



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

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

BÜYÜK DAİRE

CENEVRE SENDİKAL EYLEM TOPLULUĞU (CGAS) / İSVİÇRE DAVASI

(Başvuru No. 21881/20)

KARAR

Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrası • İç hukuk yollarının tüketilmesi • Sözleşme'nin 34. maddesi • Mağdur • Pandemi sürecinin başlangıcında iki buçuk ay süreyle davalı Devletin topraklarında kamuya açık etkinlikleri yasaklayan Covid-19 ile mücadele tedbirleri • İlgili Federal Yönetmeliği'nin istisnalara izin vermesi nedeniyle "genel bir tedbir" teşkil etmeyen itiraz edilen yasak • Başvuran derneğin, resmi bir karar almadan önce kamuya açık bir etkinliği düzenlenmesi için izin almaya yönelik talebini takip etmemesi ve bu türden başka herhangi bir talep sunmaması, böylelikle "doğrudan mağdur" sıfatından ve ulusal mahkemelere başvurma imkânından yoksun bırakılması nedeniyle gerekçesiz karar • Federal Meclis ve Federal Konseyin normatif işlemlerinin, her düzeydeki yargı makamları tarafından mevcut davanın olağan incelemesi çerçevesinde ön denetim yoluyla üst düzey hukuki hükümlerle uyumluluğunun incelenmesi imkânı • Yargılanabilir kişiler için doğrudan erişilebilir olan ve gerektiği takdirde, itiraz edilen hükmün anayasaya aykırı olduğuna karar verilmesine imkân veren başvuru yolu • Bir kanunun sözleşmeye uygunluğunu incelemeye imkân veren bir başvuru yolunun etkinliği hakkında karar vermek için belirleyici olmayan, öngörülen etkinlik tarihinden önce yargısal denetimin yapılması gerekliliği • Başvuran derneği, olayların meydana geldiği dönemde, iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünden muaf tutan özel koşulların bulunmaması • Mahkemenin temel olarak ikincil görevinin önemi • Sağlık politikası konusunda Devletin kapsamlı takdir yetkisi • Covid-19 pandemisinin daha önce görülmemiş durumu ve çok hassas bağlamı göz önünde bulundurulduğunda, yetkili ulusal makamların, söz konusu çatışan özel ve kamusal menfaatler arasında veya Sözleşme'yle korunan farklı haklar arasında bir denge kurma olanağına sahip olmalarının önemi • İç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez başvuru

STRAZBURG

27 Kasım 2023

İşbu karar kesinleşmiştir. Bazı şekli düzeltmelere tabi tutulabilir.

İÇİNDEKİLER

BÜYÜK DAİRE.....	1
USUL.....	3
GİRİŞ.....	5
OLAY VE OLGULAR.....	5
I. GENEL BAĞLAM	5
II. ULUSAL BAĞLAM.....	7
III. DAVANIN KOŞULLARI.....	9
A. Başvuran Tarafından 1 Mayıs 2020 Tarihinde Bir Etkinliğin Düzenlenmesi Amacıyla Yapılan Girişimler	9
B. 2 Sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin İsviçre'deki Etkinliklerin Düzenlenmesi Üzerindeki Etkisi	9
İLGİLİ HUKUKÎ ÇERÇEVE VE UYGULAMASI.....	10
I. İÇ HUKUK KURALLARI VE UYGULAMASI	10
A. Federal Anayasa.....	10
B. İlgili Mevzuat.....	11
C. İlgili Uygulama	17
1. Kantonal normatif işlemlerin üst düzey hukuka uygunluğunun denetlenmesini amaçlayan başvuru	17
2. Federal kararlara dayalı uygulama işlemleri hakkında yapılan sıradan başvurular	18
a) “İklim Grevi” olarak adlandırılan dava	18
i. Cenevre Kantonu Adalet Divanı İdare Dairesi tarafından 18 Ağustos 2020 tarihinde verilen karar.....	18
ii. 12 Ağustos 2021 tarihli Federal Mahkemesi kararı.....	20
b) 2D_32/2020 nolu dava: Federal Mahkemenin 24 Mart 2021 tarihli kararı.....	21

CENEVRE SENDİKAL EYLEM TOPLULUĞU (CGAS) / İSVİÇRE KARARI

II.	ULUSLARARASI HUKUK UNSURLARI	21
A.	Birleşmiş Milletler	21
B.	Avrupa Konseyi	23
C.	Avrupa Birliği	26
III.	KARŞILAŞTIRMALI HUKUK UNSURLARI	28
	HUKUKİ DEĞERLENDİRME	29
I.	BÜYÜK DAİRE ÖNÜNDEKİ DAVANIN KONUSU HAKKINDA	29
II.	HÜKÜMETİN İLK İTİRAZLARI HAKKINDA	32
A.	Başvuranın Mağdur Sifatının Bulunmadığı İddiası Hakkında.....	32
1.	Büyük Daire Nezinde Hükümet Tarafından Sunulan İddialar	32
2.	Büyük Daire Nezinde Başvuran Tarafından Sunulan İddialar	33
3.	Müdahil Taraflar	34
a)	Fransız Hükümeti	34
b)	Assas Uluslararası Hukuk Kliniği (“AUHK”).....	35
c)	Uluslararası Af Örgütü	36
4.	İlgili Dairenin Kararı	36
5.	Mahkemenin Değerlendirmesi	36
a)	Mahkemenin İçtihadından Doğan Genel İlkeler	36
b)	Mevcut davada yukarıda belirtilen ilkelerin uygulanması	38
B.	İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Hakkında	42
1.	Büyük Daire Nezinde Hükümet Tarafından Sunulan İddialar	42
2.	Büyük Daire Nezinde Başvuran Tarafından Sunulan İddialar	44
3.	İlgili Dairenin Kararı	45

Cenevre Sendikal Eylem Topluluğu (CGAS)/İsviçre davasında,

Başkan

Síofra O’Leary,

Hâkimler

Marko Bošnjak,

Gabriele Kucsko-Stadlmayer,

Pere Pastor Vilanova,

Arnfinn Bårdsen,

Krzysztof Wojtyczek,

Egidijus Kūris,

Branko Lubarda,

Armen Harutyunyan,

Stéphanie Mourou-Vikström,

Pauliine Koskelo,

Tim Eicke,

Lətif Hüseynov,

María Elósegui,

Ioannis Ktistakis,

Andreas Zünd,

Diana Sârcu

ve *Yazı İşleri Müdür Yardımcısı* Abel Campos’un katılımıyla toplanan

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Büyük Daire Heyeti,

12 Nisan ve 13 Eylül 2023 tarihlerinde kapalı oturumla gerçekleştirilen müzakerelerin ardından,

13 Eylül 2023 tarihinde, aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. İsviçre Konfederasyonu aleyhine açılan davanın temelinde, İsviçre hukukuna tabi bir dernek olan Cenevre Sendikal Eylem Topluluğunun (CGAS) (“başvuran” ya da “başvuran dernek”), 26 Mayıs 2020 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme’nin (“Sözleşme”) 34. maddesi uyarınca Mahkemeye yapmış olduğu bir başvuru (no. 21881/20) bulunmaktadır.

2. Başvuran, Cenevre Barosuna bağlı Avukat O. Peter ve C. Moreau ile Lausanne Barosuna bağlı Avukat G. Genton tarafından temsil edilmiştir. İsviçre Hükümeti (“Hükümet”), Federal Adalet Dairesi görevlisi A. Chablais tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvuran dernek, koronavirüsle mücadele etmeye yönelik tedbirlere ilişkin 2 sayılı Yönetmeliğin (“2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği”) uygulandığı süre boyunca, yani 17 Mart ila 30 Mayıs 2020 tarihleri arasında koronavirüs ile mücadele kapsamında, Hükümet tarafından kabul edilen tedbirlerin etkisiyle kamuya açık toplantı düzenleme ve bu tür toplantılara katılma hakkından yoksun bırakılmasından şikâyet etmekteydi.

4. Başvuru, 11 Eylül 2020 tarihinde, Hükümete bildirilmiştir.

5. Başvuru, Mahkemenin Üçüncü Bölümüne tahsis edilmiştir (Mahkeme İç Tüzüğü’nün 52. maddesinin 1. fıkrası; “İç Tüzük”). Başkan Georges Ravarani, Hâkimler Georgios A. Serghides, Darian Pavli, Anja Seibert-Fohr, Peeter Roosma, Andreas Zünd, Frédéric Krenc ve Bölüm Yazı İşleri Müdürü Milan Blaško’nun katılımıyla oluşturulan söz konusu Bölümün bir Dairesi, 15 Mart 2022 tarihinde, oy çokluğuyla başvurunun kabul edilebilir olduğunu bildirdiği ve üçe karşı dört oyla Sözleşme’nin 11. maddesinin ihlal edildiği sonucuna vardığı bir karar vermiştir. Söz konusu kararın ekinde, Hâkim Pavli’nin katıldığı, Hâkim Krenc’in sunduğu mutabakat şerhi ve Hâkimler Ravarani, Seibert-Fohr ve Roosma’nın sundukları ortak ayrık görüşün bir açıklaması yer almaktadır.

6. Hükümet, 10 Haziran 2022 tarihinde, Sözleşme’nin 43. maddesi uyarınca davanın Büyük Daire’ye gönderilmesini talep etmiştir. Büyük Daire heyeti, 5 Eylül 2022 tarihinde, bu talebi kabul etmiştir.

7. Büyük Dairenin oluşumu, Sözleşme’nin 26. maddesinin 4 ve 5. fıkralarına ve İç Tüzüğün 24. maddesine uygun olarak belirlenmiştir.

8. Hem başvuran hem de Hükümet davanın kabul edilebilirliği ve esası hakkında yazılı görüşlerini sunmuştur (Mahkeme İç Tüzüğü’nün 59. maddesinin 1. fıkrası). Büyük Daire Başkanı’nın üçüncü taraf olarak yazılı yargılama sürecine katılmaya izin verdiği Fransa Hükümeti, Assas Uluslararası Hukuk Kliniği ve Uluslararası Af Örgütü tarafından da görüşler alınmıştır (Sözleşme’nin 36.

maddesinin 2. fıkrası ve İç Tüzüğün 44. maddesinin 3. fıkrası ve 71. maddesinin 1. fıkrası).

9. Strazburg’da, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi önünde, 12 Nisan 2023 tarihinde kamuya açık bir duruşma gerçekleştirilmiştir.

Mahkeme huzurunda hazır bulunanlar:

– *Hükümet adına*

A. Chablais, *görevli*,

A. Scheidegger,

I. REYSER,

M. GERBER,

P. MATHYS,

L. LUCHETTA MYİT, *danışmanlar*;

– *Başvuran adına*

O. PETER,

C. MOREAU, *danışmanlar*.

Mahkeme, Chablais, Peter ve Moreau ile Luchetta Myit’in beyanlarını dinlemiştir.

GİRİŞ

10. Başvuru, Sözleşme’nin 11. maddesi açısından, İsviçre Hükümeti tarafından 17 Mart ila 30 Mayıs 2020 tarihleri arasında yürürlükte olan koronavirüs 2019 (“Covid-19”) hastalığı ile mücadele bağlamında alınan tedbirler ile ilgilidir.

OLAY VE OLGULAR

I. GENEL BAĞLAM

11. Çin’in Wuhan şehrinde, 2019 yılının Aralık ayında, o dönemde viral ve nedeni bilinmeyen olarak tanımlanan bir zatürre salgını ortaya çıkmıştır. Çin sağlık otoriteleri ve Dünya Sağlık Örgütü (“DSÖ”) tarafından 9 Ocak 2020 tarihinde, yeni bir koronavirüsün ortaya çıktığı resmen duyurulmuştur.

12. Çin’de ve dünya çapında Covid-19 ile enfekte olduğu teyit edilen vakaların sayısı hızla artmıştır ve DSÖ, 30 Ocak 2020 tarihi itibarıyla hastalığı uluslararası kapsamında bir halk sağlığı acil durumu olarak ilan etmiştir. DSÖ, 11 Mart 2020 tarihinde, pandemi ilan etmiştir.

13. Ulusal ve uluslararası sağlık kuruluşları, özellikle maske takılması, ellerin düzenli olarak yıkanması veya hidroalkolik solüsyonun kullanılması, el sıkışmadan selamlaşılması, herhangi bir kişiyle en az 1,50 m mesafenin korunması ve yaşam alanlarının havalandırılması gibi önleyici davranışlara uyulmasını tavsiye etmişlerdir.

14. Avrupa Birliğinin Avrupa'nın bulaşıcı hastalıklara karşı korunmasını güçlendirmekle görevli olan bir ajansı Avrupa Hastalık Önleme ve Kontrol Merkezi ("ECDC"), 12 Mart 2020 tarihinde, AB ve AEA ülkelerini virüsün yayılması ile ilgili riskler hakkında uyarmış ve pandeminin etkisini azaltmak için kamu sağlığına ilişkin tedbirlerin alınması gerektiğini ileri sürmüştür. Avrupa Hastalık Önleme ve Kontrol Merkezi, özellikle semptomatik kişilerin derhal izole edilmesi, kitlesel toplanmaların ertelenmesi ve iş yerlerinde sosyal mesafenin sağlanması da dâhil olmak üzere sosyal mesafe ile ilgili tedbirler önermiştir (aşağıda 69. paragraf).

15. Çok sayıda ülke, 2020 yılı bahar dönemi boyunca, acil sağlık durumu ilan etmiş ve halkın eve kapanması da dâhil olmak üzere özel koruma tedbirleri getirmiştir.

16. DSÖ tarafından yayımlanan raporlara göre, 30 Nisan 2020 tarihi itibarıyla dünya çapında 3 milyondan fazla koronavirüs enfeksiyon vakası ve yaklaşık 220.000 ölüm teyit edilmiştir. Avrupa Devletleri, tek başlarına, dünya çapında enfeksiyonların neredeyse yarısını ve ölümlerin üçte ikisini oluşturuyorlardı¹.

17. DSÖ, 31 Aralık 2020 tarihinde, acil durumlar için prosedür kapsamında Covid-19'a karşı ilk aşığı onaylamıştır².

18. DSÖ, 5 Mayıs 2023 tarihinde, hastalığın etkilerini önlemeye imkân veren büyük aşılama kampanyasının (dünya çapında 13 milyar dozdan fazla aşı uygulanmıştır) ardından, Covid-19'un uluslararası bağlamda acil kamu sağlığı olarak sınırlandırılmasını kaldırmıştır. Söz konusu tarihe kadar, dünya çapında, 766 milyondan fazla Covid-19 vakası ve yaklaşık 7 milyon ölüm kaydedilmiştir.

¹ Bk. 101 No.lu durum raporu (Nisan 2020): <https://www.who.int/emergencies/diseases/novel-coronavirus-2019/situation-reports>

² <https://www.who.int/fr/news/item/31-12-2020-who-issues-its-first-emergency-use-validation-for-a-covid-19-vaccine-and-emphasizes-need-for-equitable-global-access>

II. ULUSAL BAĞLAM

19. Covid-19, İsviçre topraklarında ilk kez 25 Şubat 2020 tarihinde, Ticino kantonunda tespit edilmiştir.

20. Federal Halk Sağlığı Ofisi (“FOPH”) tarafından yayımlanan verilere göre, 2020 yılının Nisan ayının sonunda, İsviçre’de yaklaşık 29.000 vaka teyit edilmiş ve hastalığa bağlı 1.427 ölüm kaydedilmiştir. Cenevre kantonu, laboratuvarında teyit edilmiş 4.949 vaka ve 263 ölüm kaydetmiştir³.

21. Federal Konseyi, 28 Şubat 2020 tarihinde, pandemiyle başa çıkmak amacıyla, var olan durumun Salgın Hastalıklar Kanunu’nun 6. maddesinin 1. fıkrasının b) bendi anlamında “özel bir durum” olduğunu ilan etmiş ve söz konusu aynı tarihte, aynı anda 1.000’den fazla kişiyi kabul eden kamuya açık veya özel etkinlikleri yasaklayan koronavirüsle mücadeleye yönelik tedbirlere ilişkin Yönetmeliği kabul etmiştir.

22. Federal Konseyi, 13 Mart 2020 tarihinde, 28 Şubat 2020 tarihli Yönetmeliği, okulların, yüksekokulların ve diğer eğitim kurumlarının kapatılmasına karar veren ve 100 kişiden fazla kamuya açık veya özel etkinlikleri yasaklayan 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği’yle değiştirmiştir. Bu Yönetmelik, 7. maddenin a) fıkrasında, özellikle siyasi hakların veya eğitim haklarının kullanılmasını amaçlayan etkinlikler için bazı istisnaların yetkili kanton makamı tarafından getirilebileceğini öngörmekteydi.

23. Federal Konseyi, 17 Mart 2020 tarihinde, Salgın Hastalıklar Kanunu’nun 7. maddesi anlamında, “olağanüstü durum” ilan etmiş ve 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği’nin giriş bölümünü değiştirmiştir. Bu temele dayanarak, Federal Konseyi, özellikle tüm kamuya açık ve özel etkinlikleri yasaklamış ve mağazalar, pazarlar, restoranlar, müzeler ve sinemalar gibi kamu kurumlarının ve işletmelerin kapatılmasına karar vermiş, ancak market, banka, benzin istasyonu ve oteller de dâhil olmak üzere bazı kuruluşların açılma olasılığını açıkça ileri sürmüştür (aşağıdaki 42. paragraf).

³ Bk. Güvenlik, İstihdam ve Sağlık Departmanı tarafından yayımlanan “Haftalık epidemiyolojik ayrıntılar, 27 Nisan ila 3 Mayıs 2020 haftası”: <https://www.ge.ch/document/covid-19-bilan-epidemiologique-detaille>

24. 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği, “Ceza Hükümleri” başlığı altında, öngördüğü tedbirlere kasten karşı çıkan herhangi birinin, ilgili ceza kanunu anlamında daha fazla suç işlemedikçe, üç yıl özgürlükten yoksun bırakıcı bir ceza veya para cezası ile cezalandırılacağını öngörmektedir.

25. Federal Konseyi, 21 Mart 2020 tarihinde, kamusal alanda beşten fazla kişinin toplanmasını yasaklayarak bu tedbirleri daha da sıkılaştırmıştır. Federal Konseyi, 8 Nisan 2020 tarihinde, tedbirleri 26 Nisan 2020 tarihine kadar bir hafta uzatmıştır (aşağıda 43. paragraf).

26. Federal Konseyi, 29 Nisan 2020 tarihinde, 11 Mayıs 2020 tarihinden itibaren geçerli olmak üzere acil tedbirlerin büyük bir kısmının gevşetildiğini bildirmiştir. Mağazalar, restoranlar, pazarlar, müzeler ve kütüphanelerin yeniden açılmasına izin verilmiştir. İlkokul ve ortaokul sınıfların yüz yüze eğitime yeniden başlamasına izin verilmiştir.

27. Federal Konseyi, 20 Mayıs 2020 tarihinde, – özel veya dini topluluktaki – dini kutlamaların, uygun koruma tedbirlerine uyulması koşuluyla, 28 Mayıs 2020 tarihinden itibaren yeniden başlayabileceğini bildirmiştir.

28. Federal Konseyi, 27 Mayıs 2020 tarihinde, tedbirlerin hafifletilmesinde yeni bir safhaya geçilmesine karar vermiştir: Toplanma yasağı, 30 Mayıs 2020 tarihinden itibaren esnetilmiş (en fazla 30 kişi); özel ve kamuya açık etkinliklere 6 Haziran 2020 tarihinden itibaren 300 kişiye kadar yeniden izin verilmiş (örneğin aile kutlamaları, fuarlar, konserler, tiyatro etkinlikleri veya film gösterimleri); siyasi toplantılar da yeniden mümkün olmuştur. 1000’den fazla kişinin bir araya geldiği etkinlikler Ağustos ayı sonuna kadar yasaklanmıştır. 20 Haziran 2020 tarihinde, maske zorunluluğu devam etmesine rağmen etkinlik yasağı kaldırılmıştır.

29. İsviçre’de, tedavi edici ürünlere izin vermekle ve bu ürünleri takip etmekle yükümlü olan yetkili makam (*Swissmedic*), 19 Aralık 2020 tarihinde, ilk Covid-19 aşısına izin vermiştir⁴.

⁴ https://www.swissmedic.ch/swissmedic/fr/home/news/coronavirus-covid-19/covid-19-impfstoff_erstzulassung.html

III. DAVANIN KOŞULLARI

30. Başvuran, İsviçre hukukuna bağlı, 1962 yılında kurulan bir dernektir ve merkezi Cenevre’de bulunmaktadır. Başvuran, Cenevre kantonundaki tüm sendikaları bir araya getirmektedir ve ilgilinin yasaya uygun amacı, özellikle sendikal ve demokratik özgürlükler alanında işçilerin ve üye örgütlerin menfaatlerini savunmaktır.

A. Başvuran Tarafından 1 Mayıs 2020 Tarihinde Bir Etkinliğin Düzenlenmesi Amacıyla Yapılan Girişimler

31. Başvuran derneğin organizasyon komitesi, 19 Mart 2020 tarihli bir bildiriyle, sağlık krizini ve yürürlükte olan kısıtlamaları dikkate alarak, 1 Mayıs 2020 tarihi için öngörülen geleneksel anma kortejini düzenlemekten vazgeçtiğini bildirmiştir.

32. Başvuran derneğin daimi sekreteri L.F. 14 Nisan 2020 tarihinde, 1 Mayıs 2020 tarihinde saat 12.00’de Cenevre’deki Mont-Blanc köprüsü üzerinde 20 kişilik statik bir toplantı için izin talebini sunmuştur.

33. Güvenlik, İstihdam ve Sağlık Departmanı (“Departman”), belirtilmeyen bir tarihte, başvuran dernek ile telefonla iletişime geçmiş ve 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği anlamında iznin reddedilebileceğinin bilgisini vermiştir.

34. L.F. 22 Nisan 2020 tarihli bir e-posta ile, Departmana, başvuran derneğin toplantıyı düzenlemekten vazgeçtiğine dair bilgi vermiştir.

35. Başvuran dernek, vatandaşları pencere ve balkonlarda “ses çıkararak” dayanışmalarını göstermeye davet ederek Mont-Blanc köprüsünün korkuluğuna bir pankart asmakla yetinmiştir.

B. 2 Sayılı Covid-19 Yönetmeliği’nin İsviçre’deki Etkinliklerin Düzenlenmesi Üzerindeki Etkisi

36. 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği’nin uygulandığı süre boyunca, Cenevre kantonu da dâhil olmak üzere on kantondaki farklı kuruluşlar (dernekler, siyasi partiler, ibadethaneler vb.), 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği’nin 7. maddesi uyarınca etkinlik yapma yasağına yönelik istisnalara ilişkin birçok talepte bulunmuşlardır. Yetkili idare makamları, altı kantonda (Argovie, Berne, Bâle-Campagne, Grisons, Lucerne ve Zurich), bazı istisnaları kabul etmiştir.

37. Hükümet tarafından 12 Nisan 2023 tarihli kamuya açık duruşmanın (yukarıda 9. paragraf) sonucunda yapılan talebe cevaben 8 Mayıs 2023 tarihinde verilen bilgilere göre, yerel toplantılar, bilgilendirme toplantıları, dini toplantılar, eğitim kursları gibi etkinliklere ve spor ve meslek dernekleri tarafından düzenlenen etkinliklere, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin uygulandığı süre boyunca birçok kantonda kamusal alanda izin verilmiştir. Makamların istisna taleplerini reddetmesi durumunda, toplantıları düzenleyenler, öngörülen etkinlikten gönüllü olarak vazgeçmişlerdir. İstisna talebine ilişkin yetkili makamların resmi reddi ile ilgili olarak, yalnızca bir durumda adli makamlara başvurulmuş ve "iklim grevi" isimli bir davaya neden olmuştur (bk. aşağıda §§ 52-61).

İLGİLİ HUKUKÎ ÇERÇEVE VE UYGULAMASI

I. İÇ HUKUK KURALLARI VE UYGULAMASI

A. Federal Anayasa

38. Federal Anayasa'nın ilgili hükümleri aşağıdaki şekildedir:

Madde 22: Toplantı Özgürlüğü

1. Toplantı özgürlüğü güvence altına alınmıştır.
2. Herkes, toplantı düzenleme, toplantıya katılıp katılmama hakkına sahiptir."

Madde 189: Federal Mahkemenin Yetkileri

- "1. Federal Mahkeme:
- a. Federal hukukun
 - b. Uluslararası hukukun
 - c. Kantonlar arası hukukun
 - d. Kantonal anayasal hakların
 - e. Belediyelerin özerkliğinin ve kantonlar tarafından kamu hukuku şirketlerine verilen diğer güvencelerin;
 - f. Siyasi haklara ilişkin federal ve kantonal hükümlerin ihlal edilmesine ilişkin başvuruları inceler.
2. Federal Mahkeme, Konfederasyon ile kantonlar veya kantonların kendi arasındaki anlaşmazlıkları inceler.
3. Kanun, Federal Mahkemeye başka yetkiler de verebilir.
4. Federal Meclisin ve Federal Konseyin eylemleri, Federal Mahkemenin önüne getirilemez. İstisnalar Kanun tarafından belirlenmiştir."

Madde 190: Uygulanabilir Hukuk

“Federal Mahkeme ve diğer yetkili makamlar, federal kanunları ve uluslararası hukuku uygulamakla yükümlüdürler.”

39. 17 Haziran 2005 tarihli Federal Mahkeme Kanunu’nun ilgili bölümleri (bundan böyle “LTF” olarak anılacaktır) aşağıdaki gibidir:

B. İlgili Mevzuat

Bölüm 3: Kamu Hukuku İtirazları

Madde 82: İlke

“Federal Mahkeme:

- a. Kamu hukuku davalarında verilen kararlara;
- b. Normatif kantonal işlemlere;
- c. Vatandaşların oy verme hakkı ve seçimler ve halk oylarına ilişkin sunulan itirazları inceler.”

4. Kısım: İtiraz Prosedürü

“(…)”

Bölüm 2: İtiraz Gerekçeleri

Madde 95: İsviçre Hukuku

“İtiraz:

- a. Federal hukukun,
- b. Uluslararası hukukun,
- c. Kantonal anayasal hakların,
- d. Vatandaşların oy kullanma hakkına ve seçimler ve halk oylarına ilişkin kantonal hükümlerin,
- e. Kantonlar arası hukukun ihlal edilmesi nedeniyle sunulabilir.”

40. Bulaşıcı insan hastalıkları ile mücadele etmeye ilişkin olarak, 28 Eylül 2012 tarihli Federal Kanun’un (“Salgın Hastalıklar Kanunu”) ilgili hükümleri aşağıdaki şekildedir:

Madde 1: Konu

“Mevcut Kanun, kişinin bulaşıcı hastalıklara karşı korunmasını düzenler ve bu amaçla gerekli tedbirleri öngörür.”

Madde 2: Amaç

“1. Mevcut Kanun’un amacı, bulaşıcı hastalıkların ortaya çıkmasını ve yayılmasını önlemek ve bunlarla mücadele etmektir.

(…)”

Madde 6: Özel durum

“1. Özel durum, aşağıdaki hallerde mevcuttur:

CENEVRE SENDİKAL EYLEM TOPLULUĞU (CGAS) / İSVİÇRE KARARI

- a. Olağan yürütme organları bulaşıcı bir hastalığın ortaya çıkmasını ve yayılmasını önleyememesi ve bunlarla mücadele edememesi ve aşağıdaki risklerden birinin olması:
 1. Yüksek enfeksiyon ve yayılma riski,
 2. Kamu sağlığına yönelik özel bir risk,
 3. Ekonomi veya diğer hayati sektörler üzerinde ciddi yansımaları olma riski;
- b. Dünya Sağlık Örgütü'nün (DSÖ), İsviçre'deki halkın sağlığını tehdit eden uluslararası öneme sahip bir halk sağlığı acil durumu olduğunu tespit etmesi.
2. Federal Konseyi, kantonlara baktıktan sonra:
 - a. Bireyleri hedef alan tedbirlere karar verebilir;
 - b. Topluluğu hedef alan tedbirlere karar verebilir;
 - c. Bulaşıcı hastalıklar ile mücadele etmeye hekimlerin ve diğer sağlık profesyonellerinin katılımını zorunlu kılabilir;
 - d. Risk altındaki nüfus grupları, özellikle risk altındaki kişiler ve belirli faaliyetleri yürüten kişiler için aşılama zorunlu olduğunu belirtebilir.
3. Federal İçişleri Departmanı (DFI), Konfederasyonun tedbirlerini düzenler.”

Madde 7: Olağanüstü Durum

Federal Konseyi, olağanüstü bir durumun bunu gerektirmesi halinde, ülkenin tamamı veya bir kısmı için gereken tedbirlere karar verebilir.”

41. 13 Mart 2020 tarihinde yürürlüğe giren 2 sayılı Koronavirüsle Mücadele Tedbirleri Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri aşağıdaki şekildedir:

Madde 6: Etkinlikler ve Kuruluşlar

- “1. Aynı anda 100 veya daha fazla kişinin bulunduğu kamuya açık veya özel etkinlikler yasaktır.
 2. Aşağıdaki önleyici tedbirlere uyulması durumunda, 100'den daha az kişiden oluşan etkinlikler gerçekleştirilebilir:
 - a. Hasta olan veya kendini hasta hisseden kişilerin dâhil edilmemesine ilişkin tedbirler;
 - b. Özellikle risk altında olan kişileri korumayı hedefleyen tedbirler;
 - c. El hijyeni, mesafenin korunması gibi genel koruma tedbirleri ve öksürme ve hapşıрма durumunda hijyen kuralları hakkında mevcut kişileri bilgilendirmeyi hedefleyen tedbirler;
 - d. Hijyen kurallarına uyulabilmesi amacıyla mekansal koşulların uyarlanması.
- (...)”

Madde 7: İstisnalar

“Yetkili kanton makamı:

- a. Öncelikli kamu yararları, örneğin siyasi hakların veya eğitim haklarının kullanılmasını amaçlayan etkinliklerin bunu haklı göstermesi durumunda ve
- b. Eğitim kurumu, organizatörler veya işletmecinin, 6. maddenin 2. fıkrasında belirtilen koruma tedbirlerini içeren bir koruma planı sunmaları halinde 5 ve 6. maddelerde belirtilen yasaklara özel istisnalar getirebilir.

42. 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin ilgili hükümleri, 17 Mart 2020 tarihinden itibaren aşağıdaki gibidir:

Madde 6: Etkinlikler ve Kuruluşlar

- “1. Spor etkinlikleri ve dernek faaliyetleri de dâhil olmak üzere, tüm kamuya açık veya özel etkinlikler yasaktır.
2. Kamuya açık kuruluşlar kapanacaktır, özellikle:
(...)
3. 2. fıkra aşağıdaki kuruluş ve etkinliklere uygulanmaz:
(...)”

Madde 7: İstisnalar

“Yetkili kanton makamları:

- a. Öncelikli bir kamu yararı, örneğin eğitim kurumları için veya tedarik zorlukları durumunda bunu haklı kılıyorsa ve
- b. Eğitim kurumu, organizatör veya işletmecinin, aşağıdaki koruma tedbirlerini içeren bir koruma planı sunması halinde, [...] ve 6. maddelerde belirtilen yasaklara istisna getirebilirler:
 1. Hasta olan veya kendini hasta hisseden kişileri dâhil etmemeyi amaçlayan tedbirler,
 2. Özellikle risk altındaki kişilerin korunmasına ilişkin tedbirler,
 3. El hijyeni, sosyal mesafe gibi genel koruma tedbirleri veya öksürük ya da soğuk algınlığı durumunda uyulması gereken hijyen kuralları hakkında mevcut kişileri bilgilendirmeye yönelik tedbirler,
 4. Hijyen kurallarına uyulmasına imkân verecek şekilde kuruluşların uyarlanması.”

Madde 10

“(…) d) 6. maddenin 1, 2 ve 4. fıkralarında belirtilen tedbirlere kasten karşı çıkan herhangi biri, ceza kanunu anlamında daha ciddi bir suç işlemediği sürece, üç yıla kadar özgürlükten yoksun bırakıcı bir hapis cezası veya para cezasıyla cezalandırılır.”

43. 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'ne, 21 Mart 2020 tarihinde, yeni 7 c) maddesi eklenmiş ve Yönetmeliğin 10 d) maddesi şu şekilde değiştirilmiştir:

Madde 7 c): Kamusal Alanda Toplanmaların Yasaklanması

- “1. Kamusal alanda, özellikle meydanlar, gezi yerleri ve parklarda beşten fazla kişinin toplanması yasaktır.
2. Beşten fazla kişinin toplanması durumunda, bu kişilerin birbirlerinden en az iki metre uzaklıkta durmaları gerekir.

CENEVRE SENDİKAL EYLEM TOPLULUĞU (CGAS) / İSVİÇRE KARARI

3. Kantonlar tarafından yetkilendirilen polis ve diğer yürütme organları, kamusal alandaki hükümlere uyulmasını sağlarlar.

(...)"

Madde 10 d)

"1. 6. maddenin 1, 2 ve 4. fıkralarında belirtilen tedbirlere kasten karşı çıkan herhangi biri, ceza kanunu anlamında daha ciddi bir suç işlemediği sürece, üç yıla kadar özgürlükten yoksun bırakıcı bir hapis cezası veya para cezasıyla cezalandırılır.

2. 7c maddesinde belirtilen kamuya açık yerlerde getirilen toplanma yasağını ihlal eden herhangi biri para cezası ile cezalandırılır.

3. 7c maddesi anlamında, kamusal alanda toplanma yasağının ihlalleri, 18 Mart 2016 tarihli para cezalarına ilişkin kanunda öngörülen usul uyarınca, 100 frank para cezasıyla cezalandırılabilir."

2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin 7 b) maddesinin 4. fıkrası, 2 Nisan 2020 tarihinde, şu şekilde değiştirilmiştir:

"Yetkili kanton makamı:

(...)

b. Eğitim kurumu, organizatör veya işletmecinin, aşağıdaki koruma tedbirlerini içeren bir koruma planı sunması halinde, 5 ve 6. maddelerde belirtilen yasaklara istisna getirebilir:

4. Kuruluşların, hijyen ve sosyal mesafe konusunda, FOPH'nin önerilerine uyulmasına imkân verecek şekilde uyarlanması."

Federal Konseyi, 8, 16 ve 29 Nisan 2020 tarihlerinde, özellikle 26 Nisan, 8 Mayıs ve 8 Haziran 2020 tarihlerinde kamuya açık toplanmalara ilişkin kısıtlamaların geçerlilik süresini uzatarak, Covid-19 Yönetmeliği'ni değiştirmiştir. 8 Mayıs 2020 tarihinde, söz konusu geçerlilik süresi, 7 Haziran 2020 tarihine kadar uzatılmıştır.

44. Federal İçişleri Departmanı tarafından 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin 7. maddesine ilişkin sunulan açıklayıcı rapor, 17 Mart 2020 tarihinden itibaren yürürlükteki hali aşağıdaki şekilde düzenlenmiştir:

"Orantılılık ilkesi, bazı durumlarda, yürütme makamları tarafından, her davanın kendine özgü koşullarına göre bir inceleme yapılmasını gerektirir. Başka bir ifadeyle, temel haklarla korunan toplanmaların düzenlenmesi (bk. Anayasa'nın 22. maddesi), tamamen yasaklanma riski taşıırken, koronavirüsün yayılması kapsam dışı bırakılabilir veya yayılmasına ihtimal verilemeyebilir. Dolayısıyla, ilke olarak yasaklarda istisnalar öngörülebektir.

Bu nedenle, yetkili kanton makamı, örneğin ilgili profesyonellerin mevcut olmasının zorunlu olduğu veya somut olayda, eğitim görevini yerine getirmek için gerekli

CENEVRE SENDİKAL EYLEM TOPLULUĞU (CGAS) / İSVİÇRE KARARI

olduğu alanlardaki eğitim kurumları için, öncelikle kamu yararının bunu haklı göstermesi halinde, 5 ve 6. maddelerde belirtilen yasaklara istisnai izinler verilebilir.

Son olarak, temel mal ve hizmetlere ilişkin tedarik güçlükleri, bu istisnanın açıkça tanımlanmış kurumlara veya hizmet sağlayıcılara genişletilmesini gerekli kılabilir.

Ayrıca, eğitim kurumları, organizatörler veya işletmecinin, aşağıdaki önleme tedbirlerini içeren ve bulaşma olasılığının nasıl en aza indirileceğini gösteren bir koruma planı sunmaları gerekir:

- Hasta olan veya kendini hasta hisseden kişilerin etkinliğe ya da kuruma gitmemeleri veya buralardan ayrılmalari istenmelidir.
- Savunmasız kişilerin korunması: Bu grup 65 yaş üstü kişileri ve 10 b) maddesinin 2. fıkrasında listelenen hastalıklardan birinden muzdarip olan kişileri kapsar.
- Katılımcılar veya alanda mevcut kişilerin el hijyeni, mesafenin korunması ve öksürük veya soğuk algınlığı durumunda uyulması gereken hijyen kuralları gibi genel koruma tedbirleri konusunda aktif olarak bilgilendirilmesi gerekir (örneğin, FOPH'nin resmi broşürlerini en görünür yerlere yerleştirerek).
- Mekansal koşullar: etkinlik veya kurum ne kadar küçük olursa, enfeksiyon ve yayılma riski de o kadar azalır (düşük yoğunluk). Daha fazla alan daha az risk anlamına gelir. Mevcut kişilerin daha fazla alana sahip olmaları için mümkün olduğunca daha geniş alanlara yön verilmesi gerekir. İnsan akışına ilişkin uygun bir yönlendirmenin yapılması da bulaşma riskini azaltabilir. Dikkate alınması gereken bir diğer kriter de örneğin etkinliğin açık veya kapalı bir alanda gerçekleştirilip gerçekleştirilmemesidir. Son olarak, mevcut kişilerin faaliyetlerinin (yakın temas sayısı, somut bir faaliyet sırasında mesafe kurallarına uyulması) dikkate alınması gerekir.”

45. 26 Haziran 2008 tarihli kamusal alanındaki etkinliklere ilişkin Cumhuriyet ve Cenevre Kantonu Kanunu (“LMDPu-GE”), kamusal alandaki etkinliklerin düzenlenmesini ve gerçekleştirilmesini düzenlemektedir. İlgili hükümler şu şekildedir:

Madde 3: İzin İlkesi

“Kamusal alanda bir etkinliğin düzenlenmesi, Güvenlik, İstihdam ve Sağlık Departmanı (bunda böyle “Departman” olarak anılacaktır) tarafından verilen bir izne tabi tutulur.”

Madde 4: İzin Prosedürü

“1. İzin taleplerinin, bir veya birden fazla gerçek kişi veya yetişkin tarafından, bireysel olarak veya bir tüzel kişinin yetkili temsilcisi sıfatıyla, Yönetmelikle belirlenen süre içinde Departmana sunulması gerekir.

2. Danıştay, izin talebinin içeriğini Yönetmelikte tanımlar.

CENEVRE SENDİKAL EYLEM TOPLULUĞU (CGAS) / İSVİÇRE KARARI

3. Talebin, Yönetmelikle belirlenen gerekliliklere uymaması durumunda, başvurana bu gerekliliklere uyması için kısa bir süre verilir. Aksi takdirde, talep reddedilebilir.
4. Departman, izin yoluyla kazanç elde edebilir.
5. İzinden yararlanan kişi veya kendisi tarafından belirtilen sorumlu bir kişi tüm etkinlik boyunca polisin emrinde olmakla ve polisin emirlerine uymakla yükümlüdür.”

Madde 5: İzin Verilmesi, Koşulları ve Reddedilmesi

“1. Bir izin talebiyle kendisine başvurulması durumunda, Departman, etkilenen tüm menfaatleri ve özellikle de talep edilen etkinliğin kamu düzeni için oluşturabileceği tehlikeyi değerlendirir. Departman, özellikle, izin talebinde yer alan bilgilere, geçmiş deneyimlere ve talep edilen etkinliğin konusu ile olası hastalıklar arasında bulunan ilişkiye dayanmaktadır.

2. Departman, izni vermesi halinde, izin talebini ve mevcut özel ve kamusal menfaatleri dikkate alarak, etkinliğin koşullarını, mali yükümlülüklerini ve şartlarını belirtmektedir. Departman, özellikle, etkinliğin yerini veya güzergâhını ve etkinliğin planlanan başlangıç ve bitiş tarihini ve saatini belirler.

3. Bu amaçla Departman, özellikle, güzergâhın kişiler ve mülkler için orantısız bir risk yaratmadığından ve güzergâh boyunca polis memurlarının ve araçlarının müdahalesine imkân verdiğinden emin olur. Departman, etkinliğin yer değişikliği gerektirmeden belirli bir yerde yapılmasını öngörebilir.

4. Departman, kamu düzenine zarar verme riskini sınırlandırmasının muhtemel görünmesi durumunda, başvuranın bir güvenlik hizmeti getirmesini gerektirir. Güvenlik hizmetinin kapsamı kamu düzenine zarar verme riskiyle orantılıdır. Departman, etkinliğin öncesinde, başvuranın görevi yerine getirebilme yeteneğinden emin olur. Güvenlik hizmeti, polis memurları ile işbirliği içinde olmakla ve polis memurlarının emirlerine uymakla yükümlüdür.

5. Departman, koşulların veya yükümlülüklerin dayatılmasının kamu düzenine uyulmasını sağlamaya veya diğer menfaatlere orantısız zarar verilmesini önlemeye imkân vermemesi halinde, etkinlik yapma iznini reddeder.

6. Departman, yeni koşulların bulunması durumunda, bir izni değiştirebilir veya geri çekebilir.”

46. LMDPu-GE’nin Uygulama Tüzüğü’nün 2. maddesi, izin taleplerinin, etkinlik için öngörülen tarihten en geç otuz gün önce Güvenlik, İstihdam ve Sağlık Departmanına sunulması gerektiğini öngörmektedir.

47. Tüzel kişilerin sorumluluğu konusunda, Ceza Kanunu şu hususları öngörmektedir:

Madde 102

“1. Bir şirket bünyesinde, amaçlarına uygun ticari faaliyetlerin uygulanmasında işlenen bir suç veya kabahat, şirketin örgütlenmemesi nedeniyle belirli bir gerçek kişiye atfedilemiyorsa şirkete atfedilir. Bu durumda, şirket beş milyon franka kadar para cezasıyla cezalandırılır.

(...)

3. Hâkim, para cezasını özellikle suçun ağırlığına, organizasyon eksikliğine ve neden olunan zarara ve şirketin ekonomik kapasitesine göre belirler.

4. Bu başlık altında yer alan şirketler şunlardır:

- a. Özel hukuka tabi tüzel kişiler;
- b. Bölgesel kurumlar hariç olmak üzere, kamu hukukuna tabi tüzel kişiler;
- c. Firmalar;
- d. Şahıs şirketleri.”

C. İlgili Uygulama

48. Anayasa’nın 189. maddesinin 4. fıkrası ve LTF’nin 82. maddesinin b) bendi gereğince, Federal Konseyin kararları, daha üst düzey hukuka uygunluğunun soyut bir denetimini amaçlayan itiraz konusu olamaz. Yalnızca kantonal normatif işlemler Federal Mahkeme önünde yapılabilmektedir (bk. özellikle 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği hakkında 15 Nisan 2020 tarihli Federal Mahkemesinin kararı “ATF” 2C_280/2020 ve ATF 139 II 384 [2012]). Federal kararlara dayanan uygulama işlemlerine sıradan bir başvuru yoluyla itiraz edilebilmektedir. Bu çerçevede, Federal Mahkemenin yerleşik içtihadına göre, kararın, Anayasa veya uluslararası kamu hukuku gibi, daha üst düzey hukuka uygunluğu da mahkemeler tarafından ön mesele olarak söz konusu edilebilmekte ve incelenebilmektedir (bk. diğer kararlar arasında ATF 104 I b) 412 4c [1978], 123 IV 29 2 [1997], 131 II 670 3 [2005] ile 141 I 20 5 ve 6 [2014]).

49. Hükümet Büyük Daire önündeki görüşlerinde, Covid-19 pandemisiyle mücadele çerçevesinde, toplanma özgürlüğünün kısıtlanması alanında yargısal uygulamalara ilişkin aşağıdaki örnekleri sunmuştur.

1. Kantonal normatif işlemlerin üst düzey hukuka uygunluğunun denetlenmesini amaçlayan başvuru

50. Federal Mahkeme, Covid-19 pandemisiyle mücadele çerçevesinde halka açık etkinlik yapma özgürlüğünün yasaklanmasını veya kısıtlanmasını öngören kantonal kararları hakkında çok sayıda başvuru almıştır. Federal Mahkeme, ilk

kararda, 30 Ekim 2020 tarihinde Schwyz kantonu tarafından kabul edilen halka açık etkinliklerin 30 katılımcıyla sınırlandırılmasının, etkinlik yapma özgürlüğünün orantılı bir şekilde kısıtlanması anlamına geldiğini değerlendirmiştir (8 Temmuz 2021 tarihli ATF 147 I 450, 3. nokta). Benzer bir şekilde, Federal Mahkeme 1 Nisan 2021 tarihinde yürürlüğe giren siyasi ve sivil toplum etkinliklerine katılımcı sayısını 300 kişiyle sınırlayan Uri kantonunun düzenlemelerini incelenmiş ve toplanma özgürlüğünün demokratik ve liberal bir hukuk devletinde oynadığı temel rolün altını çizmiştir (3 Eylül 2021 tarihli ATF 148 I 19, 5. ve 6. nokta). Bern kantonunun siyasi ve sivil toplum etkinliklerine katılımcı sayısını 15 kişiyle sınırlayan 4 Kasım 2020 tarihli kararını incelemeye davet edilen Federal Mahkeme, bu düzenlemenin toplanma özgürlüğünün tüm kapsamını kaybettiği ve bu nedenle orantısız ve anayasaya aykırı olduğunun anlaşıldığı kanaatine varmıştır (3 Eylül 2021 tarihli ATF 148 I 33, 7. nokta).

51. Kanton düzeyinde, Zürih Kantonu İdare Mahkemesi (TA-ZH), Zürih kantonunun 1 Mart ile 30 Nisan 2021 arasındaki dönemde halka açık etkinliklere katılanların sayısını 15 kişiyle sınırlayan kararını incelemiştir. Federal Mahkeme gibi, Zürih Kantonu İdare Mahkemesi, demokrasi için siyasi ve sivil toplum etkinliklerinin önemini altını çizmiş ve söz konusu kısıtlamanın orantısız olduğuna karar vermiştir (TA-ZH'nin 29 Nisan 2021 tarihli kararı AN.1021.0003, 5. nokta).

2. *Federal kararlara dayalı uygulama işlemleri hakkında yapılan sıradan başvurular*

a) **“İklim Grevi” olarak adlandırılan dava**

i. *Cenevre Kantonu Adalet Divanı İdare Dairesi tarafından 18 Ağustos 2020 tarihinde verilen karar*

52. “İklim Grevi” topluluğu, 5 Mayıs 2020 tarihinde, Güvenlik, İstihdam ve Sağlık Departmanı önünde, 15 Mayıs 2020 tarihinde yapılması öngörülen yirmi sekiz kişilik halka açık etkinlik için izin talebini sunmuştur. “İklim Grevi” topluluğu, 6 Mayıs 2020 tarihinde, izin talebinin vaktinden sonra yapıldığı ve her hâlûkârda, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği anlamında toplanmanın yasak olduğu konusunda telefon ile bilgilendirilmiştir. Etkinliğin iptal edilmediğini tespit eden

Güvenlik, İstihdam ve Sağlık Departmanı, 11 Mayıs 2020 tarihli bir kararla, izni reddetmiş ve etkinliği yasaklamıştır.

53. Cenevre Kantonu Adalet Divanı İdare Dairesine (“İdare Dairesi”), 14 Mayıs 2020 tarihinde, Departmanın söz konusu kararı hakkında bir itiraz sunulmuştur.

54. İdare Dairesi, 18 Ağustos 2020 tarihinde, kararını vermiştir. İdare Dairesi öncelikle, itirazın yapıldığı tarihte etkinlik tarihinin sona erdiğini ve öte yandan etkinlik yapma yasağının 30 Mayıs 2020 tarihinde kaldırıldığını tespit etmiştir. İdare Dairesi bununla birlikte, davacı tarafın itirazında mevcut bir menfaatin bulunduğu zira Covid-19 pandemisinin henüz bitmediği ve Federal Konseyin halka açık toplantıların yeniden yasaklanmasına karar verebileceği kanaatine varmıştır. İdare Dairesi her hâlükârda, Federal Anayasa’nın 29. maddesinin a) bendinde güvence altına alınan bir hak olan, etkinlik yapma izni talebini reddeden bir karar hakkında hâkime erişimi güvence altına almak amacıyla, somut olayda itirazın güncel menfaate uygun olması gerekliliğinden feragat edilmesi gerektiği kanaatine varmıştır.

55. İdare Dairesi ardından, Federal Konseyi tarafından karara bağlanan etkinlik yasağının, Sözleşme ve Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi’nden doğan yükümlülüklerle çelişmediği zira hem uluslararası hukuk hem de İsviçre anayasa hukukunun, bazı koşullar çerçevesinde barışçıl toplanma özgürlüğünün kısıtlanmasına imkân verdiği kanaatine varmıştır.

56. İdare Dairesi, yasağın yasal dayanağı hakkında, pandemiye bağlı halk sağlığı için yakın tehlike bağlamında, 2012 Yılı Pandemiye İlişkin Kanun’a dayanan Federal Mahkemenin 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği’nin yeterli bir dayanak oluşturduğu kanaatine varmıştır.

57. İdare Dairesi, yasağın orantılılığına ilişkin incelemesinde, talebin yapıldığı tarihte halka açık alanda izin verilen katılımcı sayısının 5 kişiyle sınırlandırıldığını gözlemlemiştir. İdare Dairesi, düzenleyen kişinin bir sağlık planı sunması ve virüsün yayılmasına karşı bariyer hareketlerine riayet edilmesinin sağlanması gerektiğini eklemiştir. İdare Dairesi, yetkili ulusal makamın, kamu yararının ağır basması durumunda, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği’nin 7. maddesi

uyarınca, yönetmelikte öngörülen tedbirlere göre alternatif tedbirleri öngörmeksizin yasağın dışına çıkabileceğini belirtmiştir.

58. İdare Dairesi, ilgilinin etkinlik yapma talebinde kantonal makamın bir istisna yapmasını haklı gösterecek herhangi bir öncelikli kamu yararını ileri sürmediğini kaydetmiştir. İdare Dairesi, davacının başvurusunda *sonradan (a posteriori)* ileri sürdüğü iklim hususunun, ihtilaf konusu karar tarihinde mevcut olan acil durum bağlamında, kamu sağlığının korunmasına ilişkin üstün menfaatin önüne geçmediği kanaatine varmıştır. İdare Dairesi ayrıca, iklim davasının sosyal ağlar gibi başka yollarla da savunulabileceğini, her hâlükârda istisnaların mümkün olması ve beş kişilik toplanmalara izin verilebilmesi nedeniyle, etkinlik yapma yasağının mutlak olmadığını gözlemlemiştir. İdare Dairesine göre, dolayısıyla yetkililerin alternatif çözümler önermesi yerine karara uymak ve etkinlik düzenlemesini federal gerekliliklere uyarlamak davacıya kalmıştır.

ii. 12 Ağustos 2021 tarihli Federal Mahkemesi kararı

59. Davacı taraf, kamu hukuku konusunda başvuru yoluyla davayı Federal Mahkemeye taşımıştır.

60. Federal Mahkeme, 12 Ağustos 2021 tarihli bir kararla (1C_524/2020), güncel menfaat yokluğu nedeniyle, başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Federal Mahkeme, bu konuda etkinlik tarihinin geçtiğini ve beş kişiden fazla toplanma yasağının 30 Mayıs 2020 tarihinde kaldırıldığını gözlemlemiştir. Federal Mahkeme, Adalet Divanı tarafından ilk derece mahkemesinde belirtilen Anayasa'nın 29. maddesinin a) bendinin, bir mahkemeye erişim hakkını güvence altına alması durumunda, bunun mutlaka Federal Mahkemeyi kapsamadığını, bu gerekliliğin yerine getirilmesi için bir kanton mahkemesinin incelemesinin yeterli olabildiğini eklemiştir. Federal Mahkeme öte yandan, başvuranın başvurusunda güncel menfaat varlığını belirtmediğini kaydetmiştir.

61. Hâlbuki Federal Mahkeme, somut olayda güncel bir menfaat gerekliliğinden sapmanın gerekli olmadığı kanaatine varmıştır. Federal Mahkeme, sağlık durumundaki hızlı değişimi, Covid-19 ile mücadele dönemindeki düzenlemeleri ve pandemi hakkında bilgilerin gelişimini dikkate alarak, kendi nazarında başka bir etkinlik talebinin somut olayda uygulananlarla aynı veya benzer

kurallara tabi olacağını düşündürecek hiçbir işaretin bulunmadığı sonucuna varmıştır.

b) 2D_32/2020 nolu dava: Federal Mahkemenin 24 Mart 2021 tarihli kararı

62. 2D_32/2020 nolu davada, A. SA şirketi “koronavirüsün ekonomik sonuçlarının hafifletilmesi hakkında Federal Konseyi kararının” “mevcut kararın uygulanması esnasında verilen kararların bir başvuru konusu olmadığına” dair 11. maddesinin 3. fıkrasının (kültür sektöründe 20 Mart 2020 tarihinde kabul edilen bir karar), Anayasa’nın 29. maddesinin a) bendinde öngörülen mahkemeye erişim hakkını ihlal ettiğini iddia etmiştir.

63. Federal Mahkeme, 24 Mart 2001 tarihli kararında, diğer adli makamlar gibi, federal kararın anayasaya uygunluğunu ön mesele olarak incelemeye ve temel haklara riayet edilmediği takdirde bu kararın uygulanmasını reddetmeye yetkili olduğuna dair yerleşik içtihadını hatırlattıktan sonra, başvuranın başvurusunu kabul etmiştir. Federal Mahkeme somut olayda, ihtilaf konusu hükmün, yukarıda belirtilen kararın uygulanması sırasında verilen kararlar hakkında her türlü başvuruyu bertaraf etmesi nedeniyle, -bu hüküm dolayısıyla anayasaya aykırı ve uygulanamaz olmuştur- Anayasa’nın 29. maddesinin a) bendine aykırı olduğu sonucuna varmıştır (1.6.4. nokta).

II. ULUSLARARASI HUKUK UNSURLARI

A. Birleşmiş Milletler

64. Birleşmiş Milletler Genel Sekreteri, 2020 yılının Eylül ayında, “COVID-19 pandemisi hakkında Birleşmiş Milletler Sistemine ilişkin genel bir yanıt için ikinci bir rapor” yayımlamıştır.

“2020 yılı boyunca koronavirüs hastalığı ya da diğer adıyla COVID-19 milyonlarca insana bulaşmış, yüz binlerce can almış, küresel ekonomiyi sarsmış ve geleceğimize karanlık bir gölge düşürmüştür. Her ülke ve her nüfus grubu bundan etkilenmektedir. Hiç kimse etkilerine karşı bağışık değildir. Pandeminin başlangıcından itibaren Birleşmiş Milletler sistemi erken ve kapsamlı bir şekilde harekete geçmiştir. Küresel sağlık müdahalesine öncülük etmiş, en korunmasız olanlara hayat kurtarıcı insani yardım sağlamış, sosyo-ekonomik etkilere hızlı yanıtlar için araçlar oluşturmuş ve tüm alanlarda eylem için geniş bir politika gündemi ortaya koymuştur. Birleşmiş Milletler sistemi ayrıca, salgının ön saflarında yer alan dünya genelindeki hükümetlere ve diğer ortaklara, bu yeni virüse ve benzeri görülmemiş küresel zorluğa

CENEVRE SENDİKAL EYLEM TOPLULUĞU (CGAS) / İSVİÇRE KARARI

karşı ulusal düzeyde müdahalelerde bulunurken lojistik, ortak hizmet ve operasyonel destek sağlamıştır.

(...)

Pandeminin ilk altı ayı boyunca ve COVID-19 için etkili aşılar veya tedaviler mevcut olana kadar en öncelikli amaç virüsün bulaşmasını engellemek olmuştur. Bu amaçla ülkeler, dolaşım, toplu buluşmalar ve ekonomik faaliyetlere getirilen kısıtlamalar da dâhil olmak üzere halk sağlığı önlemlerini uygulamaya koymuştur. Bugüne kadarki en etkili yaklaşımlar, her vakayı aktif olarak saptamak, test etmek, izole etmek ve bakımını üstlenmek, her teması takip etmek ve karantinaya almak için tüm toplulukları ve tüm sektörleri harekete geçiren kapsamlı çabalar olmuştur. Bunun için fiziki mesafe önlemleri, gerçeklere ve bilime dayalı kamu bilgilendirmeleri, yaygınlaştırılmış testler, sağlık tesislerinin kapasitesinin artırılması, sağlık çalışanlarının desteklenmesi ve yeterli malzemenin sağlanması gerekmektedir. Herkesin sorumluluk sahibi olduğu bu tür önlemlerin amacı, hastalık bulaşmasının kontrol altında olduğu; sağlık sistemlerinin her vakayı saptayıp test edebildiği, izole edip tedavi edebildiği ve her teması takip edebildiği; bakım evleri ve sağlık tesisleri gibi hassas yerlerde salgın riskinin en aza indirildiği; okullar, işyerleri ve diğer temel ortamlarda önleyici tedbirlerin alındığı; yeni vakaların ortaya çıkma riskinin yönetilebildiği ve toplumların ‘yeni normal’ koşullarda yaşamak için tam olarak eğitildiği, katılımının sağlandığı ve güçlendirildiği bir duruma ulaşmaktır. Bazı ülkeler bu koşulları kendi kaynaklarıyla sağlayabilir ya da sağlamıştır; ancak gelişmekte olan ülkelerin önemli ölçüde destek ihtiyacı devam etmektedir.”⁵

65. Birleşmiş Milletler Barışçıl Toplantı ve Örgütlenme Özgürlüğü Hakları Özel Raportörü, 9 Aralık 2020 tarihinde, Amerikalılar Arası İnsan Hakları Komisyonu İfade Özgürlüğü Özel Raportörü, Afrika’daki İnsan Hakları Savunucuları ve Misillemelerin Odak Noktası Hakkında Özel Raportör, Afrika İnsan ve Halkın Hakları Komisyonu Başkanı ve acil durumlarda barışçıl toplanma özgürlüğü hakkının korunmasına ilişkin Demokratik Kurumlar ve OSCE İnsan Hakları Birimiyle birlikte müşterek bir açıklama yayımlamışlardır. Bu açıklamanın ilgili kısımları, aşağıdaki gibidir:

“f. Sağlık, güvenlik ve kamu düzeninin korunması barışçıl toplanma hakkının kullanılmasıyla bağdaşmaz değildir. Kamu sağlığı acil durumları da dâhil olmak üzere kriz durumları, hak ihlalleri ve kamusal özgürlüklere usulsüz kısıtlamalar getirilmesi için bir bahane olarak kullanılmamalıdır. Özellikle, toplantıların tamamen

⁵ Fransızcaya çevrilmemiş belge.

yasaklanması, acil durumlarda bile hakkın gereksiz ve orantısız bir şekilde ihlal edilmesine yol açabilmektedir.

g. Bireyler, her zaman olduğu gibi kriz dönemlerinde de kendilerini etkileyecek kararların şekillendirilmesine ve politikaların oluşturulmasına özgürce katılabilmelidir; halkın katılımı her türlü krizin aşılması için son derece önemlidir ve bu süreçte sivil toplum hükümetlerin başlıca bir ortağı olarak görülmelidir.”⁶

B. Avrupa Konseyi

66. Avrupa Konseyi Genel Sekreteri, 7 Nisan 2020 tarihinde, “üye Devletler için bir araç takımı olan COVID-19 sağlık krizi çerçevesinde demokrasiye, hukukun üstünlüğüne ve insan haklarına saygı” başlıklı bir belge yayımlamıştır (SG/Inf (2020)11). Bu belgenin ilgili kısımları, aşağıdaki gibidir:

“Giriş

Bu belge, hükümetlere, demokrasinin temel değerlerine, hukukun üstünlüğüne ve insan haklarına saygı göstererek, benzeri görülmemiş ve büyük bir mevcut sağlık kriziyle başa çıkabilmeleri için bir araç kutusu sağlama amacı taşımıştır.

Herkes, en başından beri, konu kendi halklarını COVID-19 tehdidinden korumak olduğunda, hükümetlerin önemli zorluklarla karşı karşıya olduğu konusunda hemfikirdir. Karantina, virüsle mücadelede temel koruyucu tedbiri oluştururken, toplumun her zamanki gibi işlemeye devam edemeyeceği de açıktır. Ayrıca, alınan tedbirlerin, hukukun üstünlüğü ilkesiyle yönetilen herhangi bir demokratik toplumun ayrılmaz ve gerekli bir parçası olan bazı hak ve özgürlükleri kaçınılmaz olarak zarar vereceği de kabul edilmektedir.

Üye Devletlerimiz büyük bir sosyal, politik ve hukuki zorlukla karşı karşıyadır: aldıkları tedbirlerin, Avrupa’nın kurucu değerleri olan demokrasi, hukukun üstünlüğü ve insan haklarını korumaya yönelik gerçek uzun vadeli hedefimize zarar vermemesini sağlarken bu krize nasıl etkin bir şekilde yanıt verebileceğimizi düşünmekteyiz. Tam da bu noktada, Avrupa Konseyi, yasal organları, tüm yetkili organları ve mekanizmaları aracılığıyla, bu tedbirlerin virüsün yayılmasının oluşturduğu ve zamanla sınırlandırıldığı tehditle orantılı kalmasını toplu olarak güvence altına alma temel misyonuna yanıt vermelidir. Virüs hâlihazırda birçok hayatı ve değer verdiğimiz birçok şeyi yok etmektedir. Virüsün temel değerlerimizi yok etmesine ve özgür toplumlarımıza zarar vermesine izin vermeyelim.

1. Olağanüstü hal durumunda askıya alma (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, 15. madde)

COVID-19 tehdidine yanıt olarak alınan tedbirlerin kapsamı ve bu tedbirlerin uygulanma şekli devletler arasında ve zaman içinde önemli ölçüde farklılık

⁶ Fransızcaya çevrilmemiş belge.

CENEVRE SENDİKAL EYLEM TOPLULUĞU (CGAS) / İSVİÇRE KARARI

göstermektedir. Üye Devletler tarafından benimsenen bazı kısıtlayıcı tedbirlerin, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) sağlığın korunması hakkında (Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının e) bendi); (Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrası, Sözleşme'nin 11. maddesinin 2. fıkrası; Sözleşme'ye Ek 4. No.lu Protokolün 2. maddesinin 3. fıkrası) hükümleri kapsamında haklı gösterilip gösterilemeyeceği; istisnai nitelikteki tedbirler, Devletlerin Sözleşme bağlamında yükümlülüklerini askıya almalarına yol açabilmektedir. Sözleşme tarafından korunan hak ve özgürlüklere uygulanan kısıtlamaların niteliği ve kapsamına göre, benimsediği tedbirlerin böyle bir istisnayı gerektirip gerektirmediğini değerlendirmek her Devletin sorumluluğu altındadır. Devletlerin yararlanabileceği bu imkân, sistemin önemli bir özelliği olup, Sözleşme'nin ve denetim mekanizmasının en kritik durumlarda dâhil olmak üzere uygulanmasını mümkün kılmaktadır.

2. Olağanüstü hallerde hukukun üstünlüğü ilkelerine ve demokratik ilkelere saygı

(...)

2.2. Olağanüstü hal rejiminin sınırlı süresi ve olağanüstü hal tedbirleri

Olağanüstü hal durumunda, yürütme organına kanun hükmünde kararlar çıkarma konusunda genel yetki verilebilmektedir. Bu genel yetkilerin sınırlı bir süre için verilmesi koşuluyla bu kabul edilebilir bir durumdur. Olağanüstü hal (veya benzeri) rejiminin temel amacı, krizin gelişimini kontrol altına almak ve mümkün olan en kısa sürede normale dönmektir. Olağanüstü hal rejiminin uzatılması, gerekliliğiyle ilgili olarak parlamentonun denetimine tabi olmalıdır. Yürütmenin özel yetkilerinin süresiz olarak genişletilmesi kabul edilemezdir.

3. İnsan hakları konusunda ilgili normlar

(...)

3.3. Özel hayatın gizliliği, vicdan özgürlüğü, ifade özgürlüğü, toplanma ve örgütlenme özgürlüğü hakkı

Sözleşmenin 8, 9, 10 ve 11. maddelerinde yer alan tüm bu hak ve özgürlüklerden etkin bir şekilde yararlanılması, modern demokratik toplumlarımızın dönüm noktalarından biridir. Bu hak ve özgürlükler, ancak bu kısıtlamaların kanunda öngörülmesi ve sağlığın korunması da dâhil olmak üzere güdülen meşru amaçla orantılı olması durumunda sınırlandırılabilir. Kamuya açık ibadet yerlerine, halka açık toplantılara, düğün ve cenaze törenlerine erişim gibi olağan sosyal faaliyetlere getirilen önemli kısıtlamalar, kaçınılmaz olarak yukarıda belirtilen hükümlere dayalı olarak “savunulabilir şikâyetlere” yol açma riski taşımaktadır. Yetkililer, bir istisnaya dayalı olsun ya da olmasın, bu kısıtlamaların uygulanabilir anayasal güvencelere uygun ve uygulamaya getirilme amaçlarıyla orantılı olarak kanunda açıkça öngörülmesini sağlamalıdır.

Kriz zamanlarında yukarıda belirtilen haklara daha sıkı kısıtlamalar getirilmesi haklı görülebilirken, sert cezai yaptırımlar endişe vericidir ve sıkı bir denetime tabi olmalıdır. İstisnai haller suç artırımı sağlamak amacıyla kullanılmamalıdır. Ceza ve önleme arasındaki adil denge, Sözleşme tarafından belirlenen orantılılık koşuluna saygı göstermenin tek yolu olmasa da en iyi yoldur.”

67. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (“AKPM”), 13 Ekim 2020 tarihinde benimsediği “Covid-19 pandemisinin insan hakları ve hukuk üstünlüğüne ilişkin sonuçları” hakkında 2338 sayılı Kararında (2020) aşağıdaki gibi belirtmiştir:

“1. Her ne kadar COVID-19 pandemisi öncelikle bir sağlık krizi olsa da, aynı zamanda ulusal olağanüstü haller de dâhil olmak üzere geçerliliğini koruyan insan haklarına ve hukukun üstünlüğüne yönelik benzeri görülmemiş bir meydan okumayı da temsil etmektedir. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nden (STE no. 5, Sözleşme) doğan pozitif yükümlülükler, Devletlerin kendi halklarının yaşamını ve sağlığını korumaya yönelik tedbirler almasını gerektirmektedir. Bununla birlikte, bu zorunluluk Devletleri hakları ayaklar altına alma, özgürlükleri hiçe sayma, demokrasiyi ortadan kaldırma veya hukukun üstünlüğünü ihlal etme konusunda başıboş bırakmaz. Sözleşme, olağanüstü hallerde bile sınırlar koymaya ve dolayısıyla temel Avrupa normlarının uygunluğunu güvence altına almaya devam etmektedir.

2. Devletler, Covid-19’un yayılmasını sınırlamak için genellikle büyük ölçüde benzer olan çok çeşitli tedbirler almışlardır. Bu tedbirler, genel olarak hareket ve toplanma özgürlüğüne yönelik ağır kısıtlamaları ve ticari, eğlence, spor, kültürel ve dini amaçlarla kullanılan tesislerin ve eğitim kurumlarının kapatılmasını içermektedir. Bu tedbirler, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hakların kullanımını ihlal etmekte ve bu durum bazen ilgililer için ciddi kişisel sonuçlar doğurabilmekte ancak kapsam ve etkilerine rağmen bu hakların mutlaka ihlal edilmesi anlamına gelmemektedir. Sözleşmeyle güvence altına alınan birçok hak, kamu sağlığı ve güvenliğinin korunması da dâhil olmak üzere bireysel menfaatler ile kamu yararı arasında adil bir denge kurulması gerekliliğini dikkate almak amacıyla sınırlamalara izin vermektedir. Bu haklara müdahaleye, kanun ile öngörülmüş olması, gerekli olması, izlenen kamu yararına orantılı olması ve ayrımcı olmaması koşuluyla, Sözleşme tarafından izin verilmektedir. Parlamenter Meclis, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri’nin bu konuyla ilgili çeşitli durumlara ilişkin yaptığı yapıcı ve zamanında müdahaleleri memnuniyetle karşılamaktadır.”

68. AKPM, “Covid-19 vesilesiyle uygulanan kısıtlamaların sivil toplumun alanı ve faaliyetleri üzerindeki etkisi” hakkında 25 Kasım 2002 tarihinde kabul edilen 2471 (2022) sayılı Kararla, Devletlere aşağıdaki çağrıda bulunmuştur:

“Özellikle toplanma, örgütlenme ve ifade özgürlüğü hakları başta olmak üzere, sivil toplumun işleyişine ilişkin uluslararası hukuki normlara uymak; (...)”

C. Avrupa Birliği

69. ECDC, 12 Mart 2020 tarihinde, “Hızlı risk değerlendirmesi: Yeni koronavirüs 2019 (COVID-19) salgını: AB/AEA ve Birleşik Krallık’ta bulaşma artışı - 6. Güncelleme” başlıklı bir belge yayımlamıştır ve aşağıdakileri tavsiye etmiştir:

“Pandeminin etkisini hafifletmek için gerekli tedbirler

Epidemiyoloji ve devam eden risklerin değerlendirilmesi ve gelecek günlerden birkaç haftaya kadar beklenen gelişmeler dikkate alındığında, AB ve AEA ülkelerinde pandeminin etkisini hafifletmek için kamu sağlığına ilişkin şu tedbirlerin alınması gerekmektedir:

- Sosyal mesafe tedbirleri, salgının etkisini hafifletmek ve salgının zirveye ulaşmasını geciktirmek amacıyla ivedilikle uygulanmalıdır. Bu durum, sağlık sistemlerinin artan bir hasta akışına karşı hazırlıklı olmasına ve bununla başa çıkmasına imkân vererek, insanlar arası bulaşma zincirlerini durdurabilmekte, yeni bir yayılmayı önleyebilmekte, salgının yoğunluğunu azaltabilmekte ve vaka sayısındaki artışı yavaşlatabilmektedir. Bu tedbirler şu hususları içermelidir:
- Covid-19 mikrobunun bulaştığından şüphelenilen veya bunun kendilerine bulaştığı doğrulanan semptomatik kişilerin derhal izole edilmesi;
- Etkinliğin büyüklüğü, katılımcıların yoğunluğu ve etkinliğin kapalı bir iç ortamda yer alıp almadığı göz önünde bulundurularak, kitlesel toplanmaların ertelenmesi;
- İş yerlerinde sosyal mesafe tedbirleri (uzaktan çalışma, toplantıların ertelenmesi, zorunlu olmayan seyahatlerin iptal edilmesi).”

Kitlesel toplanmalara ilişkin tedbirlerle ilgili olarak, ECDC şu hususları tavsiye etmiştir:

“Kitlesel toplanmalara ilişkin tedbirler

Spor etkinlikleri, konserler, dini etkinlikler ve konferanslar gibi kitlesel toplanmalar, bazen kapalı alanlarda olmak üzere, uzun bir süre boyunca kişiler arasındaki yakın temasları artırmakta ve söz konusu toplanmalara virüsün topluluktaki farklı bulaşma düzeyleriyle, geniş alanlardan seyahat eden kişiler katılabilmektedir. Dolayısıyla kitlesel toplanmalar, virüsün etkinliği gerçekleştiren topluluğa bulaşmasına neden olabilmekte ve/veya virüsün bulaşması ve yayılmasını kolaylaştırabilmektedir.

Kitlesel toplanmaların oluşturduğu riskin azaltılmasına yönelik tedbirler, kalabalıklardan kaçınmak için kişiler arası mesafe tedbirlerini ve bir etkinliğin iptali ya da ertelenmesi gibi kurumsal tedbirleri kapsamaktadır. Mevsimsel ve pandemik grip modellerinden elde edilen veriler bağlamında, hafifletme aşaması boyunca, salgın

CENEVRE SENDİKAL EYLEM TOPLULUĞU (CGAS) / İSVİÇRE KARARI

veya pandemilerin zirveye ulaşmasından önce kitlesel toplanmaların iptal edilmesinin virüsün bulaşmasını azaltabileceği belirtilmektedir. Dolayısıyla, toplumsal bulaşmanın devam ettiği alanlarda kitlesel toplanmaların iptal edilmesi tavsiye edilmektedir. İptal kararı, düzenleyici ve kamu sağlığı makamları ile diğer ulusal makamlar tarafından düzenlenmelidir. Etkinliklerin yayılmasına ilişkin alternatif yöntemler araştırılmalıdır. Kitlesel toplanmalar durumunda, yüksek riskli kişilerin bunlara katılmamaları tavsiye edilmelidir. Diğer bireysel ve çevresel koruma tedbirlerinin uygulanması gerekmektedir.”

70. Covid-19 ile ilgili tedbirlerin demokrasi, hukukun üstünlüğü ve temel haklar üzerindeki etkisi hakkında 13 Kasım 2020 tarihli Avrupa Parlamentosu Kararı’nın (2020/2790(RSP) ilgili kısımlarında şu hususlar belirtilmektedir:

“Avrupa Parlamentosu,

1. Genel olağanüstü hal durumunda bile, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve temel haklara saygı gibi temel ilkelerin ağır basması gerektiğini ve aciliyete ilişkin tüm tedbirler, istisna ve sınırlamaların tamamı üç genel koşula, yani gereklilik, dar anlamda orantılılık ve geçici niteliğe tabi olduğunu ve bu koşulların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AIHM), Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) ve çeşitli anayasa mahkemeleri ve (diğer) üye Devletlerin içtihatlarında düzenli olarak uygulandığı ve yorumlandığını hatırlatmaktadır;
2. Krize yönelik tepkilerin, genel olarak, ulusal demokratik sistemlerin sağlamlığı ve dayanıklılığını gösterdiği kanısına varmakta; olağanüstü tedbirlere hükümet ve parlamentolar arasında daha yoğun bir iletişimin eşlik etmesi gerektiğini vurgulamakta; olağanüstü tedbirlere ilişkin geniş bir destek sağlamak ve bunların cezalandırıcı tedbirlerden kaçınarak ve gazetecilerin bilgiye özgürce erişimini güvence altına alarak, mümkün olduğunca etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak amacıyla gruplar ve özellikle vatandaşlar, sivil toplum ve siyasi muhalefet ile diyalogun artırılmasını talep etmektedir;
3. Üye Devletleri demokratik kurumların işleyişini, hukukun üstünlüğünü veya temel hakları sınırlandırabilecek nitelikteki tedbirlerin kabul edilmesi, değerlendirilmesi veya gözden geçirilmesi durumunda, aynı tedbirlerin Venedik Komisyonu da dâhil olmak üzere, Birleşmiş Milletler ve Avrupa Konseyi gibi uluslararası kuruluşların tavsiyelerine ve Birlik içinde hukukun üstünlüğüne ilişkin durum hakkında Komisyonun raporuna uygun olmasını sağlamaya davet etmekte; üye Devletlerden parlamenter denetimden kaçınmak amacıyla Covid-19’un neden olduğu acil sağlık durumuna ilişkin hedeflerle ilgili olmayan yasal hükümleri kabul ederek, acil durum yetkilerinin kötüye kullanılmamasını yeniden talep etmektedir;

(...)

CENEVRE SENDİKAL EYLEM TOPLULUĞU (CGAS) / İSVİÇRE KARARI

8. Üye Devletlerden, toplanma özgürlüğünü yalnızca yerel epidemiyolojik durum bakımından kesinlikle gerekli ve haklı olduğu ölçüde ve bu durumun orantılı olması halinde sınırlandırmalarını ve usulüne uygun olarak kamusal ve demokratik bir tartışmayı gerektirebilecek, Covid-19 ile ilgili olmasa bile, tartışmalı tedbirleri kabul etmek için etkinlik yasağından yararlanmamalarını talep etmektedir.”

III. KARŞILAŞTIRMALI HUKUK UNSURLARI

71. Avrupa Konseyi üyesi 36 Devleti kapsayan, Mahkemenin Araştırma Bölümü tarafından gerçekleştirilen karşılaştırmalı çalışmadan, kamusal alanda toplanma özgürlüğünü sınırlandıran tedbirlerin bu 36 üye Devletin tamamında Covid-19 pandemisinin sonuçlarıyla mücadele kapsamında kabul edildiği anlaşılmaktadır. Bu üye Devletler arasından 21'i (bazı Alman eyaletleri, Ermenistan, Azerbaycan, Belçika, Bosna-Hersek, İspanya, Macaristan, İrlanda, Litvanya, Lüksemburg, Malta, Moldova Cumhuriyeti, Karadağ, Norveç, Polonya, Romanya, Birleşik Krallık (İngiltere, Galler ve İskoçya), San Marino, Slovakya, Slovenya ve Çek Cumhuriyeti) etkinlikler için herhangi bir istisna öngörmeksizin, kamusal alandaki toplanmaları resmi olarak yasaklamaya karar vermiştir; söz konusu üye Devletlerin 12'sinde (Arnavutluk, Hırvatistan, Estonya, Finlandiya, Fransa, Gürcistan, İzlanda, Lihtenştayn, Kuzey Makedonya, Sırbistan, İsveç ve Ukrayna), bu türden toplanmalara bununla birlikte, katılımcıların azami sayısının - bazen çok düşük olan- belirlenmesi koşuluyla Covid-19 pandemisi boyunca izin verilmektedir; bu Devletlerin diğer 2'sinde (Yunanistan ve Hollanda), toplanmalar resmi olarak yasaklanmamış, ancak öngörülen bazı etkinlikler *filen (de facto)* yasaklanmıştır.

72. İncelenen 36 üye Devletin tamamında, sınırlayıcı tedbirler zaman geçtikçe gelişmiştir, zira tedbirlerin gerekliliği Covid-19 virüsünün yayılması dikkate alınarak düzenli olarak yeniden değerlendirilmiştir. Söz konusu yeniden değerlendirmeler, birkaç hafta veya birkaç ay arayla yapılmıştır.

73. Bu üye Devletlerin 14'ünde (Ermenistan, Azerbaycan, Belçika, Gürcistan, İrlanda, İzlanda, Litvanya, Karadağ, Hollanda, Kuzey Makedonya, Norveç, San Marino (2020 yılında bir ay boyunca), İsveç ve Ukrayna), cezai sorumluluk mevcut tedbirlere uyulmaması nedeniyle doğabilmekte ve hapis cezasına yol açabilmekteydi. Diğer Devletlerle ilgili olarak, yetkili makamlar tarafından alınan tedbirlere uyulmaması para cezasıyla cezalandırılmaktaydı.

74. İncelenen 36 üye Devletin tamamında, kabul edilen tedbirler, gerek soyut olarak söz konusu yasama veya hükümetle ilgili düzenlemeyi, gerekse herhangi bir etkinlik veya toplantının yapılmasının reddedilmesi veya yasaklanması kararını amaçlayarak, yargısal denetime tabi tutulabilmekteydi. Bu Devletlerin 23'ünde, yasaklamalara karşı sunulan yargısal itirazlar esasa ilişkin kararla sonuçlanırken, diğer 7 Devlette uygulamada herhangi bir yargısal itiraz başlatılmamıştır. İncelenen Devletlerin 8'inde, mahkeme kararları söz konusu etkinliğin öngörüldüğü tarihten önce verilmiştir.

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

I.BÜYÜK DAİRE ÖNÜNDEKİ DAVANIN KONUSU HAKKINDA

75. Başvuran, Büyük Daire önünde 2 Aralık 2022 tarihinde sunduğu görüşlerinde ilk defa, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin getirdiği yasaklamaların yalnızca barışçıl toplanma özgürlüğü hakkı açısından değil, aynı zamanda sendika özgürlüğü kapsamında da Sözleşme'nin 11. maddesi ile korunan haklarını ihlal ettiğini ileri sürmektedir.

76. Başvuran bu bağlamda, hem kamuya açık hem de özel olmak üzere, her türlü toplanmanın yasaklanmasının toplu eylem yoluyla üyelerinin menfaatlerinin savunulmasına yönelik sendika faaliyetini ciddi bir şekilde engellediğini iddia etmektedir. İhtilaf konusu Yönetmeliğin yürürlüğe girmesi gerçekte, farklı sendika kuruluşları tarafından düzenlenen birçok toplu görüşme toplantısının iptaline yol açmış ve işçilere ilişkin toplantıların, sendika komitelerinin toplantılarının ve sendikaların faaliyetine yönelik kamuoyunu bilgilendirme toplantılarının düzenlenmesini imkânsız hale getirmiştir.

77. Hükümet, duruşmada, bu iddianın ilgili Daire önünde ileri sürülmeyen ve Büyük Daireye sunulan davanın kapsamına girdiği kabul edilemeyecek olan yeni bir şikâyet olarak değerlendirildiğini ileri sürmüştür.

78. Mahkemenin içtihadına göre, Büyük Daireye gönderilen “dava”, ilgili Daire tarafından kararında daha önce incelendiği şekliyle, başvurunun tüm yönlerini muhakkak kapsamaktadır. Büyük Daireye gönderilen “dava”, kabul edilebilir olduğuna karar verilen başvurudur ve kabul edilemez olduğuna karar verilmeyen şikâyetleri de kapsamaktadır (örnek olarak, bk. *Denis ve Irvine/Belçika* [BD], no. 62819/17 ve 63921/17, § 98, 1 Haziran 2021 ve *Fedotova ve diğerleri/Rusya* [BD], no. 40792/10 ve diğer 2 başvuru, § 83, 17 Ocak 2023, ileri sürülen içtihatla birlikte). Bir şikâyetin iki unsuru bulunmaktadır: Olgusal iddialar ve hukuki argümanlar (*Radomilja ve diğerleri/Hırvatistan* [BD], no. 37685/10 ve 22768/12, § 126, 20 Mart 2018). Bu iki unsur, birbirine bağlıdır, zira şikâyet edilen olayların ileri sürülen hukuki argümanlar ışığında ve karşılıklı olarak (“*vice versa*”) yorumlanması gerekmektedir (*ibidem*, § 110).

79. Başvuran, Mahkeme önündeki ilk başvurusunda, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği ile düzenlenen etkinlik yapmaya ilişkin genel yasaklamanın kamuya açık etkinlikler düzenlemesini ve bunlara katılmasını engellemesi nedeniyle, Sözleşme’nin 11. maddesi ile güvence altına alınan barışçıl toplanma özgürlüğü hakkına yönelik engel teşkil etmesinden açıkça şikâyet etmiştir. İlgili Daire önünde taraflarca sunulan görüşler, ihtilaf konusu sınırlamaların başvuranın kamuya açık etkinlik ve toplantıların düzenlenmesine yönelik faaliyetinin gerçekleştirilmesi üzerinde yaratabileceği sonuçlarla ilgili olmuştur. Ayrıca başvuran, bunun aksini iddia etmemektedir.

80. İlgili Daire, verdiği kararda, söz konusu görüşlere ve başvuran tarafından şikâyetini desteklemek için sunulan olgusal unsurlara dayanarak davayı incelemiştir. İlgili Daire, söz konusu edilen ulusal hükümlerin başvuranın sendika özgürlüğü üzerinde bir etkiye sahip olup olmadığını hiçbir zaman araştırmamıştır.

81. Mahkeme, sendika özgürlüğünün sendikanın toplu eylemi yoluyla sendikanın üyelerinin mesleki menfaatlerini savunma özgürlüğü olduğunu ve örgütlenme özgürlüğünün özel yönlerinden birini, yani Sözleşme’nin 11. maddesinde belirtilen farklı haklardan birini teşkil ettiğini hatırlatmaktadır (bk. *Wilson, National Union of Journalists ve diğerleri/Birleşik Krallık*, no. 30668/96 ve diğer 2 başvuru, § 42, AİHM 2002-V ve *Manole ve “Les Cultivateurs Directs de Roumanie”/Romanya*, no. 46551/06, § 57, 16 Haziran 2015). Dolayısıyla,

başvuranın Büyük Daire önünde ilk defa sunduğu, sendika özgürlüğüne ilişkin unsurlar, ileri sürülen hüküm bağlamındaki farklı gerekliliklere ilişkin yeni bir şikâyeti teşkil etmektedir. Bu nedenle, söz konusu unsurlar, Büyük Daireye sunulduğu şekliyle, davanın konusunun kapsamı dışında kalmaktadır (yukarıda anılan *Denis ve Irvine* kararı, § 110 ve *L.B./Macaristan* [BD], no. 36345/16, § 70, 9 Mart 2023).

82. Her halükârda Mahkeme, olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olduğu şekliyle, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrasında öngörülen altı aylık sürenin sona ermesinin ardından sunulan iddiaları, yalnızca gereken sürede sunulan ilk şikâyetlere veya bu şikâyetlerin özel yönlerine ilişkin hukuki iddiaların söz konusu olması halinde inceleyebilmektedir (*Kurnaz ve diğerleri/Türkiye* (k.k.), no. 36672/97, 7 Aralık 2004 ve *Paroisse gréco-catholique Sâmbăta Bihor/Romanya* (k.k.), no. 48107/99, 25 Mayıs 2004).

83. Mahkeme, başvuranın Büyük Daire önünde ilk defa sunduğu iddialarla, barışçıl toplanma özgürlüğü kapsamında başlangıçta ileri sürülen şikâyeti belirtmek ya da genişletmek istemediğini, ancak yeni bir şikâyeti sunmayı amaçladığını tespit etmiştir (bk. yukarıda 81. paragraf).

84. Mahkeme, bir başvuran tarafından ileri sürülen hakka yönelik müdahalenin doğrudan bir kanundan -bunun yalnızca yürürlükte kalmasıyla- kaynaklanması halinde, ilgili hakkın kullanılmasına yönelik kalıcı bir müdahale oluşturabileceğini hatırlatmaktadır. Bu türden bir durumda, başvuranın ulusal düzeyde tazminat almak için herhangi bir hukuk yoluna sahip olmaması halinde, altı aylık süre, söz konusu durumun sona erdiği tarihten itibaren işlemeye başlamaktadır (*Parrillo/İtalya* [BD], no. 46470/11, §§ 109-114, AİHM 2015).

85. Dolayısıyla, olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olduğu şekliyle, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin uygulanmasının sona erdiği, 30 Mayıs 2020 tarihinden itibaren en geç altı ay içinde bu yeni şikâyeti sunma görevi başvurana aittir.

86. Sonuç olarak, sendika özgürlüğü açısından başvuran tarafından dile getirilen şikâyet Büyük Daireye sunulduğu şekliyle, davanın konusunun dışında kalmaktadır ve her halükârda, olayların meydana geldiği dönemde yürürlükte olan Sözleşme'nin 35. maddesinde öngörülen altı aylık süreye uyulmaması nedeniyle

kabul edilemez niteliktedir (bk. *bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis)*, *Kurt/Avusturya* [BD], no. 62903/15, § 215, 15 Haziran 2021).

87. Dolayısıyla Büyük Daire, yukarıda belirtilen hususları dikkate alarak, incelemesini, ilgili Daire önünde başvuranın dile getirdiği ve ilgili Daire tarafından kabul edilen barışçıl toplanma özgürlüğünün ihlal edilmesine ilişkin şikâyetle sınırlandıracaktır.

88. Böylelikle sınırlandırılan çerçevede, Büyük Daire ayrıca, gerektiği takdirde, Büyük Daireye gönderildiği şekliyle, “davanın” konusunun kapsamına giren şikâyetlerin kabul edilebilirliğine ilişkin sorunları inceleyebilmektedir, zira örnek olarak, Mahkemeyi bu sorunların esasla birleştirilmesi veya yine esasa ilişkin inceleme aşamasında bir menfaat oluşturması halinde, “yargılamanın her aşamasında Mahkemenin kabul edilemez (...) olduğu kanaatine vardığı her türlü başvuruyu reddetme” konusunda yetkili kılan, Sözleşme’nin 35. maddesinin 4. fıkrasının *son cümlesi (in fine)* uyarınca, olağan prosedür kapsamında ilgili Daire açısından bu durum mümkün olmaktadır (örnek olarak bk. *Azinas/Kıbrıs* [BD], no. 56679/00, § 32, AİHM 2004-III; *Vučković ve diğerleri/Sırbistan* (ilk itiraz) [BD], no. 17153/11 ve diğer 29 başvuru, § 56, 25 Mart 2014; ve yukarıda anılan *Radomilja ve diğerleri* kararı, § 102, ve bu kararda ileri sürülen davalar). Bu sebeple, esasa ilişkin inceleme aşamasında bile ve İç Tüzüğü’nün 55. maddesinde öngörülen hususun saklı tutulması koşuluyla, Büyük Daire, kabul edilebilirlik hakkındaki bir kararın Sözleşme’nin 35. maddesinin ilk üç fıkrasında belirtilen gerekçelerden biri nedeniyle kabul edilemez olduğunun belirtilmesi gerektiği sonucuna varması halinde, kabul edilebilirlik hakkındaki karardan vazgeçebilmektedir (*Grosam/Çek Cumhuriyeti* [BD], no. 19750/13, § 64, 1 Haziran 2023).

II. HÜKÜMETİN İLK İTİRAZLARI HAKKINDA

A. Başvuranın Mağdur Sifatının Bulunmadığı İddiası Hakkında

1. Büyük Daire Nezdinde Hükümet Tarafından Sunulan İddialar

89. Hükümet her şeyden önce, kendi ifadesine göre, başlattığı izin prosedürünü bilerek sonu erdiren başvurana halka açık bir etkinlik düzenleme konusunda yasaklama getirilmediğini iddia etmektedir. Hükümet, başvuranın muhtemel bir reddi adli makamlar önünde bir başvuruya konu edilebilecek olan, 2

sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin 7. maddesi uyarınca herhangi bir istisna talebinde bulunmadığını eklemektedir. Hükümet bu bağlamda, ilgili Dairenin söz konusu federal düzenlemenin yetkili kanton makamının etkinlik yapma yasağına ilişkin istisnalar getirebileceğini başından beri -ve mevcut davada söz konusu bütün dönem boyunca- açıkça öngördüğü hususunu göz önünde bulundurmamasından üzüntü duymaktadır.

90. Ayrıca Hükümet mevcut davada, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin 10. maddesinin d) fıkrasına dayanarak cezai yaptırımla ilgili herhangi bir riskin bulunmadığını, zira kâr amacı gütmeyen ve ticari bir şirket olmayan, özel hukuka tabi bir dernek olan başvuranın tüzel kişi sorumluluğunun yüklenmesi için İsviçre Ceza Kanunu'nun 102. maddesinde öngörülen kriterleri yerine getirmediğini tespit etmektedir. Hükümet, başvuranın cezai yaptırımlardan kaçınmak amacıyla, davranışını değiştirmek zorunda kaldığı yönünde ilgili Dairenin vardığı sonucun bu nedenle İsviçre'de mevcut olan hukuki durumu yansıtmadığını belirtmektedir.

91. Hükümet, yaptırımların ulusal mahkemeler tarafından en büyük ihtiyatla uygulandığını eklemektedir. Hükümet, 17 Mart ve 6 Haziran 2020 tarihleri arasında etkinlik yapma yasağına aykırı bir şekilde kamusal alanda gerçekleştirilen etkinliklerin yaptırım olmaksızın yalnızca mahkûmiyet kararı, polis tarafından düzeltme ve beraat kararlarıyla sonuçlandığını ifade etmektedir. Hükümet, duruşmada, yaptırımların yalnızca izin verilmeyen etkinliklere ilişkin durumlarda uygulanabilir olduğunu belirtmiştir.

92. Bu durumda Hükümet, başvuranın ihtilaf konusu mevzuatın gerçekte kendisi hakkında uygulandığını, ceza kovuşturmasının yürütülmesi ihtimali nedeniyle davranışını değiştirmek zorunda kaldığını ya da eleştirilen mevzuatın etkilerine doğrudan maruz kalabilecek kişiler kategorisine girdiğini kanıtlamadığı sonucuna varmıştır. Dolayısıyla başvuru, Hükümete göre, bir *halk davasına* (*actio popularis*) benzemektedir.

2. Büyük Daire Nezdinde Başvuran Tarafından Sunulan İddialar

93. Başvuran, ihtilaf konusu tedbir nedeniyle doğrudan zarar gördüğünü ve dolayısıyla, Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında mağdur sıfatına sahip olduğunu belirtmektedir. Başvuran, davranışını değiştirmek ve birçok işçi toplantısı, grev gözcüleri veya diğer toplumsal protesto şekillerini düzenlemekten vazgeçmek

zorunda kaldığını ileri sürmektedir. Başvuran, kamu sağlığını korumak amacıyla 1 Mayıs tarihli korteji düzenlemekten vazgeçtiğini iddia etmektedir. Başvuran, izin talep edilen statik etkinliğe ilişkin olarak, bununla birlikte, resmi olarak talebini geri çekmeksizin idare tarafından sözlü olarak bildirilen reddi kaydettiğini ifade etmektedir.

94. 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nde öngörülen yaptırımların caydırıcı etkisine ilişkin olarak, başvuran, kâr amacı gütmeyen bir dernek hakkında cezai yaptırımların uygulanabilirliğine ilişkin sorunun İsviçre mahkemeleri tarafından açık bir şekilde incelenmediğini belirtmektedir. Her halükârda, yaptırımlar, başvuranın ifadesine göre, dernek temsilcileri hakkında uygulanabilir nitelikteydi ve bu durum yalnızca, dernek temsilcilerini toplantı ve etkinlikler düzenleme konusunda caydırabilmekteydi.

95. Başvuran, idare mahkemeleri nezdinde bir başvurunun sunulmasının kendisini yaptırım tehlikesinden koruyamayacağını ileri sürmektedir. Başvuran, bu süre zarfında idarenin resmi reddine karşı bir itiraz sunmasına rağmen, güvenlikten sorumlu Devlet müşavirinin şüphesiz Mont Blanc köprüsü üzerinde olası bir toplanmayı dağıtmak ve katılımcıları durdurmak için polisi göndereceğini ileri sürmektedir.

3. *Müdahil Taraflar*

a) **Fransız Hükümeti**

96. Fransız Hükümeti, mevcut davada Büyük Daire tarafından verilecek kararın Vavříčka ve diğerleri/Çek Cumhuriyeti ([BD], no. 47621/13 ve diğer 5 başvuru, 8 Nisan 2021) kararının devamlılığı bağlamında yer alma ve Sözleşme'ye Taraf Devletlerin tamamı açısından ortak kamu sağlığına ilişkin sorunlarla ilgili bir alanda bunun ilkelerini sağlamlaştırma eğiliminde olduğu kanaatine varmaktadır.

97. Fransız Hükümeti, mevcut davada söz konusu olan menfaat, yani pandemik krizin aciliyeti ve öngörülemezliğine ilişkin olarak kamu sağlığının korunması yönündeki menfaat gereğince geniş bir takdir yetkisinin tanınması gerektiğini ileri sürmektedir. Ayrıca Fransız Hükümeti, krizle başa çıkmak için uygulanacak tedbirlerin türüne ilişkin olarak Avrupa Devletleri arasında ortak bir yaklaşımın bulunmadığının altını çizmektedir. Fransız Hükümeti, bu bağlamda, her

Devletin hastane kapasitesi, ekonomik durumu veya yine kültürel faktör ya da tercihler açısından yasal olarak farklı tahkimler yapabileceğini ileri sürmektedir.

98. Ayrıca üçüncü taraf Hükümeti, Covid-19 salgınıyla ortaya çıkan sağlık sorunlarına ilişkin büyük teknik niteliğin, özellikle söz konusu sağlık sınırlamalarını düzenlemeleri durumunda üye Devletlerin makamlarının kullanımına sunulan parçalı ve evrimsel bilimsel bilgilerle işaret edilen belirsiz bir bağlamda, büyük bir aciliyetle verilen bir kararın uygunluğunun *daha sonra (a posteriori)* değerlendirilmesine imkân vermediği kanısına varmaktadır.

99. Fransız Hükümeti, söz konusu tedbirin gerekliliği ve orantılılığına ilişkin olarak, etkinlik yapmaya ilişkin genel bir yasaklamanın sağlık krizini çevreleyen ciddiyet ve belirsizlik bağlamı dikkate alınarak haklı gösterildiğini iddia etmektedir. Aynı zamanda çok sayıda kişinin iş yerlerine gitmesine izin verilmiş olması, Fransız Hükümetinin ifadesine göre, bariyer hareketlerine uyulmasının denetiminin daha zor olduğu, kamuya açık toplantılar alanında daha az zorlayıcı tedbirlerin öngörülebilir olduğu anlamına gelmemektedir.

b) Assas Uluslararası Hukuk Kliniği (“AUHK”)

100. AUHK, Sözleşme’ye üye Devletlerin tamamını kapsayan, karşılaştırmalı bir hukuk araştırması yapmıştır. AUHK, Covid-19 ile ilgili sağlık krizi bağlamında kabul edilen farklı tedbirlerin incelenmesi çerçevesinde, on Devletten oluşan bir azınlığın Sözleşme’nin 15. maddesinde yer alan istisna hükmüne başvurduğunun belirtildiğini ileri sürmektedir. Diğer Devletler yalnızca, Sözleşme’nin 11. maddesi tarafından korunan toplanma ve örgütlenme özgürlüğü de dâhil olmak üzere, Sözleşme tarafından korunan bazı hakları sınırlandırmayı seçmişlerdir. Her halükârda, diğer Devletler çoğunlukla toplanma ve örgütlenme hakkına yönelik istisna getirilmesinin gerekli olmadığı kanısına varmışlardır. Ayrıca adli makamlar çoğunlukla, üye Devletlerin, olağan denetim kapsamında sözleşmeye dayalı yükümlülüklerine uymaları yönünde karar vermeye ilişkin Mahkemenin denetimine benzer orantılılık denetimleri yapmışlardır.

101. Bu durumda AUHK, demokratik bir toplumda, kamu sağlığının korunmasının hukukun üstünlüğüne saygı gösterilmesi ve dolayısıyla, Sözleşme’de yer alan hak ve özgürlüklerin sürekli, hatta sınırlı bir şekilde korunmasıyla sağlandığı hususunda bir Avrupa mutabakatının bulunduğu sonucuna varmıştır.

c) Uluslararası Af Örgütü

102. Uluslararası Af Örgütü, barışçıl toplanma özgürlüğü hakkına yönelik sınırlamalar konusunda, özellikle kamu sağlığına ilişkin aciliyetler bağlamında Mahkemenin içtihadı açısından mevcut davanın önemini vurgulamaktadır. Uluslararası Af Örgütü, Mahkemenin barışçıl toplanmalara ilişkin genel yasaklama veya sınırlamaların orantısız tedbirleri oluşturduğu ilkesinden hareket etmesi gerektiğini belirtmektedir. Uluslararası Af Örgütü, bu bağlamda, Mahkemenin aynı zamanda en küçük bir istisna ihtimali öngörülmezsizin bir düzenleme yapılmasından ibaret olan bir tedbir olan, genelleştirilmiş tedbir kavramını açıklaması gerektiğini eklemektedir. Ayrıca Uluslararası Af Örgütü, Mahkemenin denetiminin, usuli, yasal veya adli güvencelerin mevcut olmadığı veya azaltılmış olduğu, kamu sağlığı krizi bağlamında özel bir önem taşıdığının altını çizmektedir.

4. İlgili Dairenin Kararı

103. İlgili Daire, kararında, pandemiden önce başvuran derneğin sendika ile ilgili ve demokratik özgürlüklerin savunulmasına yönelik birçok etkinlik düzenlediğini ve koronavirüsle mücadele tedbirlerinin getirilmesinin ardından bunu yapmasının engellendiğini tespit etmiştir. İlgili Daire öte yandan, başvuran derneğin yasaya uygun amacını izlemek için önemli araçlardan yoksun bırakılması nedeniyle, başvuran dernek ile Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiği iddiasının ardından başvuran derneğin maruz kaldığını belirttiği zarar arasında yeterli bir bağın bulunduğu kanaatine varmıştır.

104. Dolayısıyla ilgili Daire, “potansiyel mağdur” kavramına ilişkin içtihadına atıfta bulunarak, özellikle başvuranın 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin 10. maddesinde öngörülen cezai yaptırımlara maruz kalmaktan kaçınmak amacıyla davranışını uyarlamaya zorlandığını ileri sürerek, Hükümetin mevcut ilk itirazını reddetmiştir.

5. Mahkemenin Değerlendirmesi

a) Mahkemenin İctihadından Doğan Genel İlkeler

105. Mahkeme, Sözleşme'nin 34. maddesini ileri sürmek için, gerçek kişi, hükümet dışı bir kuruluş veya kişi grubunun Sözleşme'nin ihlal edilmesinden dolayı mağdur olduğunu ileri sürebilmesi gerektiğini hatırlatmaktadır; “mağdur” kavramı, davacı olma menfaati ya da sıfatına ilişkin kavramlar gibi yerel

kavramlardan bağımsız ve özerk bir şekilde yorumlanmalıdır. İlgilinin, ihtilaf konusu tedbirin “etkilerine doğrudan maruz kaldığını” kanıtlayabilmesi gerekmektedir (*Lambert ve diğerleri/Fransa* [BD], no. 46043/14, § 89, AİHM 2015 (özetler)).

106. Sözleşme’nin 34. maddesi, Sözleşme’ye ilişkin ihlallerden *soyut olarak* (*in abstracto*) şikâyet edilmesine izin vermemektedir. Sözleşme, *halk davasını* (*actio popularis*) kabul etmemektedir ve bu durum, bir başvuranın iç hukuktaki bir hüküm, ulusal bir uygulama ya da kamusal bir eylem hakkında yalnızca bunların Sözleşme’yi ihlal ettiğinin ortaya çıkması nedeniyle şikâyetle bulunamayacağı anlamına gelmektedir (diğer birçok karar arasında bk. *Valentin Câmpeanu adına Hukuki Kaynaklar Merkezi/Romanya* [BD], no. 47848/08, § 101, AİHM 2014 ve ileri sürülen atıflar; *Garib/Hollanda* [BD], no. 43494/09, § 136, 6 Kasım 2017 ve *Zambrano/Fransa* (k.k.), no. 41994/21, § 41, 21 Eylül 2021).

107. Bununla birlikte Mahkeme, bir kişinin bazı koşullarda, bir kanunun bireysel uygulama işlemlerinin söz konusu olmaması halinde bile Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklarını göz ardı ettiğini ileri sürebileceğini ve dolayısıyla, Sözleşme’nin 34. maddesi anlamında “mağdur” olduğunu ifade edebileceğini kabul etmiştir. Bu durum, örnek olarak, ilgilinin şikâyet ettiği mevzuatın izin verdiği tedbirlerin gizli niteliği nedeniyle kendisi hakkında gerçekte uygulandığını tespit edecek bir durumda bulunmaması (*Klass ve diğerleri/Almanya*, 6 Eylül 1978, § 30, A serisi no. 28); ilgilinin söz konusu kanundan doğan kovuşturmaların yürütülmesi ihtimali nedeniyle davranışını değiştirmek zorunda kalması (bilhassa bk. *Dudgeon/Birleşik Krallık*, 22 Ekim 1981, § 41, A serisi no. 45 ve *Norris/İrlanda*, 26 Ekim 1988, § 32, A serisi no. 142; *Michaud/Fransa*, no. 12323/11, §§ 51-52, AİHM 2012 ve *S.A.S./Fransa* [BD], no. 43835/11, § 57, AİHM 2014 (özetler)); veya ilgilinin söz konusu mevzuatın etkilerine doğrudan maruz kalabilecek kişiler kategorisine girmesi halinde (özellikle bk. *Marckx/Belçika*, 13 Haziran 1979, A serisi no. 31, § 27; *Burden/Birleşik Krallık* [BD], no. 13378/05, § 34, AİHM 2008; *Sejdić ve Finci/Bosna-Hersek* ([BD], no. 27996/06 ve 34836/06, § 29, AİHM 2009 ve *Tănase/Moldova* ([BD], no. 7/08, § 108, AİHM 2010) geçerli olmaktadır.

108. Her halükârda, bir başvuranın mağdur olduğunu ileri sürebilmesi için, kişisel olarak kendisini ilgilendiren hususa ilişkin bir ihlalin gerçekleşme ihtimaliyle ilgili makul ve ikna edici belirtileri sunması gerekmektedir; yalnızca şüphe veya tahminler bu bağlamda yetersizdir (yukarıda anılan *Valentin Câmpeanu adına Hukuki Kaynaklar Merkezi* kararı, § 101).

b) Mevcut davada yukarıda belirtilen ilkelerin uygulanması

109. Mahkeme her şeyden önce, başvuran derneğin Mahkeme nezdinde üyelerinin ya da temsilcilerinin menfaatine hareket etmediğini, ancak dernek olarak, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin etkilerine doğrudan maruz kaldığını iddia ettiğini gözlemlemektedir (*aksi yönde bir karar için (a contrario)* bk. *Fédération nationale des associations et syndicats de sportifs (FNASS)* ve *diğerleri/Fransa*, no. 48151/11 ve 77769/13, § 95, 18 Ocak 2018). Dolayısıyla ortaya çıkan sorun, başvuran derneğin ihtilaf konusu mevzuata dayanılarak hakkında verilen bireysel bir tedbirin bulunmaması nedeniyle, mevcut haliyle, bununla birlikte Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında “mağdur” olduğunu iddia edip edemeyeceği hususudur.

110. Mahkeme, kendi içtihadına göre, bir başvuranın, kovuşturma ya da yaptırımlar yürütülmesi ihtimali nedeniyle davranışını değiştirmek zorunda kalması ya da söz konusu mevzuatın etkilerine doğrudan maruz kalan veya kalabilecek kişiler kategorisine girdiğini yeterli bir şekilde kanıtlaması halinde, bireysel uygulama işlemlerinin bulunmaması durumunda bile, -gizli denetim tedbirlerinin özel bağlamı dikkate alınmadan-, bir kanunun Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklarını göz ardı ettiğini ileri sürebileceğini hatırlatmaktadır (yukarıda 107. paragraf).

111. İlgili Daire, kararında, başvuranın 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nde öngörülen cezai yaptırımlardan kaçınmak amacıyla kamuya açık etkinlikleri düzenlemekten vazgeçmek zorunda kalması nedeniyle, birinci duruma dâhil olduğu kanısına varmıştır (ilgili Dairenin kararının 42. paragrafı).

112. Büyük Daire, bu konuda, cezai yaptırımların toplanma yasağına uyulmaması durumunda 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin 10. maddesinde öngörülmesine rağmen, yalnızca derneğe üye olan gerçek kişilerin veya dernek temsilcilerinin gerektiği takdirde, ihtilaf konusu Yönetmeliğe dayanılarak

cezalandırılabilirliklerini gözlemlemektedir. Nitekim Ceza Kanunu'nun 102. maddesi uyarınca, -başvuran gibi- kâr amacı gütmeyen, özel hukuka tabi bir derneğe cezai sorumluluk yüklenemez (yukarıda 47 ve 90. paragraflar).

113. Büyük Daire, bu koşullarda, mevcut davanın başvuranların ihtilaf konusu mevzuata uyma ile doğrudan ve kişisel olarak ağır yaptırımlara maruz kalma arasında tercih yapmaları gereken davalara benzer olmadığı kanısına varmaktadır (rıza gösteren yetişkinler arasında eşcinsel eylemleri cezalandıran kanunlara ilişkin, yukarıda anılan *Dudgeon* ve *Norris* kararları; avukatlara barodan çıkarma da dâhil olmak üzere, disiplin yaptırımlarının yürütülmesi ihtimali nedeniyle şüpheleri bildirme yükümlülüğü getiren bir düzenlemeye ilişkin yukarıda anılan *Michaud* kararı ve kamusal alanda tam peçe takılmasının yasaklanmasına ilişkin yukarıda anılan *S.A.S./Fransa* kararı).

114. Geriye, başvuranın yine de 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin etkilerine doğrudan maruz kalıp kalmadığını araştırmak kalmaktadır. Bu konuda Mahkeme, yasal amacı işçilerin ve üye kuruluşlarının menfaatlerinin savunulması olan başvuranın faaliyeti hakkında söz konusu Yönetmelik ile düzenlenen sınırlamaların sonuçlarını küçümsememektedir. Mahkeme bu bağlamda, ilgili Daire gibi, başvuranın 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin yürürlüğe girmesinden önceki aylar boyunca çok sayıda kamuya açık etkinlik ve toplantı düzenlediğini ve 1 Mayıs 2020 tarihinde işçilere yönelik bir etkinlik düzenlemek amacıyla girişimlerde bulunduğunu kaydetmektedir.

115. Bununla birlikte, bir başvuran, bir kanunun Sözleşme ile güvence altına alınan hak ve özgürlüklerini göz ardı ettiğini ileri sürebilmek için, söz konusu mevzuatın etkilerine “doğrudan” maruz kaldığını veya kalabileceğini kanıtlamalıdır, aksi takdirde ilgilinin başvurusu *halk davasının* (*actio popularis*) kapsamına girmektedir (*Dimitras ve diğerleri/Yunanistan* ((k.k.), no. 59573/09, §§ 30-31, 4 Temmuz 2017 ve *Shortall/İrlanda* ((k.k.), no. 50272/18, § 53, 19 Ekim 2021).

116. Büyük Daire bu bağlamda, ihtilaf konusu yasal tedbirlerin içeriğine ilişkin sorunun incelenmesinin yararlı olduğu kanısına varmaktadır. Büyük Daire, Mahkemenin başvuranların bireysel bir uygulama tedbirinin bulunmaması nedeniyle bir kanundan şikâyet edebilecekleri kanaatine vardığı daha önceki

davaların, her bireysel duruma özgü olan ve dolayısıyla, yalnızca yürürlüğe girmeleriyle Sözleşme tarafından güvence altına alınan ilgililerin haklarına zarar verecek nitelikteki koşullardan ayrı olarak önceden tanımlanan durumlara ilişkin uygulanabilir metinlerle ilgili olduğunu gözlemlemektedir (“gayri meşru” çocuğun miras alma hakkını sınırlandıran bir mevzuata ilişkin yukarıda anılan *Marckx* kararı; miras haklarının sınırlandırılmasını amaçlayan bir kanuna ilişkin yukarıda anılan *Burden* kararı; köken açısından seçimlerde aday olma imkânını sınırlandıran bir kanuna ilişkin yukarıda anılan *Sejdić ve Finci* kararı ve çifte vatandaşların seçilebilirlik hakkını sınırlandıran bir kanuna ilişkin yukarıda anılan *Tănase* kararı).

117. Mevcut davada, başvuran, Mahkeme huzurunda, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği ile getirilen etkinlik yapma yasağının genel bir tedbirden ibaret olduğunu, zira özellikle her türlü istisnanın, kendi ifadesine göre, dikkate alınan dönem sırasında imkânsız hale geldiğini ileri sürmektedir. Başvuran, Yönetmeliğin 17 Mart 2020 tarihinden itibaren yürürlükte olan versiyonunda, “siyasi hakların kullanılması” için istisnalar talep etme imkânının kaldırıldığını ve kendi ifadesine göre, bu durumun yasal amacının izlenmesini hedefleyen toplantıları düzenleme yönündeki her türlü girişimi etkisiz kıldığını ileri sürmektedir.

118. Mahkeme gerçekte, etkinlik yapma yasağına yönelik istisnalara izin veren, Covid-19 Yönetmeliği’nin 7. maddesinin a) fıkrasının, diğerlerinin yanı sıra, “siyasi hakların kullanılmasına” ilişkin atfın kaldırılmasıyla, 17 Mart 2020 tarihli versiyonunda değiştirildiğini kaydetmektedir. Bununla birlikte, istisnaların getirilmesinin, “ağır basan bir kamu yararının” bunu haklı göstermesi ve düzenleyicinin yeterli olduğu kanısına varılan bir koruma planını sunması halinde her zaman mümkün kaldığını tespit etmek gerekmektedir (bk. yukarıda 42. paragraf).

119. Hükümet öte yandan, Büyük Daire huzurunda, birçok istisnanın 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği’nin uygulanma süresi boyunca talep edildiğini, bazı durumlarda bunlara idari makamlar tarafından karar verildiğini ve bu sebeple, birçok toplantının kamusal alanda gerçekleştirildiğini belirtmiştir (yukarıda 36-37. paragraflar).

120. Kabul edilebilir istisnalara ilişkin örnekler listesinden “siyasi hakların kullanılması” ifadesinin 17 Mart 2020 tarihinde kaldırılması şüphesiz önemsiz

olmasa da, Büyük Daire, bununla birlikte, ihtilaf konusu yasaklamanın her bireysel duruma özgü koşullardan ayrı olarak önceden tanımlanan durumlar için uygulanabilir yasal bir tedbir anlamında, “genel bir tedbir” olarak değerlendirildiği yönünde (ilgili Dairenin kararının 85 ve 86. paragrafları) ilgili Dairenin vardığı sonuca katılmamaktadır (bk. *bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis)*, *Animal Defenders International/Birleşik Krallık* [BD], no. 48876/08, § 106, AİHM 2013 (özetler); ve *Ždanoka/Letonya* [BD], no. 58278/00, §§ 112-115, AİHM 2006-IV).

121. Başvuranın kendisine bilhassa bir toplantı düzenleme imkânı veren bir istisnayı talep etme ve elde etme olanağına ilişkin olarak, Büyük Daire, başvuranın düzenlemeyi dilediği etkinliklerin bir istisnanın getirilmesini haklı gösteren “ağır basan bir kamu yararı” sunup sunamayacağı hususu ile ilgili olarak, soyut olarak tahminde bulunma görevinin ilgiliye ait olmadığı kanaatine varmaktadır. Büyük Daire bu bağlamda, ilgilinin özellikle bir etkinlik düzenlemenin imkânsızlığından kaynaklanan toplanma özgürlüğü hakkına ilişkin olası bir tanınmamayı iddia etmediğini, ancak 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği ile getirildiği şekliyle, bu türden etkinlikleri yasaklayan tedbire itiraz ettiğini hatırlatmaktadır.

122. Mahkeme son olarak, mahkemede itiraz edilebilecek, yetkili idari makam tarafından verilen resmi bir kararın elde edilmesinden önce, başvuranın 1 Mayıs 2020 tarihinde etkinlik yapmak amacıyla başlattığı izin prosedürünü sürdürmekten vazgeçmeye bilerek karar verdiğini göz ardı edemeyecektir. Ayrıca, ilgilinin daha sonra, başka bir izin talebini sunamayacak bir durumda kaldığını tespit etmek gerekmektedir.

123. Mahkeme nazarında, yeterli bir gerekçe bulunmadığında, bu türden bir davranış başvuranın mağdur sıfatı üzerinde bir etki yaratmaktadır.

124. Başvuran derneğin 1 Mayıs tarihli etkinliğin düzenlenmesine ilişkin girişimleri sürdürmekten vazgeçmesini haklı göstermek için ileri sürdüğü cezai yaptırım korkusuna ilişkin olarak, Mahkeme, kâr amacı gütmeyen özel hukuka tabi bir dernek olarak başvuranın bu türden yaptırımlara tabi tutulamayacağını hatırlatmaktadır (yukarıda 112. paragraf). Her halükârda, yalnızca kamuya açık etkinliklerin düzenlenmesine ilişkin idari girişimlerde bulunulmasının, bu girişimlerin yetkili makamların reddine ve gerektiği takdirde, adli prosedürlere yol

açması halinde de dâhil olmak üzere, cezalandırılabilir nitelikte bir davranış teşkil edebileceği kanısına varılmasını sağlayabilecek herhangi bir unsur bulunmamaktadır. Aksine, taraflarca sunulan unsurlar bağlamında, yalnızca izin verilmeyen etkinliklerin düzenlenmesi veya bunlara katılma durumunun ihtilaf konusu hükümlere dayanılarak cezalandırılabilirliği belirtilmektedir (yukarıda 91 ve 95. paragraflar).

125. Mahkeme, başvuranın davranışının hem Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında ilgilinin “doğrudan” mağdur sıfatının kaldırılmasına, hem de ilgilinin adli makamlara başvurma imkânından yoksun bırakılmasına ve ulusal düzeyde Sözleşme'nin ihlalden şikâyet etmesine yol açtığı kanaatine varmaktadır (bk. aşağıda). Nitekim iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına uyulmasına ve mağdur sıfatına ilişkin sorunlar, bilhassa bir kanun gibi genel bir uygulama tedbirine ilişkin olarak birbiriyle yakından bağlantılıdır (*bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis)*, yukarıda anılan *S.A.S./Fransa* kararı, §§ 57 ve 61 ve yukarıda anılan *Zambrano* (k.k.) kararı, § 47).

126. Dolayısıyla Büyük Daire, aynı zamanda Hükümet tarafından ileri sürülen ikinci ön itirazın incelenmesinin gerekli olduğu kanısına varmaktadır.

B. İç Hukuk Yollarının Tüketilmesi Hakkında

1. Büyük Daire Nezdinde Hükümet Tarafından Sunulan İddialar

127. Hükümet, başvuranın Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlalden şikâyet etmek için etkin bir iç hukuk yoluna sahip olduğunu ve bu hukuk yolunu tüketmediğini iddia etmektedir. Hükümet, başvuranın her şeyden önce, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin 7. maddesi anlamında etkinlik yapma yasağına yönelik bir istisnanın talep edilmesi imkânından yararlanması, ardından reddedilme durumunda, Kanton İdare Mahkemesine başvurması gerektiğini belirtmektedir. Hükümet, söz konusu mahkeme tarafından verilen kararın daha sonra Federal Mahkeme huzurunda kamu hukuku konusunda bir başvuru yoluna konu edilebileceğini ifade etmektedir.

128. Hükümet, yüksek idare mahkemesi olarak, Federal Mahkemenin ve farklı kanton mahkemelerinin, gerek Federal hukukun ön mesele olarak denetimi gerekse kantonal hükümlerin soyut bir denetimi kapsamında, etkinlik iznine ilişkin reddetmeleri incelemeye birçok defa davet edildiklerini ileri sürmektedir. Bu

prosedürlerin incelenme sürelerine ilişkin olarak, Hükümet, bunların hiçbir zaman aşırı olmadıklarını ileri sürmektedir. Hükümet, her halükârda, ulusal hukukun izin prosedürünü öngörmesi nedeniyle, idarenin gerekçeli bir karar vermesine olanak sağlamak ve reddetme durumunda, mahkemelerin aşırı baskı olmaksızın olası bir hukuk yolunu inceleme durumunda olmalarına imkân vermek için zamanında izin talep etme görevinin etkinlik düzenleyicisine ait olduğunu ifade etmektedir.

129. Ayrıca Hükümet, başvurma hakkının itiraz edilen işlemin iptaline ilişkin mevcut bir menfaati gerektirmesine rağmen, yerleşik içtihadına (ATF 146 II 335 değerlendirme 1.3; 142 I 135 değerlendirme 1.3.1) uygun olarak Federal Mahkemenin, itirazın aynı veya benzer koşullarda her zaman yeniden meydana gelebilmesi, itirazın niteliğinin güncelliğini kaybetmeden önce itirazın incelenmesine imkân vermemesi ve ilke kapsamı sebebiyle, ihtilaf konusu sorunun çözümünde yeterince önemli bir kamu yararının mevcut olması halinde, bu gereklilikten istisnai olarak vazgeçtiğini ileri sürmektedir. Hükümet, bu içtihadı dayanarak, Federal Mahkemenin böylelikle hukuk yolunun sunulduğu tarihte mevcut bir menfaatin bulunmamasına rağmen Covid ile mücadele tedbirlerine ilişkin birçok hukuk yolunu incelediğini belirtmektedir (23 Kasım 2021 tarihli 2C_228/2021 sayılı karar, değerlendirme 1.3; 8 Temmuz 2021 tarihli 2C_941/2020 sayılı karar, değerlendirme 1.3.2 (yayımlanmamış değerlendirme *in* ATF 147 I 450) ; 25 Haziran 2021 tarihli 2C_8/2021 sayılı karar, değerlendirme 2.3.2; 31 Mart 2023 tarihli 2C 810/2021 sayılı karar).

130. Bir istisnanın elde edilmesi imkânına ilişkin olarak, Hükümet, hem 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin 7. maddesinin metni hem de buna ilişkin açıklayıcı raporlar bağlamında belirsizlik olmaksızın, yetkili kanton makamlarının olay bazında bunların düzenlenmesine yönelik yasaklamaya ilişkin bir istisna getirebilecekleri etkinliklerle ilgili sıralamanın ayrıntılı olmadığını, ancak yalnızca örnek olarak verildiğinin belirtildiğini ifade etmektedir. Hükümet, başvuranın düzenlemek istediği etkinlik türünün listede açıkça belirtilen örnekler arasında yer almamasına rağmen, kanton makamının bu türden bir etkinliğin 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında belirtilen etkinlik yapma yasağına yönelik istisna bağlamında izin verilip verilemeyeceğini mevcut davada inceleme görevine sahip olduğunu belirtmektedir. Hükümetin ifadesine

göre, 17 Mart 2020 tarihinden itibaren uygulanabilir olan versiyonda bundan böyle açıkça, siyasi hakların kullanılmasına yönelik etkinliklerin belirtilmemesi, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin 7. maddesine ilişkin yapılan sıralamanın kapsamlı olmayan niteliği ya da yetkili kanton makamlarının takdir yetkisi üzerinde herhangi bir etki yaratmamıştır.

131. Hükümet, altı kantona sunulan istisna taleplerinin bir kısmının uygun bir şekilde kabul edildiğini ileri sürmektedir. Reddedilen istisna taleplerine ilişkin olarak, Hükümetin ifadesine göre, "İklim Grevi" topluluğunun oluşturduğu hukuk yolu hariç olmak üzere, herhangi bir hukuk yolu getirilmemiştir.

2. *Büyük Daire Nezdinde Başvuran Tarafından Sunulan İddialar*

132. Başvuran Büyük Daireyi, ihtilaf konusu tedbirlere karşı etkin bir hukuk yoluna sahip olmadığını tespit etmeye davet etmektedir. Başvuran, başvurusunun bilhassa bir toplantının düzenlenmesinin reddedilmesiyle ilgili olmadığını, ancak kendi ifadesine göre, bunun 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin gerektirdiği yaklaşık iki buçuk ay boyunca etkinlik yapmaya ilişkin genelleştirilmiş bir yasaklamayla ilgili olduğunu tekrarlamaktadır. Hâlbuki başvuranın ifadesine göre, federal düzenleme, mevcut şekliyle anayasallığa ilişkin soyut bir denetime konu edilemeyecektir. Ön başvuru yoluyla anayasaya uygunluğa ilişkin denetimin elde edilmesi imkânına ilişkin olarak, başvuran, bir karara karşı itirazın başvuru mahkemenin söz konusu işlemin üst düzey hukukla uyumluluğunu incelemesini sağlayabilmesi halinde, bu durumun, Hükümetin belirtmek istediği hususun aksine güvence altına alınmadığını hatırlatmaktadır. Başvuran, "*Hâkim hukuku kendiliğinden uygular*" (*jura novit curia*) ilkesi uyarınca, İsviçreli hâkimin taraflarca sunulan sorunları inceleme yükümlülüğüne sahip olmaksızın, kararını kendi seçtiği hukuki ilkelere dayandırabileceğini ifade etmektedir.

133. Başvuran dernek, ikinci olarak, 1 Mayıs tarihli etkinliğin veya diğer her türlü özel etkinliğin düzenlenmesinin reddedilmesine ilişkin etkin bir yargısal denetimin elde edilmesinin imkânsız olduğunu iddia etmektedir. Başvuran dernek, her şeyden önce, istisna talebinin sunulmasının kendisi açısından öngörülebilir olmadığını, zira ihtilaf konusu yasaklamanın bütün siyasi etkinliklerle ilgili olduğunu belirtmektedir. Bu bağlamda başvuran dernek, Federal Konsey ve

Cenevre Danıştayı tarafından sunulan kamuya açık açıklamaların tamamında halka açık etkinliklerin genel olarak yasaklandığının belirtildiğini ileri sürmektedir.

134. Ayrıca başvuran dernek, bir istisna talebinin mümkün olduğu varsayılsa bile, idarenin olası bir reddine karşı yöneltilecek adli bir başvurunun öngörülen etkinlik tarihinden önce bir kararı güvence altına almadığını ileri sürmektedir. Başvuran dernek, Federal Mahkeme önündeki bir başvurunun şüphesiz mevcut bir menfaatin bulunmaması nedeniyle kabul edilemez olduğunun belirtildiğini eklemekte ve bunun kanıtı olarak, “İklim Grevi” denilen davaya ilişkin yargılamanın sonucunu göstermektedir.

135. Öte yandan, başvuran özellikle temel haklara verilen zararın ciddiyeti ve sağlık krizi zamanında yargısal denetimin önemi dikkate alındığında, mevcut davaya özgü koşulların kendisini iç hukuk yollarının tüketilmesi yükümlülüğünden muaf tutacak nitelikte olduğunu belirtmektedir.

3. *İlgili Dairenin Kararı*

136. İlgili Daire, kararında, başvuranın Hükümet tarafından belirtilen hukuk yollarının olayların meydana geldiği tarihte uygulamada etkin ve mevcut olmadığı gerekçesiyle, ilgilinin bunları tüketmekle yükümlü olmadığı kanaatine varmıştır.

137. İlgili Daire özellikle, genelleştirilmiş eve kapanmaya ilişkin özel bağlamda, ulusal mahkemelerin toplanma özgürlüğü konusunda sunulan hukuk yollarının esas yönünden incelenmesini ve ihtilaf konusu hükümlerin anayasaya uygunluğunun denetimini gereken bir süre içinde sağlamaktan kaçındıklarını gözlemlemiştir. İlgili Daire böylelikle, başvuranın Sözleşme’nin 11. maddesinin ihlalinden şikâyet etmesine imkân veren, uygulamada etkin ve mevcut olan bir hukuk yoluna ilgili olayların meydana geldiği tarihte sahip olmadığı sonucuna varmıştır. İlgili Daire öte yandan, başvuranın bundan böyle, 17 Mart 2020 tarihinden itibaren, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği’ne dayanarak, etkinlik yapma yasağına bir istisnanın getirilmesini talep edecek bir durumda bulunmadığı kanısına varmıştır.

4. *Mahkemenin değerlendirmesi*

a) **İç hukuk yollarının tüketilmesi kuralına ilişkin genel ilkeler**

138. Mahkemenin içtihadından, Sözleşme tarafından oluşturulan koruma mekanizmasının, insan haklarının güvence altına alınmasına yönelik ulusal sistemlere göre ikincil nitelikte olduğu anlaşılmaktadır. Mahkemenin, Sözleşmeciler Devletlerin Sözleşme kapsamındaki yükümlülüklerine uyup uymadıklarını denetleme görevi vardır. Mahkeme, Sözleşme’de yer alan temel hak ve özgürlüklere ulusal düzeyde saygı gösterilmesini ve bunların korunmasını sağlamaktan birinci derecede sorumlu olan Sözleşmeciler Devletlerin yerini almamalıdır (bk. diğer birçok karar arasında yukarıda anılan, Vučković ve diğerleri kararı, §§ 69-77). Sözleşme tarafından kurulan denetim mekanizmasının ikincil niteliği göz önünde bulundurulduğunda Mahkeme, ulusal makamların insan haklarının korunması konusunda doğrudan demokratik meşruiyete sahip olduklarını ve ülkelerinin yaşam güçleriyle doğrudan ve sürekli irtibat halinde olmaları sayesinde, yerel ihtiyaç ve koşullar hakkında değerlendirmede bulunmak için ilke olarak uluslararası mahkemeden daha iyi bir konumda olduklarını defalarca kabul etmiştir (bk. örneğin, Maurice/Fransa [BD], no.11810/03, § 117, AİHM 2005-IX; ve Dubska ve Krejzová/Çek Cumhuriyeti [BD], no. 28859/11 ve 28473/12, § 175, 15 Kasım 2016, diğer atıflarla birlikte).

139. İç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğü, başvuranların iddia ettikleri ihlaller için telafi elde etmelerini sağlayacak mevcut ve yeterli hukuk yollarını normal bir şekilde kullanmalarını gerektirir. Bu hukuk yolları, hem pratikte hem de teoride yeterli derecede kesinlikte mevcut olmalıdır, aksi takdirde arzu edilen etkinlik ve erişilebilirlikten yoksun kalırlar (bk. yukarıda anılan Vučković ve diğerleri kararı, § 71). Bir hukuk yolunun etkili olarak kabul edilebilmesi için, şikâyet edilen durumu doğrudan çözebilmeli ve makul bir başarı şansı sunması gerekmektedir (Balogh/Macaristan, no. 47940/99, § 30, 20 Temmuz 2004; Sejdovic/İtalya [BD], no. 56581/00, § 46, AİHM 2006-II ve yukarıda anılan Vučković ve diğerleri kararı, § 74 ve Gherghina/Romanya (k.k.) [BD], no. 42219/07, § 85, 9 Temmuz 2015).

140. Mahkeme, iç hukuk yollarının tüketilmesi kuralının bir dereceye kadar esneklikle ve aşırı şekilcilikten uzak bir şekilde uygulanması gerektiğini sıklıkla vurgulamıştır. Mahkeme ayrıca, iç hukuk yollarının tüketilmesine ilişkin kuralın kendiliğinden uygulanamayacağını ve mutlak olmadığını; bu kurala uyulup

uyulmadığını değerlendirilirken, davanın koşullarının göz önünde bulundurulması gerektiğini kabul etmiştir (bk. yukarıda anılan Gherghina kararı, § 87 ve bu kararda atıfta bulunulan içtihat).

141. Dolayısıyla, yeterli veya etkili olmayan hukuk yollarını kullanma zorunluluğu yoktur (Akdivar ve diğerleri/Türkiye, 16 Eylül 1996, § 67, Karar ve Hükümler Derlemesi 1996-IV ve yukarıda anılan Vučković ve diğerleri, § 73). Bu bağlamda Mahkeme, örneğin, başvuruların, Hükümet tarafından atıfta bulunulan bir hukuk yolunun başarısızlıkla sonuçlanmasının kaçınılmaz olduğu ve kullanımının önünde nesnel engeller bulunduğu hallerde (bk. yukarıda anılan Sejdovic kararı, § 55) veya bu hukuk yolunun kullanımının makul olmayacağı ve başvuru sahiplerinin Sözleşme'nin 34. maddesinde tanımlandığı şekliyle bireysel başvuru haklarını etkili bir şekilde kullanmalarına yönelik orantısız bir engel teşkil edeceği durumlarda başvuranların söz konusu hukuk yolunu tüketme yükümlülüğünden muaf olduklarına kanaat getirmiştir (bk. Vaney/Fransa, no. 53946/00, § 53, 30 Kasım 2004; Gaglione ve diğerleri/İtalya, no. 45867/07 ve diğer 69 başvuru, § 22, 21 Aralık 2010 ve Fabris ve Parziale/İtalya, no. 41603/13, § 57, 19 Mart 2020).

142. Hal böyleyken, açıkça başarısızlığa mahkum olmayan belirli bir hukuk yolunun başarı olasılığına ilişkin şüpheler beslemek, söz konusu hukuk yolunun kullanılmamasını haklı kılacak bir neden oluşturmamaktadır (Scoppola/İtalya (no. 2) [BD], no. 10249/03, § 70, 17 Eylül 2009 ve yukarıda anılan Vučković ve diğerleri kararı, § 74).

143. İspat yüküne ilişkin olarak, hukuk yollarının tüketilmediğini iddia eden Hükümetin, ileri sürdüğü hukuk yolunun olayların meydana geldiği dönemde hem teoride hem de pratikte etkili ve mevcut olduğu konusunda Mahkemeyi ikna etmesi gerekmektedir. Bu durum kanıtlandıktan sonra, hukuk yolunun gerçekten kullanıldığını veya davanın koşulları göz önünde bulundurulduğunda herhangi bir sebeple yetersiz ve etkisiz olduğunu ya da söz konusu hukuk yolunu kullanmasını engelleyen bazı özel koşulların bulunduğunu ortaya koymak başvurana düşmektedir (Demopoulos ve diğerleri/Türkiye (k.k.) [BD], no. 46113/99 ve diğer 7 başvuru, § 69, AİHM 2010 ve yukarıda anılan Vučković ve diğerleri kararı, § 77).

144. Her hâlükârda, bir başvuranın davasının özel koşulları dikkate alınarak mevcut kabul edilebilirlik şartını yerine getirip getirmediği konusunda karar vermek için Mahkemenin öncelikle başvuran tarafından şikâyet edilen davalı Devlet yetkililerinin eylemini tespit etmesi gerekmektedir (Mocanu ve diğerleri/Romanya [BD], no. 10865/09 ve diğer 2 başvuru, § 226, AİHM 2014 (alıntılar)).

145. Mahkeme, bir başvuranın, ulusal bir yasal düzenleme veya yönetmeliğin mevcut haliyle Sözleşme'ye aykırı olduğunu iddia ettiği durumlarda, kanunların üst düzey normlarla uyumluluğunun kontrol edilmesi için ulusal hukuk tarafından önerilen hukuk yolunun, davacılar tarafından doğrudan erişilebilir olması halinde (S.B. ve Diğerleri/Belçika ((k.k.), no. 63403/00, 6 Nisan 2004; aksi yönde (a contrario) bir karar için yukarıda anılan Tănase kararı, §§ 122 ve 123 ve yukarıda anılan Parrillo kararı, §§ 101 ve 104) ve başvurulanan mahkemenin, teoride ve uygulamada, üst düzey norma aykırı olduğu tespit edilen yasal düzenleme veya yönetmeliği iptal etme veya değiştirme yetkisine sahip olması koşuluyla (Grişankova ve Grişankovs/Letonya (k.k.), no. 36117/02, AİHM 2003-II (alıntılar) ve yukarıda anılan Burden kararı, § 40) tüketilmesi gereken bir hukuk yolu olduğuna hükmetmiştir. Genel olarak, Mahkemenin içtihadından, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrası uyarınca, bir kanunun üst düzey bir norma uygunluğunun incelenmesi imkânı tanıyacak belirli bir hukuk yolunun gerekli olup olmadığı sorusunun, büyük ölçüde davalı Devletin hukuk sisteminin belirli özelliklerine ve bu incelemeyi yapmaktan sorumlu yargı organının yetkisinin kapsamına bağlı olduğu anlaşılmaktadır.

146. Nihayetinde, Mahkeme, toplanma özgürlüğü gibi belirli bir alanda iç hukuk yollarının etkinliğine ilişkin olarak, ulusal hukukun yürütme organına bırakılan yetkinin keyfi ve ayrımcı şekilde kullanılmasına karşı yeterli ve etkili yasal güvenceler sağlamasını zorunlu tutmaktadır. Söz konusu yargısal denetim, Sözleşme'nin 11. maddesinin ikinci fıkrası anlamında, ihtilaf konusu kısıtlamanın orantılılığı ve gerekliliği konusunda inceleme yapılmasına imkân tanınmalıdır (bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis), Lashmankin ve diğerleri/Rusya (no. 57818/09 ve diğer 14 başvuru, §§ 428 ve 430, 7 Şubat 2017). Ayrıca, organizatörler, yetkili makamlara belirlenen süreler içerisinde bilgi verilmesi

kaydıyla planlanan etkinlik tarihinden önce bir yargı kararı elde edebilmelidir (Bączkowski ve diğerleri/Polonya, no. 1543/06, §§ 81-83, 3 Mayıs 2007; Alekseyev/Rusya, no. 4916/07 ve diğer 2 başvuru, § 99, 21 Ekim 2010 ve yukarıda anılan Lashmankin kararı, § 345).

b) Yukarıda belirtilen ilkelerin mevcut davaya uygulanması

147. Mahkeme, öncelikle, başvuranın şikâyet ettiği durumun, bir kamu makamı tarafından ilgili hakkında alınmış toplanma özgürlüğünü kısıtlayan bireysel bir tedbirden değil, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nde yer alan bir tedbirden kaynaklandığını tespit etmektedir. Başvuran, başvurusunun özel olarak bir gösteri düzenlemesinin reddedilmesiyle ilgili olmadığını, söz konusu Yönetmelik'in 17 Mart - 30 Mayıs 2020 tarihleri arasında yürürlükte olan hali sonucunda ortaya çıkan genel gösteri yasağıyla ilgili olduğunu kesin olarak ileri sürmektedir.

148. Bu koşullar altında, Mahkemenin görevi, tarafların görüşleri doğrultusunda ve davanın koşullarının tamamı göz önünde bulundurulduğunda, başvuranın olayların meydana geldiği tarihte, söz konusu hükmün Sözleşme'ye uygun olup olmadığının incelenmesini sağlayabilecek bir hukuk yoluna sahip olup olmadığını belirlenmesi olacaktır. Bu bağlamda, Mahkemenin, yasaların Sözleşme'ye uygunluğunun denetlenmesine ilişkin başvurular özelinde oluşturduğu içtihat ilkelerinin dikkate alınması uygun olacaktır (bk. yukarıdaki 145. paragraf).

149. Hükümet, başvuranın gösteri yapma izni için başvuruda bulunması gerektiğini ve başvurusunun reddedilmesi halinde, ulusal hukukun Sözleşme ile bağdaşmadığını ileri sürerek ve Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğini iddia ederek, idarenin resmi kararına karşı kanton mahkemeleri ve de federal mahkemeler nezdinde itiraz etme fırsatına sahip olacağını ileri sürmektedir.

150. Mahkemenin ilgili içtihadı incelendiğinde, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrasının amaçları doğrultusunda, bir kanunun üst düzey bir norma uygunluğunun incelenmesine yönelik bir hukuk yolunun gerekli olup olmadığının belirlenmesi için, davalı Devletin hukuk sisteminin kendine has özelliklerinin dikkate alınması gerektiği görülmektedir.

Mevcut davada, İsviçre hukukunun, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği gibi federal düzeydeki bir yönetmeliğin anayasaya uygunluğunun doğrudan denetlenmesine imkân tanımadığına itiraz edilmemektedir. Anayasanın 189. maddesinin 4. fıkrası ve Federal Mahkeme Kanunu’nun 82. maddesinin b) fıkrası uyarınca, kantonal normatif işlemler sadece Anayasaya aykırı olduğu iddiasıyla Federal Mahkemeye taşınabilmektedir (yukarıdaki 38. paragraf).

151. Bununla birlikte, Federal Meclis ve Federal Konseyin normatif işlemlerinin üst düzey kanunlara uygunluğunun incelenmesi, söz konusu normatif işlemlerin uygulanmasına yönelik bir tedbire karşı her düzeydeki adli makamlar nezdinde yapılan olağan itiraz bağlamında, ön inceleme yoluyla mümkündür. Mahkeme, bu inceleme olasılığının, Hükümetin, Covid-19 salgınıyla mücadelele özgü alan da dâhil olmak üzere çeşitli örnekler sunduğu Federal Mahkeme içtihatlarında yer aldığını gözlemlemektedir (bk. yukarıdaki 48 ve 52-63. paragraflar).

152. Mahkemenin görüşüne göre, mevcut davada ortaya konan ilgili iç hukuka ilişkin tüm unsurlar, federal yönetmeliklerin uygulandığı bir tedbire karşı olağan bir başvuru bağlamında yapılan anayasaya uygunluk denetimi başvurusunun, bireyler için doğrudan erişilebilir bir hukuk yolu olduğunu ve gerektiğinde anayasaya aykırılık kararı elde etme imkânı tanıdığını göstermektedir. Öte yandan başvuran, bu hususa itiraz etmemekte ve söz konusu hukuk yolunun teorideki etkinliği ve kullanılabilirliği konusunda şüphe uyandıracak herhangi bir beyanda bulunmamaktadır. Aslına bakılırsa başvuran daha ziyade, mevcut davanın özel bağlamında böyle bir hukuk yolunun makul bir başarı ihtimali sunduğuna itiraz etmeye çalışmaktadır.

153. Bu bağlamda, başvuran, ilk olarak, olayların meydana geldiği tarihteki mevcut koşullar göz önüne alındığında, davaya bakan olağan mahkemenin planlanan etkinlik tarihinden önce bir karar vermesinin pek mümkün olmayacağını; ayrıca, dava Federal Mahkemenin önüne getirildiğinde, Federal Mahkemenin muhtemelen, güncel bir menfaat bulunmadığı gerekçesiyle karar vermeyi reddedeceğini ileri sürmektedir. Başvurana göre, “İklim Grevi” olarak adlandırılan davanın sonucu, iddialarının gerçekliğini ve iç hukuk yollarının uygulamada etkisizliğini kanıtlamaktadır.

154. Büyük Daire, öncelikle, bir yargı kararının planlanan etkinlik için belirlenen tarihten önce alınması gerekliliğinin, Sözleşme'nin 11. maddesi ile korunan toplanma özgürlüğünü kısıtlayan bireysel bir tedbirin yargısal denetimi için yapılan başvurular alanında Mahkeme tarafından geliştirilen içtihatlardan ortaya çıkan bir kriter olduğunu tespit etmektedir. Dairenin de kararında atıfta bulunduğu (Daire kararının 58-59. paragrafları) söz konusu "makul süre" kriteri mutlak değildir, zira bu kritere uyulmamasının sonuçları her davanın kendine özgü koşullarına bağlıdır. Nitekim Mahkemenin içtihadından, organizatörlerin iç hukukta öngörülen sürelerle uymaları halinde söz konusu şartın devreye gireceği anlaşılmaktadır. Buna ek olarak, etkinlik için belirlenen tarih, organizatör için büyük bir öneme sahip olmalıdır (bk. Stankov ve Ilinden Birleşik Makedonya Örgütü/Bulgaristan, no. 29221/95 ve 29225/95, § 109, AİHM 2001-IX; Ivanov ve diğerleri/Bulgaristan, no. 46336/99, § 74, 24 Kasım 2005; yukarıda anılan Bączkowski ve diğerleri kararı, § 81 ve Stowarzyszenie "Poznańska Masa Krytyczna"/Polonya, k.k., no. 26818/11, 22 Ekim 2013).

155. Başvuranın şikâyet ettiği durum, toplanma özgürlüğünü kısıtlayan bireysel bir tedbir nedeniyle değil, 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği kapsamından ortaya çıktığı için Büyük Daire, Hükümet tarafından belirtilen hukuk yolunun, davanın koşullarında, söz konusu mevzuatın sözleşmeye uygunluğunu incelemeyi mümkün kılıp kılmadığının belirlenmesinde bahsedilen kriterin tek başına belirleyici olmadığı kanaatindedir.

156. Akabinde, ilk derece mahkemesi kararına karşı yapılan istinaf başvurusunun daha sonra Federal Mahkeme tarafından esas bakımından incelenebileceğine ilişkin iddiayla ilgili olarak Mahkeme, Hükümetin, uyuşmazlığın aynı veya benzer koşullarda tekrar ortaya çıkabileceği, niteliğinin bu uyuşmazlığın güncelliğini yitirmeden karara bağlanmasına izin vermediği veya ihtilaf konusu sorunun çözüme kavuşturulmasında oldukça önemli bir kamu yararının bulunduğu durumlarda, Federal Mahkemenin dava açılmasında güncel menfaat şartından mutlak olarak vazgeçtiğini gösteren Covid-19 salgınına yönelik alınan tedbirler de dâhil olmak üzere çeşitli örnekler sunduğunu kaydetmektedir (bk. yukarıdaki 129. paragraf).

157. Hukuk yolunun etkisizliğine ilişkin olarak başvuran tarafından iddialarını desteklemek için atıfta bulunulan “İklim Grevi” davasında, Cenevre Adalet Divanı İdare Dairesinin kararını incelemesi için başvurulmuş Federal Mahkemenin, dava açmak için mevcut menfaat gerekliliğinin davayı görmesini engellediği gerekçesiyle temyiz başvurusunu esas yönünden incelemeyi bir gerçektir. Bununla birlikte, yüksek mahkeme, huzuruna getirilen davanın özel koşulları doğrultusunda kararını gerekçelendirmiştir. Federal Mahkeme özellikle, İdare Dairesinin güncel menfaat şartından vazgeçtiğini ve böylelikle davayı ilk derece mahkemesi olarak inceleme fırsatına sahip olduğunu dolayısıyla Anayasa ile güvence altına alınan mahkemeye erişim hakkına saygı duyulduğunu kaydetmiştir. Federal Mahkeme ayrıca, bu süre zarfında sağlık durumunun köklü bir şekilde değiştiğini ve bu durumun da temyiz başvurusunu değerlendirmesi istendiği tarihte başvurunun güncel menfaati konusuna doğrudan etkisi olduğunu belirtmektedir. Buna ek olarak, Federal Mahkeme, davacı tarafın davayı açmasındaki menfaatinin güncelliği konusuna ilişkin olarak yorum yapmadığına dikkat çekmektedir.

158. Öte yandan Mahkeme, Federal Mahkemenin 12 Ağustos 2021 tarihli söz konusu kararının, başvuranın mahkemeye başvurduğu tarihten sonra verildiğini kaydetmektedir. Mahkeme, belirli bir hukuk yolunun etkililiğinin ilke olarak başvurunun yapıldığı tarihe göre değerlendirildiğini hatırlatmaktadır (bk. bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis), Baumann/Fransa, no. 33592/96, § 47, 22 Mayıs 2001; Sürmeli/Almanya [BD], no. 75529/01, § 110, AİHM 2006-VII ve Norbert Sikorski/Polonya, no. 17599/05, § 115, 22 Ekim 2009).

159. Büyük Daireye göre, “İklim Grevi” olarak adlandırılan davanın sonucu, başvuranı, olayların meydana geldiği dönemde, şikâyetlerini Mahkemeye sunmadan önce iç hukuk yollarını tüketme yükümlülüğünden kurtaracak özel bir durum olarak kabul edilemez. Mahkeme, açıkça başarısızlığa mahkûm olmayan belirli bir hukuk yolunun başarı olasılığına ilişkin şüphelerin varlığının, söz konusu hukuk yolunun kullanılmamasını haklı çıkaracak bir neden teşkil etmediğini hatırlatmaktadır (yukarıda anılan Scoppola kararı, § 70; yukarıda anılan Vučković ve diğerleri kararı, § 74). Buna ek olarak, temel hakların Anayasa tarafından korunduğu bir hukuk sisteminde, bu korumanın kapsamını deneyimlemek, ulusal mahkemelere yorumda bulunarak bu hakları geliştirme fırsatı vermesi gereken

mağdur kişinin görevidir (yukarıda anılan Vučković ve diğerleri kararı, § 84). Ulusal mahkemelere verilen karar verme rolü, tam olarak, kuralların yorumlanmasıyla ilgili olarak ortaya çıkabilecek şüpheleri ortadan kaldırmaya hizmet etmektedir. Dolayısıyla, Mahkemenin iç hukuka uygunluğu denetleme yetkisi sınırlıdır, zira iç hukuku her bir olay bazında yorumlamak ve uygulamak öncelikle ulusal makamların ve özellikle de mahkemelerin görevidir (bk. diğer kararlar arasında, bu davaya uygulanabildiği ölçüde (mutatis mutandis), yukarıda anılan Burden kararı, § 42 ve Kudrevičius ve diğerleri/Litvanya [BD], no. 37553/05, § 110, AİHM 2015).

160. Mahkeme, rolünün esas olarak ikincil nitelikte olduğunu hatırlatmaktadır. İkincilik ilkesi uyarınca, Sözleşme ve Protokollerinde belirtilen hak ve özgürlüklere saygı gösterilmesini sağlamak öncelikle Sözleşmeciler Tarafının görevidir ve bunu yaparken Mahkemenin denetimine tabi olacak şekilde bir takdir yetkisine sahiptirler. Kendi toplumları ve ihtiyaçları hakkında doğrudan bilgi sahibi olmaları nedeniyle, ulusal makamlar, ilke olarak, yerel ihtiyaçları ve koşulları değerlendirmek ve neyin kamu yararına olduğunu belirlemek için uluslararası mahkemelerden daha iyi bir konumdadırlar (bk. diğer birçok karar arasında, Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık [BD], no. 36022/97, § 97, AİHM 2003-VIII; Dickson/Birleşik Krallık [BD], no. 44362/04, § 78, AİHM 2007-V § 78; Vistiņš ve Perepjolkins/Letonya [BD], no. 71243/01, § 98, 25 Ekim 2012 ve yukarıda anılan Garib kararı, § 137). Ayrıca, halk sağlığı konuları, önceliklerin, mevcut kaynakların kullanımını ve toplumun ihtiyaçlarını değerlendirmek için özellikle daha iyi konumda olan ulusal makamların takdir yetkisine girmektedir. Bu alanda, Mahkeme, Devletlere geniş bir takdir yetkisi bırakılması gerektiğini daha önce de belirtme fırsatı bulmuştur (Hristozov ve diğerleri/Bulgaristan, no. 47039/11 ve 358/12, §§ 119 ve 124, AİHM 2012 (alıntılar) ve yukarıda anılan Vavříčka ve diğerleri kararı, §§ 274 ve 280).

161. Ulusal mahkemelerin, iç hukukun Sözleşme'ye uygunluğuna ilişkin konuları öncelikli olarak karara bağlama fırsatına sahip olması arzu edilen bir durumdur. Özellikle, Mahkemenin belirli bir kısıtlayıcı tedbirin gerekliliğini ve orantılılığını tespit etmek için söz konusu olan çeşitli haklar ve menfaatler arasında kurulması gereken dengeleme gibi karmaşık ve hassas bir konuyu ele alması

istendiğinde, bu dengelemenin yerel mahkemeler tarafından önceden yapılmış olması önemlidir (bk. Covid-19 pandemisi bağlamı özelinde yukarıda anılan Zambrano/Fransa (k.k.), § 26)

162. Büyük Daire incelemesinde, dava konusu olayların meydana geldiği dönemde var olan bağlamın istisnai niteliğini göz ardı edemez (bk. yukarıdaki 11-18. paragraflar). Covid-19 salgınının ortaya çıkışı, Devletleri, bir yandan kamu sağlığını korurken diğer yandan herkesin temel haklarına saygı gösterilmesini güvence altına alma zorluğuyla karşı karşıya bırakmıştır. Mahkeme, Avrupa Konseyine üye tüm devletlerin, kamusal alanda toplanma özgürlüğü de dâhil olmak üzere bazı temel hakları kısıtlamaya karar verdiklerini gözlemlemektedir (bk. yukarıdaki 66 ve 71. paragraflar). Pandeminin ilk aşamasında, birçok uluslararası kurum ve kuruluş, pandeminin etkilerini hafifletmek ve aşı ve ilaç tedavisi eksikliğini gidermek için acil önlemler alınması gerektiğini vurgulamıştır (bk. yukarıdaki 64, 66 ve 69.). Mahkeme ayrıca, aynı kuruluşların Devletlere, hukukun üstünlüğü, demokrasi ve temel hakların korunmasını sağlama çağrısında bulunduğunu da not etmektedir (bk. yukarıdaki 65-70. paragraflar).

163. Mahkeme, daha önce benzeri görülmemiş ve son derece hassas söz konusu bağlamda, ulusal makamların, yerel ihtiyaçlar ile koşulları ve olayların meydana geldiği dönemdeki mevcut sağlık koşulları durumunu göz önünde bulundurarak, çatışan özel ve kamusal menfaatler arasında veya Sözleşme tarafından korunan farklı haklar arasında önceden bir denge kurabilmesinin daha da önemli olduğunu düşünmektedir.

164. Mahkeme, yukarıda belirtilenler ışığında, ulusal mahkemelerin Sözleşme ile oluşturulan koruma mekanizmasındaki temel rollerini yerine getirmelerini, yani kendi hukuk sistemlerinde olası Sözleşme ihlallerini önlemeleri veya düzeltmelerini sağlamak için başvuranın gerekli adımları atmadığını düşünmektedir (bk. diğer kararların yanı sıra, yukarıda anılan Gherghina kararı, § 115).

165. Dolayısıyla, başvuranın mağdur sıfatına sahip olduğunu iddia edebileceği varsayılrsa bile (bk. yukarıdaki 126. paragraf), Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin ilk itirazı Mahkeme tarafından kabul edilmelidir.

166. Sonuç olarak, başvuru, Sözleşme'nin 35. maddesinin 1. fıkrası uyarınca kabul edilemezdir ve Sözleşme'nin 35. maddesinin 4. fıkrası uyarınca reddedilmelidir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME

1. Oybirliğiyle, Sözleşme'nin 11. maddesi uyarınca örgütlenme özgürlüğü kapsamındaki şikâyetin, Büyük Daire'ye sunulduğu şekliyle uyuşmazlığın kapsamı dışında kaldığına ve her hâlükârda bu şikâyetin altı aylık süre sınırına uyulmaması nedeniyle kabul edilemez olduğuna;

2. Hükümetin, başvurunun geri kalan kısmının iç hukuk yollarının tüketilmemesi nedeniyle kabul edilemez olduğuna ilişkin ilk itirazının beşe karşı on iki oyla kabul edilmesine; karar vermiştir.

İşbu karar, İngilizce ve Fransızca dillerinde tanzim edilmiş olup İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2 ve 3. fıkraları uyarınca, 27 Kasım 2023 tarihinde Strazburg'da bulunan İnsan Hakları Mahkemesinde kamuya açık olarak gerçekleştirilen duruşmada açıklanmıştır.

Abel Campos
Yazı İşleri Müdür Yardımcısı

Síofra
Başkan

O'Leary

Mevcut kararın ekinde, Sözleşme'nin 45. maddesinin 2. fıkrası ve İç Tüzüğü'nün 74. maddesinin 2. fıkrası uyarınca Hâkim Bošnjak, Hâkim Wojtyczek, Hâkim Mourou-Vikström, Hâkim Ktstakis ve Hâkim Zünd'ün ortak muhalefet şerhi yer almaktadır.

S.O.L

A.C.

HÂKİM BOŠNJAK, HÂKİM WOJTYCZEK, HÂKİM MOUROU-
VIKSTRÖM, HÂKİM KTISTAKIS VE HÂKİM ZÜND'ÜN ORTAK
MUHALEFET ŞERHİ

1. Büyük Dairenin çoğunluğu, Hükümetin iç hukuk yollarının tüketilmediği yönündeki ilk itirazını kabul etmiş ve başvurunun kabul edilemez olduğuna karar vermiştir. Bu kararı verirken, İsviçre Hükümeti tarafından 2019 yılı koronavirüs ile mücadele kapsamında 17 Mart ve 30 Mayıs 2020 tarihleri arasında alınan tedbirler nedeniyle Sözleşme'nin 11. maddesinin ihlal edildiğine hükmeden Dairenin 15 Mart 2022 tarihli kararını tamamıyla eleştirmişlerdir.

Bu yaklaşıma katılmamız mümkün değildir.

2. Davalı Devletin, Avrupa Konseyi'nin diğer üye Devletleri gibi, benzeri görülmemiş boyutta bir sağlık kriziyle karşı karşıya olduğunun tamamen bilincindeyiz. Böyle bir durumun tehlikeye uygun önlemlerin alınmasını gerektirdiğini söylemeye gerek yoktur. Bununla birlikte, bu krizin ya da bir Yüksek Sözleşmeci Tarafı etkileyebilecek herhangi bir başka krizin ortaya çıkması, demokratik bir toplumun dayandığı temel ilkelerin, özellikle de bireysel özgürlüklerin kullanılmasının ihmal edilmesini haklı gösteremez.

Krizin boyutu ve yol açtığı korkular her ne olursa olsun, demokratik toplumların temel değerleri her zamankinden daha fazla korunmalıdır. Bu açıdan bakıldığında, siyasi ve adli makamların karşı karşıya kaldığı zorluk, başka herhangi bir durumda olduğundan daha fazla, insan haklarını ve temel özgürlükleri pratik ve etkili olacak şekilde korumaktır.

Mağdur sıfatı ve iç hukuk yollarının tüketilmesi gibi usule ilişkin soruların bu perspektifle incelenmesi uygun olacaktır. Bu sorular, insan haklarının ve hukukun üstünlüğünün korunmasının özüyle de yakından bağlantılıdır.

3. Mağdur sıfatıyla ilgili olarak, başvuran derneğin pandemi öncesinde, sendikal ve demokratik özgürlükleri desteklemek amacıyla çok sayıda gösteri düzenlediğini belirtmek gerekir. Ancak, koronavirüsle mücadeleye yönelik tedbirlerin alınmasının ardından bunu yapması engellenmiştir. Dernek, önceki yıllarda olduğu gibi, 1 Mayıs 2020 tarihinde bir işçi gösterisi düzenlemeyi planlamış ve gerekli adımları atmıştır. Covid-19 Yönetmeliği'nin 17 Mart itibarıyla geçerli olan halinin yürürlüğe girmesiyle birlikte bu adımları atmaları birdenbire

engellenmiştir. Söz konusu tarih itibarıyla, yürürlükte olan yönetmeliğin, ağır basan bir kamu yararı ile gerekçelendirilmesi halinde, tüm kamusal veya özel etkinliklerin tamamen yasaklanmasına ilişkin istisnalar öngördüğünü, ancak Yönetmelik'in 17 Mart 2020'den önceki halinden farklı olarak siyasi hakların kullanılmasının kaldırıldığını belirtmek gerekir.

4. 1 Mayıs'ta geleneksel yürüyüş düzenlemekten zaten vazgeçmiş olan başvuran dernek, Cenevre'deki Mont-Blanc köprüsünde yirmi kişilik statik bir gösteri yapmak için izin talep etmiş ancak Güvenlik, İstihdam ve Sağlık Departmanı tarafından derneğe, bu gösterinin 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği uyarınca yasak olduğu bildirilmiştir (bk. bu kararın 31. ve devamı paragrafları).

Ayrıca, 2 sayılı COVID-19 Yönetmeliği'nin tüm uygulama süresi boyunca, İsviçre genelinde siyasi gösteriler için herhangi bir istisna tanınmamıştır. Verilen izinler, komünal meclisler, bilgilendirme toplantıları, dini toplantılar, eğitim kursları ve spor kuruluşları ve meslek birlikleri tarafından düzenlenen etkinlikler gibi diğer etkinlik türleriyle ilgilidir (bk. mevcut kararın 37. paragrafı). Nitekim kanaatimizce, siyasi gösteriler, vatandaşların demokratik ifadelerinin temel bir aracı olmasına rağmen, 2 sayılı COVID-19 Yönetmeliği ile birdenbire ve sistematik olarak yasaklandığı açıkça anlaşılmaktadır.

5. Bir kişinin, Sözleşme'nin 34. maddesi anlamında mağdur olarak kabul edilebilmesi için, ihtilaf konusu bir tedbirin etkilerinden doğrudan etkilendiğini kanıtlayabilmesi gerekir; bu da genel bir kural olarak kendisine karşı bireysel bir tedbir alındığı anlamına gelmektedir.

Bununla birlikte, Mahkeme içtihadında, bireysel bir eylemin yokluğunda, bir başvuranın, bir yasanın Sözleşme ile güvence altına alınan haklarını ihlal ettiğini iddia edebileceğini ve kovuşturma açılması veya cezalandırması ihtimali nedeniyle davranışını değiştirmek zorunda kalması ya da söz konusu mevzuatın etkilerinden doğrudan zarar gören veya zarar görme riski altında olan bir kişi kategorisine girdiğini yeterince ispatlayabilmesi halinde mağdur olarak değerlendirilebileceği kabul edilmektedir (bu kararın 107 ve 110. paragraflarına bakınız).

6. Bize göre, başvuran dernek her iki kategoriye de tam olarak girmektedir. Toplantı yasağına uyulmaması, üç yıla kadar hapis cezası veya para cezası ile cezalandırılabilir (bk. bu kararın 42. paragrafı).

Kamusal alanda peçe takılmasıyla ilgili olan S.A.S./Fransa ([BD], no. 43835/11, AİHM 2014) davasında, mevzuatta öngörülen para cezası en fazla 150 avroya tekabül etmekteydi (28. paragraf). Bu davada Mahkeme, bazen peçe takmak isteyen ve bu nedenle, yasağı kabullenme ya da reddederek cezai yaptırıma maruz kalma ikilemiyle karşı karşıya kalan bir kadının mağdur statüsünü kabul etmiştir (§ 57).

Kuşkusuz, önümüzde bulunan davada, kar amacı gütmeyen özel bir derneğin cezai sorumluluğu söz konusu olamayacağından başvuran derneğin kendisi doğrudan cezalandırılmayacaktır (bk. mevcut kararın 47, 90 ve 112. paragrafları). Bununla birlikte, başvuran derneğin sorumluları ve bu dernek tarafından düzenlenen bir gösteriye katılanların gerektiğinde cezalandırılabileceği gerçeği değişmemektedir. Mevcut davadaki başvuran derneğin, yukarıda atıfta bulunulan S.A.S. davasındaki başvuranla aynı ikilemle karşı karşıya kaldığını inkâr etmek bize pek mantıklı gelmemekte ve aşırı şekilci kalmaktadır.

Buna ek olarak, başvuran derneğin toplantı düzenleme yasağına istisna getirilmesi için başvuruda bulunma ve bunu elde etme olasılığına ilişkin olarak, bir taraftan Hükümetin İsviçre'nin hiçbir yerinde böyle bir istisnanın verildiğine dair tek bir örnek gösteremediği ve diğer taraftan kanton mahkemesinin başka bir dava ("İklim Grevi") bağlamında 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'ne dayanarak izin talebini reddettiği, Federal Mahkemenin ise temyiz başvurusunun kabul edilemez olduğuna karar vermekle yetindiği göz önüne alındığında, bu bize tamamen teorik görünmektedir;

Bu nedenlerle, Hükümet tarafından mağdur sıfatının bulunmadığına ilişkin olarak yapılan itirazın reddedilmesi gerektiği kanaatindeyiz.

7. İç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı ile ilgili olarak Dairenin değerlendirmesine katılıyoruz (Daire kararı, §§ 55-60; ayrıca bk. bu kararda yer alan özetin 136. ve devamındaki paragraflar).

Başvuran derneğin özel bir gösteri için izin isteyebileceği, aynı zamanda siyasi gösteri yasağından muaf tutulma talebinde bulunabileceği ve 2 sayılı Covid-19 Yönetmeliği'nin, İsviçre Anayasası ve Sözleşme ile uyumlu olup olmadığına ilişkin bir inceleme isteyebileceği elbette doğrudur. Bu, teoride ve soyut olarak mümkün olabilirdi, ancak pandemi bağlamında pratikte mümkün değildi.

Hükümet tarafından atıfta bulunulan tüm istisnaların ya apolitik nitelikte olan ya da yetkililer tarafından organize edilen gösterilerle ilgili olduğu görülmektedir (bk. mevcut görüşün 4. paragrafı ve mevcut kararın 37. paragrafına). Federal Mahkemenin “İklim Grevi” davasında, ihtilaf konusu metnin üst hukuka uygun olup olmadığına ilişkin denetleme girişimi başarısızlıkla sonuçlanmıştır. Federal Mahkeme, sadece davanın karara bağlanmasında güncel bir menfaat bulunmadığına değil, aynı zamanda bu tür durumların (pandemi nedeniyle gösterilerin yasaklanması) muhtemelen gelecekte aynı veya benzer kurallar altında tekrarlanmayacağına ve dolayısıyla bu konuda bir karar vermeye gerek olmadığına hükmetmek için ilk başlarda davayı yaklaşık bir yıl boyunca sürüncemede bırakmıştır (Daire kararı, 27 ve 58. paragraflar). Bize göre bu yaklaşım, teoride mevcut olan çözüm yollarının pratikte mevcut olmadığını göstermektedir.

Çoğunluk ise, Federal Mahkemenin söz konusu kararının başvurunun Mahkemeye yapıldığı tarihten sonra verildiği ve bu nedenle, başvurunun yapıldığı tarihte değerlendirilen bir itirazın etkililiğine ilişkin olarak dikkate alınacak bir referans olmadığı itirazında bulunmuştur (mevcut kararın 158. paragrafı). Bununla birlikte, çoğunluk tarafından atıfta bulunulan kararlarda, yalnızca iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazının, başvurunun yapıldığı tarihte mevcut olan iç hukuk yollarına dayandırılması gerektiği belirtilmektedir. Bu kararlar, başvurunun yapılmasından sonra verilen bir yerel mahkeme kararıyla, Hükümetin mevcut olduğunu düşündüğü bir hukuk yolunun başvurunun yapıldığı tarihte mevcut olmadığının veya etkili olmadığının kanıtlanmasına hiçbir şekilde engel teşkil etmemektedir.

Ayrıca, mevcut davadaki 1 Mayıs tarihi gibi, gösterilerin tarihinin katılımcılar ve organizatörler için çok önemli olduğu durumlarda, hukuk yolunun etkinliği planlanan toplantıların tarihinden önce bir karar alınması olasılığına bağlı olduğunu belirten Mahkeme içtihadının altını çizmek isteriz (Bączkowski ve diğerleri/Polonya, no 1543/06, §§ 81-82, 3 Mayıs 2007). Aynı şekilde, AGİT/DKİHB ve Venedik Komisyonu Barışçıl Toplanma Özgürlüğü Kılavuz İlkeleri'nde (CDL-AD(2010)020), nihai bir kararın -veya en azından bir tedbir kararının- planlanan toplantı tarihinden önce alınması gerektiği vurgulamaktadır (paragraf 4.6).

8. Özetle, mağdur sıfatının bulunmadığına ilişkin ilk itiraz ve de hukuk yollarının tüketilmediğine ilişkin ilk itiraz bize göre kabul edilebilir görünmemektedir.

9. Esasa ilişkin olarak, Dairenin 15 Mart 2022 tarihli kararındaki gerekçesine ve Hâkim Krenc ve Hâkim Pavli'nin ortak görüşlerindeki düşüncelerine katılıyoruz.

Kısacası, olayların meydana geldiği ve pandeminin doruk noktasında olduğu dönemde, Covid-19 virüsü hakkında büyük bir bilimsel belirsizliğin olduğu bir zamanda, diğer Üye Devletler gibi İsviçre de hastalığın yayılmasıyla mücadele etmek için sert önlemler almıştır. Bu tür durumlarda mahkemelerin rolü çok önemlidir. Hükümetin kabul ettiği düzenlemelerin gerekli olanın ötesine geçmemesini ve orantılılık ilkesine riayet edilmesini sağlamak mahkemelerin görevidir. Demokraside, özgür tartışma imkânı her şeyden önemlidir. Bu bağlamda ifade özgürlüğü ve toplanma özgürlüğünün önemi büyüktür. Mahkemenin, bir yandan pandemiyle mücadelenin gereklilikleri ile diğer yandan temel özgürlükler arasında denge kurarken Üye Devletlerin takdir yetkisine saygı göstermesi gerektiği kesinlikle doğrudur. Ancak, yargısal başvuru yollarının varlığına ilişkin olarak böyle bir takdir yetkisi bulunmamaktadır.

10. Büyük Dairenin, demokratik bir toplumun merkezinde yer alan ilkelerin kriz dönemlerinde hem usul hem de esas bakımından “savunmasız” olduğunu kabul etmemesinden üzüntü duyuyoruz. Sözleşmemiz çerçevesinde bir “kriz hukuku” geliştirme fırsatını kaçırmış ve Sözleşmeci Devletlere bir kez daha bir sonraki küresel krizde ifadesini bulacak tehlikeler ve suiistimallerle dolu bir doğaçlama alanı bırakmıştır. Hükümet düzenlemelerinin olması gerekenin ötesine geçmemesi ve orantılılık ilkesine riayet edilmesini sağlamak onların görevidir.