

© Çeviren, Okan TAŞDELEN, AIHM Eski B Hukukçusu, @O_TSDLN, 2019. [Daha önce <https://www.patreon.com/posts/33298069> adresinde yayımlanmıştır] Bu çeviriyi yayımlama izni, HUDOC'a konulması için verilmiştir. Çevirmene atıfta bulunmak kaydıyla ticari olmayan amaçlarla alıntılanabilir.

© Translated by Okan TAŞDELEN, Former B Lawyer of the ECHR, @O_TSDLN, 2019. [Already published on the following website: <https://www.patreon.com/posts/33298069>] Permission to re-publish this translation has been granted for the purpose of its inclusion in HUDOC. It may be reproduced, without any commercial purpose, with a reference to the translator.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

ORLOVIĆ VE DİĞERLERİ/BOSNA-HERSEK KARARI

(B. No. 16332/18, 01/10/2019)

Mülkiyetin tam anlamıyla iadesinin sağlanmaması, Aşırı ve orantısız bir yük

I – OLAYLAR VE OLGULAR

1. Başvurunun Arka Planı

Başvuru, Bayan Fata Orlović (birinci başvuran) ve diğer 13 kişiden oluşan Bosna-Hersek vatandaşı bir aile tarafından yapılmıştır. Başvuranlar, birinci başvuranın eşi Ş.O. ve onun kardeşi M.O.'nun mirasçılarındırlar.

Başvuranlar, Ş.O. ve kardeşine ait olan birkaç şahsi ve tarımsal binalar, tarlar ve otlaklardan oluşan bir mülkiyette yaşamaktaydılar ve 1992-95 savaşı sırasında Konjević Polje'deki evlerinden kaçmak zorunda kalmış, ülkesinde yerinden edilmiş kişi haline gelmişlerdir. Ş.O. ve yirmiden fazla akrabası 1995 Srebrenitsa katliamında öldürülmüşlerdir.

2. Başvuruya Konu Olaylar

Drinjača Sırp Ortodoks Cemaati'nin talebi üzerine ilgili belediye, başvuranların arazisinin bir kısmını 1997 yılında kamulaştırmış ve kilise inşa edilmesi amacıyla bu Cemaate tahsis etmiştir. Başvuranlar, kamulaştırma işleminden hiçbir zaman haberdar edilmemiştir. Kilise, gerekli teknik evraklar olmaksızın 1998 yılında inşa edilmiştir. Bununla birlikte Aralık 2004 tarihinde, kiliseye imar izni verilmiştir.

Bosna-Hersek'te Barış İçin Genel Çerçeve Anlaşması (Dayton Barış Anlaşması) ile 1992-95 savaşı son verilmiştir. Bosna-Hersek'in kurucu unsurlarından biri olan Sırp Cumhuriyeti, Anlaşma'nın kişilerin köken meskenlerine serbestçe dönmesini ve

mülkiyetlerinin iadesini güvence altına alan 7 No.lu Eki'ni (Mülteciler ve Yerinden Edilen Kişiler Hakkında Anlaşma) uygulamak için 1998 yılında Mülkiyetin İadesi Yasası'nı çıkarmıştır.

Başvuran Šaban Orlović'in talebini takiben, Dayton Barış Anlaşması'nın 7 No.lu Eki uyarınca kurulan Yerinden Edilenlerin ve Sığınmacıların Taşınmaz Mal Talepleri Komisyonu (Komisyon), Ekim 1999 tarihinde, arazinin birinci başvuranın eşi Š.O.'ya ait olduğunu tespit etmiş ve 1992 tarihinden sonra gerçekleşen mülkiyetin rızaya aykırı naklinin veya kısıtlanmasının iptaline karar vermiştir. Karar, Š.O.'nun mirasçılarının bu kararın icrasının uygulanması talebinde bulundukları tarihten atmış gün sonra söz konusu arazinin mülkiyetini geri kazanma hakkına sahip olduklarını da tespit etmiştir. Komisyon kararları kesin ve ilgili makamlarca hemen icra edilebilir bir niteliktedir.

Ayrıca Sırp Cumhuriyeti Sığınmacılar ve Yerinden Edilen Kişiler Bakanlığı (Sığınmacılar Bakanlığı) da Kasım 2001 tarihinde, birinci başvuranın talebini takiben, Š.O.'nun kardeşiyle birlikte bu arazinin sahibi olduğunu belirtmiş ve arazinin derhal geri sahiplenilmesine hükmetmiştir.

Başvuranlar, belirlenmeyen bir tarihte, kilisenin bulunduğu parsel hariç olmak üzere mülkiyetin sahipliğini geri kazanmışlardır.

Birinci başvuran, Nisan 2003 tarihinde, Sığınmacılar Bakanlığından Komisyon'un Ekim 1999 tarihli kararının tam anlamıyla icrası talebinden bulunmuş; Sırp Ortodoks Cemaati'nden de eski halinde iadesi için arazisindeki kilisenin kaldırılmasını istemiştir. Başvuranlar, Nisan 2004 tarihinde, uyuşmazlığın dostane çözümü amacıyla Sırp Ortodoks Cemaati'nden yasadışı şekilde inşa edilen kilisenin başka bir yere taşınmasını talep etmiştir.

İlgili belediye başkanı, Ocak 2005 tarihinde, bahse konu parselin mülkiyetinin iadesi yerine bir miktar tazminat ödenmesini veya başka bir arazinin tahsis edilmesini teklif etmiş; ancak başvuranlar, taleplerini sürdürmüştür.

Başvuranlar, Eylül 2005 tarihinde, çeşitli kurumlara ve Sırp Ortodoks Cemaati'ne Komisyon kararının tam anlamıyla icrası hususunda yazı yazmıştır.

Bu arada birinci başvuran, Ekim 2002 tarihinde, kilisenin bulunduğu parselin mülkiyetini almak ve kilisenin kaldırılması için dava açmış; diğer başvuranlar da davaya katılmıştır. Başvuranlar, Nisan 2010 tarihli duruşmada taleplerini ıslah etmiş ve Ocak 2008 tarihli mahkeme dışı anlaşmanın geçerliliğinin tanınmasını talep etmişlerdir. Belirtilen anlaşma, başvuranların temsilcisi ile karşı tarafı temsilen Sırp Cumhuriyeti Başbakanı, onun danışmanı ve Zvornik-Tuzla Piskoposu arasında yapılmıştı. Buna göre karşı taraf, inşaat için başka bir arazinin sağlanmasından itibaren on beş gün içinde parseldeki kiliseyi kaldırarak; buna uyulmaması halinde anlaşma cebren icra edilecektir. Derece mahkemeleri, Ağustos 2014 tarihinde, davalarını nihai olarak reddetmiştir.

Ekim 2014 tarihinde Anayasa Mahkemesine yapılan anayasal başvuru ise Eylül 2017 tarihinde, dörde karşı beş oyla kabul edilemez bulunmuştur.

II – AİHM'E BAŞVURU VE İDDİALAR

30 Mart 2018 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) başvuru yapılmıştır.

Başvuranlar, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesine (mülkiyetin korunması) dayanarak, hukuka aykırı biçimde inşa edilen kilise arazilerinden kaldırılmadığı için mülkiyetlerini etkili biçimde kullanmalarının engellendiğinden şikâyet etmiştir.

Mahkeme kararları bakımından ise Sözleşme'nin 6/1 maddesine (adil yargılanma hakkı) de dayanmışlardır.

III – HUKUKİ DEĞERLENDİRME

Başvuranların söz konusu mülkün sahipleri oldukları ve mülkiyetin onlara geri verilmesi hakkını taşıdıkları konusunda bir anlaşmazlık yoktur (§ 50).

Taraf devletlerin Sözleşme'nin 1. maddesinden kaynaklanan pozitif yükümlülüğü, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi bağlamında, mülkiyet hakkını korumak için gerekli tedbirlerin alınmasını gerektirebilmektedir (bkz. *Broniowski/Polonya* [BD], B. No. 31443/96, § 143, AİHM 2004-V; *Ališić ve Diğerleri/Bosna-Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti* [BD], B. No. 60642/08, § 100, AİHM 2014; *Sargsyan/Azerbaycan* [BD], B. No. 40167/06, § 219, AİHM 2015). Bilhassa, bir başvuranın yetkililerden meşru şekilde beklediği tedbirler ile mülkiyetinden etkili biçimde istifadesi arasında doğrudan bir bağlantı olduğunda bu böyledir (bkz. *Öneryıldız/Türkiye* [BD], B. No. 48939/99, § 134, AİHM 2004-XII). Hatta ve hatta özel kişiler veya kuruluşlar arasındaki ilişkilerde bile devletin pozitif yükümlülüğü söz konusu olabilmektedir (§ 52; bkz. *Kotov/Rusya* [BD], B. No. 54522/00, 03/04/2012, § 109).

Davalı devletin, Ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesinde altındaki pozitif yükümlülüğünü yerine getirip getirmediğini tespit etmek için; ilgili kamusal menfaatlerin gerekleri ile başvuranın mülkiyet hakkı arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının incelenmelidir (§ 53; bkz., tümü yukarıda anılan, *Broniowski/Polonya* [BD], § 144; *Kotov/Rusya* [BD], § 110; *Ališić ve Diğerleri/Bosna-Hersek, Hırvatistan, Sırbistan, Slovenya ve Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti* [BD], § 101; *Sargsyan/Azerbaycan* [BD], § 220).

AİHM, başvuranların Dayton Barış Anlaşmasının 7 No.lu Eki uyarınca köken evlerinin iade edilmesi hakkına sahip bulunduklarını (§ 54) ve tam anlamıyla iade haklarının Komisyonun ve Sığınmacılar Bakanlığının Ekim 1999 ve Kasım 2001 tarihli kararlarıyla ortaya konulduğunu kaydetmiştir. Her iki karar da kesin ve icra edilebilir nitelikteydi ve derhal yeniden sahiplenme hakkı vermekteydi. Sırp Cumhuriyetinin ilgili makamları, Dayton Barış Anlaşmasının 7 No.lu Eki'nin VIII. maddesi ve Mülkiyetin İadesi Yasası gereğince Komisyon kararlarını uygulamak zorundaydı. AİHM, başvuranların şikâyetinin esasen, kamu makamlarının, mülkiyet haklarının tam

anlamıyla geri sağlanması yükümlülükleriyle ters düşen bir eylemsizliğine ilişkin olduğunu belirtmiştir (§ 55).

Arazi, daha sonrasında kilisenin bulunduğu parsel haricinde başvuranlara iade edilmiştir. Ancak başvurular, mülkiyeti tam anlamıyla yeniden sahiplenmeye tekrar tekrar çalışmışlarsa da bundan bir sonuç çıkmamıştır (§ 56).

AİHM, yetkililerin eylemsizliği sonucunda başvuranların uğradığı zararın, ilgili ilkelerin ışığında haklı kılınıp kılınmadığını değerlendireceğini belirtmiştir. Orantılılık değerlendirmesi, Sözleşme'nin haklara "fiilen ve etkili" bir koruma sağlamayı amaçladığı dikkate alındığında, çeşitli menfaatlerin bütüncül bir değerlendirmesini gerektirmektedir. Ayrıca, mülkiyet hakkının ihlalini ileri sürüldüğü her bir davada, devletin eylemi ve eylemsizliği neticesinde ilgili kişinin orantısız bir yüke katlanmak zorunda kalıp kalmadığı belirlenmelidir (§ 57; bkz. *Szkórits/Macaristan*, B. No. 58171/09, 16/09/2014, §§ 39 ve 40).

Davalı devletin başvuranların mülkiyet haklarından etkili şekilde istifade etmelerini sağlama yükümlülüğü, Ekim 1999 ve Kasım 2001 tarihli kararların icrasını sağlayacak fiili adımlar atmasını zorunlu kılmaktaydı. Yetkili makamlar bunun yerine, kilisenin başvuranların arazisinde kalmasına fiilen izin vererek (2004 yılındaki imar izniyle sonuçlanan süreç kastediliyor) ilk başta tam tersini yapmıştır (§ 58).

AİHM, mülkiyetin geri kazanılması için açılan dava sürecinde, başvuranların mahkeme dışında bir anlaşma yaptıklarını ileri sürdüklerinin ve taleplerini ıslah ettiklerinin de altını çizmiştir. Başvuranların talebi, derece mahkemeleri ve Anayasa Mahkemesi tarafından nihayetinde reddedilmiştir (§ 59).

Başvuranlar, arazilerinin mülkiyetinin tam anlamıyla geri kazanmalarını emreden nihai iki karara rağmen; Sözleşme ve protokollerin Bosna-Hersek tarafından onaylanmasının 17 yıl sonrasında, mülkiyetlerinden istifade etmekten halen alıkonulmaktadır (§ 60).

Bir kararın icrasındaki gecikme, belli şartlarda haklı kılınabilmekle birlikte (bkz. *Burdov/Rusya*, B. No. 59498/00, § 35, AİHM 2002-III); AİHM, yetkililerin eylemsizliği hakkında Hükümetin herhangi bir açıklama sunmadığını kaydetmiştir. 1999 ve 2001 tarihli kararların icrasındaki böylesine uzun bir gecikme, mülkiyet haklarının hayata geçmesi noktasında başvuranları belirsizlik hali içinde bırakmıştır. Başvuranlar bu itibarla, yetkililerin nihai ve kesin kararlara uymadaki başarısızlığı sonucunda, ciddi bir mülkiyet hakkı mahrumiyetine uğramıştır (§ 61; bkz. *Szkórits/Macaristan*, yukarıda anılan, § 45).

Yukarıdaki hususların bütünü dikkate alan AİHM, başvuranların orantısız ve aşırı bir yüke katlanmak zorunda bırakıldıklarını ve bu nedenle de 1 No.lu Protokolün 1. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir (§ 62).

Mülkiyet hakkı altında ulaşılan sonuç dolayısıyla, başvuranların 6. madde şikâyetlerinin ayrıca incelenmesine gerek görülmemiştir (§ 66).

IV – Bağlayıcı Etki ve İnfaz (46. Madde)

Taraf devletler, Sözleşme'nin 46. maddesi uyarınca, AİHM'in kendileri hakkında verdiği ve icra süreci Bakanlar Komitesi tarafından takip edilen nihai kararlara uymayı taahhüt etmiştir. Bundan, davalı devletin yalnızca adli tazmin olarak hükmedilen miktarları ödeme değil; Bakanlar Komitesinin denetimine bağlı şekilde, AİHM'in bulunduğu ihlale son verecek ve etkilerini mümkün olduğu ölçüde giderecek genel ve/veya uygun durumlarda özel tedbirleri ulusal hukuk düzeni içinde karar verme yükümlülüğü de olduğu anlaşılmaktadır (bkz. *Scozzari ve Giunta/İtalya* [BD], B. No. 39221/98 ve 41963/98, § 249, AİHM 2000-VIII). Ayrıca, Sözleşme'nin 46. maddesindeki yükümlülüğünü yerine getirirken ulusal hukuk düzeninde kullanılacak yolları seçmek ilk planda ilgili devlete aittir (§ 68; bkz. *Öcalan/Türkiye* [BD], B. No. 46221/99, § 210, AİHM 2005-IV).

AİHM bununla birlikte, Sözleşme'nin 46. madde altındaki yükümlülüklerin yerine getirilmesine yardımcı olmak açısından, tespit edilen ihlale son vermek için alınabilecek bireysel ve/veya genel tedbirleri istisnaen belirtebilmektedir (§ 68; bkz. *Scozzari ve Giunta/İtalya* [BD], B. No. 39221/98 ve 41963/98, § 249, AİHM 2000-VIII).

AİHM, başvuruların davasının özel koşullarında, Komisyon'un Ekim 1999 ve Sığınmacılar Bakanlığının Kasım 2001 tarihli kararlarının uygulanmasını sağlamak amacıyla, davalı devletin özellikle kilisenin başvuruların arazisinden kaldırılmasını da içeren gerekli tüm tedbirleri gecikmeksizin ve bu kararın kesinleşmesinden sonraki üç ay içinde alması gerektiğini değerlendirmektedir (§ 71).

IV – Adil Tazmin (41. Madde)

Başvuranlar, maddi tazminat olarak 10.000'er avro (EUR) talep etmişler, manevi tazminat talebinde bulunmamışlardır (§ 73).

AİHM, araziye kullansalardı ne kadar bir kazanç elde edeceklerine dair delil yokluğu itibarıyla arazinin tarımsal amaçlı kullanamama dolayısıyla uğradıkları zararın net bir hesaplamasını yapamamakla birlikte; derhal iadesi yönündeki iki karara rağmen bu arazinin bir kısmını kullanmalarına engel olunması nedeniyle doğal olarak bir miktar maddi kayba uğramış olmaları gerektiğine dikkat çekmiştir (bkz., gerekli uyarlamalarla, *Assanidze/Gürcistan* [BD], B. No. 71503/01, § 200, AİHM 2004-II). Konjević Polje'deki mülke dönen tek kişi olmasından dolayı, birinci başvuranın maddi kaybının çok daha kayda değer olduğu değerlendirilmiştir. Bu nedenle, maddi tazminata ilişkin olarak birinci başvuran lehine 5.000 ve kalan başvuruların her biri için 2.000 EUR'ya hükmedilmiştir (§ 75).

Kısmi Muhalif Görüş

Yargıç Jon Fridrik Kjølbro, kararının yerine getirilmesi için alınması gereken bireysel tedbirin belirtilmesi yönüyle karara kısmen muhalif kalmıştır.

Yargıç Kjølbroya göre, AİHM önündeki dava, yalnızca başvuruları değil; bu süreçte dâhil olmayan üçüncü bir tarafı, Sırp Ortodoks Cemaati'ni de ilgilendirmekteydi. AİHM, kilisenin kaldırılmasına hükmetmek suretiyle, yargılama esnasında görüşlerini açıklama ve menfaatlerini savunma imkânı bulamayan Ortodoks Cemaati aleyhine olarak uyuşmazlığı karara bağlamıştır. Yargıç Kjølbroya, kararın icrası hususuna, gerekli usulî teminatların ve menfaatlerin dengelenmesinin gerçekleştirileceği ulusal süreçte yerel makamlar tarafından karar verilmesi gerektiği düşüncesindedir. Kısmi muhalif görüşünde, kararın icrasının üçüncü bir tarafı etkilememiş olsaydı, AİHM'in arazinin iade edilmesi yönündeki hükmünde bir sorun görmeyeceğini ifade etmiştir.

Yargıç, bir mülkiyetin iadesinin kimi zaman, diğer şeylerin yansısı üçüncü kişilerin hak ve menfaatlerinden dolayı fiilen ya da hukuken mümkün olmayabileceğini hatırlatmıştır. AİHM bu durumlarda, bahse konu mülkiyetin iadesine veya seçenek olarak mülkiyetin gerçek değerine eşit miktarda tazminatın ödenmesini istemiştir (bkz. *Zwierzyński/Polonya* (adil tazmin), B. No. 34049/96, 02/07/2002, §§ 13-16; *Hodoş ve Diğerleri/Romanya*, B. No. 29968/96, 21/05/2002, §§ 72-73; *Scordino/İtalya* (no. 3) (adil tazmin), B. No. 43662/98, 06/03/2007, §§ 37-38; *Budescu ve Petrescu/Romanya*, B. No. 33912/96, 02/07/2002, §§ 53-54; *Cretu/Romanya*, B. No. 32925/96, 09/07/2002, §§ 59 ve 60; *Bălănescu/Romanya*, B. No. 35831/97, 09/07/2002, §§ 36 ve 37).

Yargıç Kjølbroya sonuç olarak, Mahkeme'nin bu davada da kilisenin kaldırılmasına ve mülkiyetin iadesine ya da seçenek olarak söz konusu arazinin gerçek değerine eşit miktarda bir tazminatın ödenmesine hükmetmesinin uygun olacağı kanaatindedir.

Yargıç öte yandan, şikâyet konusu tedbirin, devletin 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi altındaki pozitif veya negatif yükümlülüğü bağlamında değerlendirilmesi gerekip gerekmediğini merak etmektedir. Bu noktada AİHM'in yaklaşımının istikrarlı olmadığını ve kesin ve bağlayıcı kararlara uyulmamasına yönelik kimi davalarda, devletin eylemsizliğinin başvuranın mülkiyet hakkına bir müdahale şeklinde ele alındığını belirtmiştir (bkz. *Iatridis/Yunanistan* [BD], B. No. 31107/96, § 55, AİHM 1999-II; *Antonetto/İtalya*, B. No. 15918/89, 20/07/2000, § 34; *Frascino/İtalya*, B. No. 35227/97, 11/12/2003, § 32; *Paudicio/İtalya*, B. No. 77606/01, 24/05/2007, § 42; *Păduraru/Romanya*, B. No. 63252/00, § 92, AİHM 2005-XII (extracts); *Viaşu/Romanya*, B. No. 75951/01, 09/12/2008, § 59).