ait veya bunların doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kontrolü altında olan mallardan gelen fonlar da bu duruma dahildir ;

d) Tüm vatandaşlarına veya kendi toprakları üzerinde bulunan tüm şahıslara veya gruplara, doğrudan doğruya veya dolaylı yoldan terör eylemlerini yapan veya yapmaya kalkışan, bunları kolaylaştıran veya bu eylemlere katılan şahısların, bu şahıslara ait veya onlar tarafından doğrudan doğruya veya dolaylı yoldan kontrol edilen grupların hizmetine sunulan fonları, finansal malları veya ekonomik kaynakları veya finansal hizmetleri veya diğer ilgili hizmetleri sunmayı yasaklamak ;

2. Tüm devletlerin aynı zamanda aşağıdaki konularda tedbirler almalarına *karar vermektedir* :

a) Özellikle terörist gruplara eleman katılımını cezalandırarak ve teröristlerin silah teminine son vererek, passif veya aktif bir şekilde terör eylemlerine bulaşmış şahıslara veya gruplara destek sunmaktan vazgeçmek ;

b) Özellikle başka devletlerin hızlı uyarısını bilgilerin değiş dokuşuyla sağlayarak terörist eylemlerin gerçekleşmesini engellemek için istenen tedbirleri almak ;

c) Terörist eylemleri finanse eden, organize eden, destekleyen veya işleyen veya onları saklayan şahıslara sığınma hakkı vermeyi reddetmek ;

d) Terörist eylemleri finanse eden, organize eden, kolaylaştıran veya işleyen şahısların, kendi topraklarını kullanarak başka devletlere veya bu devletlerin vatandaşlarına karşı bu eylemleri gerçekleştirmelerini engellemek ;

e) Terörist eylemlerinin finansmanına, organizasyonuna, hazırlanmasına veya yerine getirilmesine katılan veya bu eylemlere destek veren şahısların yargı önüne çıkarılmasına, bu şahıslara karşı alınacak tedbirler bir yana, bu terörist eylemlerin ulusal mevzuatta ve düzenlemelerde ağır suçlar olarak kabul edilmesine ve çarptırılacak cezanın bu eylemlerin ağırlığı ile orantılı olmasına özen göstermek ;

3. Tüm devletlerden aşağıdaki hususları *talep etmektedir* :

(...)

f) İnsan hakları ile ilgili uluslararası normlar dahil olmak üzere, ulusal mevzuatların ve uluslararası hukukun ilgili hükümlerine uygun olarak, mülteci sıfatını vermeden önce iltica talebinde bulunanların, terörist eylemleri organize etmedikleri veya bu

eylemlerin işlenmesini kolaylaştırmadıkları ve bu eylemlere katılmadıkları konusunda emin olmaları için gerekli tedbirleri almak ;

(...)»

74. 16 Ocak 2002 tarihinde kabul edilen 1390 (2002) sayılı kararda Güvenlik Konseyi, uluslararası yaptırımlara maruz kalan şahıslar ve gruplar için verilen ülkeye giriş ve ülkeden geçme yasaklarının yerine getirilmesine karar vermiştir. Bu karar aynı zamanda yaptırım rejimi ile ilgili daha fazla açıklama ve şeffaflık getirmektedir çünkü Yaptırım Komitesi bu kararda, yaptırımlara konu olan şahısların listesini düzenli bir şekilde güncelleştirmeye, yaptırımların uygulanmasını kolaylaştırmak için gerekli kriterleri ve talimatları zaman kaybetmeden yayınlamaya ve kendisine göre faydalı olan bilgileri ve yaptırımlara konu olan şahısların listesini kamuoyuna sunmaya davet edilmektedir. Bu kararın bu dava ile ilgili bölümleri şu şekildedir :

Karar 1390 (2002)

« (...) *Güvenlik Konseyi* (...)»

2. Tüm devletlerin, Oussama ben Laden'e, [El-Kaide] örgüt üyelerine ve Talibanlar ile 1267 (1999) ve 1333 (2000) tarihli kararların uygulanmasıyla ve 1267 (1999) sayılı kararın 6. paragrafının uygulanmasıyla Komite (« Komite » olarak anılacaktır) tarafından oluşturulan ve güncelleştirilmesi gereken listede isimleri bulunan işbirliği içinde olan diğer şahıslara, gruplara, şirketlere ve oluşumlara, karşı aşağıdaki tedbirleri almaları gerektiğine *karar vermektedir* :

a) Bu şahısların, grupların, şirketlerin ve oluşumların fonlarını ve diğer ekonomik gelirleri ile, bunlara ait olan veya doğrudan doğruya veya dolaylı yoldan kendileri tarafından veya onların adına hareket eden veya onlardan talimat alan şahıslar tarafından kontrol edilen mallardan doğan fonları, finansal malları veya ekonomik kaynakları gecikmeksizin dondurmak ve ne bu fonların ne de diğer finansal veya ekonomik gelirlerin doğrudan doğruya veya dolaylı olarak izledikleri amaç için, kendi vatandaşları veya kendi topraklarında bulunan herkes tarafından kullanılabilir hale getirilmemesine özen göstermek ;

b) Bu şahısların kendi ülkelerine girmesini veya kendi ülkelerinden transit geçmelerini engellemek; kaldı ki bu paragrafın hiçbir hükmü bir devleti, kendi topraklarına girmeyi reddetme ve vatandaşlarının kendi topraklarından gitmesini isteme konusunda zorlamamakta ve ülkeye giriş veya ülkeden geçmenin adli bir prosedürün sona erdirilmesi ile ilgili olması veya Komite'nin sadece olaydan olaya bu ülkeye giriş veya ülkeden transit geçmenin haklı olduğuna karar vermesi durumunda bu paragraf uygulanmamaktadır ;

c) Silah, cephane, araç ve askeri malzemeler ile aşağıda sayılan malzemelerle ilgili yedek parçalar dahil olmak üzere silah ve her türlü maddenin ve askeri faaliyetlerle ilgili danışmanlığın, yardımın ve eğitimin, bu gruplara, şahıslara, şirketlere veya oluşumlara doğrudan doğruya veya dolaylı olarak kendi toprakları üzerinden veya kendi toprakları dışında bulunan kendi vatandaşları tarafından veya kendi bayraklarını

taşıyan gemiler veya kendileri tarafından numaralandırılmış uçaklar yoluyla verilmesi, satılması veya transfer edilmesinin engellenmesi ;

(...)

8. Tüm devletleri, bu kararın 2. paragrafında belirtilen tedbirlerin ihlal edilmesini engellemek ve cezalandırmak için, kendi mevzuatlarına veya düzenlemelerine göre, vatandaşlarına ve kendi topraklarında faaliyette bulunan diğer şahıslara veya gruplara karşı uygun olan hükümlerin hemen uygulanması veya bu hükümlerin idari veya yasal tedbirlerle güçlendirilmesi için gerekli tedbirleri almaya ve Komite'yi bu tedbirlerin alınması konusunda bilgilendirmeye *çağırmaktadır* ve devletleri sorunla ilgili yapılan tüm polis operasyonlardan veya soruşturma sonuçlarından Komite'yi, söz konusu soruşturma veya operasyonun zarar görme riski olmaması halinde, bilgilendirmeye *davet etmektedir* ;

(...)»

75. 30 Ocak 2004 tarihinde kabul edilen 1526 (2004) sayılı kararda Güvenlik Konseyi, tüm devletlerden Yaptırım Komitesi'nin listesine yeni isimlerin eklenmesi sırasında, ilgili şahısların veya grupların tespitini kolaylaştırmak için gerekli bilgileri vermelerini istemiştir ve bu devletleri mümkün olduğu kadar, listeye isimleri yazılmış şahısları veya grupları, haklarında alınan tedbirlerden, Komite'nin talimatlarından ve bazı yaptırımlara istisna öngören 1452 (2002) sayılı karardan haberdar etmeleri konusunda ciddi bir şekilde cesaretlendirmektedirler.

76. Yaptırımlar rejimine karşı yapılan eleştirilerin yükselmesine cevap olarak Güvenlik Konseyi, bu yaptırımların usule ilişkin güvencelerini güçlendirmek için daha fazla detaylandırılmış kararlar kabul etmiştir. Bu nedenle 1730 (2006) sayılı kararla Güvenlik Konseyi, halihazırdaki prosedürü kabul etmiştir ve Yaptırım Komitesi tarafından yapılan listelerde bulunan şahısların veya grupların isimlerinin silinmesi ile ilgili taleplerini alma ile görevli bir « odak noktasını » oluşturmuştur. Bu karara göre odak noktası, kendisine sunulan talepleri, bilgi ve muhtemel beyanda bulunmaları için, listeye kayda neden olan hükümetlere ve şahsın vatandaşı olduğu devletin ve ikamet ettiği devletin hükümetlerine göndermektedir. O zaman bu hükümetler, « odak noktasının » aracılığıyla veya aracılığı olmadan kayda neden olan hükümete danışmaktadırlar ve sonrasında ismin listeden silinmesini önerebilirler. Bu durumda listeden silinme talebi Yaptırım Komitesi'nin gündemine kaydedilmekte ve Komite kararlarını, 15 üyesinin konsensüsü ile vermektedir.

77. 1735 (2006) sayılı karar, listeye kaydedilmiş şahıslara veya gruplara tebliğ yapılması prosedürünü oluşturmuştur ve listeden silinme ile ilgili kriterleri açıklığa kavuşturmuştur :

« 14. (...) isimlerin listeden silinmesinin yerindelğini değerlendirirken Komite, i) kişinin veya grubun kimlik tespiti ile ilgili bir yanlışlıktan dolayı listeye yazılıp yazılmadığını veya ii) kişinin veya grubun, özellikle 1617 (2005) karar olmak üzere ilgili kararlardan çıkan kriterleri doldurup doldurmadığını araştırır; ii) noktasındaki değerlendirmeyi yaparken Komite, özellikle şahsın ölüp ölmediğini veya şahsın veya

grubun 1617 (2005) sayılı kararda belirtilen [El-Kaide], Usama bin Laden, Talibanlar ve listedeki şahıslar ve gruplar dahil olmak üzere bunlara destek olanlar ile işbirliğinden vazgeçtiğinin ispatlanıp ispatlanmadığını araştırabilmektedir (...) ».

78. Bu davadan sonra kabul edilen 1822 (2008) ve 1904 (2009) sayılı kararlarla prosedür, sonradan daha da güçlendirilmiştir. 17 Aralık 2009 tarihinde kabul edilen 1904 sayılı kararda Güvenlik Konseyi, Güvenlik Konseyi tarafından terörle mücadele kapsamında kabul edilen yaptırımlara konu şahısların taleplerini alma ile görevli bir Arabulucu bürosunun kurulmasına karar vermiştir. Bu karara göre, yaptırımlar listesine isimleri yazılan şahısların kendi aleyhlerine alınan tedbirlerin temelinde bulunan nedenler konusunda bilgi sahibi olma ve isimlerinin listeden silinmesi amacıyla Arabulucu'ya talepte bulunma hakları bulunmaktadır. Arabulucu her durum ile ilgili olarak bağımsız ve tarafsız bir soruşturma yapmakla ve listeden silinme lehine veya aleyhine olan nedenleri Yaptırım Komitesi'ne sunmakla görevlidir.

3. *Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969)*

79. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. maddesinin (İç hukuk ve antlaşmalara saygı) ilgili bölümleri şu şekildedir :

« Bir taraf bir andlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerini öne süremez (...) »

80. Sözleşme'nin 30. maddesi (Aynı konu hakkında birbirini takip eden antlaşmaların uygulanması) şu şekildedir :

1. Birleşmiş Milletler Şartı'nın 103. maddesinin hükümleri saklı kalmak kaydıyla, aynı konuyla ilgili olarak ardarda yapılan antlaşmaların tarafları olan devletlerin hakları ve yükümlülükleri, aşağıdaki paragraflara uygun olarak belirlenmektedir.

2. Bir antlaşma, bir önceki veya bir sonraki antlaşmanın hükümlerine tabi olduğunu veya onlarla bağdaşmaz olarak kabul edilemeyeceğini belirttiği zaman, o diğer antlaşmanın hükümleri üstündür.

3. Önceki antlaşma 59. maddeye göre sona erdirilmeden veya yürürlüğü durdurulmaksızın, daha önceki bir antlaşmanın bütün tarafları aynı zamanda sonraki antlaşmaya da taraf olduğu zaman, daha önceki antlaşma, sadece hükümlerinin sonraki antlaşmayla bağdaşması halinde uygulanır.

4. Önceki antlaşmanın taraflarının tamamının sonraki antlaşmanın tarafları olmaması durumunda :

a) Antlaşmaların her ikisine taraf olan devletler arasındaki ilişkiye uygulanan kural, üçüncü paragrafta ifade edilen kuraldır ;

b) Her iki antlaşmaya taraf olan bir devlet ile sadece antlaşmaların birine taraf olan bir devlet arasındaki ilişkilerinde, her iki devletin tarafı oldukları antlaşma, bu devletlerin karşılıklı hak ve yükümlülüklerini belirler.

5. Dördüncü paragraf hükümleri, 41. maddeye veya 60. maddeye göre bir antlaşmanın sona erdirilmesi ile veya yürürlüğünün durdurulması ile ilgili herhangi bir soruna veya bir devletin başka bir devlete karşı, başka bir antlaşma gereğince üstlendiği yükümlülüklerle bağdaşmayan bir antlaşmanın yapılması veya uygulanması sebebiyle bir devlet için doğabilecek herhangi bir sorumluluk sorununa, halel getirmez. »

4. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonu'nun çalışmaları

81. Nisan 2006 yılında yayınlanan « Uluslararası hukukun parçalanması : uluslararası hukukun çeşitlenmesinden ve yayılmasından doğan zorluklar » başlıklı, Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) çalışma grubunun raporu, Şart'ın 103. maddesi ile ilgili olarak aşağıdaki ifadeleri içermektedir :

4. Uyumlaştırma – sistemli entegrasyon

« 37. Uluslararası hukukta güçlü bir karine, normlar çatışmasına karşıdır. Antlaşmaların yorumu diplomasiye bağlıdır ama, diplomasi çatışmalardan kaçınmayı veya çatışmaları azaltmayı amaçlamaktadır; aynı durum hukuki düzenlemeler için de geçerlidir. Rousseau'nun yasaların çatışması ile ilgili olarak, halen faydalı olan en eski analizlerin birinde hakimin ödevini bakın nasıl görmektedir :

... çatışma halinde olan iki anlaşmayla karşı karşıya kalması durumunda doğal olarak, onların birbiriyle olan uyumsuzlıklarından çok, onları birbirleriyle uyumlu hale getirmeye çalışması gerekmektedir (*Charles Rousseau, « Uluslararası düzende çatışan hukuk normlarının uyumluluğu », RGDIP, vol. 39 (1932), s. 153*).

38. Geniş bir şekilde kabul edilen bu yorum ilkesi, bundan böyle değişik şekillerde formüle edilebilmektedir. Ampirik bir şekilde sunulabilir : yeni yükümlülükler yaratarak devletlerin, diğer yükümlülüklerini askıya almayacakları kabul edilmektedir. Örnek olarak Jennings ve Watts

bir karinenin varlığını kaydetmişlerdir. Bu karineye göre taraflar birbirlerine uluslararası hukukun genel olarak kabul edilen ilkeler ile üçüncü devletlere karşı daha önceki sözleşmeyle ortaya çıkan yükümlülüklerle uyumsuz olmayan birşeyler önermektedirler (çatışma aleyhine olan daha geniş karinenin –yani uyum önerisinin- kabulü için bkz., ayrıca Pauwelyn, *Conflict of Norms...*, supra, not 21, s. 240 ve 244 arası).

39. *Geçiş Hakkı (Droit de passage)* davasında Uluslararası Adalet Divanı şu beyanlarda bulunmuştur :

Bu, bir hükümetten gelen bir metnin prensip gereği varolan hukuka uyumlu olan ve aykırı olmayan etki gösterecek veya etki gösterme amacıyla olacak şekilde yorumlanmasını gerektirecek bir yorum kuralıdır (*Hint toprakları üzerinden Geçiş Hakkı Davası (Affaire du Droit de passage sur le territoire indien) (ilk itirazlar) (Portekiz/Hindistan), C.I.J., Kararlar Dergisi, Danışma görüşleri ve kararlar, 1957, s. 21*).

(...)

331. 103. madde, Şart'ın üstün olduğunu açıkça belirtmektedir ama, Şart'ta öngörülen yükümlülükler gönderme yapmaktadır. Şart'ın kendisinde öngörülen haklar ve yükümlülükler bir yana, bu hüküm Birleşmiş Milletler organlarının uygulanabilir kararlarından çıkan ödevleri göstermektedir. Devletlere Şart'ın VII. Bölümü anlamında Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etme ve uygulama yükümlülüğü yükleyen 25. madde akla gelen ilk örnektir. Her en kadar Güvenlik Konseyi kararlarının öncelikli olması 103. maddeye göre Şart'ta açıkça öngörülmemişse de, gerek uygulamada ve gerekse doktrinde bu öncelik çok geniş bir şekilde kabul edilmiştir. (...) »

5. İlgili uluslararası içtihat

82. Listelere yazılma rejimini oluşturan ve bu listelerin yasallığını kontrol etme ihtimalini meydana getiren Güvenlik Konseyi'nin kararlarına uygun olarak alınan tedbirler, uluslararası alanda Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi tarafından incelenmiştir.

a. *Yassin Abdullah Kadi ve Al Barakaat International Foundation/Konsey ve Komisyon (Avrupa Birliği Adalet Divanı)*

83. *Yassin Abdullah Kadi ve Al Barakaat International Foundation/Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Birliği Komisyonu* kararı (C-402/05 P ve C-415/05 P davalarının birleştirilmesi ; sonradan « *Kadi* » davası olarak anılacaktır), Güvenlik Konseyi'nin 1267 (1999), 1333 (2000) ve 1390 (2002) sayılı kararlarının uygulanması kapsamında kabul edilen Avrupa Birliği düzenlemeleriyle başvurularda ait malların dondurulması tedbiriyle ilgilidir. Bu kararlar, özellikle BM'ye üye olan tüm devletlere, Güvenlik Konseyi'nin Yaptırım Komitesi tarafından Oussama Ben Laden'e, El-Kaide örgütüne veya Talibanlara bağlı olduklarına karar verilen şahıslara ve gruplara ait fonların ve diğer ekonomik kaynakların doldurulması için gerekli tedbirlerin alınmasını dayatmaktadır. Bu davada başvurularda bu kategoriye girmektedirler ve dolayısıyla malları dondurulmuştur. Başvurularda göre bu tedbir, Avrupa Birliği'ni oluşturan antlaşma (« AB antlaşması ») ile korunan mallara saygı temel hakkına bir saldırı oluşturmaktadır. Başvurularda, Avrupa Birliği söz konusu düzenlemelerinin *ultra vires* şekilde kabul edildiğini savunmuşlardır.

84. 21 Eylül 2005 tarihinde, (1 Aralık 2009 tarihinde « Mahkeme'ye » dönüşen) ilk derece mahkemesi, bu şikayetleri reddetmiştir ve bu düzenlemelerin yasaya uygun olduğunu teyid etmiştir. Mahkeme esasen Şart'ın 103. maddesinin, Güvenlik Konseyi'nin kararlarının, (*jus cogens*'ten çıkan yükümlülükler dışında), AB antlaşmasından çıkan yükümlülükler dahil olmak üzere diğer uluslararası yükümlülüklerinden öncelikli hale getirme amacında olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, temel haklara saygılı

olup olmadığını belirlemek için, dolaylı da olsa Güvenlik Konseyi'nin kararlarını inceleme yetkisinin olmadığı sonucuna varmıştır.

85. Bay Kadi, (1 Aralık 2009 tarihinde « Avrupa Birliği Adalet Divanı'na » dönüşen « ABAD ») Avrupa Topluluğu Adalet Divanı önünde temyiz başvurusunda bulunmuştur. Bu başvuru, başka bir dava ile birlikte büyük daire tarafından incelenmiştir. 3 Eylül 2008 tarihinde verilen kararında ABAD, topluluk hukuk sisteminin ayrı bir iç hukuk sistemi olduğundan, bu hukuk sisteminde kabul edilen bir düzenlemenin yasallığını incelemeye yetkili olduğunu beyan etmiştir. Bu düzenlemenin Güvenlik Konseyi'nin bir kararının uygulanması amacıyla alınması önemli değildir. Adalet Divanı dolayısıyla, her ne kadar Güvenlik Konseyi'nin kararlarını inceleme yetkisi olmasa da, « topluluk hakiminin » topluluk ile ilgili işlemleri ve bu kararlara etkili hale getiren üye devletler tarafından alınan işlemleri kontrol edebildiğini ve bu durumun « [ilgili kararın] uluslararası planda önceliğini söz konusu etme anlamına gelmediğini » belirtmiştir.

86. Adalet Divanı, temel hakların topluluk hukukunun genel ilkelerinin ayrılmaz parçası olması nedeniyle, topluluk yargı organlarının prensip olarak, söz konusu düzenleme gibi Güvenlik Konseyi'nin kararlarının uygulanması amacını taşıyan işlemler dahil olmak üzere, tüm topluluk işlemleri ile ilgili olarak bu temel haklara göre tam bir yasallık kontrolünün yapılmasını sağlamaları gerektiği sonucuna varmıştır. Adalet Divanı özellikle şunları ifade etmiştir :

« (...) »

281. Bu bağlamda, Topluluğun bir hukuk topluluğu olduğunu hatırlatmak gerekmektedir çünkü, ne Topluluğa üye devletlerin ne de Topluluğun kurumlarının eylemleri temel anayasal belge olan AB antlaşmasına uygunluk kontrolünden muaf değildirler ve AB antlaşması başvuru ve usulü yolları ile ilgili Mahkeme'ye, kurumların fiillerinin yasallık denetimi yapması yetkisini veren tam bir sistem oluşturmuştur (23 Nisan 1986 tarihli karar, Yeşiller/Parlamento, 294/83, Rec. s. 1339, nokta 23).

(...)

290. Dolayısıyla, ilk derece Mahkemesi'nin kararı gibi, [Birleşmiş Milletler'den] doğan uluslararası hukuk düzeni ile topluluk hukuk düzeni arasındaki ilişkileri düzenleyen ilkelerin, temel haklara göre ilgili düzenlemenin yasallığının hukuki kontrolünün, prensip gereği kapsam dışında bırakılması anlamına gelip gelmediğinin incelenmesi gerekmektedir. Bu incelemenin, bu kontrolün Topluluğun temellerine bağlı anayasal bir güvence oluşturduğunu belirtilen bu kararın 281 ile 284 noktaları arasında hatırlatılan içtihadı rağmen yapılması gerekmektedir.

(...)

293. [Birleşmiş Milletler] kapsamında alınan taahhütlere saygı özellikle uluslararası barış ve güvenliğin korunması kapsamında, 60. madde ile 301. madde temelinde alınan topluluk işlemlerinin kabulüyle, [Birleşmiş Milletler] Şartı'nın VII. Bölümü

anlamında Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararların Topluluk tarafından uygulanması dayatılmaktadır.

294. Bu son yetki kapsamında Topluluk gerçekten de, [Birleşmiş Milletler] Şartı'nın 24. maddesine uygun olarak bu Şart'ın VII. Bölümü anlamında Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararların, bu uluslararası organ tarafından tüm dünyada barışın ve güvenliğin korunması uluslararası esas sorumluluğun yerine getirilmesi olduğuna özel bir önem atfetmektedir. Söz konusu VII. Bölüm kapsamında bu sorumluluk, uluslararası barış ve güvenlik için neyin tehdit oluşturduğunu tespit etme ve bu barış ve güvenliğin korunması ve yeniden inşası için gerekli tedbirleri alma yetkisini kapsamaktadır.

(...)

296. Her ne kadar böyle bir işlemin yapılmasından dolayı Avrupa Birliği antlaşması kapsamında Topluluk, bu işlemin gerektiği tedbirleri almaya mecbur olsa da, [Birleşmiş Milletler] Şartı'nın VII. Bölümü anlamında Güvenlik Konseyi tarafından alınan bir kararın uygulanması söz konusu olduğu zaman bu yükümlülük, Topluluğun bu tedbirlerin uygulanması sırasında ilgili Güvenlik Konseyi kararının amaçlarını ve ifadelerini ve [Birleşmiş Milletler] Şartı'ndan doğan bu uygulanma ile ilgili yükümlülükleri dikkate aldığı anlamına gelmektedir.

297. Ayrıca, Mahkeme daha önce, söz konusu düzenlemenin yorumu için, 1390 (2002) sayılı kararın metnini ve konusunu dikkate almak gerektiğine ve dördüncü paragrafına göre bu düzenlemenin uygulamaya koyma amacını taşıdığına karar vermiştir (Möllendorf ve Möllendorf-Niehuus davası, yukarıda adı geçen karar, nokta 54 ve belirtilen içtihat).

298. Ancak [Birleşmiş Milletler] Şartı'nın, Güvenlik Konseyi tarafından bu Şart'ın VII. Bölümü anlamında alınan kararların uygulanması konusunda belirli bir tercih modeli dayatmadığının belirtilmesi gerekmektedir, çünkü kararların uygulanması, BM'ye aday olan her ülkenin iç hukuk düzeni içinde uygulanan şekillerde yapılması gerekmektedir. Gerçekten de [Birleşmiş Milletler] Şartı, prensip gereği bu kararların kendi hukuk sistemlerine girmesi konusunda değişik muhtemel modeller arasında tercih yapmayı BM'ye üye devletlere bırakmaktadır.

299. Tüm bu ifadelerden, [Birleşmiş Milletler'in] oluşturduğu uluslararası hukuk sistemi ile ilgili ilkelerin, ilgili düzenlemenin temel haklara göre yasallığı ile ilgili hukuki kontrolün, [Birleşmiş Milletler] Şartı'nın VII. Bölümü anlamında Güvenlik Konseyi tarafından alınan bir kararın uygulanması söz konusu olması nedeniyle, kapsam dışında bırakılması anlamına gelmemektedir.

300. Ayrıca, [Birleşmiş Milletler] Şartı'ndan çıkan yükümlülüklerin ve özellikle bu Şartı'nın VII. Bölümü anlamında Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararların uygulanması ile ilgili yükümlülüklerin uluslararası hukuk alanındaki önceliği ilkesinin sonucu olarak, söz konusu düzenleme gibi, bir topluluk işleminin hukuki dokunulmazlığının, Avrupa Birliği antlaşmasında hiçbir temeli bulunmamaktadır.

(...) »

87. Adalet Divanı, malvarlığının dondurulmasına karşı herhangi bir başvuru yolu öngörmeyen şikayet konusu düzenlemelerin temel haklara aykırı olduğu ve iptal edilmeleri gerektiği sonucuna varmıştır.

b. Sayadi ve Vinck/Belçika davası (Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi)

88. Nabil Sayadi ve Patricia Vinck/Belçika davasında (22 Ekim 2008 tarihli İnsan Hakları Komitesi'nin 1472/2006 sayılı komünikasyon ile ilgili tespitlerinde İnsan Hakları Komitesi, taraf devletin 1267 (1999) sayılı Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararın uygulanma şeklini incelemiştir. Ocak 2003 tarihinde komünikasyonun iki tarafı olan iki Belçika vatandaşının isimleri, haklarında Eylül 2002 tarihinde hukuki bir soruşturma açan Belçika tarafından Güvenlik Konseyi'ne sunulan bilgiler temelinde 1267 (1999) sayılı karara ek listeye yazılmıştır. Defalarca bu iki şahıs, ulusal ve bölgesel makamlardan ve BM'den isimlerinin silinmesi talebinde bulunmuşlardır. Ama bu talepler başarısızlıkla sonuçlanmıştır. 2005 yılında Brüksel ilk derece mahkemesi Belçika Devleti'ne, acil bir şekilde Yaptırım Komitesi'ne başvurarak, bu şahısların isimlerinin listeden silinmesi talebinde bulunmasını istemiştir. Belçika Devleti bu talebi yerine getirmiştir.

89. İnsan Hakları Komitesi, komünikasyona taraf olan şahıslara dayatılan seyahat etme yasağının, bu şahıslar dinlenmeden önce taraf devlet tarafından bu şahısların isimlerinin Komite'ye bildirilmesinin bir sonucu olduğunu kaydetmiştir. Dolayısıyla Komite, Belçika'nın kendisi bu şahısların isimlerini Birleşmiş Milletler'in veya Avrupa Birliği'nin listesinden silmeye yetkili olmasa da, bu devletin bu şahısların bu listede olmasından ve bunun sonucu olan seyahat yasağından sorumlu olduğunu belirtmiştir. Komite, şahısların Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin 12. maddesi ile korunan seyahat özgürlüğüne yapılan müdahaleden mağdur olduğu ve adli soruşturmanın sonucu olan takipsizlik kararı ile taraf devlet tarafından sunulan ve ulusal güvenlik için herhangi bir tehlike olmadığını gösteren isimlerin silinmesi taleplerin, bu sınırlamaları haklı kılmadığı sonucuna varmıştır.

90. Komite ayrıca, internet üzerinden listeye ulaşılabilmesi, gazete makalelerinin yayınlanması, failler ile ilgili bilgilerin adli soruşturmadan önce bildirilmesi ve isimlerinin listeden çıkarılması için taraf devlet tarafından sunulan taleplere rağmen şahısların bilgilerinin halka açık olmasının ilgili kişilerin onur ve şereflerine zarar verdiğini ve Sözleşme'nin 17. maddesinin ihlali olduğunu belirtmiştir.

91. Komite'ye göre, her ne kadar taraf devletin kendisi şahısların isimlerinin listeden silinmesi konusunda yetkili değilse de, bu devletin silinmenin en kısa sürede yapılması, şahıslara tazminat verilmesi, silinme taleplerinin halka bildirilmesi ve bu tür kötüye kullanımların bir daha meydana gelmemesi için elinden gelen tüm girişimleri yapma ödevi vardır.

92. 20 Temmuz 2009 tarihinde komünikasyona taraf şahıslar, Yaptırım Komitesi'nin kararı üzerine listeden silinmişlerdir.

6. *Diğer devletlerin ilgili içtihatları*

93. Bu tedbirler aynı zamanda ulusal alanda, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi ve Kanada Federal Mahkemesi tarafından da incelenmiştir.

a. *Ahmed ve diğerleri/HM Treasury davası (Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi)*

94. Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından 27 Ocak 2010 tarihinde yargılanan *Ahmed ve diğerleri/HM Treasury* davası, 1267 (1999) ve 1373 (2001) sayılı Güvenlik Konseyi kararlarındaki yaptırım rejimi kapsamında alınan başvuru sahiplerinin malvarlıklarının dondurulması tedbiri ile ilgilidir. Yüksek Mahkeme, Güvenlik Konseyi'nin kararlarının uygulanması için bazı genelgeler kabul ederek Hükümetin, Birleşmiş Milletler ile ilgili 1946 tarihli yasanın kendisine verdiği yetkileri aştığına karar vermiştir.

95. Kararda, Yüksek Mahkeme Başkan Yardımcısı Lord Hope, şunları ifade etmiştir :

« 6. (...) Buna ek olarak, alınan zorlama tedbirlerini kabul etmek için 1946 tarihli yasaya göre Hazine'nin yetkisini kontrol etmemiz gerekmektedir. Kabul edilen genelgelerin sonuçları bu davada sert ve özgürlük karşıtıdır. Uluslararası terörizmin oluşturduğu tehdide rağmen bile, şahısların güvenliği şartsız bir amaç değildir. Bireysel özgürlüğe kontrolsüz yapılan zararlardan mümkün olduğu kadar korunmamız gerekmektedir.»

96. Başkan Yardımcısı başvuru sahiplerinin etkili bir başvuru hakkından mahrum bırakıldıklarını kabul etmiş ve bu konuda özellikle aşağıdaki ifadelerde bulunmuştur :

« 81. G'nin, maruz kaldığı rejim onu etkili bir başvuru hakkından mahrum bıraktığı için tazminat elde etme talebinin yerinde olduğunu söyledim. Bay Swift'in belirttiği gibi, genelgeye uygun olarak belirlenen şahıs olarak muamele görmesi ile ilgili karara karşı itiraz etmenin kendisi için hiçbir önemi bulunmamaktadır, çünkü ilgili şahıs 1267 Komitesi tarafından bu şekilde tespit edilmiştir. Etkili bir başvuru yolundan faydalanmak için G'nin ihtiyaç duyduğu yol, kendi isminin listeye yazılmasının hukuki kontrole tabi tutulmasıdır. Ancak 1267 Komitesi'nin halihazırdaki işleyiş şekline göre G, böyle bir ihtimale sahip değildir. Dolayısıyla bana göre, bu duruma neden olan El-Kaide ile ilgili genelgenin 3 § 1 b) maddesi, 1946 tarihli yasanın 1. maddesi ile verilen yetkiler aşılarak kabul edilmiştir. Bu davanın amacı kapsamında El-Kaide ile ilgili genelgenin bir bütün olarak *ultra vires* olup olmadığını incelemeye gerek yoktur. Ancak bu konuda, bu genelgenin 4. maddesi eğer G'ye uygulansaydı, ayrıca sansürlenmesi gerekip gerekmediğini belirtme amacımın olmadığını altını çizmek istiyorum.

82. HAY için de aynı durum geçerlidir : Bu şahsın da ismi 1267 Komitesi'nin listesinde olduğundan dolayı, kendisi « belirlenen şahıs » olarak tespit edilmiştir. Daha önce de belirtildiği gibi Birleşik Krallık şu anda bu şahsın isminin listeden çıkarılmasını istemektedir. 1 Ekim 2009 tarihli mektupla Hazine'nin yaptırım ekibi ilgilinin avukatlarını [*solicitors*], 26 Haziran 2009 tarihinde listeden silinme talebinin yapıldığı ama, Komite'nin bu talebi ilk defa incelediği zaman belirli bir sayıda

devletin bu talebe ulaşma imkanlarının olmadığını belirttikleri konusunda bilgilendirmiştir. Listedeki silinmeyi sağlamak için halihazırda başka girişimler devam etmektedir ama, şu anda bu girişimler sonuç vermemiştir. Dolayısıyla HAY, El-Kaide ile ilgili genelgenin hükümlerine maruz kalmaya devam etmektedir. Bu durum bu şahsı ayrıca, etkili başvuru yolundan mahrum bırakmaktadır. »

97. Yüksek Mahkeme, hem genel olarak terörizmle mücadele kapsamında 1373 (2001) sayılı kararın uygulanması ile yapılan genelgenin (terör ile ilgili genelge, *Terrorism Order*) hem de El-Kaide ve Talibanlar ile ilgili kararların uygulanması kapsamında alınan genelgenin (El-Kaide ile ilgili genelge, *Al-Qaida Order*) hukuka aykırı olduğuna karar vermiştir. Ancak Yüksek Mahkeme, El-Kaide ile ilgili genelgenin sadece etkili başvuru yolu öngörmeyen kısmını iptal etmiştir (bu konuda bkz. ayrıca, Lord Brown'un karşı oy yazısı).

b. Abdelrazik/Kanada davası (Kanada Federal Mahkemesi)

98. 4 Haziran 2009 tarihinde karara bağlanan *Abdelrazik/Kanada (Dışişleri Bakanlığı)* davasında Kanada Federal Mahkemesi, El-Kaide ve Talibanlara karşı Yaptırım Komitesi'nin listesine yazılma prosedürünün etkili bir başvuru hakkıyla uyumsuz olduğuna karar vermiştir. Bu davada Kanada ve Suudi Arabistan vatandaşı olan başvurucunun, Kanada'nın Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararlarıyla oluşturulan yaptırım rejimini uygulaması nedeniyle, Kanada'ya girmesi imkansız hale gelmiştir. Başvurucu bu nedenle Sudan'daki Khartoum Büyükelçiliğinde kalmak zorunda kalmış ve bu ülkede tutuklanmaktan ve işkence görmekten kaygılanmaktaydı.

99. Çoğunluk lehine oy kullanan Yargıç Zinn özellikle aşağıdaki beyanlarda bulunmuştur :

« [51] 1267 Komitesi tarafından oluşturulan rejimin temel başvuru yollarının inkarı olarak ve insan hakları ile ilgili uluslararası hukuk ilkelerine göre savunulamayacak bir tedbir olarak kabul eden kişilerin isimlerine kendi ismini ekliyorum. İsimlerin yazılması ve silinmesi prosedüründe doğal hukukun ilkelerini kabul eden ve temel usule ilişkin adaleti sağlayan hiçbir durum bulunmamaktadır. »

100. Yargıç şu şekilde devam etmiştir :

« (...) »

[54] (...) basit bir şüpheden dolayı bizim ülkenin veya bir başka ülkenin bir vatandaşının isminin 1267 Komitesi'nin listesinde bulunduğunu öğrenmek korkutucudur. »

101. El-Kaide ve Talibanlar ile ilgili kararlara dayanılarak alınan seyahat etme yasağı tedbirlerini inceledikten sonra Yargıç, başvurucunun Kanada'ya girme hakkına yapılan müdahalenin Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartı'nın hükümleri ile uyumsuz olduğu sonucuna varmıştır (§§ 62 ve dev.).

HUKUK AÇISINDAN

I. HÜKÜMETİN İLK İTİRAZLARI ÜZERİNE

A. Şikayetlerin Sözleşme ve Protokoller ile uyumluluğu üzerine

1. Tarafların iddiası

a. Savunmacı hükümet

102. Hükümet Mahkeme'yi, başvuruyu Sözleşme hükümlerine kişi bakımından yetki *ratione personae* konusunda uyumsuzluktan dolayı reddetmeye davet etmektedir. Hükümet, söz konusu tedbirlerin Güvenlik Konseyi'nin 1267 (1999) sayılı ve devamı kararlarına dayanılarak alındığını ve Birleşmiş Milletler Şartı'nın 25 ve 103. maddelerine göre alınan bu kararların, zorunlu olduğunu ve uluslararası her türlü antlaşmadan doğan yükümlülükten daha üstün olduğunu savunmaktadır. Bu bağlamda Hükümet, Uluslararası Adalet Divanı tarafından, *Lockerbie hava kazasının sonucu olan 1971 tarihli Montreal Sözleşmesi'nin uygulanması ve yorumu (Jamahiriya arabe libyenne/Birleşik Krallık)* ile ilgili dava kapsamında ihtiyati tedbirlerin alınması ile ilgili kararına gönderme yapmaktadır (ihtiyati tedbirler, 14 Nisan 1992 tarihli karar, CIJ Recueil 1992, s. 15, § 39) :

« Birleşmiş Milletler Organizasyonu'nun üyeleri olarak Birleşik Krallık ve Libya'nın, Şart'ın 25. maddesine uygun olarak Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararları kabul etme ve uygulama yükümlülüğü bulunduğunu ; davanın bu aşamasında ihtiyati tedbir talebini inceleyen Mahkeme'nin bu yükümlülüğün *prima facie* 748 (1992) sayılı kararın içeriğini de kapsadığını ve Şart'ın 103. maddesine uygun olarak bu konuda üye devletlerin yükümlülüklerinin, Montreal Sözleşmesi dahil olmak üzere, kendilerinin herhangi bir uluslararası antlaşmadan doğan yükümlülüklerinden üstün olduğunu kabul ederek ; »

Hükümet bu şartlarda, İsviçre'nin uluslararası alanda söz konusu tedbirleri uygulamaktan dolayı sorumlu olamayacağını iddia etmektedir.

103. Hükümet, BM Güvenlik Konseyi'nden gelen bu tedbirlerin Mahkeme'nin kontrolünden muaf olduğunu eklemektedir. Bu nedenle bu davaya konu olan başvurunun konu bakımından yetki *ratione materiae* yönünden reddedilmesi gerekmektedir.

b. Başvurucu

104. Başvurucu başvurusunun Sözleşme hükümleriyle kişi bakımından yetki *ratione personae* konusunda uyumlu olduğunu savunmaktadır. Güvenlik Konseyi kararlarından çıkan yükümlülüklerin doğrudan doğruya

etkisinin, dayatılan yükümlülüklerin savunmacı devlete atfedileceği konusunda önemli olmadığını, çünkü bu kısıtlamalar Hükümet tarafından Federal Anayasa'nın 190. maddesine uygun olarak ulusal alanda uygulandığını belirtmektedir. Viyana antlaşmalar hukuku ile ilgili Sözleşme'nin 27. maddesine dayanan başvuru, iç hukuku öne sürerek İsviçre'nin uluslararası yükümlülüklerinden kurtulmadığını eklemektedir (yukarıdaki paragraf 79).

105. Başvurucu ayrıca, İsviçre makamlarının Güvenlik Konseyi kararlarında öngörülen ihtimalleri, yaptırım rejiminin öngördüğünden daha sıkı bir şekilde uyguladığını ifade etmektedir. Federal Mahkeme'nin kendisi bu durumu 14 Kasım 2007 tarihli kararıyla gözlemlemiştir. Böylece ulusal makamlar, Güvenlik Konseyi'nin kararlarının uygulanmasını değil ama kendi taktir yetkilerinde olan söz konusu tedbirleri kabul etmişlerdir. Başvurucu bu konuda, kendi isminin 23 Eylül 2009 tarihinde Yaptırım Komitesi tarafından silinmesine karar verilmesinin İsviçre'de bir hafta sonra etki gösterebildiğini eklemektedir. Başvurucu bunu, Güvenlik Konseyi kararlarının otomatik olarak uygulanmadığı konusunda bir başka delil olarak görmektedir.

106. Son olarak başvuru, bu davada Birleşmiş Milletler Şartı'nın 103. maddesinde ifade edilen, Şart'ın öncelikli niteliğini tartışmanın söz konusu olmadığını – başvurucuya göre Sözleşme'nin ihlal edildiğinin tespiti devletlerin uluslararası yükümlülüklerinin geçerliliğini değiştirememektedir – ama Sözleşme hükümlerinin ihlal edilmesi için Şart'ın bahane olarak kullanılmamasına özen göstermenin söz konusu olduğunu savunmaktadır.

2. Müdahil tarafların tezleri

a. Fransız Hükümeti

107. Fransız Hükümeti, « eşit koruma » zorunluluğuna denk gelen sözleşmeye dayanan çekincenin bu davada etkili bir şekilde uygulanamayacağını çünkü İsviçre tarafından alınan kararların zorunlu olarak BM Güvenlik Konseyi'nin kararlarına dayandığını belirtmektedir. Tüm devletlerin bu kararları uygulaması gerekmektedir ve bununla birlikte devletler bu kararlara, diğer uluslararası kurallara göre öncelik tanımak zorundadırlar. Bu şartlarda Fransa, söz konusu tedbirlerin Sözleşme'nin birinci maddesi anlamında İsviçre'nin « yargı yetkisi » kapsamında olmadığını ifade etmektedir. Aksi durum « yargı yetkisi » kavramının içini boşaltmak olur.

108. Fransız Hükümeti, 30 Haziran 2005 tarihli *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi/İrlanda* ([BD], n° 45036/98, CEDH 2005-VI) kararında Mahkeme her ne kadar, kökeni Güvenlik Konseyi'nin bir kararına dayanan ve bir Avrupa Birliği düzenlemesini uygulayan ulusal bir tedbirin geçerliliğine itiraz eden bir başvurunun Sözleşme'nin birinci

maddesi ile uyumlu olduğuna karar vermiş olsa da, Mahkeme'nin aynı kararda, söz konusu ulusal tedbirin hukuki temelini Güvenlik Konseyi'nin bir kararının değil ama Avrupa Birliği'nin bir düzenlemesi olduğunun altını çizmiştir (karar § 145).

109. Fransız Hükümeti'ne göre, *Behrami ve Behrami/France* ve *Saramati/France, Almanya ve Norveç* (kabuledilebilirlik üzerine [BD], n^{os} 71412/01 ve 78166/01) kararında olduğu gibi, her ne kadar söz konusu tedbirler taraf devletlerin topraklarının dışındaki misyonların bir parçası değildir, ama bu tedbirlerin ulusal hukukta uygulanması söz konusu söz konusudur; ancak, bu kararlarda Güvenlik Konseyi'nin misyonlarının doğası ve devletler için bundan doğan yükümlülüklerin Mahkeme'yi, bu tedbirlerin BM'e atfedileceği sonucuna götürmesi gerekmektedir. Dolayısıyla başvurucunun şikayetlerinin Sözleşme ile şahıs bakımından yetki *ratione personae* kanusundaki uyumsuzluktan dolayı reddedilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla bu dava Mahkeme için, uluslararası hukuktaki normlar hiyerarşisini ve bundan kaynaklanan değişik durumları dikkate alarak *Behrami ve Behrami* (yukarıda adı geçen karar) kararından çıkan ilkeleri üye devletlerin topraklarına uygulamak için bir fırsattır.

110. Fransız Hükümeti ayrıca Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın *Kadi* kararında (yukarıda adı geçen karar, bkz., yukarıdaki paragraf 83), Güvenlik Konseyi'nin kararlarını uygulayan bir Avrupa Birliği düzenlemesinin denetimini yapmak için, Birlik antlaşmasının anayasal karakterine dayandığını söylediğini hatırlatmaktadır. Bu davada aynı tespit bulunmadığından Fransız Hükümeti, Mahkeme'nin Şart'ın 103. maddesini uygulamayı kapsam dışında bırakmayı ve İsviçre'yi sadece uygulamakla değil ama aynı zamanda diğer tüm düzenlemelerden üstün hale getirmekle yükümlü olmasından dolayı sorumlu tutulmasını düşünmekte zorlanmaktadır.

b. Birleşik Krallık Hükümeti

111. Birleşik Krallık Hükümeti, başvurucuya dayatılan ülkeye giriş ve ülkeden geçme yasağının Talibanlar ile ilgili karar kapsamında alındığını ve Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümüne dayanılarak alındığından tüm devletler için bağlayıcı olan Güvenlik Konseyi kararlarını sadece uygulayan bu karar olduğunu gözlemlemektedir (Şart'ın 25. maddesi): Şart'ın 103. maddesine göre bu kararlardan çıkan yükümlülükler diğer uluslararası taahhütlerden önceliklidir. Bu anlamda Birleşik Krallık, önceliğin Sözleşme'nin 5. ve 8. maddelerindeki haklara verilmesi durumunda, uluslararası barış ve güvenliğin güvence altına alınması amacıyla alınan yaptırım tedbirlerinin etkililiklerini kaybedecekleri görüşündedir. Hükümet, 1390 (2002) sayılı kararın 2 b) paragrafında Güvenlik Konseyi'nin, diğer uluslararası yükümlülüklerle ve özellikle insan haklarının korunması ile ilgili belgelerden doğan yükümlülüklerle çatışabilecek olan ve devletlere dayatılan belirli tedbirlerin uygulanması için « açık ve belirli bir dil »

kullandığını belirtmektedir. Yakın zamanda *Al-Jedda/Birleşik Krallık* ([BD], n° 27021/08, 7 Temmuz 2011, § 102) davasında verilen karara dayanan Hükümet, savunmacı devletin söz konusu tedbirleri uygulamak zorunda olduğunu ifade etmektedir.

c. JUSTICE

112. JUSTICE, Güvenlik Konseyi'nin 1267 (1999) sayılı kararı ile oluşturulan yaptırım rejiminin listede bulunan şahısların (« tespit edilen şahıslar ») ve onların aile mensuplarının, aile ve özel yaşama saygı hakkı, mülkiyet hakkı ve seyahat özgürlüğü dahil olmak üzere Sözleşme ile güvence altına alınan haklarının sınırlama nedeni olduğunu belirtmektedir.

113. Sözleşme ile güvence altına alınan haklara yapılan bu müdahale, tespit edilen şahısların, kendi isimlerinin listeye yazılmasına ve bunun dayandığı delillere usulüne uygun bir şekilde itiraz etmelerinin mümkün olmaması nedeniyle daha da ağırlaşmaktadır. Böylece yaptırım rejimi, tespit edilen şahısları ve kendi aile bireylerini mahkemeye ulaşma hakkından ve etkili başvuru yoluna sahip olma hakkından mahrum bırakmıştır. Dolayısıyla JUSTICE, Yaptırım Komitesi prosedürlerinin Sözleşme ile korunan temel hakların korunmasına ile denk bir koruma sunmadığı görüşündedir.

114. Bu sonuçlar, terörizm ile ilgili, terörizme karşı mücadele ve insan hakları konusunda yetkili hukukçular Komitesi'nin ve terörizm ve insan hakları ile ilgili BM özel Raportörünün raporlarında ve Kanada Federal Mahkemesi'nin (*Abdelrazik*), Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi'nin (*Ahmed*) ve Avrupa Birliği Adalet Divanı'nın (*Kadi*) kararlarında yansıtılmaktadır (bkz., diğer devletlerin ulusal içtihadı ile uluslararası içtihat, yukarıdaki paragraflar 82-92 ve 93-101).

115. JUSTICE, Mahkeme'nin Sözleşme ile korunan hakları zayıflatacak şekilde Birleşmiş Milletler Şartı'nın 103. maddesini yorumlamak zorunda olmadığı konusunda ikna olmuştur. Özellikle « uluslararası barış ve güvenliğin korunması » Güvenlik Konseyi'nin ilk görevi olduğu doğrudur, ama uluslararası hukukun ve Birleşmiş Milletler Şartı'nın ilk görevi değildir. Şart'ın başlangıç kısmında belirtildiği gibi, temel haklara saygı ilkesine daha az bir değer biçmemek gerekmektedir.

3. Mahkeme'nin değerlendirmesi

116. Taraflar ve müdahiller tarafından öne sürülen argümanlar ışığında Mahkeme, başvuru tarafından sunulan şikayeti incelemeye yetkili olup olmadığını incelemek zorundadır. Bunun için Mahkeme, başvurunun Sözleşme'nin 1. maddesinin uygulama kapsamına girip girmediğini ve dolayısıyla savunmacı devletin sorumluluğunu doğurup doğurmadığını incelemek zorundadır.

a. Kişi bakımından yetki *ratione personae*

117. Sözleşme'nin 1. maddesi şu şekildedir :

« Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, (...) Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar. »

118. Bu maddeye göre Taraf Devletlerin sorumluluğu kendi « yetki alanları » içinde bulunan herkesin Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerini « tanıma » (ingilizce « *to secure* ») ile sınırlıdır (*Al-Skeini ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], n° 55721/07, § 130, 7 Temmuz 2011, *Al-Jedda*, yukarıda adı geçen karar, § 74, *Banković ve diğerleri/Belçika ve 16 başka taraf devlet* (kabuledilebilirlik üzerine) [BD], n° 52207/99, § 66, CEDH 2001-XII ve *Soering/Birleşik Krallık*, 7 Temmuz 1989, § 86 seri A n° 161). 1. madde anlamında « yetki alanı », bir taraf devletin Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklerin ihlal edildiği iddiasının kökeninde olan eylemler ve ihmallerden sorumlu olarak kabul edilebilmesi için olmazsa olmaz (*sine qua non*) bir şarttır (*Al-Skeini ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, § 130, *Al-Jedda*, yukarıda adı geçen karar, § 74, ve *Ilaşcu ve diğerleri/Moldova ve Rusya* [BD], n° 48787/99, § 311, CEDH 2004-VII).

119. Yargı yetkisi kavramı bu ifadenin, uluslararası hukuktaki anlayışı yansıtmaktadır (*Assanidzé/Gürcistan*, n° 71503/01, § 137, CEDH 2004-II, *Gentilhomme ve diğerleri/Fransa*, n°s 48205/99, 48207/99 ve 48209/99, § 20, 14 Mayıs 2002 ve *Banković ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, §§ 59-61) çünkü bir devletin yargı yetkisi özellikle topraklarıyla sınırlıdır (*Al-Skeini ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, § 131 ve *Banković ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, § 59) ve bu yargı yetkisi devletin tüm toprakları üzerinde uygulanıyor kabul edilmektedir (*Ilaşcu ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, § 312).

120. Yukarıda belirtilen *Behrami ve Behrami* kararını öne süren müdahil Fransız Hükümeti, Güvenlik Konseyi'nin Şart'ın VII. Bölümüne dayanılarak alınan kararlarını uygulayan tedbirlerin BM'e taraf devletler tarafından alınan tedbirleri BM'e atfedilebileceğini ve dolayısıyla Mahkeme'nin kişi bakımından yetki konusunda *ratione personae* yetkisiz olduğunu savunmaktadır. Mahkeme bu argümana katılmamaktadır. Mahkeme *Behrami ve Behrami* davasında, yetkileri Güvenlik Konseyi tarafından Şart'ın VII. Bölümüne dayanılarak verilen KFOR'un ve Şart'ın aynı Bölümüne dayanılarak oluşturulan BM'nin yan organı olan MINUK'un eylemlerinin veya ihmallerinin, evrensel anlamda toplu güvenlik amacını yerine getiren organizasyon olarak BM'e atfedileceği sonucuna vardığını hatırlatmaktadır (§ 151). Buna karşın bu dava ile ilgili olarak, 1267 (1999), 1333 (2000), 1373 (2001) ve 1390 (2002) sayılı kararlar olmak üzere, Güvenlik Konseyi tarafından alınan ilgili kararların devletleri, kendi adlarına hareket etmeyi ve bu kararları ulusal planda uygulamayı yüklemektedir.

121. Bu davada Güvenlik Konseyi kararları tarafından dayatılan yükümlülükler ulusal planda, Konsey Federal'in bir kararı tarafından uygulanmıştır ve başvurucunun İsviçre topraklarına girme konusunda istisna tanınması yönündeki talepleri, İsviçre makamları (IMES, sonra da ODM) tarafından reddedilmiştir. Dolayısıyla BM Güvenlik Konseyi'nin bir kararının ulusal eylemlerle uygulanması ile karşı karşıyayız (bkz., *mutatis mutandis*, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*, yukarıda adı geçen karar, § 137 ve *a contrario*, *Behrami ve Behrami*, yukarıda adı geçen karar, § 151). Böylece iddia edilen Sözleşme ihlalleri İsviçre'ye atfedilebilir.

122. Bu durumdan, alınan söz konusu tedbirlerin Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında İsviçre Devleti'nin « yargı yetkisine » girdiği sonucu çıkmaktadır. Dolayısıyla söz konusu eylemler veya ihmaller, Sözleşmeye göre savunmacı devletin sorumluluğunu doğurmaktadır. Ayrıca Mahkeme bu davayı incelemek için kişi bakımından *ratione personae* yetkilidir.

123. Dolayısıyla Mahkeme kişi bakımından yetki *ratione personae* ile ilgili şikayeti reddetmektedir.

b. Konu bakımından yetki *ratione materiae*

124. Savunmacı Hükümet ayrıca, bu başvurunun Sözleşme ile konu bakımından yetki *ratione materiae* konusunda uyumsuz olduğunu savunmaktadır. Bu konuda Hükümet, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi'nin Şart'ın VII. Bölümüne göre alınan kararlarının bağlayıcı niteliği ve 103.maddeye göre Şart'ın bir uluslararası antlaşmaya göre önceliği üzerinde durmaktadır.

125. Mahkeme bu argümanların Sözleşme'ye uyumluluktan çok, şikayetlerin esasına ilişkin olduğu kanaatindedir. Dolayısıyla, Savunmacı Hükümetin Sözleşme ile konu bakımından yetki *ratione materiae* konusundaki şikayetini esasa bağlamak gerekmektedir.

B. Mağdur sıfatı üzerine

1. Tarafların tezleri

126. Savunmacı Hükümet, 23 Eylül 2009 tarihinde başvurucunun isminin söz konusu yaptırımları öngören Güvenlik Konseyi kararlarına ekli listeden silindiğini ve bunun sonucu olarak 29 Eylül 2009 tarihinde Talibanlar ile ilgili genelgenin değiştiğini ve bu değişikliğin 2 Ekim 2009 tarihinde etki göstermeye başladığını hatırlatmaktadır. Böylece başvurucu ile ilgili söz konusu tedbirler tamamen ortadan kaldırılmıştır. Dolayısıyla Hükümet, uyuşmazlığın Sözleşme'nin 37 § 1 b) fıkrası anlamında çözümlendiğini ve Mahkeme'den halihazır başvurunun, Sözleşme'nin bu hükmü uygulanarak kayıttan silinmesini talep etmektedir.

127. Başvurucu bu teze karşı çıkmaktadır. Başvurucu, isminin Yaptırım Komitesi'nin listesinden silinmesi ile ilgili durumun değişmesinin, bunun sonucu olarak Talibanlar ile ilgili genelgenin değişmesinin ve Ekim 2009 başında kendisi ile ilgili yaptırımların kaldırılmasının haklarına yapılan müdahaleler ile ilgili olarak onun mağdur sıfatını ortadan kaldırmadığını belirtmektedir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

128. Mahkeme'nin yerleşik içtihatlarına göre, Sözleşme'nin 34. maddesi « mağduru », ilgili eylem veya ihmalden doğrudan doğruya etkilenen şahıslar olarak belirlemektedir. Sözleşme'nin sorumluluklarının yerine getirilmemesinin varlığı, zarar yokluğunda bile kabul edilmektedir. Zarar sadece 41. madde anlamında bir rol oynamaktadır. Dolayısıyla başvurunun lehine olan bir karar veya tedbir, prensip gereği onun mağdur sıfatının ortadan kaldırılması için yeterli değildir. Mağdur sıfatının kabulü için aynı zamanda, ulusal makamların açıkça veya zımni bir şekilde Sözleşme'nin ihlal edildiğini kabul etmeleri ve sonrasında bu ihlali gidermeleri gerekmektedir (bkz., birçok karar arasından, *Gäfgen/Almanya* [BD], n° 22978/05, § 115, 1 Haziran 2010, *Association Ekin/Fransa* (kabuledilebilirlik üzerine), n° 39288/98, 18 Ocak 2000, *Brumărescu/Romanya* [BD], n° 28342/95, § 50, CEDH 1999-VII, *Amuur/Fransa*, 25 Haziran 1996, § 36, *Kararler Dergisi* 1996-III ve *Eckle/Almanya*, 15 Temmuz 1982, § 66, seri A n° 51).

129. Bu davada Mahkeme, başvurunun aleyhine verilen yaptırımların kaldırıldığını ve artık Campione d'Italia sınırını aşp İsviçre'ye gidebileceğini ve bu ülkeden transit geçebileceğini gözlemlemektedir. Ancak Eylül-Ekim 2009 tarihinde alınan bu tedbir, başvurunun isminin Kasım 2001 tarihinde Yaptırım Komitesi'nin listesine ve Talibanlarla ilgili genelgeye ek belgeye yazılmasından dolayı maruz kaldığı sınırlamalardan mağdur olma vasfını ortadan kaldırmamaktadır. Kaldı ki 27 Kasım 2003 tarihinden itibaren başvuru, sınırdan geçemeyeceği konusunda bilgilendirilmiştir (yukarıdaki paragraf 26). Gerçekten de, yukarıdaki içtihatlar anlamında yaptırımların kaldırılması, Hükümet tarafından Sözleşme'nin ihlal edildiğinin zımni de olsa kabulü olarak mümkün değildir. Bununla birlikte bu tanıma, yukarıda belirtilen Mahkeme içtihatları anlamında telafi edilmemiştir.

130. Bu nedenle başvuru en azından yaklaşık olarak altı yıl boyunca iddia edilen Sözleşme ihlallerinden mağdur olduğunu iddia edebilmektedir. Dolayısıyla mağdur sıfatının yokluğu ile ilgili Hükümet itirazının reddedilmesi gerekmektedir.

C. İç hukuk yollarının tüketilmesi üzerine

1. Tarafların tezi

a. Hükümet

131. Savunmacı Hükümet, Güvenlik Konseyi'nin yaptırımlar rejimi kapsamında ülkeye giriş ve ülkeden transit geçme yasağına istisnalar tanınmasının, bir hukuki prosedür tarafından veya Yaptırım Komitesi'nin onayı ile özellikle tıbbi, insani veya dini nedenlerle gerekli hale gelmesi durumunda mümkün olabileceğinin altını çizmektedir (1390 (2002) sayılı Güvenlik Konseyi kararı, paragraf 2, bent b); Hükümet, bu hükümleri dikkate almak için Talibanlar ile ilgili genelgenin 4a maddesinin 2. bendinin, Göçmenler Federal Bürosu'nun (ODM), Güvenlik Konseyi'nin kararlarına uygun olarak veya İsviçre'nin çıkarları için bu istisnaları tanıyabileceğini öngördüğünü belirtmektedir.

132. Hükümet, Büro tarafından verilen değişik kararların herhangi bir itiraza konu olmadığını ve bu organ önüne getirilen prosedürün sadece başvurunun isminin ve bağlantılı olduğu organizasyonların Talibanlar ile ilgili genelgeye ek 2 belgesinden silinmesi sorunu ile ilgili olduğunu savunmaktadır.

133. Hükümet, gerek Federal Mahkeme kararından önce ve sonra başvurunun İsviçre göçmenlik, uyum ve göç Federal Bürosu (IMES) veya ODM (2005 yılında kurulmuş ve bu büro eski IMES'i kapsamaktadır) tarafından yaptırım rejimine istisna tanınması ile ilgili verilen kararlara itiraz etmediğini belirtmektedir. Bununla birlikte bu makamlar, (20 Eylül 2006 ve 11 Eylül 2008 tarihli kararlarla) başvurucuya talep ettiği istisnaları vermiştir. Başvurucunun yaşı ve yapacağı yolculuğun uzunluğu dikkate alındığında bu istisnaların, öngörülen seyahatleri yapmasına imkan verecek kadar yeterli süreyi kapsamadığı yönündeki başvurunun savunması ile ilgili olarak Hükümet, aşağıdaki hususları belirtmektedir : bir günlük istisna bir hukuk prosedürü kapsamında Milan'a seyahat için verilmiştir ve Milan şehir merkezi, Campione d'Italia'dan arabayla sadece bir saat uzaklıktadır ; iki günlük verilen ikinci istisna Bern'e ve Sion'a seyahat için verilmiştir ve bu şehirlerin herbiri, Campione'den yaklaşık olarak üç buçuk saat uzaklıktadır.

134. Son olarak Hükümet, başvurunun geçici olarak her zaman kendi ikametgahını, vatandaşı olduğu İtalya'nın başka bir yerine taşınmasını talep edebileceğini ; ve bu talebin ilgili İsviçre makamları (IMES, sonra ODM) tarafından Yaptırım Komitesi'ne sunulması gerektiğini savunmaktadır. Yaptırımlar genel bir şekilde düzenlendiğinden Hükümet, Yaptırım Komitesi'nin büyük bir ihtimalle başvurunun taşınma talebini kabul edeceği kanaatindedir.

135. Bu nedenlerle Hükümet başvurunun iç hukuk yollarını tüketmediği kanaatindedir.

b. Başvurucu

136. ODM'in üç reddi kararı ile ilgili olarak (26 Mart 2004, 11 Mart 2007 ve 2 Ağustos 2007) başvuru, ilgili içtihat yokluğundan dolayı, İsviçre makamlarının dayatılan yaptırımlara istisna tanınması ile ilgili taktir yetkisine sahip olup olmadığı sorusunun açıkça çözümlenmediğini ve Federal Mahkeme'nin bu konuya hiçbir cevap getirmediğini savunmaktadır. Başvurucu ayrıca, ne ODM'nin ne de herhangi bir makamın bu soruya açık bir cevap vermek için herhangi bir girişimde bulunmadığını iddia etmektedir. Dolayısıyla başvuru, Mahkeme içtihatları anlamında bu davada etkili başvurudan bahsedemeyeceğimiz kanaatindedir.

137. Hükümet tarafından öne sürülen, başvurunun ODM'nin kendisine tanıdığı istisnaları (20 Eylül 2006 ve 11 Eylül 2008 tarihlerinde) kullanamadığı yönündeki eleştirisine cevap olarak başvuru, bu istisnaların kendisinin maruz kaldığı tedbirleri kısmen ve belirli durumlar için kaldırdığının altını çizmektedir. Başvurucu, yaşının ve yapacağı seyahatin süresi dikkate alındığında kendisine bir gün ve iki gün süreyle tanınan istisnaların yeterli olmaktan uzak olduğu kanaatindedir.

138. Genel yaptırım rejimi ile ilgili olarak başvuru, iç hukuk yollarını tükettiğini çünkü, Talibanlar ile ilgili genelge tarafından kendisine dayatılan sınırlamalar ile ilgili sorundan dolayı Federal Mahkeme'ye başvurduğunu savunmaktadır. Aynı sınırlamalar ile ilgili olarak halihazırda Mahkeme önünde şikayet etmektedir.

139. Başvurucu bununla birlikte, Hükümetin İtalya'nın başka bir yerine taşınmasına izin verilmesi talebinde bulunmasının isminin listeden silinmesinden daha fazla sonuç verme şansı olduğu yönündeki savunmasının tamamen spekülatif olduğunu belirtmektedir. Buna ek olarak başvuru, yaptırım rejimi tarafından dayatılan malvarlığının dondurulmasından ve bu durumun Federal Mahkeme tarafından düşünülmediğinden dolayı bu tercihin, söz konusu uyuşmazlıkların bir sadece kısmını telafi etmeye imkan verdiğinin altını çizmektedir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

140. Mahkeme Sözleşme'nin 35. maddesinin sadece ulaşılabilir, yeterli ve söz konusu ihlaller ile ilgili yolları tüketmeyi zorunlu kıldığını hatırlatmaktadır (*Tsomsos ve diğerleri/Yunanistan*, 15 Kasım 1996, § 32, *Kararlar Dergisi* 1996-V).

141. Bir başvuru yolunun olayların olduğu dönemde hem teoride hem de pratikte etkili ve ulaşılabilir olduğunu, yani bu yolun ulaşılabilir, başvurunun şikayetlerini telafi etmeye imkan verebilmesini ve mantıklı olarak kazanma şansının olduğunu ispatlamak, iç hukuk yollarının

tüketilmediği itirazını yapan hükümete aittir (*V./Birleşik Krallık* [BD], n° 24888/94, § 57, CEDH 1999-IX).

142. Ayrıca görünüşte etkili ve yeterli bir hukuk yoluna başvuran bir başvurucu, ulaşılabilir olan ama kazanma şansı az olan başka yollara başvurmamasından dolayı eleştirilemez (bkz., örnek olarak, *Aquilina/Malta* [BD], n° 25642/94, § 39, CEDH 1999-III, ve *Manoussakis ve diğerleri/Yunanistan*, 26 Eylül 1996, § 33, *Kararlar Dergisi* 1996-IV).

143. Bu davada Mahkeme, başvurunun IMES ve ODM tarafından yaptırım rejimine istista tanınması taleplerinin reddedilmesine ilişkin kararlara itiraz etmemiştir ve iki defa kendisine istisna tanınmıştır ama başvurucu bunları kullanmayı kabul etmemiştir (yukarıdaki paragraflar 34 ve 57).

144. Ancak bu istisnaların, yaptırımların bazı etkilerini azaltmaya imkan verdiği kabul edilse bile – yani tıbbi veya hukuki nedenlerle Campione d'Italia yerleşim yerinden ayrılma– Mahkeme istisnalar sorununun, Güvenlik Konseyi kararına dayanan Talibanlar ile ilgili genelgeye ekli listeye başvurunun isminin İsviçre makamları tarafından yazılmasının kökeninde bulunan durum olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda başvurunun, defalarca isminin Talibanlar ile ilgili genelgeye ekli listeden silinmesi talebinde bulunduğunu gözlemlemek gerekmektedir. SECO ve Ekonomi Federal Dairesi bu talepleri reddetmiştir (yukarıdaki paragraflar 30-32). Başvurunun Daire kararına karşı başvurduğu Federal Konseyi, davayı Federal Mahkeme'ye göndermiştir. 14 Kasım 2007 tarihli kararıyla Federal Mahkeme başvurunun başvurusunu, Sözleşme ihlalleri ile ilgili şikayetlerin esasını incelemeyi reddetmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, yaptırım rejiminin tamamı ile ilgili iç hukuk yollarını tükettiğini ve bu rejimin başvurunun aleyhine uygulanmasının kökeninin, başvurunun isminin Talibanlar ile ilgili genelgeye ekli listede olmasından kaynaklandığını belirtmektedir.

145. Bu şartlarda Mahkeme bu aşamada, başvurunun 1970 yılından beri ikamet ettiği Campione d'Italia'dan taşınabileceği yönündeki argümanına cevap verme gereği olmadığını belirtmektedir. Ancak bu sorun, söz konusu tedbirlerin orantılılığı kapsamında bir rol oynayacaktır (yukarıdaki paragraf 190).

146. 8. Madde altında başvurunun isminin Talibanlar ile ilgili genelgeye ekli listeye yazılmasının kendi onur ve şerefine zarar verdiği ile ilgili şikayet konusunda Mahkeme, bu şikayetin en azından zımnî olarak ulusal organlar önünde öne sürüldüğünü kabul etmektedir. Gerçekten de başvuru, isminin Yaptırım Komitesi'nin listesine yazılmasının kamuya açık bir şekilde kendisinin Oussama Ben Laden, El-Kaide örgütü ve Talibanlar ile ilişki içinde olmaktan dolayı suçlandığı anlamına gelmektedir. Halbuki böyle bir ilişki söz konusu değildir (bkz., yukarıdaki paragraflar 33 ve 38).

147. Sonuç olarak Mahkeme, 5 ve 8. maddeler ile ilgili şikayetler konusunda Hükümet tarafından öne sürülen iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki ilk itirazı reddetmektedir.

148. 13. madde ile ilgili olarak Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki ilk itirazın şikayetin esasına sıkı bir şekilde bağlı olduğu kanaatindedir. Bu nedenle Mahkeme bu şikayeti esasa bağlamaktadır.

II. SÖZLEŞME’NİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI ÜZERİNE

149. Başvurucu İsviçre’ye girmesinin ve bu ülkeden transit geçmesinin yasaklanmasının mesleki yaşamı dahil olmak üzere, özel yaşam ve aile yaşamı hakkına zarar verdiğini belirtmektedir. Başvurucu bu yasağın İtalya’da veya İsviçre’de doktorlarını görmeyi ve yakınlarını ziyaret etmeyi engellediğini iddia etmektedir. Başvurucu ayrıca Talibanlar ile ilgili genelgeye isminin yazılmasının kendi onuruna ve şerefine zarar verdiğini savunmaktadır. Başvurucu şikayetlerine dayanak olarak Sözleşme’nin 8. maddesini öne sürmektedir. Bu hüküm şu şekildedir :

« 1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir. »

A. Kabul edilebilirlik üzerine

150. Mahkeme öncelikle bu davada 8. maddenin uygulanıp uygulanmadığını incelemesi gerektiği kanaatindedir.

151. Mahkeme « özel yaşam » kavramının geniş olduğunu ve kesin bir şekilde tanımlanamayacağını hatırlatmaktadır (bkz., örnek olarak *Glor/İsviçre*, n° 13444/04, § 52, 30 Nisan 2009, *Tysiç/Polonya*, n° 5410/03, § 107, CEDH 2007-I, *Hadri-Vionnet/İsviçre*, n° 55525/00, § 51, 14 Şubat 2008, *Pretty/Birleşik Krallık*, n° 2346/02, § 61, CEDH 2002-III, ve *S. ve Marper/Birleşik Krallık* [BD], nos 30562/04 ve 30566/04, § 66, CEDH 2008). Mahkeme sağlığın ve vücut bütünlüğünün özel yaşam kapsamına girdiğini kabul etmiştir (*Glor*, yukarıda adı geçen karar, § 54, ve *X ve Y/Hollanda*, 26 Mart 1985, § 22, seri A n° 91 ; bkz., ayrıca *Costello-Roberts/Birleşik Krallık*, 25 Mart 1993, § 36, seri A n° 247-C). Özel yaşam hakkı ayrıca bireysel gelişim hakkını ve diğer insanlarla ve genel olarak dış

dünya ile iletişim kurma hakkını da kapsamaktadır (bkz., örnek olarak, *S. ve Marper*, yukarıda adı geçen karar, § 66).

152. Bununla birlikte 8. maddenin aynı zamanda « aile yaşamına » saygı hakkını da koruduğunu hatırlatmak gerekmektedir. Bu durumdan, devletin ilgili şahıslara normal bir aile yaşamını sürdürebilmelerine imkan sağlamak için hareket etmeleri gerektiği sonucu çıkmaktadır (*Marckx/Belçika*, 13 Haziran 1979, § 31, seri A n° 31). Mahkeme bir aile yaşamının varlığını olaydan olaya belirlemektedir ve bunun için her davanın olaylarına dayanmaktadır. Bu konudaki ilgili kriter, şahıslar arasındaki etkili bağın olmasıdır (*ibidem.*, *K. ve T./Finlandiya* [BD], n° 25702/94, § 150, CEDH 2001-VII, ve *Şerife Yiğit/Türkiye* [BD], n° 3976/05, § 93, 2 Kasım 2010).

153. Mahkeme ayrıca, 8. maddenin konut hakkına saygıyı da koruduğunu hatırlatmaktadır (bkz., örnek olarak, *Gillow/Birleşik Krallık*, 24 Kasım 1986, § 46, seri A n° 109).

154. Bu içtihatlar ışığında Mahkeme, başvurunun 8. madde altında başvuru tarafından öne sürülen şikayetlerin, gerçekten de bu hüküm kapsamına girdiği kanaatindedir. Mahkeme başvurucuya dayatılan İsviçre'ye girme yasağının kendisinin, İtalya'daki veya İsviçre'deki doktorlarını görmesini veya yakınlarını ziyaret etmesini engellediğini veya bunları en azından zorlaştırdığını gözardı etmemektedir. Dolayısıyla 8. madde, gerek « özel yaşam » boyutu ve gerekse « aile yaşamı » boyutuyla bu davada uygulanmaktadır.

155. Ayrıca Sözleşme'nin 35 § 3 anlamında bu şikayet temelden yoksun değildir ve herhangi bir kabuledilmezlik kriterine aykırı değildir. Dolayısıyla bu şikayetin kabuledilebilir olduğuna karar vermek gerekmektedir.

B. Esasa ilişkin

1. Tarafların tezleri

a. Başvurucu

156. Başvurucu seyahat özgürlüğüne getirilen sınırlamaların, yaptırım rejiminin uygulanmasından dolayı serbest seyahat edemediği dönemde ailevi faaliyetlerine katılmasını (örnek olarak cenazeler veya evlilikler) engellediğini iddia etmektedir. Dolayısıyla başvuru kendisini, özel yaşam ve aile yaşama saygı hakkının ihlal edilmesinden dolayı mağdur olarak kabul etmektedir. Bu bağlamda başvuru, savunmacı devlet topraklarında yaşamayan İtalyan vatandaşı sıfatının kendisini bu devlet tarafından ihlal edilen haklarından dolayı şikayet etmeyi engellemediğini savunmaktadır. Kaldı ki Campione d'Italia yerleşim yeri İsviçre toprakları çevrili özel bir durumu bulunmaktadır. Başvurucu Campione d'Italia'nın özellikle

ekonomik yönden kendisini tamamen çevreleyen Tessin Bölgesine bağlı olması dikkate alındığında, İsviçre makamlarının kendisine bir İsviçre vatandaşı gibi muamele göstermeleri gerektiğini düşünmektedir. Ayrıca başvuru, Hükümetin iddia ettiğinin aksine İtalya'da başka bir yerde yaşama ihtimalinin olmadığını ifade etmektedir.

157. Başvuru bununla birlikte, isminin Talibanlar ile ilgili genelgeye ekli listeye yazılmasının kendi onur ve şerefine zarar verdiğini çünkü bu liste terörizme finansal yardım eden kişileri saymaktadır. Buna dayanak olarak başvuru *Sayadi ve Vinck/Belçika* (yukarıda adı geçen karar, yukarıdaki paragraflar 88-92) davasından bahsetmektedir ve bu davada İnsan Hakları Komitesi iletişimasyonun başvuruçularının isimlerinin Yaptırım Komitesi'nin listesine yazılmasının, bu şahısların onurlarına zarar verdiğini belirtmiştir.

158. Başvuruçuya göre, kendi aleyhine olan iddialara karşı itiraz etme imkanı olmamasıyla bu şartlar ağırlaştırılmıştır.

159. Dolayısıyla birçok başlık altında 8. madde ihlal edilmiştir.

b. Hükümet

160. Hükümet başvuruçunun torunları dahil olmak üzere istediği tüm ziyaretçilerini Campione d'Italia'da ağırlayabileceğini hatırlatmaktadır. Başvuru, kendi ailesi ve arkadaşlarının Campione d'Italia'ya gelmelerinin imkansız veya özellikle zor olduğunu iddia etmemektedir ve başvuruçunun bu yerleşim yerinde hiçbir sınırlama olmadan ailevi ve sosyal hayatını sürdürmesi mümkündür. Bir yakınının evliliği gibi istisnai durumlarda başvuru uygulanan rejime bir istisna tanınması talebinde bulunabilirdi. Bununla birlikte, iç hukuk yollarının tüketilmesi ile ilgili bölümde belirtildiği gibi başvuru, İtalya topraklarının bir başka bölümüne taşınabilirdi. Son olarak, Sözleşme bir ülkeye girişi engellenen yabancı bir ülke vatandaşının, ikamet ettiği ama çıkamadığı bir yerleşim yerinden bir başka devlete gitmek amacıyla bu yabancı ülkeye gitme hakkını korumamaktadır. Bu nedenlerle Hükümet, itiraz edilen tedbirlerin 8. madde ile güvence altına alınan haklara bir müdahale oluşturmadığı görüşündedir.

161. İtiraz edilen tedbirlere neden olan faktörleri öğrenmesinin imkansız olduğu ve bunları bir mahkeme önünde çürütme imkanının olmaması yönündeki başvuruçunun iddiası ile ilgili olarak Hükümet, yukarıda itiraz edilen tedbirlerin 8. madde ile güvence altına haklara zarar vermediğini gösterdiğini söylemektedir. Dolayısıyla Hükümet, bu hükmün prosedüral kısmının bu davada uygulanmadığı kanaatindedir.

162. Bu nedenlerle Hükümet, dayatılan tedbirlerin başvuruçunun 8. madde ile korunan haklarına müdahale oluşturmadığı görüşündedir. Mahkeme'nin farklı bir sonuca varması durumunda Hükümet, söz konusu tedbirlerin her halükarda 8 § 2 madde anlamında demokratik toplumda gerekli olduğunu savunmaktadır.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a. Müdahalenin varlığı üzerine

163. Mahkeme öncelikle, İsviçre'ye girme ve bu ülkeden geçme yasağından dolayı özel yaşam hakkı ile aile yaşamı hakkına bir müdahaleye maruz kaldığı yönündeki iddiasını inceleyecektir.

164. Mahkeme, uluslararası hukukun yerleşmiş bir içtihadına göre devletlerin antlaşmalardan doğan taahhütlere aykırı olmamak şartıyla, yabancıların kendi topraklarına girmeleri bir kontrol etme hakları olduğunu hatırlatmaktadır. Başka bir deyişle Sözleşme başlı başına bir şahsın vatandaşı olmadığı bir ülkenin topraklarına girme hakkını güvence altına almamaktadır (bkz., birçok karar arasından, *Maslov/Avusturya* [BD], n° 1638/03, § 68, CEDH 2008, *Üner/Hollanda* [BD], n° 46410/99, § 54, CEDH 2006-XII, *Boujlifa/Fransa*, 21 Ekim 1997, § 42, *Kararlar Dergisi* 1997-VI, ve *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık*, 28 Mayıs 1985, § 67, seri A n° 94).

165. Bu davada Mahkeme, Federal Mahkeme'nin söz konusu tedbirin başvuruçunun özgürlüğünün önemli bir şekilde sınırlanması olduğunu kabul ettiğini (yukarıdaki paragraf 52) gözlemlemektedir. Gerekçe olarak başvuruçunun, Campione d'Italia yerleşim yerinin İsviçre'nin Tessin Kantonu ile tamamen çevrili olmasından dolayı özel bir durumda bulunduğu belirtilmiştir. Mahkeme bu görüşe katılmaktadır. Mahkeme başvuruçuya en azından altı yıl süreyle uygulanan Campione d'Italia topraklarından sınırlı bir şekilde ayrılma yasağının, başvuruçunun bu yerleşim yerinin dışında yaşayan başka şahıslar ile –özellikle yakınları ile– ilişkiye girme hakkının yerine getirilmesini imkansız hale getirdiğini belirtmektedir (bkz., *mutatis mutandis*, *Agraw/İsviçre*, n° 3295/06, § 51, ve *Mengesha Kimfe/İsviçre*, n° 24404/05, §§ 69-72 kararları, bu iki kararın tarihi 29 Temmuz 2010).

166. Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, başvuruçunun 8 § 1 madde anlamında özel ve aile yaşamına saygı hakkına bir müdahale yapıldığını ifade etmektedir.

b. Müdahalenin haklılığı

167. Yukarıda tespit edilen başvuruçunun özel ve aile yaşamına saygı hakkına yapılan müdahale, bu hükmün 2. paragrafındaki zorunlulukları yerine getirmemesi durumunda 8. maddenin ihlaline neden olabilmektedir. Dolayısıyla müdahalenin « yasa ile öngörülüp öngörülmediğini », bu paragrafta belirtilen bir veya birden fazla meşru amaca yönelik olup olmadığını ve « demokratik toplumda gerekli » olup olmadığını belirlemek kaldı. Mahkeme sonraki incelemesini yönlendiren bazı ilkeleri hatırlatmanın faydalı olduğunu düşünmektedir.

i. Genel ilkeler

168. Yerleşik bir içtihadı göre Taraf Devletler, Sözleşme'nin 1. maddesi anlamında kendi organlarının, ulusal hukuktan veya uluslararası hukuki yükümlülüklerden doğan tüm eylemlerinden ve ihmallerinden sorumludurlar. 1. madde bu konuda değişik normlar veya tedbirler arasında hiçbir ayırım yapmamaktadır ve Taraf Devletlerin yargı yetkisinin hiçbir parçasını Sözleşme'den muaf kılmamaktadır (*Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*, yukarıda adı geçen karar, § 153 ve *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve diğerleri/Türkiye*, 30 janvier 1998, § 29, *Kararlar Dergisi* 1998-I). Devlet tarafından Sözleşme'nin yürürlüğe girmesinden sonra imzalanan sözleşme ile ilgili yükümlülükler, Sözleşme anlamında bu devlet aleyhine sorumluluk doğurabilmektedir (*Al-Saadoon ve Mufdhi/Birleşik Krallık*, n° 61498/08, § 128, CEDH 2010 (bölümler) ve *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*, yukarıda adı geçen karar, § 154, belirtilen referanslar ile birlikte).

169. Ayrıca Mahkeme, Sözleşme'nin izole bir şekilde değil ama uluslararası hukukun genel ilkeleri ile uyumlu bir şekilde yorumlanması gerektiğini hatırlatmaktadır. 1969 tarihli antlaşmalar hukuku ile ilgili Viyana Sözleşmesi'nin 31 § 3 c) maddesine göre bir antlaşmanın, « taraflar arasındaki ilişkilere uygulanan uluslararası hukukun ilgili tüm kuralları », özellikle de uluslararası insan haklarının korunması ile ilgili kurallar dikkate alınarak yorumlanması gerekmektedir (bkz., örnek olarak, *Neulinger ve Shuruk/İsviçre* [BD], n° 41615/07, § 131, CEDH 2010, *Al-Adsani/Birleşik Krallık* [BD], n° 35763/97, § 55, CEDH 2001-XI ve *Golder/Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1975, § 29, seri A n° 18).

170. Yeni uluslararası yükümlülükleri kabul ederek devletler, daha önce kabul ettikleri yükümlülüklerden muaf hale gelmemektedirler. Görünüş itibarıyla aynı anda uygulanan birçok belgenin bulunması durumunda uluslararası içtihat ve doktrin, onların etkilerini koordine edip yorumlamaya çaba göstererek bu belgeler birbirleriyle çelişkili olmasından kaçınılmaktadırlar. Bu durumdan, farklı iki yükümlülüğün mümkün olduğu kadar yürürlükteki hukuka uygun olan etkiler doğuracak şekilde uyumlu hale getirilmesi gerekmektedir (bkz., bu yönde, yukarıda adı geçen kararlar *Al-Saadoon ve Mufdhi*, § 126 ve *Al-Adsani*, yukarıda adı geçen karar, § 55, ve kabuledilebilirlik ile ilgili *Banković* kararı, yukarıda adı geçen kabuledilebilirlik ile ilgili karar, §§ 55-57 ; bkz. ayrıca, « Uluslararası hukukun parçalanması : uluslararası hukukun çeşitlenmesinden ve yayılmasından doğan zorluklar » başlıklı, Uluslararası Hukuk Komisyonu (UHK) çalışma grubunun raporunda belirtilen referanslar, yukarıdaki paragraf 81).

171. Özellikle Sözleşme ile Güvenlik Konseyi'nin kararları arasındaki ilişki sorunu ile ilgili olarak Mahkeme, *Al-Jedda* (yukarıda adı geçen karar) davasında şunları ifade etmiştir :

« 101. Şart'ın 103. maddesi, Şart'tan doğan yükümlülükler ile başka herhangi bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerin çatışması durumunda, bu Şart'tan doğan yükümlülüklerin üstün geleceğini düzenlemektedir. Bu davada 103. maddenin uygulama alanı bulup bulunmadığını belirlemek için Mahkeme'nin Birleşik Krallık için yükümlülükler doğuran Güvenlik Konseyi'nin 1545 sayılı kararı ile 5 § 1 maddesindeki yükümlülükler arasında bir çatışma olup olmadığını belirlemek zorundadır. Başka bir deyişle asıl sorun, 1546 sayılı kararının Birleşik Krallığı başvurusunun hastaneye yatırılması konusunda zorunlu kılıp kılmadığı sorunudur.

102. Mahkeme 1546 sayılı kararı, yukarıdaki 76. paragrafta ifade edilen tespitlere dayanarak yorumlayacaktır. Mahkeme ayrıca, Birleşmiş Milletler'in kurulmasına öncülük eden amaçları da dikkate alacaktır. Birinci bendinde ifade edilen uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacından öte, Şart'ın 1. maddesinin üçüncü bendi, Birleşmiş Milletler'in « (...) herkesin insan haklarına ve temel özgürlüklerine saygının geliştirilip güçlendirilmesinde uluslararası işbirliğini sağlama » amacında olduğunu belirtmektedir. Şart'ın 24. maddesi Güvenlik Konseyi'ne, uluslararası barış ve güvenliğin korunması asıl sorumluluğu ile ilgili ödevlerini yerine getirirken « Birleşmiş Milletler'in amaç ve ilkelerine uygun hareket » etmeyi dayatmaktadır. Mahkeme, Güvenlik Konseyi'nin bir kararının yorumlanması gerektiğinde, Güvenlik Konseyi'nin devletlere insan hakları konusunda temel hakları çiğneyecek şekilde herhangi bir yükümlülük dayatmadığı şeklinde düşünmek gerekmektedir. Dolayısıyla bir kararın metninde çelişki olması durumunda Mahkeme'nin, Sözleşme'nin zorunluluklarıyla uyumlu olan yorumunu kabul etmesi gerekmektedir. İnsan haklarına saygının savunulması ve geliştirilmesi konusunda Birleşmiş Milletler'in oynadığı önemli rol dikkate alındığında Güvenlik Konseyi, eğer devletlerden insan haklarının korunması ile ilgili uluslararası kurallardan doğan yükümlülükler ile çatışma içinde olabilecek özel tedbirler almalarını isterse, açık ve belirli bir dil kullanması gerekmektedir. »

172. Büyük Daire bu ilkeleri teyid etmiştir. Ancak Mahkeme, Güvenlik Konseyi karar metninin yargılama olmadan açıkça hastaneye yatırma durumunu ifade etmediği yukarıda belirtilen *Al-Jedda* davasından farklı olarak bu davada, 1390 (2002) sayılı karar devletlerden açıkça Birleşmiş Milletler'in listesinde olan şahısların kendi topraklarına girmelerine ve kendi topraklarından geçmelerini yasaklamalarını istemiştir. Bu durumdan, söz konusu karinenin bu davada ters çevrildiği ve bu karar metninde kullanılan açık ve belirli ifadeler ışığında bu kararın insan haklarını çiğneyebilecek tedbirler getirmeyi dayattığı sonucu çıkmaktadır (bkz. ayrıca 1267 (1999) sayılı kararın 7. paragrafı, yukarıdaki paragraf 70, burada Güvenlik Konseyi daha da açık bir şekilde, bu kararla uyumsuz olan tüm uluslararası yükümlülükleri kapsam dışında bırakmaktadır).

ii. Hukuki temel

173. Mahkeme hukuki bir temelin varlığı sorununun taraflar arasında tartışma konusu olmadığını kaydetmektedir. Mahkeme söz konusu tedbirlerin, Güvenlik Konseyi'nin ilgili kararlarının devamını getirmek için alınan Talibanlar ile ilgili genelgeye göre alındığını gözlemlemektedir. Daha açık bir şekilde İsviçre'ye girme ve bu ülkeden geçme yasağının bu

genelgenin 4a maddesine dayanmaktadır (yukarıdaki paragraf 66). Dolayısıyla bu tedbirler yeteri derecede bir hukuki temele dayanmaktadır.

iii. Meşru amaç

174. Başvurucu, söz konusu sınırlamaların meşru amaçları olduğuna itiraz etmiyor görünmektedir. Mahkeme bu sınırlamaların 8 § 2 maddesinde belirtilen meşru amaçlara ulaşmak için yapıldığının ispatlandığı kanaatindedir : bir taraftan bu sınırlamalar cezai suçların önlenmesini engellemek amacıyla ve diğer taraftan Güvenlik Konseyi'nin ilgili kararları uluslararası terörizm ile mücadele kapsamında ve Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümüne uygun olarak alınmıştır (« Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Alınacak Önlemler »). Bu sınırlamalar ayrıca İsviçre'nin kamu güvenliğine ve ulusal güvenliğine katkı sunmaya elverişlidir.

iv. Demokratik toplumda gereklilik

α) Güvenlik Konseyi'nin kararlarının uygulanması

175. Savunmacı Hükümet ve müdahil taraf olan Fransız ve Birleşik Krallık Hükümetleri, İsviçre makamlarının bu davada ilgili Güvenlik Konseyi kararlarını uygulama konusunda hiçbir taktir yetkilerinin olmadığını ifade etmektedirler. Dolayısıyla Mahkeme öncelikle, bu kararların ulusal makamlara, bunların uygulanması konusunda herhangi bir taktir yetkisi bırakıp bırakmadığını, bu kararların bu davada ulusal makamlara başvurusunun özel durumunu dikkate alma imkanı verip vermediğini ve dolayısıyla bu makamların, Sözleşme'nin 8. maddesinin zorunluluklarına uyup uymadıklarını belirlemek zorundadır. Bunu yaparken Mahkeme, bu kararların metinlerini ve bunların kabul edildiği dönemdeki durumu dikkate alacaktır (*Al-Jedda*, yukarıda adı geçen karar, § 76, Uluslararası Adalet Divanı'nın ilgili içtihadına yapılan referans ile). Ayrıca, Birleşmiş Milletlerin ilkeleri ve amaçları ışığında, bu kararların başlangıç bölümlerinde belirtilen ulaşmak istenen amaçları gözönünde bulundurmak söz konusu olacaktır (bkz., bu yönde, ABAD'nın *Kadi* kararı, yukarıda adı geçen karar, § 296, yukarıdaki paragraf 86).

176. Mahkeme İsviçre'nin 10 Eylül 2002 tarihinde BM'ye üye olduğunu hatırlatmaktadır : İsviçre Talibanlar ile ilgili genelgeyi 2 Ekim 2000 tarihinde, yani bu organizasyona üye olmadan önce kabul etmiştir. Bu dönemde İsviçre Sözleşme ile bağlıydı. Aynı şekilde İsviçre, 1390 (2002) sayılı ve 16 Ocak 2002 tarihli kararı (yukarıdaki paragraf 74) ile öngörülen ülkeye girme ve ülkeden transit geçme yasağını iç hukukuna, aynı senenin 1 Mayıs tarihinde Talibanlar ile ilgili genelgenin 4a maddesinde değişiklik yaparak geçirmiştir. Mahkeme bu kararın 2. paragrafının « tüm devletleri » hedeflediğini ve ama sadece BM Organizasyonu'na üye devletleri hedeflemediğini bilmektedir. Ancak Mahkeme, Birleşmiş Milletler

Şartı'nın, Güvenlik Konseyi tarafından bu Şart'ın VII. Bölümüne dayanılarak alınan kararların uygulanma biçimiyle ilgili olarak devletlere belirli bir model dayatmadığını belirtmektedir. Bu kararların zorlayıcı niteliğinin zararı olmadan Şart, prensip olarak BM'e üye devletlere bu kararların değişik şekillerde uygulanması ile ilgili olarak serbest bir tercih yapma hakkı tanımaktadır. Bu nedenle BM, devletlere sonuç yükümlülüğü yüklememektedir ve onları Güvenlik Konseyi'nin kararlarına uymak için tercih yapma konusunda serbest bırakmaktadır (bkz. aynı yönde, *mutatis mutandis*, ABAD'nın *Kadi* kararı, yukarıda adı geçen karar, § 298, yukarıdaki paragraf 86).

177. Bu davada başvuru herşeyden önce, 1390 (2002) sayılı Güvenlik Konseyi kararı uygulanarak kendisine dayatılan İsviçre'ye girme ve bu ülkeden geçme yasağına itiraz etmektedir. Bu kararın 2 b) paragrafının devletlere aynı tedbirleri almayı dayattığı doğrudur ama, bu paragraf « ülkeye giriş veya ülkeden geçmenin adli bir prosedürün sona erdirilmesi ile ilgili olması (...) durumunda uygulanmamaktadır » (yukarıdaki paragraf 74). Mahkeme'nin görüşüne göre, « gereklilik » kavramının olaydan olaya yorumlanması gerekmektedir.

178. Bununla birlikte 1390 (2002) sayılı kararın 8. paragrafında Güvenlik Konseyi « tüm devletleri, bu kararın 2. paragrafında belirtilen tedbirlerin ihlal edilmesini engellemek ve cezalandırmak için, kendi mevzuatlarına veya düzenlemelerine göre, vatandaşlarına ve kendi topraklarında faaliyette bulunan diğer şahıslara veya gruplara karşı uygun olan hükümlerin hemen uygulanması veya bu hükümlerin idari veya yasal tedbirlerle güçlendirilmesi için gerekli tedbirleri almaya çağırılmaktadır (...) » (yukarıdaki paragraf 74). « Uygun olan » ifadesi de devletlere, bu kararın uygulanmasının şekilleri ile ilgili olarak bir esneklik bırakmaktadır.

179. Son olarak Mahkeme, Ulusal Konsey'in Dış Politika Komisyonu'nun Federal Konsey'den, Güvenlik Konseyi'ne terörizm ile mücadele kapsamında şahıslar aleyhine yaptırımlar öngören kararları artık şartsız bir şekilde uygulamayacağını bildirmesini talep ettiği önerisine gönderme yapmaktadır (yukarıdaki paragraf 63). Her ne kadar bu öneri geniş ifadeler içeriyorsa da, bu durumdan başvuru davasının, bu önerinin kabul edilmesinin nedenlerinden birini oluşturduğu sonucu çıkmaktadır. Mahkeme'nin görüşüne göre her halükarda, İsviçre Parlamentosu'nun bu önerinin kabul edilmesi ve Güvenlik Konseyi'nin terörle mücadele kapsamında alınan kararlarının uygulanması yönünde bir taktir yetkisi tanınması yönünde irade beyanında bulunmuştur.

180. Yukarıda belirtilenler ışığında Mahkeme, İsviçre'nin Güvenlik Konseyi'nin zorlayıcı kararlarının uygulanması konusunda her ne kadar sınırlı da olsa gerçek bir taktir yetkisinden faydalandığı kanaatindedir.

β) Bu davadaki müdahalenin orantılılığı

181. Meşru bir amaca ulaşmak için bir müdahalenin « zorunlu sosyal ihtiyaca » cevap vermesine, ulaşılmak istene meşru amaca yönelik olmasına ve bu müdahalenin « demokratik toplumda gerekli olduğuna » karar verilmektedir. Bu bağlamda bu müdahaleyi haklı kılmak için ulusal makamlar tarafından öne sürülen gerekçelerin « yerinde ve yeterli » olması gerekmektedir (bkz., örnek olarak, *S. ve Marper*, yukarıda adı geçen karar, § 101, ve *Coster/Birleşik Krallık* [BD], n° 24876/94, § 104, 18 Ocak 2001, belirtilen referanslarla).

182. Şahısları objektif bir şekilde koruyan ve insan haklarını koruyan belge olan Sözleşme'nin amacı ve konusu (*Neulinger ve Shuruk*, yukarıda adı geçen karar, § 145), bu belgenin hükümlerinin somut ve etkili bir şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirmektedir (bkz. özellikle, *Artico/İtalya* davası, 13 Mayıs 1980, § 33, seri A n° 37). Böylece 8. madde anlamında özel ve aile yaşamına « saygı » amacıyla, iç hukuk hükümlerinin belirli bir duruma mekanik bir şekilde uygulanmasından kaçınmak için, her olayın özelliklerini dikkate almak gerekmektedir (bkz., *mutatis mutandis*, *Emonet ve diğerleri/İsviçre*, n° 39051/03, § 86, 13 Aralık 2007).

183. Mahkeme daha önce, bir tedbirin orantılı ve demokratik toplumda gerekli olması için, söz konusu temel hakka daha az zarar veren ve aynı amaca ulaşmaya imkan veren bir başka tedbire başvurma ihtimalinin olmaması gerektiğine karar vermiştir (*Glor*, yukarıda adı geçen karar, § 94).

184. Her halükarda Sözleşme'nin zorunluluklarına göre müdahalenin gerekliliği sorununu çözmek en son Mahkeme'ye aittir (bkz., örnek olarak, *S. ve Marper*, yukarıda adı geçen karar, § 101 ve *Coster*, yukarıda adı geçen karar, § 104). Bu bağlamda yetkili ulusal makamlara bir taktir yetkisinin tanınması gerekmektedir. Bu taktir yetkisinin kapsamı değişkendir ve ilgili şahıs için söz konusu hakkın doğası ve önemi ile müdahalenin amacı dahil olmak üzere birçok faktöre bağlıdır (*S. ve Marper*, yukarıda adı geçen karar, § 102).

185. Başvurucu aleyhine alınan tedbirlerin ulaşılmak istenen meşru amaç ile orantılı olup olmadığı ve bu tedbirleri haklı kılmak için ulusal makamların öne sürdüğü gerekçelerin « yerinde ve yeterli » olup olmadığı sorununa cevap vermek için Mahkeme, İsviçre makamlarının başvurusunun özel durumunu yeteri kadar dikkate alıp almadıklarını ve kendi taktir yetkileri kapsamında bu makamların, yaptırım rejiminin zorunlu olarak dayattığı tedbirleri başvurusunun şahsi durumuna uygulamak için gerekli tedbirleri alıp almadıklarını inceleyecektir.

186. Bunu yaparken Mahkeme, bu yaptırımları öngören kararların alındığı 1999 ve 2002 yılları arasında terörizmin ortaya koyduğu ciddi tehlikeyi dikkate almaya hazırdır. Bu tespit tartışmasız olarak, hem kararların metinlerinden ve hem de kabul edildikleri zamanki durumdan çıkmaktadır. Buna karşın yıllarca bu tedbirlerin korunması hatta

güçlendirilmesinin ikna edici bir şekilde açıklanması ve haklı gösterilmesi gerekmektedir.

187. Mahkeme bu bağlamda, İsviçre ve İtalya makamları tarafından yapılan soruşturmaların başvurusunun suçlandığı uluslararası terörist faaliyetlere katılma şüphelerinin açıkça temelsiz olduğunu gösterdiğini ifade etmektedir. 31 Mayıs 2005 tarihinde Konfederasyon Savcılığı, Ekim 2001 tarihinde başvuru aleyhine açılan soruşturmaya son vermiştir ve 5 Temmuz 2008 tarihinde İtalyan Hükümeti, başvuru hakkında İtalya'da takipsizlik kararı verilmesinden dolayı Yaptırım Komitesi'ne başvurusunun isminin listeden silinmesi talebinde bulunmuştur (yukarıdaki paragraf 56). Federal Mahkeme ise, soruşturma yapan ve cezai prosedür açan bir devletin kendisinin, listeden silinme talebinde bulunamayacağını ama en azından bu devletin soruşturma sonuçlarını Yaptırım Komitesi'ne bildirebildiğini ve şahsın isminin listeden silinmesine destek verebileceğini belirtmiştir (yukarıdaki paragraf 51).

188. Bu bağlamda Mahkeme, İsviçre makamlarının 31 Mayıs 2005 tarihinde kapanan soruşturmaların sonuçlarını ancak 2 Eylül 2009 tarihinde Yaptırım Komitesi'ne bildirdiği konusundaki iddiayı şaşırtıcı bulmaktadır (yukarıdaki paragraf 61). Ancak bu iddianın doğruluğuna Hükümet tarafından itiraz edilmediğini ve Hükümetin bu gecikme ile ilgili herhangi bir açıklamasının olmadığını tespit eden Mahkeme, soruşturma makamlarının vardıkları sonuçların erken bir şekilde bildirilmesinin, başvurusunun isminin Birleşmiş Milletler'in ve İsviçre'nin listelerinden erken silinmesine ve dolayısıyla başvurusunun 8. madde ile korunan haklarının sınırlanma süresinin kısaltılmasına imkan verebileceğini gözlemlemektedir (bkz., bu bağlamda, *Sayadi ve Vinck* (İnsan Hakları Komitesi), yukarıda adı geçen karar, § 12, yukarıdaki paragraf 88-92).

189. Söz konusu yasağın kapsamı konusunda Mahkeme, bu yasağın başvurusuyu sadece İsviçre'ye girmesini değil ama aynı zamanda, Campione yerleşim yerinin durumundan dolayı başka bir yere gitmek için bu yerleşim yerinden ayrılmasını ve kendi vatandaşı olduğu İtalya'nın başka bir yerine gitmesini de engellediğini ifade etmektedir. Başvuru bunu ancak yaptırım rejimini çiğneyerek yapabildi.

190. Bununla birlikte Mahkeme, başvurucudan mantıklı olarak 1970 yılından beri ikamet ettiği Campione d'Italia'dan taşınmasını ve İtalya'nın başka bir bölgesine gitmesini isteyemeyeceğimizi belirtmektedir. Kaldı ki 1373 (2001) sayılı kararın 1 c) paragrafında öngörülen malvarlığının dondurulmasından (yukarıdaki paragraf 73) dolayı başvuru, mallarının ve alacaklarının bir kısmını alamamaktaydı. Taşınmasına için verilmesi talebinin kabul edilme şansı ile ilgili sorundan bağımsız olarak, konuta saygı hakkının Sözleşme'nin 8. maddesinde koruma altına alındığını hatırlatmak gerekmektedir (bkz., örnek olarak, *Prokopovitch/Rusya*, n° 58255/00, § 37, CEDH 2004-XI (bölümler) ve *Gillow*, yukarıda adı geçen karar, § 46 kararları).

191. Mahkeme ayrıca bu davanın hafife alınamayacak bir tıbbi unsuru olduğu kanaatinde. Gerçekten de, başvurunun 1931 yılında doğduğunu ve sağlık sorunları olduğunu hatırlatmak gerekmektedir (yukarıdaki paragraf 14). Federal Mahkeme'nin kendisi, görünüşte az zorlayıcı ifadeler kullanmasına rağmen Talibanlar ile ilgili genelgenin 4a maddesinin 2. bendinin makamları, yaptırım rejiminin imkan verdiği her seferde istisna tanınması konusunda mecbur kıldığına karar vermiştir. Gerekçe olarak Federal Mahkeme, bireysel hareket özgürlüğüne yapılan önemli bir sınırlamanın ne Güvenlik Konseyi'nin kararları ile ne de kamu yararı ile haklı gösterilemeyeceğini ve başvurunun özel durumu dikkate alındığında orantılı olmayacağını öne sürmüştür (yukarıdaki paragraf 52).

192. Bu davada IMES ve ODM, tıbbi veya adli nedenlerle ülkeye giriş ve ülkeden transit geçme yasağına istisna tanınması için başvurunun yaptığı birçok talebi reddetmişlerdir. Başvurucu bu red kararlarına karşı itiraz etmemiştir. Ayrıca taleplerinin kabul edildiği iki durumda başvuru, kendisine tanınan istisnaları, yaşı ve gideceği yolun uzunluğu dikkate alındığında öngörülen seyahatleri gerçekleştirmek için sürelerin çok kısa olduğunu belirterek, kullanmak istememiştir. Mahkeme, yukarıda belirtilen unsurlar dikkate alındığında (özellikle paragraf 191), seyahat etme ile ilgili izin sürelerinin yetersiz olduğunu anlamaktadır.

193. Bu bağlamda 1390 (2002) sayılı kararın 2b) paragrafına göre Yaptırım Komitesi'nin belirli durumlarda, özellikle tıbbi, insani veya dini nedenlerle yaptırımlara istisna tanıyabildiğini hatırlatmak gerekmektedir. 22 Şubat 2008 tarihli görüşmede (yukarıdaki paragraf 54), Dışişleri Federal Dairesi'nin bir temsilcisi, başvurunun kendi özel durumu nedeniyle Yaptırım Komitesi'nden, yaptırımlara daha geniş bir istisna tanınması talebinde bulunabileceğini ifade etmiştir. Başvurucu bu yönde bir talepte bulunmamıştır ama, bu görüşmenin tutanağında İsviçre makamlarının başvurucaya böyle bir talepte bulunabilmesi için yardım sundukları görünmemektedir.

194. Başvurunun isminin Birleşmiş Milletler'in listesine yazılmasının İsviçre'nin değil Amerika Birleşik Devletleri'nin inisiyatifi ile yapıldığı ispatlanmıştır. Ayrıca en azından 1730 (2006) sayılı kararın kabul edilmesine kadar, Yaptırım Komitesi önünde isim silinmesi ile ilgili muhtemel prosedürü başlatmanın, vatandaşı olunan devlete veya ikamet edilen devlete ait olduğu tartışmasızdır. İsviçre'nin ne başvurunun vatandaşı olduğu veya ne de ikamet ettiği devlet olmadığı ve dolayısıyla İsviçre makamlarının böyle bir girişimde bulunmaya yetkili olmadıkları doğrudur. Ancak İsviçre, İtalya'yı böyle bir girişimde bulunması için ikna etmeyi denememiştir ne de bu konuda kendisine yardım sunmuştur (bkz., *mutatis mutandis*, *Sayadi ve Vinck* davası (İnsan Hakları Komitesi), yukarıda adı geçen karar, § 12, yukarıdaki paragraflar 88-92). Gerçekten de 22 Şubat 2008 tarihli görüşme tutanaklarından (yukarıdaki paragraf 54) İsviçre makamlarının başvurucaya İtalya'nın Birleşmiş Milletler nezdindeki

Temsilciliği ile ilişkiye girmeyi tavsiye etmekle ve bu devletin o dönemlerde Güvenlik Konseyi üyesi olduğunu belirtmekle yetinmişlerdir.

195. Mahkeme, diğer devletlerle birlikte İsviçre'nin, yaptırım rejiminin iyileştirilmesine neden olan büyük çabalar gösterdiğini kabul etmektedir (yukarıdaki paragraflar 64 ve 78). Ancak Mahkeme, bu davada da söz konusu olan Sözleşme'nin teorik ve soyut hakları değil ama, somut ve etkili hakları koruduğu ilkesi (*Artico*, yukarıda adı geçen karar, § 33) dikkate alındığında, başvurunun özel durumu karşısında bu davada önemli olan durumun, bu tedbirlerin ulusal makamlar tarafından somut olarak alınıp alınmadığı veya alınmaya çalışılıp çalışılmadığı hususu olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda Mahkeme özellikle, İsviçre makamlarının yeteri kadar davanın özelliklerini, Campione d'Italia'nın kendine özgü coğrafi yapısını, dayatılan tedbirlerin sürelerinin uzunluğunu ve başvurunun vatandaşlığı, yaşı ve sağlık durumunu dikkate almadıklarını ifade etmektedir. Mahkeme ayrıca, Güvenlik Konseyi'nin ilgili kararlarını iç hukukta uygulama şekline karar verme ihtimalinin, başvurucuya uygulanan yaptırım rejiminin, başvurunun özel ve aile hayatına müdahale etmeyecek şekilde yumuşatılmasına imkan verebileceğini düşünmektedir. Bu durum, ilgili Güvenlik Konseyi kararlarının zorunlu niteliğine ve bunların öngördüğü yaptırımlara zarar verilmeden yapılabilirdi.

196. İnsan haklarını ve temel özgürlükleri kolektif bir şekilde güvence altına alan Sözleşme'nin özel niteliği ışığında (bkz., örnek olarak, *Soering*, yukarıda adı geçen karar, § 87 ve *İrlanda/Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978, § 239, seri A n° 25) Mahkeme, Savunmacı Devlet'in geçerli bir şekilde Güvenlik Konseyi kararlarının zorunlu niteliğini öne sürmekle yetinemeyeceğini, ama yaptırım rejimini başvurunun durumuna uygun olarak uygulamak için tüm tedbirleri aldığı – veya en azından almaya çalıştığı – konusunda Mahkeme'yi ikna etmesi gerektiğini ifade etmektedir.

197. Bu sonuç Mahkeme'yi, Savunmacı Devlet ve müdahil Hükümetler tarafından öne sürülen Sözleşme'ye taraf devletlerin Sözleşme'den doğan yükümlülükler ile Birleşmiş Milletler Şart'ından doğan yükümlülükler arasında hiyerarşi olduğu yönündeki sorunu incelemekten muaf kılmaktadır. Mahkeme'ye göre önemli olan, Hükümet'in çatışmalı olduğunu düşündüğü yükümlülükler arasında mümkün olduğu kadar uyum yoluna gittiğini göstermeye çalıştığının tespit edilmesidir (bkz., bu konuda, yukarıdaki paragraflar 81 ve 170).

198. Bu davadaki tüm durumlar dikkate alındığında Mahkeme, başvurunun hareket özgürlüğünün uzun bir süre kısıtlanmasının, başvurunun özel ve aile yaşamına saygı hakkı ile İsviçre'nin kamu güvenliğinin ve ulusal güvenliğinin korunması ve suçların işlenmesinin önlenmesi meşru amaçları arasında makul dengeyi kurmadığı kanaatindedir. Bu nedenle başvurunun özel ve aile yaşamına saygı hakkına yapılan müdahale orantılı değildir ve dolayısıyla demokratik toplumda gerekli değildir.

γ) Sonuç

199. Yukarıda belirtilenler dikkate alındığında Mahkeme, Hükümet tarafından öne sürülen başvurunun Sözleşme ile konu bakımından *ratione materiae* uyumsuz olduğu yönündeki ilk itirazını reddetmektedir ve esasa ilişkin inceleme yaparak Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermektedir. Bu sonuç dikkate alındığında ve başvurucunun isminin Talibanlar ile ilgili genelgeye ek listede bulunmasının kendi onur ve şerefine zarar verdiği yönündeki şikayetin ayrı bir şikayet oluşturmaya rağmen Mahkeme, bu şikayeti ayrıca incelemesinin gerekli olmadığı kanaatindedir.

III. SÖZLEŞME'NİN 13. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI ÜZERİNE

200. Başvurucu kendi şikayetlerinin Sözleşme'ye göre incelenmesini sağlamak amacıyla etkili bir başvuru yoluna sahip olmadığından şikayet etmektedir. Başvurucu 13. maddenin ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu ifade etmektedir. Bu hüküm şu şekildedir :

« (...) Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir. »

A. Kabuledilebilirlik üzerine

201. Mahkeme bu şikayetin Sözleşme'nin 35 § 3 maddesi anlamında temelden yoksun olmadığını tespit etmektedir. Mahkeme ayrıca bu şikayetin herhangi bir kabuledilebilirlik kriterine aykırı olmadığını belirtmektedir. Dolayısıyla bu şikayeti kabuledilebilir bulmak gerekmektedir.

B. Esasa ilişkin

1. Tarafların tezleri

a. Başvurucu

202. *Al-Nashif/Bulgaristan* (n° 50963/99, 20 Haziran 2002) davasına dayanan başvuru, bir taraftan ulusal güvenlik için ilgili bilgi ve kaynakların korunması ve diğer taraftan, etkili başvuru hakkı arasında varolan çatışmanın uyumlu prosedürlerin yaratılması ile giderilebileceğini savunmaktadır. Başvurucu buna rağmen, bu davada ne Birleşmiş Milletler organları önünde ne de ulusal makamlar arasında herhangi bir prosedürün olmadığından şikayet etmektedir.

203. Başvurucu *Sayadi ve Vinck* (yukarıda adı geçen karar, yukarıdaki paragraflar 88-92) davasında İnsan Hakları Komitesi'nin, Belçika Hükümeti'nin Yaptırım Komitesi'ne komünikasyona taraf şahısların isimlerinin silinmesi için bir talepte bulunması için bir mahkemenin Belçika Hükümeti'ne ihtarda bulunduğunu, isimlerinin yazılması talebinde bulunanın bu hükümet olduğunu ve Komite'nin bu başvuru yolunun etkili bir yol olduğuna karar verdiğini savunmaktadır. Başvurucu ancak bu kararın bu davada iki nedenden dolayı uygulanamayacağını belirtmektedir. Bir taraftan başvurucu, İsviçre'nin kendi ismini yaptırım listesinden çıkartmamasından şikayet etmediğini ve İnsan Hakları Komitesi'nin açıkça bu yetkinin tamamen yaptırım komitesine ait olduğunu ve bu yetkinin devletlerin kendisine ait olmadığını teyid ettiğini belirtmektedir. Diğer taraftan başvurunun kendi davasında, Brüksel ilk derece mahkemesi tarafından *Sayadi ve Vinck* davasında meydana gelen durumdan farklı olarak Federal Mahkeme, Hükümet'in silinme girişimlerini desteklemesi gerektiğini belirttiğini ama, ulusal makamlardan açıkça bunu yapmalarını istememiştir.

204. Bu nedenle başvurucu, söz konusu tedbirlerin Sözleşme'nin 3, 8 ve 9. maddeleri ile uyumlu olup olmadığını herhangi bir mahkeme tarafından kontrol edilmediğini ve dolayısıyla 13. maddenin ihlal edildiğini savunmaktadır.

b. Hükümet

205. Hükümet, 13 maddenin ulusal bir yargı organı önünde, yani Sözleşme'nin ihlal edilmesine maruz kaldığını savunulabilir bir şekilde iddia eden herkese, açık bir yargı yolunu zorunlu kılan ilkeye gönderme yapmaktadır. Yukarıda varılan sonuçlar dikkate alındığında Hükümet, başvurucu tarafından öne sürülen şikayetlerin savunabilir yönüne itiraz etmektedir. Mahkeme'nin farklı sonuca varması durumunda Hükümet, 8. madde ile birlikte 13. maddenin bu davada ihlal edilmediğini iddia etmektedir.

206. Gerçekten de Hükümet, başvurunun Talibanlar ile ilgili genelgeden isminin ve kendisinin bağlı olduğu kurumların isimlerinin çıkarılması talebinde bulunduğunu belirtmektedir. Bu başvuru Federal Mahkeme tarafından incelenmiştir ve Federal Mahkeme, başvurunun bu sorun ile ilgili olarak etkili başvuru hakkına sahip olmadığını çünkü Güvenlik Konseyi'nin kararlarına bağlı olduğundan, başvurucu hakkında verilen yaptırımları iptal etme durumunda olmadığını ifade etmiştir. Federal Mahkeme ancak, bu durumda başvurunun isminin listeden çıkarılması talebinde bulunmanın veya başvuru tarafından isminin çıkarılması için açılan prosedürü desteklemenin İsviçre'ye ait olduğunun altını çizmiştir. Bu bağlamda Hükümet, İsviçre'nin kendisinin listeden çıkarılma talebinde bulunma konusunda yetkisinin olmadığını – çünkü başvuru İsviçre vatandaşı değil ve bu ülkede ikamet etmektedir – hatırlatmaktadır ; bu

durum Yaptırım Komitesi tarafından teyid edilmiştir. İsviçre sadece başvuru tarafından yapılan talebi destekleyebilirdi ; kaldı ki İsviçre bu durumu, özellikle başvurunun avukatına başvuru hakkında verilen takipsizlik kararı ile ilgili bir belge vererek yerine getirmiştir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

a. Uygulanan ilkeler

207. Mahkeme 13. maddenin, Sözleşme ile korunan hak ve özgürlüklere yapılan müdahalelerden şikayet etmeye imkan veren ve iç hukukta varolan bir başvuruyu güvence altına almaktadır. Dolayısıyla her ne kadar taraf devletler bu hükmün kendilerine dayattığı yükümlülüklerle uyma şekli konusunda geniş bir taktir yetkisine sahip olsalarda, ulusal alanda varolan bir başvuru kapsamında, Sözleşme'ye dayanan şikayetleri inceleyecek ve ihlali yeteri kadar telafi etmeye karar veren ulusal bir organın olması gerekmektedir. 13. maddeden doğan yükümlülüğün kapsamı, Sözleşme ile ilgili şikayetin doğasına göre değişmektedir ama, her halükarda başvurunun hem hukuken hem de uygulamada « etkili » olması gerekmektedir yani, özellikle bu başvurunun yerine getirilmesi haksız bir şekilde devlet makamlarının eylemleri veya ihmalleri ile engellenmemesi gerekmektedir (*Büyükdağ/Türkiye*, n° 28340/95, § 64, 21 Aralık 2000 ve *Aksoy/Türkiye*, 18 Aralık 1996, § 95, *Recueil* 1996-VI davasına yapılan göndermelerle). Bazı durumlarda iç hukuk tarafından sunulan başvurular bir bütün olarak değerlendirildiğinde 13. maddenin zorunluluklarına cevap verebilmektedir (bkz. özellikle *Leander/İsveç* davası, 26 Mart 1987, § 77, seri A n° 116).

208. Ancak 13. madde sadece, Sözleşme'ye göre « savunulabilir » olan şikayetler ile ilgili olarak etkili bir başvuru yolunu zorunlu kılmaktadır (bkz., örnek olarak, *Boyle ve Rice/Birleşik Krallık*, 27 Nisan 1988, § 54, seri A n° 131). Bu hüküm, bireylere ulusal yasaların Sözleşme ile uyumluluğu konusunda, bir ulusal makam önünde şikayette bulunma imkanı tanınmasını için devletlere dayatmada bulunmamaktadır (*Costello-Roberts*, yukarıda adı geçen karar, § 40) ama, Sözleşme ile korunan bir hakkın ihlal edilmesi ile ilgili savunulabilir bir şikayeti sunan şahıslara etkili bir başvuru yolunu sunmayı amaçlamaktadır (*ibidem*, § 39).

b. Bu ilkelerin bu davada uygulanması

209. 8. maddenin ihlal edildiğine dair yukarıda yapılan tespiti dikkate alan Mahkeme, şikayetin savunulabilir olduğunu belirtmektedir. Dolayısıyla başvurunun Sözleşme ile korunan haklara verilen zararlardan şikayet etmek için, İsviçre hukukunda başvurunun sahip olduğu etkili bir başvuru yolunun olup olmadığını araştırmak gerekmektedir.

210. Mahkeme başvurunun, isminin Talibanlar ile ilgili genelgeye ek listeden silinmesi için ulusal yargı organlarına başvurabildiğini ve bu

durumun Sözleşme ile ilgili şikayetlerin telafi edilmesine imkan verdiğini gözlemlemektedir. Ancak bu yargı organları Sözleşme'nin ihlal edildiği ile ilgili şikayetlerin esasını incelememişlerdir. Özellikle Federal Mahkeme İsviçre'nin Güvenlik Konseyi'nin kararları ile bağlı olup olmadığını inceleyemeyeceğini, ama insan haklarına saygı gösterilmediği için başvuruya karşı alınan yaptırımları kaldıramadığını belirtmiştir (yukarıdaki paragraf 50).

211. Federal Mahkeme ayrıca, en son alınan kararlarla iyileştirilen haliyle bile Birleşmiş Milletler önündeki isim silme prosedürünün, Sözleşme'nin 13. maddesi anlamında etkili bir başvuru olarak kabul edilemeyeceğini açıkça kabul etmiştir (yukarıdaki paragraf 50).

212. Mahkeme ayrıca, ABAD'ın « Birleşmiş Milletler'in oluşturduğu uluslararası hukuk sistemi ile ilgili ilkelerin, Birleşmiş Milletler Şartı'nın VII. Bölümü anlamında Güvenlik Konseyi tarafından alınan bir kararın uygulanması söz konusu olması nedeniyle ilgili düzenlemenin temel haklara göre yasallığı ile ilgili hukuki kontrolün kapsamı dışında bırakılması anlamına » gelmediğini belirttiğini (ABAD'nın *Kadi* davası, yukarıda adı geçen karar, § 299, yukarıdaki paragraf 86) hatırlatmaktadır. Mahkeme, özellikle Talibanlar ile ilgili genelgenin uygunluğunun İsviçre makamları tarafından kontrolü konusunda, bu gerekçenin bu davaya *mutatis mutandis* uygulanması gerektiği kanaatindedir. Mahkeme ayrıca Güvenlik Konseyi kararlarının hiçbir unsurunun İsviçre makamlarını, bu kararların uygulanması ile ulusal alanda alınan kararların kontrolünü sağlayacak mekanizmayı kurmalarını engellemediğinin belirtmektedir.

213. Yukarıda belirtilenler dikkate alındığında Mahkeme başvurusunun kendi isminin Talibanlar ile ilgili listeden silinmesi konusunda talepte bulunmak ve dolayısıyla, şikayet ettiği Sözleşme ihlallerini gidermek için etkili bir başvuru yoluna sahip olmadığını düşünmektedir (bkz., *mutatis mutandis*, Lord Hope, *Ahmed ve diğerleri* davasının asıl kısmında, yukarıda adı geçen karar, §§ 81-82, yukarıdaki paragraf 96).

214. Bu nedenle Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmesi ile ilgili olarak Hükümet tarafından öne sürülen ilk itirazı reddetmektedir ve esasa ilişkin inceleme yaparak 8. madde ile birlikte 13. maddenin ihlal edildiğine karar vermektedir.

IV. SÖZLEŞME'NİN 5. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI ÜZERİNE

215. Sözleşme'nin 5 § 1 maddesini öne süren başvuru, isminin Yaptırım Komitesi'nin listesine yazılmasından sonra kendisine İsviçre'ye girme ve bu ülkeden geçme yasağı getirilmesinin, bir hürriyetten mahrumiyet olarak nitelendirildiğini savunmaktadır. 5 § 4 madde altında başvuru, ulusal makamların hareket özgürlüğüne getirilen engellerin

yasallığının kontrolünü yapmadıklarından şikayet etmektedir. Bu hükümler şu şekildedir :

« 1. Herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Aşağıda belirtilen haller dışında ve yasanın öngördüğü usule uygun olmadan hiç kimse özgürlüğünden yoksun bırakılamaz :

a) Kişinin, yetkili bir mahkeme tarafından verilmiş mahkumiyet kararı sonrasında yasaya uygun olarak tutulması ;

b) Kişinin, bir mahkeme tarafından yasaya uygun olarak verilen bir karara uymaması sebebiyle veya yasanın öngördüğü bir yükümlülüğün uygulanmasını sağlamak amacıyla yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması;

c) Kişinin bir suç işlediğinden şüphelenmek için inandırıcı sebeplerin bulunduğu veya suç işlemesine ya da suçu işledikten sonra kaçmasına engel olma zorunluluğu kanaatini doğuran makul gerekçelerin varlığı halinde, yetkili adli merci önüne çıkarılmak üzere yakalanması ve tutulması;

d) Bir küçüğün gözetim altında eğitimi için usulüne uygun olarak verilmiş bir karar gereği tutulması veya yetkili merci önüne çıkarılmak üzere yasaya uygun olarak tutulması ;

e) Bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, alkol veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulması;

f) Kişinin, usulüne aykırı surette ülke topraklarına girmekten alıkonması veya hakkında derdest bir sınır dışı ya da iade işleminin olması nedeniyle yasaya uygun olarak yakalanması veya tutulması ;

(...)

4. Yakalama veya tutulma yoluyla özgürlüğünden yoksun kılınan herkes, tutulma işleminin yasaya uygunluğu hakkında kısa bir süre içinde karar verilmesi ve, eğer tutulma yasaya aykırı ise, serbest bırakılması için bir mahkemeye başvurma hakkına sahiptir.

(...) »

1. Tarafların ve müdahillerin tezleri

a. Hükümet

216. *Guzzardi/İtalya* (6 Kasım 1980, seri A n° 39) ve *S.F./İsviçre* (2 Mart 1994, 16360/90, Kararlar ve Raporlar 76-A, ss. 13 ve dev.) kararlarını öne süren Hükümet, bu davada « hürriyetten mahrumiyet » olmadığını iddia etmektedir. Hükümete göre, söz konusu tedbirin amacı hiçbir şekilde başvurucuyu Campione d'Italia topraklarına hapsetmek değildir. Tedbir sadece başvurucuya İsviçre'ye girişi ve bu ülkeden transit geçmeyi

yasaklamak amacındadır. Başvurucunun söz konusu tedbirle hareket alanının sınırlandırılmasının, İsviçre toprakları ile çevrili bir İtalyan yerleşim yerinde iradesine uygun bir şekilde ikamet eden başvurucunun kendisine atfedilebilebilmektedir : ne Birleşmiş Milletler tarafından alınan tedbirler ne de bu kararların İsviçre makamları tarafından uygulanması başvurucuya Campione d'Italia'da ikamet etmeyi dayatmamaktadır. Dolayısıyla başvuru her zaman, kendi ikametgahını İtalyan topraklarının herhangi bir yerine taşıma talebinde bulunabilirdi.

217. Tedbirin etkileri ve uygulama şekilleri ile ilgili olarak Hükümet, İsviçre'ye girişini ve bu ülkeden transit geçmesini yasaklamaktan başka başvurucunun herhangi bir sınırlamaya maruz kalmadığını savunmaktadır. Özellikle başvuru, İsviçre makamları tarafından hiçbir kontrole tabi olmamıştır, kendisinin hiçbir özel yükümlülüğü bulunmamaktadır ve istediği kadar ziyaretçi kabul edebilmekteydi. Başvuru ayrıca, kendi avukatlarını da her zaman ziyaret edebilmekteydi. Son olarak Hükümet, İsviçre ve Campione d'Italia sınırının kontrol edilmediğini ve dolayısıyla başvurucunun fiziki olarak İsviçre'ye girme yasağını hissetmediğini eklemektedir.

218. Bu gerekçelerle Hükümet, söz konusu tedbirin 5 § 1 anlamında bir hürriyeti mahrumiyet olarak kabul edilemeyeceğini savunmaktadır.

b. Başvuru

219. Başvuru halihazır davanın *S.F./İsviçre* (yukarıda adı geçen karar) davası ile karşılaştırılmayacağını çünkü bu davada Komisyon, Campione d'Italia'dan yıllarca çıkmasına izin verilmeyen ve 5. maddeden şikayet eden başvurucunun şikayetini kabul edilemez bulmuştur. Bu anlamda başvuru, bir taraftan şehirden ayrılmasının imkansızlığının herhangi bir mahkumiyet kararına dayanmadığını ve diğer taraftan, yukarıda belirtilen davadan farklı olarak başvuru, adil bir yargılama kapsamında söz konusu tedbirlere itiraz edememiştir.

220. Başvuru, Campione d'Italia'dan ayrılması için herhangi bir fiziki engelin olmadığını inkar etmemektedir ama, İtalya ile İsviçre arasındaki bölgenin sıkı bir kontrolden geçtiğinin ve bu kontrol sırasında yasak olduğu bölgeye gitmeye kalkıştığı tespit edilirse, ağır cezalara yol açabilecek bir prosedüre maruz kalacağının altını çizmektedir.

221. Başvuru devamla, Campione d'Italia topraklarının 1,6 km² olduğunu ve serbest hareket edebileceği alanın *Guzzardi c. Italie* (yukarıda adı geçen karar) davasındaki bir adada 2,5 km² olan başvurucunun hareket alanından daha sınırlı olduğunu iddia etmektedir.

222. Başvuru ayrıca, Federal Mahkeme'nin kendisinin bile, başvurucuya dayatılan sınırlamaların uygulamada bir ev hapsine yakın olduğunu kabul ettiğinin altını çizmektedir. Tüm bu nedenlerle başvuruya göre, 5 § 1 maddesinin kendi davasında uygulanması gerekmektedir.

c. Fransız Hükümeti

223. Müdahil Fransız Hükümeti, Sözleşme'nin 5. maddesinin belirli bir ülke topraklarına giriş ve oradan transit geçme yasağına maruz kalan şahsa uygulanamacağını ve başvurucunun Tessin Kantonu'nun bir İtalyan yerleşim yerinde ikamet etmesine bağlı olan bu davanın özel şartlarının bu durumu değiştirmedeği düşüncesindedir. Aksi durum bu hükmün içeriğini köklü bir şekilde değiştirme olacağını düşündürmektedir.

2. Mahkeme'nin değerlendirmesi

224. Mahkeme, 5. maddenin insanın temel bir hakkını, yani bireyi devlet tarafından kendisinin özgürlük hakkına yapılan keyfi müdahalelere karşı koruduğunu hatırlatmaktadır. Bu hükmün metni açıkça, öngörülen güvencelerin « herkese » uygulandığını belirtmektedir. Sözleşme'nin 5. maddesinin a) bendinden f) bendine kadar olan hükümleri, hürriyetten mahrumiyete izin veren kesin bir listeyi oluşturmaktadır. Bu nedenlerden birine uygun olarak yapılmayan veya Sözleşme'nin 15. maddesinin öngördüğü istisnaya uygun olarak yapılmayan bir hürriyeti mahrumiyet, usule uygun kabul edilemez. Sözleşme'nin 15. maddesi « [s]avaş veya ulusun varlığını tehdit eden başka bir genel tehlike halinde » Taraf Devletin, 5. maddeden doğan yükümlülüklerle « durumun kesinlikle gerektirdiği ölçüde » aykırı tedbirler alabileceğini öngörmektedir (bkz., daha önce verilmiş birçok karar arasından, *Al-Jedda*, yukarıda adı geçen karar, § 99, *A. ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], n° 3455/05, §§ 162-163, CEDH 2009 ve *İrlanda/Birleşik Krallık*, yukarıda adı geçen karar, § 194).

225. 5 § 1 maddesi hareket özgürlüğüne yapılan basit sınırlamalar ile ilgili değildir ve bu sınırlamalar İsviçre'nin onaylamadığı 4 Nolu Protokol'ün 2. maddesi kapsamına girmektedir. 5. madde anlamında bir kişinin « hürriyetten mahrum » olarak kabul edilebilmesi için, somut olaydan hareket etmek ve nitelik, süre, söz konusu tedbirin uygulama yöntemleri ve etkileri gibi kriterleri dikkate almak gerekmektedir. Hürriyetten mahrumiyet ile hürriyetin sınırlanması arasında sadece derece farkı vardır, anlam ve nitelik farkı yoktur (*Austin ve diğerleri/Birleşik Krallık* [BD], n°s 39692/09, 40713/09 ve 41008/09, § 57, 15 Mart 2012, *Stanev/Bulgaristan* [BD], n° 36760/06, § 115, 17 Ocak 2012, *Medvedyev ve diğerleri/Fransa* [BD], n° 3394/03, § 73, CEDH 2010, *Guzzardi*, yukarıda adı geçen karar, §§ 92-93, *Storck/Almanya*, n° 61603/00, § 71, CEDH 2005-V ve *Engel ve diğerleri/Hollanda*, 8 Haziran 1976, § 59, seri A n° 22).

226. Mahkeme ayrıca, söz konusu tedbirin « uygulama yöntemleri » ile « niteliğinin » (*Engel ve diğerleri*, § 59 ve *Guzzardi*, § 92, yukarıda adı geçen kararlar) kendisine, tutuklama tipik durumundan uzaklaşan özgürlüğe getirilen sınırlamaları çevreleyen özel durumları ve şartları dikkate almasına imkan vermektedir (bkz. örnek olarak, *Engel ve diğerleri*, § 59 ve *Amuur*, § 43, yukarıda adı geçen kararlar). Gerçekten de tedbirin alındığı durum

önemli bir faktör oluşturmaktadır çünkü modern toplumlarda, toplumun iyiliği için halkın, hareket özgürlüğünün ve şahısların özgürlüklerinin sınırlandırılmasına maruz kalabileceği durumların olması sık rastlanan bir durumdur (bkz., *mutatis mutandis*, *Austin ve diğerleri*, yukarıda adı geçen karar, § 59).

227. Mahkeme bu davada 5. maddenin uygulandığını desteklemek amacıyla başvurunun özellikle yukarıda adı geçen *Guzzardi* kararına dayandığını gözlemlemektedir. Bu davada başvuru, mafyavari bir gruba üye olmasından şüphelenilen ve bir adanın – kapalı olmayan– 2,5 kilometre karelik bir bölgesinde yaşamaya zorlanan bir başvuru tarafından yapılmıştır. Başvurucu esasen aynı durumda olan başka şahıslarla ve onları gözetleyen personel ile birlikte yaşamaktaydı. Mahkeme başvurunun 5. madde anlamında « hürriyetinden mahrum » bırakıldığı ve dolayısıyla bu hükümde öngörülen güvencelerden faydalanabildiği sonucuna varmıştır (bkz. ayrıca *Giulia Manzoni/İtalya* davası, 1 Temmuz 1997, §§ 18-25, *Kararlar dergisi* 1997-IV).

228. Buna karşın *S.F./İsviçre* (yukarıda adı geçen karar) davasında başvurunun senelerce Campione d'Italia şehrinden ayrılmasına izin verilmemiştir. Bu davada Komisyon bu şikayeti kabuledilemez bulmuş ve 5. maddenin uygulanamayacağı kanaatine varmıştır. Büyük Daire bu davada, aşağıdaki nedenlerle uygulanan yaklaşımı izlemenin gerekli olduğu kanaatindedir.

229. Başvurucunun somut olayında Mahkeme, dayatılan sınırlamaların uzun bir süre uzatıldığını kabul etmektedir. Ancak Mahkeme, başvurunun hareket serbestliğinin yasaklandığı toprakların üçüncü bir devletin, yani İsviçre'nin, toprakları olduğunu ve bu devletin bir yabancının kendi topraklarına girmesini reddetme hakkı olduğunu belirtmektedir (yukarıdaki paragraf 164). Söz konusu sınırlamalar başvuruycuyu daimi olarak ikamet ettiği yerde yaşamasını ve serbestçe hareket etmesini engellemiştir ve başvuru bu yerleşim yerinde kendi iradesiyle yaşamayı ve burada faaliyetlerini yerine getirmeyi tercih etmiştir. Mahkeme bu şartlarda, başvurunun durumunun radikal bir şekilde *Guzzardi* (yukarıda adı geçen karar) davasındaki durumdan farklı olduğunu ve kendisine dayatılan sınırlamaların Sözleşme'nin 5. maddesi anlamında sorun çıkarmadığını ifade etmektedir.

230. Mahkeme ayrıca Campione d'Italia'nın yüzölçümünün sınırlı olduğunu kabul etmektedir. Ancak Mahkeme başvurunun ne açıkça bir tutuklamaya ne de bir ev hapsine maruz kalmadığını gözlemlemektedir : başvuruycuya belirli bir ülkenin topraklarına girmesinin ve bu ülkenin topraklarından transit geçmesinin basit bir şekilde yasaklanması dayatılmışsa da, bu yasaklama onu çevrili bir yerleşim yerinden ayrılmayı engelleme sonucunu doğurmuştur.

231. Bununla birlikte Mahkeme başvurunun, İsviçre makamları tarafından herhangi bir şekilde takip edilmediğine ve polise sistemli bir

şekilde gitmesi zorunluluğu olmadığına dair İsviçre Hükümeti'nin şikayetine Mahkeme önünde itiraz etmemiştir (bkz., *a contrario*, *Guzzardi*, yukarıda adı geçen karar, § 95). Ayrıca başvuru, kendi yakınları olsun, doktorları olsun veya avukatları olsun başkalarının ziyaretinin kabul etme konusunda herhangi bir sınırlamaya maruz kalmamıştır (*ibidem*).

232. Son olarak Mahkeme, yaptırım rejiminin başvurucuya ülkeye girme ve ülkeden geçme konusunda istisna tanınması konusunda talepte bulunma imkanı olduğunu ve bu istisnaların kendisine iki defa tanındığını ama başvurunun bunları kullanmadığını hatırlatmaktadır.

233. Davanın tüm şartlarını dikkate alan Mahkeme içtihatlarına uygun olarak, Federal Mahkeme gibi (yukarıdaki paragraf 48) başvurunun İsviçre'ye girme bu ülkeden geçme yasağından dolayı Sözleşme'nin 5 § 1 anlamında « hürriyetinden mahrum bırakılmadığı » sonucuna varmaktadır.

234. Dolayısıyla 5. madde ile ilgili şikayetler temelden yoksundur ve Sözleşme'nin 35 §§ 3 ve 4 maddeleri uygulanarak reddedilmeleri gerekmektedir.

V. SÖZLEŞME'NİN İHLAL EDİLDİĞİ DİĞER İDDİALAR ÜZERİNE

235. 5. ve 8. madde ile ilgili Mahkeme'nin incelediği şikayetlere benzer şikayetler öne süren başvuru, 3. maddeye aykırı bir muameleye maruz kaldığından şikayet etmektedir. Başvuru bununla birlikte Campione d'Italia'dan ayrılmasının imkansızlığından dolayı camiye gidememesinin, 9. madde ile güvence altına alınan dinini ve inançlarını yerine getirme özgürlüğüne müdahale oluşturduğunu iddia etmektedir.

236. Elindeki tüm unsurları bir bütün olarak değerlendiren Mahkeme, bu şikayetlerin usulüne uygun bir şekilde ulusal yargı organları önünde öne sürüldükleri kabul edilse bile, Sözleşme'nin 3. maddesi ile 9. maddesinin ihlal edildiğini gösteren herhangi bir durumun olmadığını tespit etmektedir.

237. Dolayısıyla başvurunun bu bölümünün temelden yoksun olmasından dolayı Sözleşme'nin 35 §§ 3 ve 4 maddelerine göre reddedilmesi gerekmektedir.

VI. SÖZLEŞME’NİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI ÜZERİNE

238. 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

239. Başvurucu maddi ve manevi tazminat başlığı altında herhangi bir talepte bulunmamıştır.

240. Dolayısıyla, bu başlık altında kendisine herhangi bir tazminat verilmesine gerek yoktur.

B. Giderler ve masraflar

241. Masraf ve harcamalar ile ilgili olarak başvurucu, Mahkeme önündeki prosedür kapsamında yapılan masraflar için 75 000 Sterlin (GBP) ve eklenen değerle ilgili verginin ve avukatının Campione d’Italia’ya gelmesi ile ilgili seyahat masrafları, telefon görüşmeleri ile büro masrafları olarak da 688,22 euro’nun (EUR) ödenmesini talep etmektedir.

242. Hükümet başvurunun Londra’da mesleğinin icra eden bir avukat tarafından temsil edilmeyi seçtiğini ve bu avukatın tarifesinin İsviçre’deki ortalama tarifeden açıkça daha yüksek olduğunu ve bu tercihin ayrıca ek sehayat masrafları çıkardığını hatırlatmaktadır. Hükümete göre, başvurunun iddia ettiği gibi bu davanın karmaşık olduğunu kabul etsek bile, faturası kesilen saat miktarları aşırıdır. Sonuç olarak Hükümet, davanın kabul edilmesi durumunda 10 000 İsviçre Frankı’nın (CHF) yeterli olacağını düşünmektedir.

243. Mahkeme, Sözleşme’nin ihlal edildiğini tespit etmesi halinde, bu ihlalin önlenmesi veya giderimi için ulusal mahkemeler önünde yapılan ücretler ve masraflara hükmedebileceğini hatırlatmaktadır (*Neulinger ve Shuruk*, yukarıda adı geçen karar, § 159). Ayrıca, ücretler ve masrafların gerçekten ve gerekli olarak yapılmış olması ve miktar bakımından makul olmaları da gerekmektedir (*ibidem*).

244. Mahkeme, başvurunun İngiliz bir avukatı tayin etmesinin sonuçlarına katlanması gerektiği konusunda Hükümetin görüşüne katılmamaktadır. Mahkeme bu bağlamda, Mahkeme İçtüzüğü’nün 36 § 4 a) maddesine göre başvurunun temsilcisinin « herhangi bir Sözleşmeci Devlette çalışmaya yetkili olan ve Sözleşmeci Devletlerin ülkelerinden birinde ikamet eden bir avukat (...) » olması gerektiğini hatırlatmaktadır. Ancak Mahkeme, bu davada sadece 8. madde ve 13. madde ile ilgili şikayetlerin ihlal ile sonuçlandığını kaydetmektedir. Başvurunun geri kalan

kısmı kabuledilemez bulunmuştur. Dolayısıyla başvuru tarafından istenen miktar aşırıdır.

245. Bu nedenle, elindeki unsurları ve yukarıdaki kriterleri dikkate alan Mahkeme, kendi önündeki prosedür ile ilgili yapılan masraflar konusunda başvurucuya makul olan 30 000 EUR'nun ödenmesine karar vermektedir.

C. Gecikme Faizi

246. 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 OYBİRLİĞİYLE,

1. Başvurunun kişi bakımından yetki *ratione personae* olduğu konusunda ve başvurunun mağdur sıfatı olmadığı yönündeki Hükümet tarafından öne sürülen ilk itirazları *reddetmeye* ;
2. Başvurunun konu bakımından *ratione materiae* yetkisiz olduğu konusunda Hükümet tarafından öne sürülen ilk itirazı *esasa bağlamaya* ;
3. Hükümet tarafından öne sürülen 5. madde ile 8. madde ile ilgili şikayetlerin iç hukuk yollarının tüketilmediği konusundaki ilk itirazını *reddetmeye* ve 13. madde ile ilgili şikayet konusunda bu itirazı *esasa bağlamaya* ;
4. 8. ve 13. madde ile ilgili şikayetlerin *kabuledilebilir olduğuna* ve başvurunun geri kalan kısmının *kabuledilemez olduğuna* ;
5. Başvurunun konu bakımından *ratione materiae* yetkisiz olduğu konusunda Hükümet tarafından öne sürülen ilk itirazı *reddetmeye* ve Sözleşme'nin 8. maddesinin *ihlal edildiğine* ;
6. Hükümet tarafından öne sürülen 13. madde ile ilgili şikayetinde iç hukuk yollarının tüketilmediği konusundaki ilk itirazını *reddetmeye* ve 8. madde ile birlikte bu hükmün *ihlal edildiğine* ;
7.
 - a) a) Savunmacı Devletin, üç ay içinde, yargılama masrafları ve giderleri ile ilgili olarak 30 000 EUR'nun (otuz bin euro), miktara yansıtılabilecek her türlü vergi ve masraflarla birlikte, yargılama giderleri ve masrafları olarak 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 ;

8. Adli tazmine ilişkin kalan taleplerin reddedilmesine ;

Karar vermektedir.

Fransızca ve İngilizce hazırlanan bu karar, Strazburg İnsan Hakları Sarayında, 12 Eylül 2012 tarihinde kamuya açık bir duruşmada ilan edilmiştir.

Michael O'Boyle
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Nicolas Bratza
Başkan

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

- Yargıçlar Bratza, Nicolaou ve Yudkivska'nın toplu ayrık oy yazıları ;
- Yargıçlar Spielmann ve Berro-Lefèvre'nin katıldığı Yargıç Rozakis'in ayrık oy yazısı ;
- Yargıç Malinverni'nin ayrık oy yazısı.

N.B.
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, 2013.

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, 2013.

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, 2013.

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.