



AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

BÜYÜK DAİRE

NADA V. İSVİÇRE

(Başvuru No: 10593/08)

NİHAİ KARAR

STRAZBURG

12 Eylül 2012

Bu karar nihaidir, ancak editöryel revizyona tabi olabilmektedir.

Nada v. İsviçre davasında,

Yüce Divan şeklinde toplanan ve aşağıdaki üyelerden meydana gelen Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 23 Mart 2011, 7 Eylül 2011 ve 23 Mayıs 2012 tarihlerinde gizli şekilde müzakere ederek, bahsedilen son tarihte kabul edilen aşağıdaki nihai kararı almaktadır:

Mahkeme Başkanı:

Nicolas Bratza,

Hâkimler:

Jean-Paul Costa,

Françoise Tulkens,

Josep Casadevall,

Nina Vajic,

Dean Spielmann,

Christos Rozakis,

Corneliu Birsan,

Karel Jungwiert,

Khanlar Hajiyeu,

Jan Sikuta,

Isabelle Berro-Lefevre,

Giorgio Malinverni,

George Nicolaou,

Mihai Poalelungi,

Kristina Pardalos,

Ganna Yudkivska,

Tescil Memuru Vekili:

Michael O'Boyle.

USUL

1. Söz konusu dava İtalya ve Mısır vatandaşı Sayın Youssef Moustafa Nada'nın ("başvuran") İnsan Hakları ve Temel Hakların Korunması Sözleşmesinin ("Sözleşme") 34. maddesi çerçevesinde İsviçre Konfederasyonu'na karşı Mahkemeye yapılan bir başvuru (no: 10593/08) çerçevesinde 19 Şubat 2008 tarihinde açılmıştır.

2. Başvuran Londra’da avukat (barrister) olan Sayın J. McBride tarafından temsil edilmiştir. İsviçre Hükümeti (“Hükümet”) ise Federal Adalet Bakanlığı’ndan temsilcisi Sayın F. Schürmann tarafından temsil edilmiştir.

3. Sayın Nada, başvurusunda, isminin Federal Taliban Yönetmeliğinin ekindeki listeye eklenmesinin bir sonucu olarak kendisine uygulanan İsviçre’ye giriş veya İsviçre’den geçiş yasağının özgürlük hakkı (Sözleşmenin 5. Maddesi) ve özel hayat ile aile hayatı, onur ve itibarına saygı gösterilmesi hakkını (8. Madde) ihlal ettiğini öne sürmüştür. Nada bu yasağın 3. Madde kapsamında kötü muameleye eşdeğer olduğunu iddia etmiştir. Ayrıca, Nada kendi dini veya inancını yaşama özgürlüğünün (9. Madde) de ihlal edildiği yönünde bir şikâyetle bulunmuş ve Campione d’Italia yerleşim bölgesinden dışarı çıkamaması nedeniyle bir camide ibadette bulunmasının engellendiğini öne sürmüştür. Son olarak, Nada bu şikâyetler ile ilgili olarak etkili iç hukuk yolu getirilmediği yönünde bir şikâyetle de bulunmuştur (13. Madde).

4. Başvuru ile ilgili olarak Mahkemenin Birinci Bölümü (Mahkeme Tüzüğü’nün 52 § 1 Kuralı) görevlendirilmiş ve ilgili bölüm Mahkeme Tüzüğü’nün 41. Maddesi çerçevesinde bu başvuruya öncelikli olarak bakmaya karar vermiştir. 12 Mart 2009 tarihinde, bu bölümün bir dairesi 5, 8 ve 13. Maddeler çerçevesindeki şikâyetler ile ilgili olarak Hükümete bildirimde bulunmaya karar vermiştir.

5. Taraflar diğer tarafın mütalaaları ile ilgili olarak yazılı görüşlerini bildirmiştir. Başkan tarafından yazılı usule müdahil olmasına izin verilen Fransa ve Birleşik Krallık Hükümetlerinden de mütalaalar alınmıştır (o tarihte yürürlükte bulunan Sözleşmenin 36 § 2 Maddesi ve Kural 44 § 2). İtalya Hükümeti adli kovuşturmayla müdahil olma hakkını kullanmamıştır (Sözleşmenin 36 § 1 Maddesi).

6. 20 Ocak 2010 tarihinde, taraflar dairenin başvurunun kabul edilebilirliği ve esaslarını eş zamanlı olarak inceleme niyetinin bulunduğu hususunda bilgilendirilmiştir (Sözleşmenin eski 29 § 3 Maddesi ve eski Kural 54A).

7. 30 Eylül 2010 tarihinde, hâkimler Christoz Rozakis, Nina Vajic, Khanlar Hajiyeve, Dean Spielmann, Sverre Erik Jebens, Giorgio Malinverni ve George Nicolaou ile Bölüm Tescil Memuru Soren Nielsen’den meydana gelen Daire, Yüce Divan lehine yargı yetkisinden feragat etmiş ve bu amaçla danışılmasının ardından, hiçbir taraf bu feragate itiraz etmemiştir (Sözleşmenin 30. Maddesi ve Kural 72).

8. Yüce Divanın tertibi Sözleşmenin 27 §§ 2 ve 3 Maddeleri ile Kural 24 hükümlerine göre belirlenmiştir. Jean Paul Costa, Christos Rozakis, Giorgio

Malinverni ve Mihai Poalelungi, Sözleşme'nin 23 § 3 maddesi ve Kural 24 § 4 uyarınca, görev sürelerinin dolmasının ardından, nihai karar alınana kadar davaya bakmaya devam etmiştir.

9. Başvuran ve Hükümet davanın esası ile ilgili yazılı mütalaalarını sunmuştur. Fransa ve Birleşik Krallık Hükümetleri da aynı mütalaaları Daireye sunmuştur. Ek olarak, Yüce Divan Başkanı Londra'da bulunan bir sivil toplum kuruluşu olan JUSTICE'i yazılı mütalaalar sunma konusunda yetkilendirmiştir (Sözleşmenin 36 § 2 Maddesi ve Kural 44 § 2). Son olarak, Yüce Divan Başkanı Birleşik Krallık Hükümetine duruşmalara katılma hususunda yetkilendirmiştir.

10. 23 Mart 2011 tarihinde, Strazburg'daki İnsan Hakları Binasında açık bir duruşma gerçekleştirilmiştir (Kural 59 § 3).

Aşağıdaki kişiler mahkeme önüne çıkmıştır:

- *Hükümet için*

Sayın F. SCHÜRMANN, Avrupa Hukuku ve İnsan Hakları Bölümü Başkanı, Federal Adalet Bakanlığı, Federal Polis ve Adalet Bakanlığı,

Temsilci,

Sayın J. LINDENMANN, Büyükelçi, Ulusal Kamu Hukuku Müdürlüğü Müdür Vekili, Federal Dışişleri Bakanlığı,

Sayın R. E. VOCK, Yaptırımlar Bölümü Başkanı, Ekonomi İşleri Eyalet Bakanlığı, Federal Ekonomi İşleri Bakanlığı,

Sayın R. BOURGUIN, Politika sorumluluğu bulunan uzman adli müşavir, Hukuk İşleri Bölümü, Göç Politikaları Dairesi, Federal Göç Bürosu, Federal Polis ve Adalet Bakanlığı,

Sayın C. EHRICH, Teknik danışman, Avrupa Hukuku ve İnsan Hakları Bölümü, Federal Adalet Bakanlığı, Federal Polis ve Adalet Bakanlığı,

Danışmanlar;

- *başvuran için*

Sayın J. MCBRIDE, avukat,

Dava Vekili,

Sayın G. HIMMAT,

Sayın D. THOMPSON,

Danışmanlar;

- *Birleşik Krallık (üçüncü taraf) için*

Sayın D. WALTON,

Temsilci,

Sayın S. WORDSWORTH,

Dava Vekili,

Sayın C. HOLMES,

Danışman.

Başvuran ve eşi de mahkemede hazır bulunmuştur.

Mahkeme Sayın Schürmann, Sayın McBride ve Sayın Wordsworth tarafından yapılan konuşmaları dinlemiştir. Ayrıca, mahkeme tarafların temsilcilerinin hâkimlerin sorularına verdiği yanıtları da dinlemiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN OLGULARI

A. Davanın Evveliyatı

11. Başvuran 1931 yılında doğmuştur ve 1970 yılından bu yana Como (Lombardy) ilinde yaklaşık 1,6 km² yüzölçümüne sahip bir İtalyan yerleşim bölgesi olan, İsviçre'nin Ticino Kantonunun içerisinde kalan ve Lugano Gölü ile İtalya'nın geri kalan bölümünde ayrılan Campione d'Italia'da bölgesinde yaşamaktadır.

12. Başvuran kendisini ibadetlerini yapan bir Müslüman ve mali ile siyasi arenada iyi bir iş adamı olarak tanımlamaktadır ve bu arenada kendisine saygıyla yaklaşıldığını ifade etmektedir. Mühendislik eğitimi alan başvuran bankacılık, dış ticaret, endüstri ve emlak sektörleri başta olmak üzere birçok sektörde çalışmıştır. İş faaliyetleri süresince, başvuran tek veya ana hissedarı olduğu birçok şirket kurmuştur.

13. Nada, başvurusunda, terörizmin her türlü kullanımına karşı çıkmaktadır ve El Kaide ile ilgili hiçbir olaya karışmamıştır. Bunun aksine, Nada, bu örgüt tarafından kullanılan araçların yanı sıra örgütün ideolojisini de sürekli olarak kınamaktadır.

14. Ayrıca, başvuran yalnızca bir böbreğinin bulunduğunu da belirtmiştir (diğer böbreği son yıllarda kötü bir duruma gelmiştir). Ayrıca, 20 Aralık 2001 tarihli bir tıbbi raporda gösterildiği üzere, başvuranın sol gözünde kanama bulunmaktadır ve boynunda eklem iltihabı(arthritis) rahatsızlığı söz konusudur. Buna ek olarak, 5 Mayıs

2006 tarihinde Z r h'te bir doktor tarafından verilen bir tıbbi rapora göre, 2004 yılında ameliyat edilmesi gereken sağ elinde bir kırık meydana gelmiştir. Başvuran, mevcut başvuruya sebebiyet veren ve kendisine uygulanan kısıtlamalar nedeniyle, bu ameliyatı olamadığını ve kırık nedeniyle sorunlar yaşamaya devam ettiğini  ne sürmektedir.

15. 15 Ekim 1999 tarihinde, Usame Bin Ladin ve Onunla ilişkisi bulunan  yelerin Nairobi (Kenya) ve Dar-es-Selam'daki (Tanzanya) Birleşik Devletler B y kel iliklerine 7 Ağustos 1998'de düzenlediği bombalı saldırılara karşılık olarak, Birleşmiş Milletler ("BM") Güvenlik Konseyi, BM şartının VII. Bölümü çerçevesinde, 1267 (1999) sayılı Kararı almış, Taliban'a karşı yaptırımlar uygulanmasına karar vermiş (bkz. aşağıdaki 70. Paragraf) ve bu kararın uygulanmasının izlenmesi amacı ile bütün Güvenlik Konseyi  yelerinden oluşan bir komite ("Yaptırımlar Komitesi") oluşturmuştur.

16. 2 Ekim 2000 tarihinde, bu kararın uygulanması için, İsviçre Federal Konseyi (federal yürütme organı) "Taliban'a karşı alınacak önlemlerin kurumsal hale getirilmesine" yönelik bir Yönetmelik (Ordinance) ("Taliban Yönetmeliği" – bkz. aşağıdaki 60. Paragraf)  ıkar mıştır ve daha sonra, başlığı da dahil olmak üzere bu yönetmelikte bir dizi değişiklik yapılmıştır.

17. 19 Aralık 2000 tarihli ve 1333 (2000) sayılı Kararla (bkz. aşağıdaki 71. Paragraf), Güvenlik Konseyi yaptırım rejiminin kapsamını genişletmiştir. Söz konusu rejim artık Usame Bin Ladin ile El Kaide  rg t n n yanı sıra Taliban'ın üst düzey yetkilileri ve danışmanlarını kapsayacak şekilde genişletilmiştir. Her iki kararda , 1267 (1999) ve 1333 (2000, Güvenlik Konseyi Yaptırımlar Komitesinden, Devletler ve bölgesel kuruluşlar tarafından sağlanan bilgiye dayalı olarak, Usame Bin Ladin ve El Kaide ile ilişkili bireyler ve kuruluşların yer aldığı bir listenin tutulmasını talep etmiştir.

18. 11 Nisan 2001 tarihinde, İsviçre Hükümeti 1333 (2000) sayılı Kararı uygulamak üzere Taliban Yönetmeliğinde değişiklik yapmıştır. Hükümet 1. Fıkrasında karar ile ilgili bireyler ve kuruluşların (ancak isim verilmeden) İsviçre'ye giriş ve İsviçre'den geçişinin yasaklandığı yeni bir 4a maddesi eklemiştir.

19. 24 Ekim 2001 tarihinde, Federal Savcı başvuran ile ilgili bir soruşturma başlatmıştır.

20. 7 Kasım 2001 tarihinde, Amerika Birleşik Devletleri Başkanı başvuranın başkan ve ana hissedar konumunda bulunduğu Al Taqwa Bankasının mal varlığını bloke etmiştir.

21. 9 Kasım 2001 tarihinde, başvuran ve kendisi ile ilişkili çeşitli kuruluşlar Yaptırımlar Komitesinin listesine eklenmiştir. 30 Kasım 2001 tarihinde (veya başvuranın beyanına göre 9 Kasım 2001 tarihinde), bu isimler Taliban Yönetmeliğinin bir ekinde bulunan listeye eklenmiştir.

22. 16 Ocak 2002 tarihinde, Güvenlik Konseyi 1390 (2002) sayılı Kararı kabul etmiş ve 1267 (1999) ile 1333 (2000) sayılı Kararlar uyarınca oluşturulan listede belirtildiği üzere, bireyler, gruplar, bunlarla ilgili işletmeler ve kuruluşlara yönelik bir giriş ve geçiş yasağı çıkarmıştır (bkz. aşağıdaki 70-71 ve 74 numaralı paragraflar). 1 Mayıs 2002 tarihinde, Federal Taliban Yönetmeliğinin 4a Maddesi şu şekilde değiştirilmiştir: giriş ve geçiş yasağı, başvuran da dâhil olmak üzere, Yönetmeliğin 2 numaralı Ekinde belirtilen bütün bireyler açısından geçerlilik taşımaktadır.

23. 10 Eylül 2002 tarihinde, İsviçre Birleşmiş Milletler üyesi olmuştur.

24. Başvuran Kasım 2002’de Londra’yı ziyaret ettiğinde tutuklanmış, İtalya’ya iade edilmiş ve parasına da el konulmuştur.

25. 10 Ekim 2003 tarihinde, yaptırımların uygulanması hususunda İzleme Grubundan gelen eleştirilerin ardından (bkz. aşağıdaki 72. Paragraf), Ticino Kantonu başvuranın özel sınır geçiş iznini geri çekmiştir. İzleme Grubu, başvuranın faaliyetlerine yönelik incelemesi esnasında, başvuranın İsviçre ile İtalya arasında oldukça rahat bir şekilde geçiş yapabildiğini gözlemlemiştir. Hükümetin sunduğu görüşünde, başvuranın yalnızca bu tarihten sonra giriş ve geçiş yasağından fiili olarak etkilendiği ifade edilmiştir.

26. 27 Kasım 2003 tarihinde, İsviçre Federal İç Göç, Entegrasyon ve Dış Göç Bürosu (“IMES”) başvuranı artık sınırı geçiş izni bulunmadığı hususunda bilgilendirmiştir.

27. 23 Mart 2004 tarihinde, başvuran İsviçre’de tıbbi tedavi amacıyla ve hem İsviçre hem de İtalya’daki hukuki işlemler için İsviçre’ye giriş veya İsviçre’den geçiş izni almak üzere IMES’e bir talepte bulunmuştur. IMES asılsız olduğu gerekçesiyle bu talebi 26 Mart 2004 tarihinde reddetmiştir. Bunun yanı sıra, IMES başvuranın talebi açısından öne sürülen gerekçeler (avukatlarına danışma ve tedavi alma ihtiyacı) ve Campione d’Italia’da ikamet etmesine özgü durumunun yetkililerin başvuranın

kendisine karşı alınan tedbirden muaf tutulmasına izin vermesini sağlayacak kadar yeterli olmadığı hususunda başvurana bilgi vermiştir.

28. 27 Nisan 2005 tarihli bir kararda, Federal Ceza Mahkemesi, Federal Savcının 31 Mayıs 2005 tarihine kadar adli kovuşturmayı sona erdirmesi veya davayı yetkili federal tetkik hâkimine (investigating judge) göndermesi yönünde karar almıştır. Söz konusu tarihte alınan bir kararla Federal Savcı, başvurana karşı yöneltilen suçlamaların asılsız olduğuna kanaat getirmiş ve başvuran ile ilgili soruşturmayı sonlandırmıştır.

29. 22 Eylül 2005 tarihinde, başvuran Federal Konsey'den ismini ve kendisi ile ilişkili kuruluşların isminin Yönetmelik ekinde silinmesi talebinde bulunmuştur. Başvuran, talebini desteklemek için, kendisi ile ilgili polis soruşturmasının Federal Savcının bir kararı ile sona erdirildiğini ve bu nedenle, artık kendisine yönelik yaptırım uygulanması hususunda bir gerekçenin geçerliliğinin kalmadığını öne sürmüştür.

30. 18 Ocak 2006 tarihli kararında, Ekonomi İşleri Eyalet Bakanlığı ("SECO"), başvuranın talebini reddetmiş ve ilgili isimlerin hâlihazırda BM Yaptırımlar Komitesi listesinde bulunması sebebiyle, İsviçre'nin söz konusu isimleri Taliban Yönetmeliğinin ekinde silemeyeceğini belirtmiştir.

31. 13 Şubat 2006 tarihinde, başvuran Federal Ekonomi İşleri Bakanlığına ("Bakanlık") bir idari itiraz başvurusunda bulunmuştur.

32. 15 Haziran 2006 tarihinde, Bakanlık itirazı reddetmiştir. Bakanlık Yönetmelik ekinde bir ismin silinmesinin ancak söz konusu ismin Yaptırımlar Komitesi listesinden silinmesi ile mümkün olabileceğini teyit etmiş ve bu amaçla, ilgili kişinin vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği Devletin ismin listeden çıkarılması için BM kurumlarına başvuruda bulunmasının gerekli olduğunu açıklamıştır. İsviçre'nin başvuranın vatandaşı olduğu Devlet veya ikamet ettiği Devlet olmaması sebebiyle, Bakanlık İsviçre makamlarının söz konusu usulü başlatma konusunda yetkili olmadığına kanaat getirmiştir.

33. 6 Temmuz 2006 tarihinde, başvuran Bakanlığın kararına karşı Federal Konseye itiraz başvurusunda bulunmuştur. Başvuran ismi ve kendisi ile ilişkili belirli kuruluşların isimlerinin Taliban Yönetmeliğinin 2. ekinde bulunan listeden silinmesini talep etmiştir.

34. 20 Eylül 2006 tarihinde, 2005 yılında kurulan ve IMES'in yerini alan Federal Göçmenlik Bürosu ("ODM") başvuranın adli kovuşturma için Milano'ya

gidebilmesi için başvurana 25 Eylül 2006 tarihinde bir günlük muafiyet sağlamıştır. Başvuran bu izinden yararlanmamıştır.

35. 6 Nisan 2007 tarihinde, başvuran, Yaptırımlar Komitesi'nin listelerindeki bireyler veya kuruluşların listeden çıkarılmasına yönelik taleplerin alınması amacı ile 1730 (2006) sayılı Karar çerçevesinde kurulan bir organ (bkz. aşağıdaki 76. Paragraf) konumundaki Yaptırımlar Komitesi “odak noktası”na isminin ilgili listeden silinmesi için bir talepte bulunmuştur.

36. Federal Konsey'in 18 Nisan 2007 tarihli kararında, 6 Temmuz 2006 tarihli itiraz ile ilgili karar vermiş, davayı Federal Mahkemeye göndermiş ve başvuranın mal varlığını kullanma ile ilgili doğrudan kısıtlamalara maruz kaldığını tespit etmiştir; ayrıca, başvuranın Yönetmeliğin ekinde isminin silinmesine yönelik talebi açısından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6. maddesinin geçerlilik taşıdığı belirtilmiş ve bu çerçevede, davanın bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından görülmesinin gerekli olduğuna karar verilmiştir.

37. Bakanlık mütalaasında, talebinin reddedilmesi gerektiğini belirtmiş ve 19 Aralık 2006 tarihli ve 1730 (2006) sayılı Güvenlik Konseyi Kararı'nın isimleri Yaptırımlar Komitesi'nin listesinde bulunan kişiler ve kuruluşların listeden isimlerin çıkarılmasına yönelik olarak vatandaşı oldukları veya ikamet ettikleri Devlet'ten ziyade, bireysel olarak başvuru yapmalarına olanak tanıdığını öne sürmüştür.

38. Başvuran görüşlerini korumuştur. Bunun yanında, başvuran ODM'nin Taliban Yönetmeliğinin 4a § 2 Maddesi kapsamında muafiyetler sağlama hususunda açık bir şekilde görülen isteksizliği sebebiyle, Campione d'Italia'da yeterli tıbbi tesislerin bulunmamasına rağmen buradaki evinden ayrılamadığını veya idari ya da hukuki sebeplerle İtalya'ya bile gidemediğini ve bu nedenle son birkaç yılı ev hapsi altında geçirdiğini öne sürmüştür. Başvuran, isminin Yaptırımlar Komitesi'nin listesine eklenmesini, gerçekte böyle bir durum bulunmamasına rağmen, kendisinin Usame Bin Ladin, El Kaide ve Taliban ile ilişkili olduğu gerekçesiyle alenen suçlanması ile eşdeğer görmektedir. Ayrıca, başvuran herhangi bir gerekçe bulunmadan veya öncesinde kendi görüşlerinin dinlenme olanağı verilmeksizin isminin listeye eklenmesinin; ayrımcılığın yasaklanması, bireysel özgürlük, mal varlığı ile ekonomik özgürlüğün kullanılması ilkeleri ile birlikte, görüşlerinin dinlenilmesini isteme hakkı (the right to be heard) ve adil yargılanma hakkını ihlal ettiğini öne sürmüştür. Son olarak, başvuran Güvenlik Konseyinin yaptırımlarının Birleşmiş Milletler Şartına ve uluslararası hukukun (üstün hukuk-jus cogens) mutlak

normlarına aykırı olduğunu düşünerek, İsviçre'nin bu yaptırımları uygulamak zorunda olmadığını öne sürmüştür.

39. ODM'nin mevcut hukuki yolun belirttiği 11 Mayıs 2007 tarihli kararında, başvuranın yaptığı yeni bir muafiyet talebi reddedilmiştir. Mevcut hukuki yolların bir kez daha belirtildiği 12 Temmuz 2007 tarihli kararında, OMD başvuranın bir gözden geçirme talebi olarak gördüğü mektubunu incelemeye almayı reddetmiştir. 20 Temmuz 2007 tarihli mektubunda başvuran, bir yanlış anlama olduğu ve önceki mektubunun aslında yeni bir muafiyet talebi olduğunu açıklamıştır. 2 Ağustos 2007 tarihinde, ODM başvuranın talebini bir kez daha reddetmiş ve Federal İdari Mahkeme'sine başvurusunda bulunulması suretiyle başvuranın, karara itiraz edebileceğini hatırlatmıştır. Başvuran bu karara itiraz etmemiştir.

40. 29 Ekim 2007 tarihinde, isimlerin listeden çıkarılmasına yönelik taleplere ilişkin olarak 1730 (2006) sayılı Güvenlik Konseyi Kararı ile oluşturulan odak noktası, başvuranın isminin Yaptırımlar Komitesi'nin listesinden çıkarılmasına ilişkin 6 Nisan 2007 tarihli talebini reddetmiştir (bkz. yukarıdaki 35. Paragraf). 2 Kasım 2007 tarihinde, odak noktası ayrıca, başvuranın listeye eklenmesi hususunda başvuranın ismini veren ülke ve bu işlemin sebeplerine yönelik bilgilendirme talebini de sürecin gizliliğine zarar vereceği gerekçesiyle reddetmiştir. Son olarak, 19 ve 28 Kasım 2007 tarihli mektupların da odak noktası, sürecin gizliliğini yeniden vurgulamış, ancak ismi açıklanamayacak bir Devletin bu listeden başvuranın ismini çıkarılmasına karşı çıktığı hususunda başvurunu bilgilendirmiştir.

B. 14 Kasım 2007 tarihli Federal Mahkeme Kararı

41. 14 Kasım 2007 tarihli bir kararda, Federal Konseyin başvuranın itirazını ilettiği Federal Mahkeme (bkz. yukarıdaki 36. Paragraf) başvuranın itirazını kabul edilebilir bulmuş, ancak başvuruyu esastan reddetmiştir.

42. Federal Mahkeme ilk olarak, Birleşmiş Milletler Şartının 25. Maddesi çerçevesinde, BM Üyesi Devletlerin Şart (Charter) uyarınca Güvenlik Konseyi'nin kararlarını kabul etmeyi ve uygulamayı taahhüt ettiğini belirtmiştir. Ardından, Şartın 103. Maddesi kapsamında, Mahkeme bu husus nedeniyle ortaya çıkan yükümlülüklerin üye Devletlerin ulusal kanunların yanı sıra mahiyetleri ne olursa olsun (iki taraflı veya çok taraflı) diğer uluslararası anlaşmalardan doğan

yükümlülüklerin de üzerinde bir geçerliliğe sahip olduğuna kanaat getirmiştir. Ayrıca, Mahkeme bu üstünlüğün Şart'la(Charter) ilgili olmakla kalmayıp Güvenlik Konseyinin bağlayıcı bir kararından kaynaklanan bütün yükümlülükleri de kapsadığını da belirtmiştir.

43. Buna karşın, Federal Mahkeme Şart'ın (Charter), Güvenlik Konseyi açısından da bağlayıcı olduğu ve Güvenlik Konseyi'nin insan hakları ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesi (Şart'ın(Charter) 1 § 3 Maddesi) de dâhil olmak üzere Şart'ın amaçları ve ilkelerine (Şartın 24 § 2 Maddesi) uygun hareket etmesinin gerekli olduğu kanaatine varmıştır. Aynı zamanda, Mahkeme Şart'ın VII Bölümüne dayalı olarak alınan kararlar (hükümler), (barışa ilişkin tehdit eden, barış ihlalleri ve saldırganlık içeren eylemlere ilişkin kararlar) da dâhil olmak üzere Güvenlik Konseyi tarafından alınan bir kararın (hükümün) Şart'a önemli ölçüde aykırılık teşkil ettiği gerekçesiyle üye Devletlere bir yükümlülüğü uygulamaktan imtina etme izni verilmediği kanaatine varmıştır.

44. Federal Mahkeme, Federal Anayasanın 190. Maddesi çerçevesinde (bkz. aşağıdaki 65. Paragraf), federal kanunlar ve uluslararası hukuka uygun hareket etmek zorunda olduğunu belirtmiştir. Mahkeme geçerli uluslararası hukukun, İsviçre tarafından onaylanan uluslararası antlaşmalara ek olarak, uluslararası teamül hukuku, genel hukuk ilkeleri ve Güvenlik Konseyi'nin yaptırım rejimine ilişkin kararları da dâhil olmak üzere, İsviçre açısından bağlayıcı olan uluslararası kuruluş kararlarını da kapsadığını ifade etmiştir.

45. Bununla birlikte, Mahkeme, Anayasanın 190. Madde'sinde İsviçre açısından hukuki bağlayıcılığı bulunan farklı uluslararası hukuk normları arasındaki muhtemel uyuşmazlıkların nasıl çözüme kavuşturulacağı ile ilgili herhangi bir hüküm bulunmadığını ve mevcut davada, bir tarafta Güvenlik Konseyi'nin kararları ile diğer tarafta Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin sağladığı teminatlar arasında böyle bir uyuşmazlık bulunduğunu tespit etmiştir. Mahkeme söz konusu uyuşmazlığın antlaşmaların yorumlanmasına ilişkin kurallar ile çözüme kavuşturulamaması halinde, bu sorunun çözüme kavuşturulması için, uluslararası hukuk normlarının hiyerarşisinin dikkate alınmasının gerekli olacağına ve bu normlara göre Birleşmiş Milletler Şart'ı kapsamındaki yükümlülüklerin diğer herhangi bir uluslararası anlaşma kapsamındaki yükümlülüklerden üstün olduğuna kanaat getirmiştir (Şart'ın 103. Maddesi, Antlaşmaların Hukuku konulu Viyana Sözleşmesinin 30. maddesi; bkz. aşağıdaki 69

ve 80. Paragraflar). Federal Mahkeme Avrupa veya Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmelerine taraf olan Devletler mahkemelerinin, belirli bireyler veya kuruluşların temel haklarının korunması amacı ile bu yaptırımları göz ardı edebilmesi halinde, BM yaptırımlarının standart bir şekilde uygulanması hususunun tehlikeye gireceği kanısına varmıştır.

46. Bununla birlikte, Mahkeme Güvenlik Konseyi'nin kararlarını uygulama yükümlülüğünün üstün hukuk (jus cogens) normlar ile sınırlandırıldığını kabul etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, Güvenlik Konseyi tarafından kurulan yaptırım rejiminin, başvuranın iddia ettiği üzere uluslararası hukukun mutlak normlarını ihlal edip etmediğini araştırmak konusunda kendini zorunlu hissetmiştir.

47. Federal Mahkeme üstün hukuk (jus cogens) normlarına ilişkin örnekler vermiştir: yaşama hakkı, işkence ve insanlık dışı veya onur kırıcı muameleye karşı korunma hakkı, köleliğin yasaklanması, toplu cezanın yasaklanması, bireysel cezai sorumluluk ilkesi ve geri göndermeme ilkesi. Buna karşın, Mahkeme, mal varlığının kullanımı, ekonomik özgürlük, adil yargılanma teminatları veya etkili bir hukuki yola başvurma hakkının üstün hukuk (jus cogens) normlarının kapsamına girmediği kanaatine varmıştır.

48. İsviçre'ye giriş ve İsviçre'den geçiş yasağı başta olmak üzere, başvurana karşı alınan tedbirlerin başvuran açısından sonuçları değerlendirildiğinde, Federal Mahkeme aşağıdaki bulgulara ulaşmıştır:

"7.4... Bu yaptırımlar, etkilenen taraflara yönelik kapsamlı ticari kısıtlamaları kapsamaktadır; buna karşın, etkilenen tarafların hayatlarını devam ettirmeleri için gerekli fonlar bloke edilmemektedir (bkz. 1452 (2002) sayılı Karar, fıkra 1 (a)), bu bloke işlemi sonucunda, bu tarafların hayatları veya sağlıkları açısından herhangi bir tehdit ortaya çıkmamaktadır ya da insanlık dışı veya onur kırıcı muamele yapılmamaktadır.

Seyahat yasağı ilgili tarafların hareket özgürlüğünü kısıtlamaktadır, ancak esasen özgürlükten mahrumiyet anlamına gelmemektedir: bu kişilerin ikamet ettikleri ülke içerisinde hareket özgürlüğü bulunmaktadır (ancak, temyiz talebinde bulunan kişinin özel durumuna ilişkin olarak aşağıdaki 10.2 numaralı bölüme bakınız); bu kişilerin anavatanlarına seyahatlerine de özellikle izin verilmektedir (bkz. 1735 (2006) sayılı Karar, fıkra 1(b)).

..."

49. Federal Mahkeme, genel olarak bakıldığında, yaptırımlara Güvenlik Konseyi'nin karar verdiğini ve bireyler ya da kuruluşlara önceden veya sonradan bu kararlar ile ilgili görüş bildirme ya da bu kararları uluslararası veya ulusal mahkemelere temyize götürme fırsatı tanınmadığını bildirmiştir. Bununla bağlantılı

olarak, Mahkeme 1730 (2006) sayılı Karar hükümleri çerçevesinde bireylerin Yaptırımlar Komitesi'ne doğrudan erişimine olanak tanıyan isimlerin listeden çıkarılma sürecinin hâlihazırda önemli bir ilerleme olduğunu, ancak insan hakları açısından değerlendirildiğinde sistemde hala kayda değer eksikliklerin bulunduğunu ifade etmiştir.

50. Federal Mahkeme ilgili kararların İsviçre açısından bağlayıcılık düzeyini, bir başka deyişle, İsviçre'nin bu kararları uygulama serbestîsinin bulunup bulunmadığını değerlendirmiştir:

“8.1 Güvenlik Konseyi BM Şartının VII Bölümüne dayalı olarak 1267 (1999) sayılı Kararı ve El Kaide ile Taliban'ı etkileyen yaptırımlara ilişkin sonraki kararları almıştır ve bütün üye Devletlerin bu kararlarda öngörülen yaptırımları uygulama hususunda eksiksiz ve sert bir yaklaşım izlemesi zorunlu kılınmış ve uluslararası anlaşmalar veya sözleşmelerdeki mevcut haklar ve yükümlülükler göz ardı edilmiştir (bkz. 1267 (1999) sayılı Kararın 7. Fıkrası).

Yaptırımlar (mal varlığının dondurulması, giriş ve geçiş yasağı, silah ambargosu) ayrıntılı olarak açıklanmaktadır ve üye Devletlere uygulama konusunda herhangi bir takdir hakkı verilmemektedir. Yaptırımlardan etkilenenlerin isimleri de üye Devletlere bildirilmektedir: bu durum Yaptırımlar Komitesi tarafından hazırlanan ve tutulan liste ile belirlenmektedir (bkz. 1933 (2000) Kararının 8(c) fıkrası).

Listeden isimlerin silinmesi ihtimali açısından bakıldığında, Komite spesifik bir usulü uygulamaya koymuştur (bkz. 1735 (2006) sayılı Kararın 13 ve ilgili fıkraları ve Yaptırım Komitesinin 12 Şubat 2007 tarihli direktifleri). Bu şekilde, üye Devletlerin Yaptırım Komitesi'nin listesinde bulunan bir kişi veya kuruluş açısından yaptırımların uygulanmasına devam edip edilmemesi hususunda kendi başlarına karar vermeleri yasaktır.

Bu nedenle, İsviçre temyiz başvurusunda bulunan kişi ve bu kişiyle ilişkili kuruluşların isimlerinin Taliban Yönetmeliğinin ekinde silmesi halinde, Şart (Charter) çerçevesindeki yükümlülüklerini ihlal etmiş olacaktır.

...

8.3 Yukarıdaki hususlar açısından bakıldığında, İsviçre'nin temyiz talebinde bulunan kişinin ismini kendi başına Taliban Yönetmeliğinin 2. Ekinde silmesine izin verilmemektedir.

Bu durumda, temyiz talebinde bulunan kişiye yönelik etkili bir hukuki yolun kalmadığının kabul edilmesi gerekir. Federal Mahkeme Güvenlik Konseyi kararlarının İsviçre'yi bağlayıp bağlamadığına ve ne ölçüde bağlayıcı olduğuna karar verebilmektedir, ancak temel özgürlüklerini ihlal ettiği gerekçesiyle temyiz talebinde bulunan kişiye karşı uygulanan yaptırımları kaldırmaya yetkili değildir.

Yalnızca Yaptırımlar Komitesi kişiler veya kuruluşların isimlerinin listeden çıkarılmasından sorumludur. Yukarıda belirtilen gelişmelere rağmen, isimlerin listeden çıkarılmasına ilişkin usulde ne Federal Anayasanın 29a Maddesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 6 § 1 Maddesi ve Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 14 § 1 Maddesi kapsamında bir mahkemeye erişim gereksinimi ne de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 13. Maddesi ve Birleşmiş Milletler Sözleşmesinin 2(3) Maddesi kapsamında etkili bir hukuki yol gereksinimi yerine getirilmemektedir ...”

51. Bunun yanı sıra, Federal Mahkeme, İsviçre’nin başvuranın ismini kendi inisiyatifiyle listeden silme yetkisi bulunmasa bile, İsviçre’nin en azından bu kişiye isimlerin listeden çıkarılmasına ilişkin usul hususunda yardımcı olmaya yükümlü olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkemenin muhakemesi şu şekilde olmuştur:

“9.1 Alt mahkemeler İsviçre’nin temyiz talebinde bulunan kişi adına isimlerin listeden çıkarılmasına ilişkin usulü başlatmaya yükümlü olup olmadığını değerlendirmiştir. Bu arada, söz konusu husus ilgisiz hale gelmiştir, çünkü isimlerin listeden çıkarılmasına ilişkin usul üzerinde değişiklik yapılmasından bu yana, temyiz talebinde bulunan kişi kendi başına başvuru yapma hakkını kazanmış ve bu fırsattan istifade etmiştir.

9.2 Buna karşın, bu kişinin başvurusunun başarılı olması için, başvuran İsviçre’nin desteğine muhtaçtır, çünkü İsviçre kapsamlı bir ön soruşturma yapan tek ülkedir ve çok sayıda talep mektubu, ev araması ve tanık sorgusu gerçekleştirilmiştir.

Birleşmiş Milletler üyesi Devletler terörizmi finanse ettiği veya desteklediğinden şüphelenilen kişileri soruşturmak zorundadır (bkz. 1373 (2001) sayılı Güvenlik Konseyi Kararının 2(e) fıkrası) ...

Diğer taraftan, cezai kovuşturmaların beraatla sonuçlanması veya sona erdirilmesi durumunda, önleyici yaptırımların kaldırılması gerekmektedir. Hiç şüphe yok ki, cezai kovuşturmalar veya hazırlık soruşturmalarını yürüten ülke isimlerin listeden çıkarılması hususunda karar veremez, ancak en azından soruşturmalarının sonuçlarını Yaptırımlar Komitesi’ne iletebilmektedir ve ilgili kişinin isminin listeden çıkarılmasını talep edebilmektedir veya bu konuda destek sağlayabilmektedir.”

52. Son olarak, Federal Mahkeme Taliban Yönetmeliğinin 4a Maddesi kapsamında uygulanan seyahat yasağının Güvenlik Konseyi kararları ile uygulanan yaptırımların ötesine geçip geçmediğini ve İsviçre makamlarının bu hususta herhangi

bir uygulama serbestîsinin olup olmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme aşağıdaki bulgulara ulaşmıştır:

“10.1 Taliban Yönetmeliğinin 4a § 1 Maddesi ile 2. Ekte belirtilen bireylerin İsviçre’ye girmesi veya İsviçre’den geçmesi yasaklanmaktadır. 4a § 2 Maddesi çerçevesinde, BM Güvenlik Konseyi kararlarına uygun olarak veya İsviçre’nin çıkarlarının korunmasına yönelik olarak, Federal Göçmenlik Bürosu’nun muafiyetler sağlama hakkı bulunmaktadır.

Güvenlik Konseyi kararlarına göre, bir adli sürecin gerçekleştirilmesi için giriş veya geçişin gerekli olması halinde, seyahat yasağı uygulanmamaktadır. Ek olarak, Yaptırımlar Komitesinin onayına tabi olarak, münferit vakalarda muafiyetler sağlanabilmektedir (bkz. 1735 (2006) sayılı Kararın 1(b) fıkrası). Bu hüküm bilhassa tıbbi, insani veya dini amaçlarla seyahati kapsamaktadır (Brown Institute, yukarıda belirtilmiştir, s. 32).

10.2 Taliban Yönetmeliğinin 4a § 2 Maddesi ‘kanuna aykırılığı haklı kılan’ bir hüküm şeklinde oluşturulmuştur ve Federal Göçmenlik Bürosunun belirli bir takdir yetkisine sahip olduğu izlenimini vermektedir. Buna karşın, anayasal açıdan bakıldığında, hükmün BM yaptırım rejiminin müsaade ettiği bütün durumlarda bir muafiyet sağlanmasının gerekli olacağı şekilde yorumlanması gerekmektedir. Temyiz talebinde bulunan kişinin hareket özgürlüğüne yönelik daha kapsamlı bir kısıtlama Güvenlik Konseyi kararlarına dayandırılmayacak, kamu yararına olmayacak ve temyiz talebinde bulunan kişinin özel durumu açısından bakıldığında orantısız olacaktır.

Temyiz talebinde bulunan kişi 1,6 km² yüzölçümüne sahip, Ticino’daki bir İtalyan yerleşim bölgesi olan Campione’de yaşamaktadır. İsviçre’ye giriş ve İsviçre’den geçiş yasağının bir sonucu olarak, ilgili kişi Campione’den ayrılamamaktadır. Pratik açıdan değerlendirildiğinde, temyiz talebinde bulunan kişinin doğru bir şekilde öne sürdüğü üzere, bu durum ev hapsi ile eşdeğerdir ve bu nedenle, kişisel özgürlüğü açısından ciddi bir kısıtlama teşkil etmektedir. Bu durumlarda, İsviçre makamları BM Güvenlik Konseyi kararları çerçevesinde uygulanan yaptırım rejiminin bütün hafifletme hükümlerini uygulamak zorundadır.

Federal Göçmenlik Bürosunun bu açıdan herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Daha ziyade, bu kuruluşun bir muafiyet sağlanmasına yönelik koşulların yerine getirilip getirilmediğini değerlendirmesi gerekmektedir. Talebin Güvenlik Konseyi tarafından öngörülen genel muafiyetlerden birinin kapsamına girmemesi halinde, söz konusu talebin Yaptırımlar Komitesi’nin onayına sunulması gerekir.

10.3 Federal Göçmenlik Bürosunun temyiz talebinde bulunan kişinin yurt dışı seyahat izni başvurularını değerlendirirken anayasal gereksinimleri göz ardı edip etmediği hususunun burada değerlendirmesine gerek yoktur: Federal Büronun ilgili kararlarına temyiz talebinde

bulunan kişi tarafından karşı çıkılmamıştır ve bu husus mevcut kovuşturmada bir anlaşmazlık konusu değildir.

Aynı durum temyiz talebinde bulunan kişinin ikametgah adresini İtalyan yerleşim bölgesi olan Campione'den İtalya'ya taşımış olmasının gerekli olup olmadığı hususu açısından da geçerlilik taşımaktadır. Bugüne dek, temyiz talebinde bulunan kişinin bu yönde bir talebi olmamıştır.”

C. Federal Mahkemenin kararından sonraki gelişmeler

53. Federal Mahkemenin kararının ardından, başvuran ODM'ye genel muafiyetlerin kendi özel durumuna yönelik olarak uygulanması ihtimalinin yeniden değerlendirilmesi yönünde bir talepte bulunmuştur. 28 Ocak 2008 tarihinde, başvuran giriş ve geçiş yasağının üç ay boyunca askıya alınmasına ilişkin bir talepte bulunmuştur. 21 Şubat 2008 tarihli bir mektupta, ODM bu talebi reddetmiş ve konuyu Yaptırımlar Komitesi'ne intikal ettirmeden bu kadar uzun bir süre boyunca bu yasağı askıya alamayacağını, ancak bir defaya mahsus olmak üzere bir muafiyet uygulaması yapılabileceğini belirtmiştir. Başvuran bu karara itiraz etmemiştir.

54. 22 Şubat 2008 tarihinde, İsviçre makamları ile başvuranın temsilcisi arasında İsviçre'nin isminin listeden çıkarılması için gerçekleştirdiği çalışmalarda başvurana sağlayabileceği destek konusunda düzenlenen bir toplantıda, Federal Dış İşleri Bakanlığı'nın bir temsilcisi durumun tuhaf olduğuna kanaat getirmiştir, çünkü başvuran bir taraftan İsviçre makamlarının BM listesinden isminin çıkarılmasına ilişkin süreçte kendisine verebileceği desteği araştırmış, diğer taraftan, İsviçre'yi mahkemeye vermiştir.

Toplantı esnasında, başvuranın temsilcisi ODM'den sözlü teyit aldığını ve ODM'nin müvekkiline Milano'daki avukatına danışmak üzere İtalya'ya gitmek için bir defaya mahsus izinler vereceğini açıklamıştır. Ayrıca, Federal Dış İşleri Bakanlığı'nın temsilcisi de başvuranın Yaptırımlar Komitesi'nden özel durumunu öne sürerek daha kapsamlı bir muafiyet talebinde bulunabileceğini açıklamıştır. Buna karşın, temsilci İsviçre'nin başvuranın isminin listeden çıkarılması için Yaptırımlar Komitesi'ne kendi başına başvuruda bulunamayacağını da tekrar etmiştir. Temsilci, bununla birlikte hükümetinin başvurana destek vermeye hazır olacağını ve bilhassa, başvurana karşı yürütülen cezai kovuşturmanın sonlandırıldığını gösteren bir belge sağlanacağını da sözlerine eklemiştir. Başvuranın avukatı cezai kovuşturmanın

müvekkili lehine sonlandırıldığını gösteren bir mektubu halihazırda aldığını ve bu mektubun yeterli olduğunu belirtmiştir.

İsminin listeden silinmesine yönelik süreçte başvuranın desteklerinin alınması için İtalyan makamlarına yapabileceği talepler açısından bakıldığında, Federal Bakanlık temsilcisi avukatın İtalya'nın Birleşmiş Milletler Daimi Misyonu ile bağlantıya geçmesini önermiş ve İtalya'nın ilgili tarihte Güvenlik Konseyinde bir üyeliğinin bulunduğunu sözlerine eklemiştir.

55. Hükümet, Nisan 2008'de Mısır'daki bir askeri mahkemenin başvurana Müslüman Kardeşler örgütüne mali destek sağlamak suçundan gıyabında on yıl hapis cezası verdiği hususunda Mahkemeyi bilgilendirmiştir (16 Nisan 2008 tarihli günlük gazete *Corriere del Ticino*'da konuyla ilgili çıkan habere bkz.). Başvuran hüküm giydiği gerçeğini reddetmemiş, ancak kendisine karşı yürütülen yargılamadan haberdar edilmediğini ve bu nedenle, kendisini bizzat veya bir avukat aracılığı ile savunma ihtimalinin olmadığını öne sürmüştür. Bu sebeplerden dolayı ve sivil bir vatandaş olmasına rağmen bir askeri mahkemede yargılandığı gerçeğini de dikkate alarak, söz konusu yargılamanın 6. Maddeye ilişkin bir ihlal olduğunu iddia etmiştir.

56. 5 Temmuz 2008 tarihinde, İtalyan Hükümeti başvurana karşı İtalya'da yürütülen davanın reddedilmesi gerekçesiyle Yaptırımlar Komitesi'ne başvuranın isminin listeden çıkarılmasına yönelik bir talepte bulunmuştur. Komite 15 Temmuz 2008 tarihli bir kararla bu talebi reddetmiştir. Başvuranın iddiasına göre, Komite başvuranın mütalaasını önceden sunmasına izin vermemiştir.

57. 11 Eylül 2008 tarihinde, ODM başvurana İsviçre'ye girme ve ülkede iki gün kalma hakkı vermiş, ancak başvuran bu izinden faydalanmamıştır.

58. 23 Aralık 2008 tarihli bir mektupta, ODM İsviçre'nin 12 Aralık 2008 tarihinde Schengen alanına girişinin başvuranın durumunu etkilemediğini bildirmiştir.

59. Mahkeme önündeki mütalaalarında, İsviçre Hükümeti, bilindiği kadarıyla, başvuranın isminin listeye eklenmesine ilişkin sürecin Amerika Birleşik Devletlerinin bir talebi ile başlatıldığını ve ABD'nin 7 Temmuz 2009 tarihinde başvuran da dahil olmak üzere belirli bireylerin isimlerinin listeden çıkarılmasına ilişkin bir talebi Yaptırımlar Komitesi'ne ilettiğini belirtmiştir.

60. 24 Ağustos 2009 tarihinde, 1730 (2006) sayılı Güvenlik Konseyi Kararı ile ortaya konun usul uyarınca, başvuran isminin Yaptırımlar Komitesinin listesinden silinmesine ilişkin bir talebi isimlerin listeden çıkarılması hususundaki taleplere yönelik odak noktasına ibraz etmiştir.

61. 2 Eylül 2009 tarihinde, İsviçre, Federal Savcılığın başvuranın avukatına gönderdiği 13 Ağustos 2009 tarihli mektubun nüshasını Yaptırımlar Komitesi'ne göndermiştir ve ilgili mektupta, Federal Savcılık avukatın müvekkili ile ilgili yürütülen adli polis soruşturması sonucu müvekkilin Usame Bin Ladin, El Kaide veya Taliban ile ilişkili kişiler veya kuruluşlarla bağlantısının olduğunu gösteren emareler veya kanıtlara rastlanmamıştır.

62. 23 Eylül 2009 tarihinde, başvuranın ismi söz konusu yaptırımların ortaya konduğu Güvenlik Konseyi kararlarının ekinde bulunan listeden silinmiştir. Başvurana göre, 1730 (2006) sayılı Karar çerçevesinde sağlanan usul izlenmemiştir ve bu hususla bağlantılı olarak başvurana herhangi bir açıklama yapılmamıştır. 29 Eylül 2009 tarihinde, Taliban Yönetmeliği'nin eki bu çerçevede değiştirilmiş ve değişiklik 2 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe girmiştir.

63. 1 Mart 2010 tarihinde geçirilen bir önerge çerçevesinde, Ulusal Konseyin (Federal parlamentonun alt organı) Dış Politika Komisyonu, Federal Konseyden 2010 yılının sonundan itibaren belirli durumlarda terörle mücadele kararları kapsamında bireylere karşı öngörülen yaptırımları artık uygulamayacağı hususunda BM Güvenlik Konseyi'ni bilgilendirmesi talebinde bulunmuştur. Ayrıca, Komisyon Hükümeti terörle mücadele de Devletlerin yasal düzenine uygun olarak işbirliği yapma taahhüdünü bir kez daha yinelemeye davet etmiştir. Söz konusu önerge Eyaletler Konseyi (parlamentonun üst organı) üyesi Dick Marty tarafından 12 Haziran 2009 tarihinde sunulmuştur ve bu önergede örnek olması amacı ile başvuranın durumuna atıfta bulunulmuştur.

D. Yaptırım rejiminin geliştirilmesine yönelik olarak yürütülen çalışmalar

64. Hükümet, İsviçre'nin Güvenlik Konseyi üyesi olmamasına karşın, BM üyesi olduğu 10 Eylül 2002 tarihinden bu yana, isimlerin listeye eklenmesi ve çıkarılmasına ilişkin sürecin kurallara uygunluğu ve ilgili kişilerin yasal durumunun geliştirilmesi amacı ile diğer Devletlerle birlikte aktif olarak çalıştığını belirtmiştir. Bu çerçevede, 2005 yılı yazında, Hükümet yaptırım usulünde temel haklara daha fazla ağırlık verilmesini sağlamak üzere İsveç ve Almanya ile birlikte yeni bir girişim başlatmıştır. Bu girişimin ardından, 2008 yılında, İsviçre Danimarka, Almanya, Lihtenştayn, Hollanda ve İsveç ile birlikte, Yaptırımlar Komitesi'ne, isimlerin listeden çıkarılmasına ilişkin önerilerin sunulması açısından yetkili bağımsız uzmanlardan

meydana gelen bir danışma panelinin oluşturulmasına ilişkin somut önerileri Güvenlik Konseyi'ne sunmuştur. Bunun yanında, 2009 yılı sonbaharında, İsviçre El Kaide ve Taliban'a karşı yürütülen yaptırım rejiminin yenilenmesi ile ilgili olarak Aralık'ta çıkarılması planlanan bir karar ile bu gereksinimin karşılanmasının sağlanması için ortakları ile birlikte yoğun çalışmalarda bulunmuştur. Bu arada, İsviçre Ekim 2009'da bir danışma değerlendirme mekanizması seçeneği olarak bir ombudsman sisteminin oluşturulmasının önerildiği bir raporun yayımlanmasını desteklemiştir. 17 Aralık 2009 tarihinde, Güvenlik Konseyi BM Güvenlik Konseyi terörle mücadele yaptırımlarından etkilenen bireylerden şikayetlerin alınması amacı ile ombudsman sisteminin kurulmasına ilişkin 1904 (2009) sayılı Kararı kabul etmiştir (bkz. aşağıdaki 78. Paragraf). Son olarak, İsviçre BM Güvenlik Konseyi'nde ve Genel Kurulu'nda yaptırımlar ile ilgili kişilerin usul haklarının geliştirilmesine yönelik olarak birçok kez çağrıda bulunmuştur.

II. İLGİLİ ULUSAL VE ULUSLARARASI HUKUK VE UYGULAMA

A. Ulusal Hukuk

1. Federal Anayasa

65. Federal Anayasanın 190. Maddesinde ("Geçerli Kanun") şu hususa yer verilmektedir:

"Federal Mahkeme ve diğer makamlar, federal kanunlar ve uluslararası hukuka uygun hareket etmesi gerekir."

2. *Usame Bin Ladin, "El Kaide" grubu veya Taliban ile ilişkili kişiler ve kuruluşlara karşı alınan tedbirlerin düzenlendiği 2 Ekim 2000 tarihli Yönetmelik ("Taliban Yönetmeliği")*

66. Usame Bin Ladin, "El Kaide" grubu veya Taliban ile ilişkili kişiler ve kuruluşlara karşı alınan tedbirlerin düzenlendiği 2 Ekim 2000 tarihli Yönetmelikte birkaç kez değişikliğe gidilmiştir. Mevcut davada dikkate alınan dönemde ve bilhassa

Federal Mahkeme kararını verdiğinde (14 Kasım 2007) geçerli olan versiyonda ilgili hükümler şu şekildedir:

Madde 1 – Askeri teçhizat ve benzeri malzemelerin tedarikine ilişkin yasak

“1. Silahlar ve mühimmat, askeri taşıtlar ve teçhizat, paramiliter ekipman da dahil olmak üzere her tür silah ile bu silahların yedek parçaları ya da aksesuarlarının bu yönetmeliğin 2. Ekinde belirtilen bireyler, işletmeler, gruplar veya kuruluşlara tedariki, satışı veya komisyonu yasaktır.

...

3. Askeri faaliyetler ile ilgili teknik tavsiye, destek ve eğitimin bu yönetmeliğin 2. Ekinde belirtilen bireyler, işletmeler, gruplar veya kuruluşlara tedariki, satışı veya komisyonu yasaktır.

4. Yukarıdaki 1 ve 3. fıkralar yalnızca 13 Aralık 1996 tarihli Mülkiyet Düzenleme Kanunu, 13 Aralık 1996 tarihli Federal Harp Malzemesi Kanunu ve ilgili uygulama yönetmeliklerinin geçerli olmadığı durumlarda geçerlilik taşır.

...”

Madde 3 – Mal varlığı ve ekonomik kaynakların dondurulması

“1. Bu yönetmeliğin 2. Ekinde belirtilen bireyler, işletmeler, gruplar veya kuruluşlar tarafından sahip olunan veya kontrol edilen varlıklar ve ekonomik kaynaklar dondurulur.

2. Bu yönetmeliğin 2. Ekinde belirtilen bireyler, işletmeler, gruplar veya kuruluşlara fon sağlanması veya doğrudan ya da dolaylı olarak varlıklar veya ekonomik kaynakların bu tarafların kullanımına açılması yasaktır.

3. Eyalet Ekonomik İşler Bakanlığı (SECO) demokratikleştirme veya insani projeler ile ilgili ödemelere yukarıdaki 1 ve 2. fıkralardaki yasaklar açısından muafiyet getirebilir.

4. SECO, Federal Dış İşleri Bakanlığı ve Federal Maliyet Bakanlığı’nın yetkin dairelerine danışmasının ardından, İsviçre’nin çıkarlarını korumak veya meşakkatli durumları engellemek üzere bloke edilen hesaplardan ödemeler yapılmasına, dondurulan sermaye varlıklarının aktarılmasına ve dondurulan ekonomik kaynakların serbest bırakılmasına izin verebilir.”

Madde 4 – Zorunlu beyan

“1. Bu yönetmeliğin 3 § 1 Maddesi kapsamında varlıkların dondurulması hükmünün kapsamına girdiği görülen varlıkları elinde bulunduran veya yöneten kişilerin bu varlıkları ivedilikle SECO’ya beyan etmesi gerekir.

2. Bu yönetmeliğin 3 § 1 Maddesi kapsamında varlıkların dondurulması hükmünün kapsamına girdiği görülen ekonomik kaynakların farkında olan herhangi bir kişi veya kuruluşun bu ekonomik kaynakları ivedilikle SECO’ya beyan etmesi gerekir.

3. Beyanda faydalanıcı adı, dondurulan varlıklar veya ekonomik kaynakların amacı ve meblağının belirtilmesi gerekir.”

Madde 4a – İsviçre’ye giriş ve İsviçre’den geçiş

“1. İsviçre’ye giriş ve İsviçre’den transit geçiş bu yönetmeliğin 2. Ekinde belirtilen bireylere yasaktır.

2. Federal Göçmenlik Bürosu, Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin kararlarına uygun olarak ve İsviçre’nin çıkarlarının korunması için, muafiyetler sağlayabilir.”

B. Uluslararası Hukuk

1. Birleşmiş Milletler Şartı

67. Birleşmiş Milletler Şartı 26 Haziran 1945’te San Francisco’da imzalanmıştır. Mevcut davaya ilişkin hükümler şu şekildedir:

Giriş

“Birleşmiş Milletler halkları olarak, aşağıdaki hususlara kararlıyız:

sonraki nesillerin yaşamımızda insanoğluna iki kez derin bir üzüntü veren savaş belasından korunması, ve
temel insan hakları, insan onuru ve değeri, erkekler ve kadınlar ile büyük ve küçük ulusların eşit haklarına olan inancın bir kez daha vurgulanması, ve
adalet ile antlaşmalar ve diğer uluslararası hukuk kaynakları sonucu ortaya çıkan yükümlülüklerle ilişkin saygının korunmasını sağlayacak koşulların tesis edilmesi, ve
daha fazla özgürlüğün sağlandığı bir ortamda toplumsal ilerleme ve daha iyi yaşam standartlarının sağlanması,ve

Bu amaçlara yönelik olarak, hoşgörünün gerçekleştirilmesi ve iyi komşular olarak barış içerisinde yaşanması, ve uluslararası barış ve güvenliğin tesis edilmesi amacı ile gücümüzün birleştirilmesi, ve ilkelerin kabul edilmesi ve yöntemlerin tesis edilmesi vasıtasıyla, ortak çıkarlar haricinde, silahlı gücün kullanılmamasının sağlanması, ve bütün hakların ekonomik ve toplumsal ilerlemesi için uluslararası mekanizmaların kullanılması,

Bu amaçların gerçekleştirilmesi için çabalarımız bir araya getirilmiştir.

Bu çerçevede, Hükümetlerimiz, San Francisco şehrinde toplanan ve yetkilerini iyi niyet çerçevesinde kullanan temsilciler vasıtasıyla, Birleşmiş Milletler Şart'ını (Charter) takdim etmeye ve Birleşmiş Milletler olarak bilinen uluslararası bir kuruluş tesis etmeye karar vermiştir.”

Madde 1

“Birleşmiş Milletlerin amaçları şu şekildedir:

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

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

...”

Madde 24

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

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

...”

Madde 25

“Birleşmiş Milletler üyeleri, işbu Şart (Charter) uyarınca, Güvenlik Konseyi’nin kararlarını kabul etme ve uygulama konusunda görüş birliğine varmışlardır.”

68. Şart’ın VII. Bölümünün başlığı “Barışın Tehdidi, Bozulması ve Saldırı Eylemi Durumunda Alınacak Tedbirler”dir. 39. Madde şu şekildedir:

“Güvenlik Konseyi, barışın tehdit edildiğini, bozulduğunu ya da bir saldırı eylemi olduğunu saptar ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması ya da yeniden kurulması için tavsiyelerde bulunur veya 41 ve 42. Maddeler uyarınca hangi önlemlerin alınacağını kararlaştırır.”

69. XVI. Bölümün başlığı “Çeşitli Hükümler”dir. 103. madde şu şekildedir:

“Birleşmiş Milletler üyelerinin iş bu Antlaşma’dan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, iş bu Antlaşma’dan doğan yükümlülükler üstün gelecektir.”

2. Mevcut dava ile ilgili olarak, Güvenlik Konseyi tarafından El Kaide ve Taliban’a karşı alınan tedbirlerle bağlantılı olarak kabul edilen kararlar

70. 1267 (1999) sayılı Karar 15 Ekim 1999 tarihinde kabul edilmiştir. Bu karar ile bütün Güvenlik Konseyi üyelerinden meydana gelen Yaptırımlar Komitesi oluşturulmuştur. İlk olarak karar çerçevesinde gerekli tedbirlerin etkili bir şekilde uygulanması için atılan adımlar hususunda bütün Devletlerden Komite’yi bilgilendirmesi talebinde bulunmaktadır. İlk olarak, insani sebeplerle Yaptırımlar Komitesi’nin uçuşa önceden onay vermesi haricinde, Taliban ile bağlantılı hava taşıtlarının iniş veya kalkış için bu devletlerin topraklarını kullanmalarına izin verilmemesi gerekir ve ikinci olarak, Taliban’ın fonları ile diğer mali kaynaklarının dondurulması gerekir. Bu kararın mevcut dava ile ilgili bölümleri şu şekildedir:

1267 (1999) sayılı Karar

15 Ekim 1999 tarihindeki 4051. toplantısında Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilmiştir.

“Güvenlik Konseyi,

NADA v. İSVİÇRE NİHAİ KARAR

1189 (1998) sayılı ve 13 Ağustos 1998 tarihli, 1193 (1998) sayılı ve 28 Ağustos 1998 tarihli ve 1214 (1998) sayılı ve 8 Aralık 1998 tarihli kararlar başta olmak üzere önceki kararlarını ve Güvenlik Konseyi Başkanının Afganistan'daki duruma ilişkin açıklamalarını teyit ederek,

Afganistan'ın egemenliği, bağımsızlığı, toprak bütünlüğü ve ulusal bütünlüğüne yönelik güçlü bağlılığını ve Afganistan'ın kültürel ve tarihi mirasına yönelik saygısını teyit ederek,

Kadınlar ve kız çocuklarına yönelik ayrımcılık başta olmak üzere uluslararası insani hukuk ve insan haklarına yönelik olarak devam eden ihlaller ve yasadışı afyon üretimindeki önemli artışa yönelik olarak duyduğu derin kaygıyı yineleyerek ve İran İslam Cumhuriyeti Başkonsolosluğu'nun Taliban tarafından zapt edilmesi ve İranlı diplomatlar ile bir gazetecinin Mezar-el-Şerif'te öldürülmesinin uluslararası hukuk açısından alenen ihlaller teşkil ettiğini vurgulayarak,

İlgili uluslararası terörle mücadele sözleşmeleri ve bilhassa, bu sözleşme taraflarının teröristleri sınır dış etme veya yargılama yükümlülüklerini göz önünde bulundurarak,

Taliban tarafından kontrol edilen bölgeler başta olmak üzere Afganistan topraklarının teröristlerin barınması ve eğitimi ile terör eylemlerinin planlanması amacı ile sürekli olarak kullanımını şiddetle kınayarak ve uluslararası barış ve güvenliğin korunması açısından uluslararası terörizmle mücadelenin önemli olduğunu teyit ederek,

Taliban'ın Usame Bin Ladin'e güvenli bölge sağlamaya ve Usame bin Ladin ile ona bağlı kişilerin Taliban'ın kontrol ettiği topraklardaki terörist eğitim kamplarından meydana gelen bir ağı yönetmesine ve Afganistan'ı uluslararası terör operasyonlarına maddi kaynak sağladığı bir üs şeklinde kullanmasını sağlamaya devam etmesinden derin üzüntü duyduğunu belirterek,

Usame bin Ladin ve bağlantılı olduğu kişilerin Amerika Birleşik Devletleri tarafından Kenya Nairobi ve Tanzanya Dar es Selam'daki Birleşik Devletler büyükelçiliklerine 7 Ağustos 1998 tarihinde düzenlenen bombalı saldırılar ve Birleşik Devletler dışındaki Amerikan vatandaşlarının öldürülmesine yönelik suikast hazırlığında olmakla suçlandığına dikkat çekerek ve Amerika Birleşik Devletleri'nin Taliban'ın bu kişileri yargılanmak üzere kendilerine teslim etmesine yönelik bir talepte bulunduğu da dikkat çekerek (S/1999/1021),

Taliban'ın 1214 (1998) sayılı kararın 13. fıkrasındaki taleplere yanıt vermemesinin uluslararası barış ve güvenlik açısından bir tehdit teşkil ettiğini kararlaştırarak,

Kararlarına uygun hareket edilmesini sağlama kararlılığını vurgulayarak,

Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümüne uygun hareket ederek,

...

3. Genel Sekreterin bir raporuna dayalı olarak Konsey'in önceden Taliban'ın yukarıdaki 2. fıkarda belirtilen yükümlülüğe tam olarak uygun hareket ettiğine karar vermemiş olması durumunda, 14 Kasım 1999 tarihinde, bütün Devletlerin aşağıdaki 4. fıkarda ortaya konan tedbirleri uygulamaya koymasına karar verir;

4. Yukarıdaki 2. fıkranın uygulanması için, bütün Devletlerin aşağıdaki hususları yerine getirmesine karar verir:

(a) İlgili uçuşa Hac ibadetinin yerine getirilmesi gibi dini vecibeler de dahil olmak üzere insani ihtiyaçlar gerekçesiyle Komite tarafından önceden izin verilmesi haricinde, hava taşıtlarının Komite tarafından aşağıdaki 6. fıkarda belirtildiği üzere Taliban'a ait olması, Taliban adına kiralanması veya işletilmesi durumunda, söz konusu hava taşıtlarının kendi topraklarından kalkış yapmasına veya kendi topraklarına inmesine izin verilmemesi;

(b) Komite tarafından insani ihtiyaçlar gerekçesiyle duruma bağlı olarak izin verilmesi haricinde, Komite tarafından aşağıdaki 6. fıkarda belirtildiği üzere Taliban veya doğrudan veya dolaylı olarak sahip olduğu veya kontrol ettiği mülkiyete bağlı olarak veya Taliban'ın sahip olduğu veya kontrol ettiği herhangi bir işletmenin elde ettiği veya oluşturduğu fonlar da dahil olmak üzere fonlar ile diğer mali kaynakların dondurulması ve vatandaşları ya da topraklarında bulunan kişiler tarafından diğer fonlar veya mali kaynakların Taliban veya doğrudan ya da dolaylı olarak Taliban'ın sahibi olduğu veya kontrol ettiği herhangi bir işletmeye sağlanmasının veya Taliban yararına kullanılmasının engellenmesi;

5. Bütün Devletleri yukarıdaki 2. fıkarda belirtilen talebin karşılanmasına yönelik çalışmalarda işbirliği yapmaya ve Usame bin Ladin ve bağlantılı olduğu kişilere karşı başka tedbirler alınmasını düşünmeye teşvik eder;

6. Usulün geçici kurallarının 28. kuralı uyarınca, aşağıdaki görevleri yerine getirmek ve çalışmaları ile ilgili olarak gözlemleri ve tavsiyeleri de dahil olmak üzere Konseye rapor sunmak üzere bütün Konsey üyelerinden meydana gelen bir Güvenlik Konseyi Komitesi kurmaya karar verir:

...

7. Yukarıdaki 4. fıkarda ortaya konan tedbirlerin yürürlüğe giriş tarihinden önce imzalanan herhangi bir uluslararası anlaşma veya sözleşme ya da verilen herhangi bir ruhsat veya izin ile

bağlantılı olarak sağlanan haklar veya ortaya konan yükümlülükler hâle getirilmeksizin, bütün Devletleri bu kararın hükümlerine harfiyen uymaya davet eder;

8. Devletleri kendi yargı bölgesi dâhilinde yukarıdaki 4. fıkra ortaya konan tedbirleri ihlal eden kişiler ve kuruluşlara karşı kovuşturma yapma ve uygun cezalar vermeye davet eder;

9. Bütün Devletleri bu kararın uygulanması hususunda Komitenin ihtiyaç duyabileceği bilgilerin sağlanması da dâhil olmak üzere görevlerinin yerine getirilmesi hususunda yukarıdaki 6. fıkra çerçevesinde kurulan Komiteyle tam işbirliği yapmaya davet eder;

10. Bütün Devletlerden yukarıdaki 4. fıkra ortaya konan tedbirlerin yürürlüğe girişinden itibaren 30 gün içerisinde yukarıdaki 4. fıkranın etkili bir şekilde uygulanması amacı ile attıkları adımlar hususunda yukarıdaki 6. fıkra çerçevesinde kurulan Komiteye rapor sunmasını talep eder;

...”

71. 19 Aralık 2000 tarihinde kabul edilen 1333 (2000) sayılı Karar çerçevesinde, Güvenlik Konseyi 1267 (1999) sayılı Karar kapsamında ortaya konan yaptırımlarını uygulamasını Yaptırımlar Komitesi tarafından El Kaide veya Usame Bin Ladin ile ilişkili olduğu belirlenen bireyler veya kuruluşları da kapsayacak şekilde genişletmiştir. Bunun yanında, bu karar kapsamında, BM yaptırımlarının uygulanması için bir liste tutulmasının gerekli olduğu ifade edilmiştir. Mevcut vaka ile ilgili bölümler şu şekildedir:

1333 (2000) sayılı Karar

“... Güvenlik Konseyi ...

1267 (1999) sayılı ve 15 Ekim 1999 tarihli Karar başta olmak üzere önceki kararlarını ve Güvenlik Konseyi Başkanının Afganistan’daki duruma ilişkin açıklamalarını teyit ederek,

Afganistan’ın egemenliği, bağımsızlığı, toprak bütünlüğü ve ulusal bütünlüğüne yönelik güçlü bağlılığını ve Afganistan’ın kültürel ve tarihi mirasına yönelik saygısını teyit ederek,

Afgan halkının kritik insani ihtiyaçlarını göz önüne alarak,

...

8. Bütün Devletlerin aşağıdaki amaçlara yönelik olarak daha fazla tedbir alması gerektiğine karar verir:

- (a) Topraklarındaki bütün Taliban ofislerinin ivedilikle ve tamamen kapatılması;
- (b) Topraklarındaki bütün Ariana Afgan Hava Yolları ofislerinin ivedilikle kapatılması;
- (c) Herhangi bir gecikmeye mahal verilmeksizin, Usame bin Ladin ve kendisi ile ilişkili bireyler ve kuruluşlar tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ya da kontrol edilen mülkiyet ile bağlantılı olarak elde edilen veya oluşturulan fonlar da dahil olmak üzere El Kaide örgütündeki yetkililer de dahil olmak üzere Komite tarafından belirlendiği üzere Usame bin Ladin ve kendisi ile bağlantılı bireyler ve kuruluşların fonları ve diğer mali varlıklarının dondurulması ve vatandaşları ya da topraklarında bulunan kişiler tarafından diğer fonlar veya mali kaynakların Usame bin Ladin, beraberindeki kişiler veya doğrudan ya da dolaylı olarak Usame bin Ladin veya ilişkili olduğu bireyler veya El Kaide örgütü de dahil olmak üzere kuruluşların sahibi olduğu veya kontrol ettiği herhangi bir işletmeye sağlanmasının veya yararına kullanılmasının engellenmesi ve Devletler ile bölgesel kuruluşlar tarafından sağlanan bilgilere dayalı olarak, Komiteden El Kaide örgütü de dahil olmak üzere Usame bin Ladin ile ilişkili olduğu belirlenen bireyler ve kuruluşların güncellenmiş bir listesini tutmasını talep etmektedir;

...

12. Komitenin Birleşmiş Milletler ve Birleşmiş Milletlere bağlı kuruluşlar, insani yardım sağlayan devlet yardım kuruluşları, Uluslararası Kızıl Haç Komitesi ve uygun sivil toplum kuruluşları da dahil olmak üzere Afganistan'a insani yardım sağlayan onaylı kuruluşlar ve devlet yardım kuruluşlarının bir listesini tutmasına, yukarıdaki 11. fıkra çerçevesinde ortaya konan yasağın Komite tarafından onaylanan listede bulunan kuruluşlar ve devlet yardım kuruluşları tarafından veya adına düzenlenen insani uçuşlar açısından geçerlilik taşımamasına, Komitenin listeyi düzenli olarak gözden geçirmesi, uygunluğuna göre bu listeye yeni kuruluşlar ve devlet yardım kuruluşları eklemesine ve insani amaçlar haricinde uçuşlar düzenlediği veya düzenleme ihtimalinin bulunduğu karar verilmesi halinde, Komitenin ilgili kuruluşlar ve devlet yardım kuruluşlarını listeden çıkarmasına ve kendileri tarafından veya adına düzenlenen söz konusu uçuşların yukarıdaki 11. fıkra hükümlerine tabi olduğu hususunda ilgili kuruluşlar ve devlet yardım kuruluşlarına ivedilikle bilgi vermesine karar verir;

...

16. Komiteden 1267 (1999) sayılı Kararda ortaya konan görevlere ek olarak aşağıdaki görevleri yerine getirerek yetkilerini kullanmasını talep eder:

- (a) Devletler, bölgesel ve uluslararası kuruluşlar tarafından sağlanan bilgilere dayalı olarak, Afganistan toprakları içerisinde Taliban tarafından kontrol edilen bütün hava yolu giriş noktaları ve iniş alanları ile ilgili listelerin oluşturulup güncellenmesi ve söz konusu listelerin içeriğinin Üye Devletlere bildirilmesi;
- (b) Devletler, bölgesel ve uluslararası kuruluşlar tarafından sağlanan bilgilere dayalı olarak, yukarıdaki 8 (c) fıkrası uyarınca, Usame bin Ladin ile ilişkili olduğu belirlenen bireyler ve kuruluşlar ile ilgili listelerin oluşturulup güncellenmesi;
- (c) Yukarıdaki 6 ve 11. fıkralarda ortaya konan istisnalara ilişkin taleplerin değerlendirilmesi ve karara bağlanması;
- (d) Bu kararın kabulünden en geç bir ay sonra, yukarıdaki 12. fıkra uyarınca, Afganistan'a insani yardım sağlayan onaylı kuruluşlar ve devlet yardım kuruluşlarının bir listesinin oluşturulup güncellenmesi;

...

17. Yukarıdaki 5, 8, 10 ve 11. fıkralarda ortaya konan tedbirlerin yürürlüğe giriş tarihinden önce imzalanan herhangi bir uluslararası anlaşma veya sözleşme ya da verilen herhangi bir ruhsat veya izin ile bağlantılı olarak sağlanan haklar veya ortaya konan yükümlülükler halel getirilmeksizin, bütün Devletler ve Birleşmiş Milletler ile uzmanlaşmış kuruluşları da dahil olmak üzere bütün uluslararası ve bölgesel kuruluşları bu kararın hükümlerine harfiyen uymaya davet eder;

72. 30 Temmuz 2001 tarihinde kabul edilen 1363 (2001) sayılı Kararda, Güvenlik Konseyi 1267 (1999) ve 1333 (2000) sayılı Kararlar ile uygulanan tedbirlerin izlenmesi amacı ile hakkaniyetli bir coğrafi dağılıma dayalı olarak seçilen azami beş uzmandan meydana gelen bir mekanizma ("İzleme Grubu") kurulmasına karar vermiştir.

73. 11 Eylül 2001 olaylarından sonra 28 Eylül 2001 tarihinde kabul edilen 1373 (2001) sayılı Kararda, Güvenlik Konseyi Devletlerin uluslararası terörizmle mücadele etmek ve bu bağlamda etkili sınır kontrolleri sağlamak üzere bir dizi tedbir alması gerektiğine karar vermiştir. Mevcut dava ile ilgili bölümler şu şekildedir:

1373 (2001) sayılı Karar

“... Güvenlik Konseyi ...

1. Bütün Devletlerin

- (a) Terörist eylemlerin finansmanını önlemesine ve cezalandırmasına;
- (b) Hangi şekilde olursa olsun, doğrudan ya da dolaylı olarak uyrukları tarafından toprakları üzerinde terörist eylemleri işlemek için veya bunların terörist eylemleri işlemek için kullanılacağı bilinerek kasten malî kaynak temini ve toplanmasını suç haline getirilmesine;
- (c) Terörist eylemlerde bulunmak suçunu işleyenlerin ya da işlemeye kalkışanların, bu nev'i eylemleri kolaylaştıran ya da onlara katılanların, bu şahıslara ait veya bu şahıslar tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak denetlenen kuruluşların ve anılan şahıs ya da kuruluşlar adına veya bu şahıs ya da kuruluşların talimatları doğrultusunda hareket eden şahıs ya da kuruluşların, ve bu şahıslar ve kuruluşlarla ortak olan veya onlar tarafından doğrudan ya da dolaylı olarak kontrol edilen bu şahıslara ait mal varlıklarından doğan anapara da dahil olmak üzere, anaparalarının ve diğer malî varlıklarının ve ekonomik kaynaklarının vakit geçirmeksizin dondurulmasına;
- (d) Toprakları üzerinde bulunan kendi uyrukları veya bütün kişi ve kuruluşlardan, doğrudan veya dolaylı olarak, terörist eylemlerde bulunmak suçunu işleyenlerin ya da işlemeye kalkışanların , bu nev'i eylemleri kolaylaştıran ya da onlara katılanların, bu şahıslara ait ya da doğrudan veya dolaylı olarak bunlar tarafından kontrol edilen kuruluşların ve bu şahısların adına ya da talimatları doğrultusunda hareket eden şahıs ya da kuruluşlara anapara katmalarını, malî katıda veya ekonomik kaynak veya malî ya da buna bağlı diğer hizmette bulunma ve sağlamalarının yasaklamasına;

Karar verir.

2. Aynı şekilde, bütün devletlerin aşağıdakileri yapmasına karar verir:

- (a) Aktif ya da pasif, hangi şekilde olursa olsun, özellikle terörist gruplara üye toplanmasını ve teröristlere mühimmat sağlanmasını cezalandırarak, terörist eylemlere katılmış şahıs ya da kuruluşlara destek sağlanmasından imtina etmelerine;
- (b) Terörist eylemlerin işlenmemesi için istenen bütün önlenmeleri, özellikle bilgi değişimi suretiyle diğer Devletlerle acil uyarıyı sağlayarak almalarına;

- (c) Terörist eylemlere malî kaynak sağlayanlara, örgütleyenlere, destekleyenlere ya da bu eylemleri işleyenlere ya da faillerine yataklık edenlere sığınma hakkını vermeyi reddetmelerine;
- (d) Terörist eylemlere malî kaynak sağlayanların, örgütleyenlerin, destekleyenlerin ya da bu eylemleri işleyenlerin, bu nev'i eylemleri diğer Devletlere veya diğer Devletlerin vatandaşlarına karşı işlemek amacıyla karşılıklı olarak topraklarını kullanmalarını engellemelerine;
- (e) Terörist eylemlere malî kaynak sağlayan, örgütleyen veya terörist eylemleri işleyen, iştirak eden ya da onlara destek veren her şahsın adalet önüne çıkartılmasına ve bu şahıslara karşı alınabilecek önlemler haricinde, bu terörist eylemlerin ulusal mevzuatta vahim suç haline getirilmesine ve öngörülen cezaların bu eylemlerin vahameti ölçüsünde olmalarına, dikkat etmelerine; ...

3. Bütün Devletleri aşağıdakileri yapmaya davet eder:

...

- (f) Mülteci statüsü vermeden önce, sığınma talebinde bulunanların terörist eylemleri örgütlediği ya da bunları işlemediğine ve bunlara katılmadığına kesin olarak kanaat getirilmesi amacıyla, insan haklarına ilişkin uluslararası normlar da dahil olmak üzere, ulusal mevzuatlarındaki geçerli düzenlemeler ve uluslararası hukuka uygun olarak gereken önlemlerin alınmasını; ...

74. 16 Ocak 2002 tarihinde kabul edilen 1390 (2002) sayılı Kararda, Güvenlik Konseyi uluslararası yaptırımlar ile ilgili bireyler ve kuruluşlara bir giriş ve geçiş yasağı uygulanmasına karar vermiştir. Ayrıca, bu kararla birlikte yaptırım rejimi daha kati ve şeffaf hale getirilmiştir, çünkü Yaptırımlar Komitesi'nden yaptırımlar ile ilgili kişilerin bulunduğu listeyi düzenli olarak güncellemesi, yaptırımların uygulanmasını kolaylaştırabilecek kılavuz ilkeler ve ölçütleri hızlı bir şekilde uygulamaya koyması ve ilgili kişilerin bulunduğu liste de dâhil olmak üzere gerekli gördüğü bütün bilgileri halka açıklaması istenmiştir. Mevcut dava ile ilgili bölümler şu şekildedir:

1390 (2002) sayılı Karar

“... Güvenlik Konseyi ...

2. Bütün Devletlerin Usame Bin Ladin, El Kaide örgütü üyeleri ve Taliban ile 1267 (1999) sayılı karar uyarınca kurulan Komite (bundan böyle ‘Komite’ olarak ifade edilecektir) tarafından düzenli olarak güncellenecek olan 1267 (1999) ve 1333 (2000) sayılı kararlar çerçevesinde oluşturulan listede belirtilen ve bu kişi ve organlarla ilişkili olan bireyler, gruplar, işletmeler ve kuruluşlar ile ilgili olarak aşağıdaki tedbirleri almasına karar verir;

- (a) Bu bireyler, gruplar, işletmeler ve kuruluşlar veya bu taraflar adına hareket eden kişiler tarafından doğrudan veya dolaylı olarak sahip olunan ya da kontrol edilen mülkiyetten elde edilen fonlar da dahil olmak üzere bu tarafların fonları ve diğer mali varlıkları ya da ekonomik kaynaklarının herhangi bir gecikme olmaksızın dondurulması ve kendi vatandaşları ya da kendi toprakları dahilindeki diğer kişiler tarafından bu veya diğer fonlar, mali varlıklar veya ekonomik kaynakların doğrudan veya dolaylı olarak bu kişilerin yararına kullanıma açılmasının engellenmesi;
- (b) Bu fıkradaki herhangi bir hüküm çerçevesinde herhangi bir Devletin kendi vatandaşlarına topraklarına giriş izni vermemek veya kendi vatandaşlarını topraklarından çıkarmak zorunda kalmaması koşuluyla, bu bireylerin kendi topraklarına girişi veya bu topraklardan geçişinin engellenmesi ve bir adli sürecin tamamlanması için giriş veya geçişin gerekli olması halinde ya da Komite’nin duruma bağlı olarak giriş veya transit geçişin gerekli olduğuna karar vermesi durumunda, bu fıkra geçerlilik taşımaz.
- (c) Bu bireyler, gruplar, işletmeler ve kuruluşlarla kendi topraklarından veya kendi toprakları dışındaki vatandaşları tarafından ya da kendi ülkelerine ait bandıralı gemiler veya hava taşıtları kullanılarak ateşli silahlar, mühimmat, askeri taşıtlar ve teçhizat, paramiliter ekipman ve yukarıda belirtilen malzemelerin yedek parçaları da dahil olmak üzere her türlü malzeme ile askeri faaliyetler ile ilgili teknik tavsiye, destek veya eğitimin doğrudan veya dolaylı tedariki, satışı ve aktarımının engellenmesi;

...

8. Bütün Devletleri bu kararın 2. fıkrasında belirtilen tedbirlere ilişkin ihlalleri önlemek ve cezalandırmak üzere kendi vatandaşları ile kendi topraklarında faaliyet gösteren bireyler veya kuruluşlara karşı ulusal kanunlar veya yönetmelikler çerçevesinde uygulanan tedbirlerin yasal düzenlemeler ya da idari tedbirler vasıtasıyla uygulanması ve güçlendirilmesine yönelik adımları ivedilikle atmaya ve söz konusu tedbirlerin uygulanması hususunda Komite’yi bilgilendirmeye teşvik eder ve Devletleri, soruşturma veya kolluk faaliyetlerine zarar verilmeyecek olması durumunda, ilgili bütün soruşturma veya kolluk faaliyetlerinin sonuçlarını Komite’ye bildirmeye davet eder; ...”

75. 30 Ocak 2004 tarihinde kabul edilen 1526 (2004) sayılı Kararda, Güvenlik Konseyi Devletlerden Komite'nin listesine eklenecek yeni isimlerin ibraz edilmesi hususunda ilgili kişiler veya kuruluşların teşhis edilmesini kolaylaştıracak bilgilerin sağlanmasını talep etmiştir. Ayrıca, Güvenlik Konseyi Devletleri Komitenin listesindeki kişiler ve kuruluşları kendilerine karşı alınan tedbirler, Komitenin kılavuz ilkeleri ve belirli yaptırımlarından muafiyet ihtimali sağlayan 1452 (2002) sayılı Karar hususunda mümkün olabildiğinde bilgilendirmeye açık bir şekilde teşvik etmiştir.

76. Yaptırım rejimine ilişkin eleştirilerdeki bir artışa karşılık olarak, Güvenlik Konseyi usul korumalarını güçlendirmek üzere daha ayrıntılı kararlar almaya başlamıştır. Bu hususta, 1730 (2006) sayılı Karar çerçevesinde Yaptırımlar Komitesi tarafından tutulan listelerde adı bulunan kişiler veya kuruluşlar ile alakalı listeden çıkarma taleplerinin alınması için bir "odak noktası" oluşturularak mevcut usul tesis edilmiştir. Bu karar kapsamında, odak noktası'na söz konusu taleplerin bilgilendirme ve görüş almak amacı ile ismin listeye eklenmesi talebinde bulunan hükümetlere ve söz konusu kişinin vatandaşlığı ve ikamet adresinin bulunduğu hükümetlere iletilmesi sorumluluğu verilmiştir. Bu sürecin ardından, ilgili hükümetler arasında bir istişare süreci planlanmıştır. Söz konusu süreçte, istenmesi halinde, odak noktası'nın bir aracı işlevi görmesi sağlanmıştır. Bu hükümetlerden biri tarafından önerilmesi durumunda, listeden çıkarma talebi on beş üyesi ile uzlaşa halinde kararlarını alacak olan Yaptırımlar Komitesi'nin gündemine konulmuştur.

77. 1735 (2006) sayılı Karar kapsamında, isimleri listede bulunan bireyler veya kuruluşların bilgilendirilmesi amacı ile bir usul tesis edilmiştir. Ayrıca, bu karar ile listeden çıkarma ölçütleri şu şekilde açığa kavuşturulmuştur:

"14. ... Komite, Konsolide Liste'den isimlerin çıkarılmasına karar verirken, özellikle aşağıdaki hususları göz önüne alabilir: (i) birey veya kuruluşun bir kimlik hatası nedeniyle Konsolide Liste'ye konmuş olup olmaması veya (ii) birey veya kuruluşun 1617 (2005) sayılı Karar başta olmak üzere ilgili kararlarda belirtilen ölçütleri yerine getirip getirmemesi; Komite, yukarıdaki (ii) bölümünde belirtilen değerlendirmeyi yaparken, bireyin ölüp ölmediği veya 1617 (2005) sayılı Kararda belirtildiği üzere birey veya kuruluşun El Kaide, Usame bin Ladin, Taliban ve Konsolide Liste'de adı geçen bütün bireyler ve kuruluşlar da dahil olmak üzere destekçileri ile bütün ilişkilerini kesip kesmediğini de göz önüne alabilir ..."

78. Daha sonra, usul mevcut davadan daha sonra çıkarılan 1822 (2008) ve 1904 (2009) sayılı Kararlar ile güçlendirilmiştir. 17 Aralık 2009 tarihinde kabul edilen

1904 (2009) sayılı Kararda, Güvenlik Konseyi görevi terörizmle mücadelede Güvenlik Konseyi tarafından uygulanan yaptırımlara maruz kalan bireylerin taleplerinin alınması olan bir Ombudsman Ofisinin oluşturulmasına karar vermiştir. Bu karar kapsamında, yaptırımlar listesindeki kişiler kendilerine karşı alınan tedbirlerin sebepleri hususunda bilgi almaya ve her vakayı tarafsız ve bağımsız olarak inceleyen ve ardından isimlerin listeden çıkarılmasını destekleme veya bu duruma karşı çıkma sebeplerini açıklayan bir raporu Yaptırımlar Komitesine sunan Ombudsmana listeden çıkarma dilekçeleri ibraz etme hakkı kazanmıştır.

3. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi (1969)

79. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 27. Maddesi ("İç hukuk ve antlaşmalara riayet") şu şekildedir:

"Bir taraf bir antlaşmayı icra etmeme gerekçesi olarak iç hukukunun hükümlerine başvuramaz. ..."

80. 30. madde ("Aynı konu hakkında birbirini takip eden antlaşmaların uygulanması") şu şekildedir:

"1. Birleşmiş Milletler Şartı'nın 103 üncü maddesi saklı kalmak üzere, aynı konuyla ilgili olarak art arda yapılan antlaşmaların tarafları olan Devletlerin hakları ve yükümlülükleri, aşağıdaki paragrafta uygun şekilde tespit edilecektir:

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

3. Daha önceki bir antlaşmanın bütün tarafları aynı zamanda sonraki antlaşmaya da taraf olduğu fakat önceki antlaşma 59 uncu maddeye göre sona erdirilmediği veya yürürlüğü askıya alınmadığı zaman, daha önceki antlaşma sadece hükümlerinin sonraki antlaşmayla bağdaşması ölçüsünde uygulanır.

4. Sonraki antlaşmanın tarafları önceki antlaşmanın taraflarının tamamını kapsamadığı zaman:

a- her ikisine taraf olanlar arasında üçüncü paragrafta yer alan aynı kural uygulanır.

b- her iki antlaşmaya taraf olan bir Devletle sadece antlaşmaların birisine taraf olan bir Devlet arasında, her iki Devletin tarafı oldukları antlaşma bunların karşılıklı hak ve yükümlülüklerini yönetir.

5. Dördüncü paragraf hükümleri, 41. maddeye veya 60. maddeye göre bir antlaşmanın sona erdirilmesi ile veya yürürlüğünün askıya alınmasıyla ilgili herhangi bir meseleye veya bir Devletin başka bir Devlete karşı, başka bir antlaşma gereğince üstlendiği yükümlülüklerle bağdaşmayan bir antlaşmanın yapılması veya uygulanması sebebiyle bir Devlet için doğabilecek herhangi bir sorumluluk meselesine, hâlel getirmez.”

4. Birleşmiş Milletler Uluslararası Hukuk Komisyonunun Çalışması

81. Uluslararası Hukuk Komisyonu (ILC) çalışma grubunun 2006 yılında yayımlanan “Uluslararası hukukun bölünmesi: uluslararası hukukun farklılaşması ve genişlemesinden kaynaklanan zorluklar” adlı raporunda Şartın 103. Maddesi ile alakalı olarak aşağıdaki gözlemlere yer verilmektedir:

4. Uyumlaştırma – sistem entegrasyonu

“37. Uluslararası hukukta, normatif uyumsuzlığa karşı güçlü bir karine bulunmaktadır. Antlaşma yorumlaması diplomasidir ve uyumsuzlıklardan kaçınılması veya uyumsuzlıkların en alt düzeye indirilmesi diplomasinin işidir. Bu durum yargılamayı da kapsamaktadır. Rousseau antlaşma uyumsuzluğu ile ilgili eski, ancak hala dile getirilen bir tartışmada hâkimin görevlerinden şu şekilde bahsetmektedir:

(Fransızca metin) Çelişen iki iradenin arasında mevcut bulunan bir antlaşmanın varlığı durumunda yapılması gereken doğal olarak bu iradeler arasındaki karışıklıktan ziyade uyumun aranmasıdır. [Charles Rousseau, “De la compatibilité des normes juridiques contradictoires dans l’ordre international”, RGDIP vol. 39 (1932), p. 153]

38. Bu durum genel olarak kabul edilen bir yorumlama ilkesinin doğmasını sağlamıştır ve bu ilke birçok şekilde formüle edilebilmektedir. Yeni yükümlülükler meydana getirilirken, Devletlerin yükümlülüklerine aykırı hareket etmediği varsayımı genel kabul görmüş bir kural olarak kabul edilebilmektedir. Örneğin, Jennings ve Watts’a göre şöyle bir varsayım bulunmaktadır:

Taraflar üçüncü Devletlere karşı uluslararası hukukun genel kabul gören ilkeleri veya önceki antlaşma yükümlülükleri ile tutarlı olmayan şeyler yapmaya çalışmaktadır [Sir Robert Jennings and Sir Arthur Watts (eds.), *Oppenheim’s International Law* (London: Longman, 1992) (9th ed), p. 1275. Uyum önerisi olarak kabul edilen uyumsuzlığa karşı varsayımın genel kabulü için, bkz. Pauwelyn, *Conflict of Norm ...* supra note 21, pp. 240-244].

39. Uluslararası Adalet Divanının *Geçiş Üstünlüğü* davasında belirttiği üzere:

Bir Hükümetin meydana getirdiği bir metnin esasen mevcut kanunlara uygun olan ve mevcut kanunları ihlal etmeyen etkiler doğuracak ve doğurmasını amaçlayacak şekilde yorumlanması bir yorumlama kuralıdır [*Hindistan Topraklarına ilişkin Geçiş Üstünlüğü Davası (Ön Mütalaa) (Portekiz / Hindistan) I.C.J. Reports 1957 p. 142*].

...

331. 103. Maddede Şartın üstün olduğu belirtilmemektedir. Daha ziyade, Şart kapsamındaki yükümlülükler atıfta bulunmaktadır. Şarttaki haklar ve yükümlülükler dışında, Birleşmiş Milletler organları tarafından alınan bağlayıcı kararlara dayalı görevler de kapsamaktadır. En önemli husus Üye Devletleri Şartın VII. Bölümü kapsamında kabul edilen Güvenlik Konseyi kararlarını kabul etmek ve uygulamak zorunda bırakan 25. Madde ile ilgilidir. 103. Madde kapsamında alınan Güvenlik Konseyi kararlarının üstünlüğü Şartta açıkça belirtilmiş olmasa bile, bu durum uygulamanın yanı sıra doktrinde genel kabul görmektedir ...”

5. İlgili uluslararası içtihat

82. Bir listeleme sisteminin kurulmasına ilişkin Güvenlik Konseyi kararları kapsamında alınan tedbirler ve söz konusu tedbirlerin meşruiyetinin değerlendirilme ihtimali Avrupa Toplulukları Adalet Divanı (“CJEC”) ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi tarafından uluslararası düzeyde incelenmektedir.

(a) Yassin Abdullah Kadi ve Al Barakaat International Foundation / Konsey ve Komisyon davası (Avrupa Toplulukları Adalet Divanı)

83. Öncelikli olarak bütün BM üyesi Devletlerin Güvenlik Konseyinin Yaptırımlar Komitesi tarafından Usame bin Ladin, El Kaide veya Taliban ile ilişkili olduğu belirlenen bireyler ve kuruluşların fonları ve diğer mali kaynaklarının dondurulmasına yönelik tedbirler alınmasının istendiği 1267 (1999), 1333 (2000) ve 1390 (2002) sayılı Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması ile bağlantılı olarak çıkarılan Avrupa Topluluğu düzenlemeleri ile ilgili olarak başvuranların varlıklarının dondurulması ile ilgili *Yassin Abdullah Kadi ve Al Barakaat International Foundation / Avrupa Birliği Konseyi ve Avrupa Toplulukları Komisyonu* davası (C-402/05 P ve C-415/05 P sayılı birleştirilmiş davalar; bundan böyle “Kadi kararı” şeklinde ifade edilecektir). Bu davada, başvuranlar bu kategoriye girmiş ve varlıkları dondurulmuştur - bu tedbir, başvuranlar açısından, Avrupa Topluluklarını kuran Antlaşma (“AT Antlaşması”) ile koruma altına alınan temel mülkiyete saygı hakkına

ilişkin bir ihlal teşkil etmiştir. Başvuranlar AT düzenlemelerinin yetki aşımı çerçevesinde kabul edildiğini öne sürmüştür.

84. 21 Eylül 2005 tarihinde, Sulh Mahkemesi (1 Aralık 2009 tarihinde “Asliye Mahkemesi” olarak bilinmeye başlanmıştır) bu itirazları reddetmiş, düzenlemelerin hukuka uygunluğunu teyit etmiş ve Şartın 103. Maddesi çerçevesinde Güvenlik Konseyi kararlarının AT antlaşmasından kaynaklanan düzenlemeler de dahil olmak üzere diğer bütün uluslararası yükümlülüklerden (üstün hukuk (jus cogens) kapsamına giren yükümlülükler haricinde) üstün olduğunu tespit etmiştir. Mahkeme durumlara bağlı olarak bile Güvenlik Konseyi kararlarında temel özgürlüklere saygı gösterilip gösterilmediğini değerlendirme hakkı bulunmadığına karar vermiştir.

85. Sayın Kadi, CJEC’e (1 Aralık 2009 tarihinde “Avrupa Birliği Adalet Divanı” olarak bilinmeye başlanmıştır) temyize gitmiştir. Temyiz başvurusu bir Yüksek Mahkeme tarafından bir başka dava ile birlikte değerlendirilmiştir. 3 Eylül 2008 tarihli kararında, CJEC, Topluluk yasal düzeninin iç ve özerk mahiyeti açısından, amacı bir Güvenlik Konseyi kararını uygulamak olsa dahi, bu düzenin sınırları içerisinde kabul edilen bir Topluluk düzenlemesinin hukuka uygunluğunu değerlendirme yetkisi bulunduğunu tespit etmiştir. Bu çerçevede, Mahkeme, Güvenlik Konseyi kararlarının hukuka uygunluğunun değerlendirilmesinin “Topluluk yargı organlarının” görevi olmamasına karşın, söz konusu kararların uygulanması amacı ile tasarlanan Topluluk düzenlemeleri veya üye Devlet düzenlemelerini değerlendirmeye hakkı olduğunu ve bu durumun “söz konusu kararın uluslararası hukuktaki üstünlüğü açısından herhangi bir sorun teşkil etmeyeceğini” değerlendirmiştir.

86. CJEC, Topluluk yargı organlarının bütün Topluluk düzenlemelerinin hukuka uygunluğunun Topluluk hukukunun genel ilkelerinin ayrılmaz bir parçasını meydana getiren temel haklar ışığında değerlendirilmesini (esasen, eksiksiz değerlendirme) sağlamak zorunda olduğu sonucuna varmıştır. Söz konusu düzenleme de dahil olmak üzere Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması amacı ile tasarlanmış Topluluk tedbirlerinin değerlendirilmesi de bu kapsama girmektedir. Kararda aşağıdaki bölümlere yer verilmiştir:

...

“281. Bu bağlamda, Topluluğun hukukun üstünlüğüne bağlı olarak hareket ettiği ve ne Üye Devletler ne de kurumlarının düzenlemelerinin temel anayasal şart olan ve Adalet Divanının kurumların düzenlemelerinin hukuka uygunluğunu değerlendirmesini sağlamak amacı ile tasarlanan yasal yollar ve usullerden meydana gelen eksiksiz bir sistem oluşturan AT

Antlaşmasına uygunluğunun değerlendirilmesinden imtina edemeyeceğinin unutulmaması gerekmektedir (294/83 sayılı Les Verts / Parlamento davası [1986] ECR 1339, fıkra 23).

...

290. Bu nedenle, yukarıdaki 281 ila 284. paragraflarda belirtilen kararlarda açık bir şekilde görülebileceği üzere, söz konusu değerlendirmenin Topluluğun temellerini oluşturan bir anayasal teminat olduğu hususuna hanel getirilmeksizin, Sulh Mahkemesinin hükmettiği üzere, Birleşmiş Milletler kapsamındaki uluslararası yasal düzen ve Topluluk yasal düzeni arasındaki ilişkiyi düzenleyen ilkelerin bir sonucu olarak, söz konusu yönetmeliğin iç hukuka uygunluğunun temel özgürlükler ışığında adli değerlendirmesinin esasen devre dışı bırakılıp bırakılmadığının değerlendirilmesi gerekmektedir.

...

293. Birleşmiş Milletler bağlamında verilen taahhütlere riayet, Topluluk Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümü kapsamında Güvenlik Konseyi tarafından kabul edilen kararları 60 EC ve 301 EC Maddelerine dayalı olarak alınan Topluluk tedbirlerinin uygulanması vasıtasıyla uygulamaya koyduğunda, uluslararası barış ve güvenliğin korunması açısından da gereklidir.

294. Bu yetkinin uygulanması hususunda, Topluluğun Birleşmiş Milletler Şartının 24. Maddesine uygun olarak Şartın VII. Bölümü kapsamında alınan Güvenlik Konseyi Kararlarını uygulamaya koyma çerçevesinde bu uluslararası organın barış ve güvenliğin küresel düzeyde korunması amacı ile üstlendiği temel sorumluluğun (VII. Bölüm kapsamında uluslararası barış ve güvenlik açısından tehdit oluşturan durumlar ve kişileri belirleme ve uluslararası barış ve güvenliği koruma veya yeniden tesis etmek için gerekli olan tedbirleri alma yetkisini de kapsayan bir sorumluluk) uygulanmasına özel önem atfetmesi gereklidir.

...

296. Böyle bir düzenlemenin kabul edilmesi nedeniyle Topluluğun AT Antlaşması uyarınca bu düzenlemenin gerektirdiği tedbirleri almak zorunda olmasına karşın, buradaki amacın Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümü kapsamında alınan bir Güvenlik Konseyi kararının uygulamaya konması olması halinde, Topluluk, bu tedbirleri tasarlarken, ilgili kararın koşulları ve amaçları ile söz konusu uygulamaya ilişkin olarak Birleşmiş Milletler Şartı kapsamındaki yükümlülükleri dikkate almak zorundadır.

297. Bunun yanı sıra, Mahkeme daha önce, söz konusu düzenlemenin yorumlanması amacıyla, 1390 (2002) sayılı Kararın giriş bölümünün dördüncü kısmına göre bu düzenlemenin uygulamaya konmak üzere tasarlandığı ifadeler ve amaçların da dikkate alınması gerekir (Möllandorf ve Möllandorf-Niehuus, paragraf 54 ve ilgili içtihat).

298. Buna karşın, Birleşmiş Milletler Şartı ile Şartın VII. Bölümü kapsamında Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararların uygulanmasına yönelik belirli bir uygulama modelinin dayatılmadığının dikkate alınması gerekir, çünkü söz konusu kararların her Birleşmiş Milletler üyesinin iç yasal düzeninde bu hususla alakalı usul uyarınca uygulamaya konması gerekir. Birleşmiş Milletler Şartı Birleşmiş Milletler Üyelerine bu kararların iç yasal düzene aktarılması açısından çeşitli modeller arasında serbest bir seçim şansı vermektedir.

299. Bütün bu değerlendirmelerden hareketle, söz konusu düzenlemenin iç hukuka uygunluğunun temel özgürlükler ışığında adli değerlendirmesinin söz konusu tedbir ile Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümü kapsamında alınan bir Güvenlik Konseyi kararının uygulanmasının amaçlanmasından dolayı devre dışı bırakılması Birleşmiş Milletler kapsamında uluslararası yasal düzeni düzenleyen ilkelerin bir sonucu olarak ortaya çıkmamaktadır.

300. Ayrıca, Şartın VII. Bölümü kapsamında alınan Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması ile ilgili düzenlemeler başta olmak üzere söz konusu düzenleme gibi bir Topluluk tedbirine yönelik yargılama dokunulmazlığı, Birleşmiş Milletler Şartı kapsamındaki yükümlülüklerin uluslararası hukuk düzeyindeki üstünlük ilkesinin bir sonucu olarak, AT Antlaşmasında kendine bir dayanak bulamamaktadır.”

87. CJEC, mal varlıklarının dondurulması açısından herhangi bir hukuki yolun sağlanmadığı söz konusu düzenlemelerin, temel hakları ihlal ettiğini ve bu sebeple yürürlükten kaldırılması gerektiği sonucuna varmıştır.

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

88. Nabil Sayadi ve Patricia Vinck tarafından Belçika’ya karşı açılan davada (1472/2006 sayılı tebliğ ile ilgili olarak İnsan Hakları Komitesinin 22 Ekim 2008 tarihli görüşleri), İnsan Hakları Komitesi 1267 (1999) sayılı Karar çerçevesinde Güvenlik Konseyi tarafından oluşturulan yaptırım rejiminin ulusal düzeyde uygulamasını değerlendirme fırsatı yakalamıştır. Belçika vatandaşı olan iki müşteki, Eylül 2002’de bir iç ceza soruşturmasının başlatılmasından hemen sonra Belçika tarafından Güvenlik Konseyi’ne sağlanan bilgilere dayalı olarak, Ocak 2003’te bu kararın ekindeki listelere eklenmiştir. Söz konusu şahıslar isimlerinin listeden çıkarılması için ulusal, bölgesel düzeylerde ve Birleşmiş Milletler düzeyinde çeşitli taleplerde bulunmuş, ancak bu taleplerden herhangi bir sonuç alamamıştır. 2005

yılında, Brüksel Sulh Mahkemesi, Belçika Devletinin, Birleşmiş Milletler Yaptırımlar Komitesi nezdinde isimlerin listeden çıkarılmasına ilişkin bir süreç başlatmasına hükmetmiş ve Devlet bu süreci başlatmıştır.

89. İnsan Hakları Komitesi, müştekiler dinlenmeden önce, müştekilere uygulanan seyahat yasağının Belçika tarafından isimlerinin Yaptırımlar Komitesi'ne iletilmesinden kaynaklandığını tespit etmiştir. Bu nedenle, Mahkeme, Belçika'nın bu kişilerin isimlerinin Birleşmiş Milletler veya Avrupa Birliği listelerinden çıkarılmasına yetkili olmamasına karşın, bu kişilerin isimlerinin listelerde bulunması ve sonucundan ortaya çıkan seyahat yasağından sorumlu olduğuna kanaat getirmiştir. Komite Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinin 12. Maddesi kapsamında müştekilerin hareket özgürlüğü hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir, çünkü hem ceza soruşturmasının sonlandırılması hem de Devletin isimlerin listeden çıkarılmasına yönelik talepleri milli güvenlik veya kamu düzeninin korunması için kısıtlamalara gerek olmadığını göstermiştir.

90. Ayrıca, İnternetteki listeye erişilebilmesi, basında çıkan birkaç haber, ceza soruşturmasının tamamlanmasından önce bu kişiler hakkındaki bilgilerin iletilmesi ve Devletin isimlerin listeden çıkarılmasına yönelik taleplerine rağmen bu kişilerin iletişim bilgilerine hala herkesin ulaşabilmesi nedeniyle, Komite Sözleşmenin 17. Maddesinin ihlal edilerek müştekilerin şeref ve itibarına hukuka aykırı bir saldırı olduğunu da tespit etmiştir.

91. Komitenin görüşüne göre, Devletin isimlerin listeden çıkarılmasına yetkili olmamasına karşın, Devletin isimlerin listeden mümkün olan en kısa zamanda çıkarılması için elinden geleni yapma, müştekilere tazminat sağlam, isimlerin listeden çıkarılması taleplerini kamuya açıklama ve benzer ihlallerin gelecekte olmamasını sağlama sorumluluğunun bulunduğu kanaat getirilmiştir.

92. 20 Temmuz 2009 tarihinde, Yaptırımlar Komitesi'nin verdiği bir karar uyarınca, müştekilerin isimleri listeden çıkarılmıştır.

6. Diğer Devletlerin ilgili içtihatı

93. Söz konusu tedbirler Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi ve Kanada Federal Mahkemesi tarafından ulusal düzeyde de değerlendirilmiştir.

(a) Ahmed ve diğerleri / Hazine Müsteşarlığı davası (Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi)

94. 27 Ocak 2010 tarihinde Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi tarafından değerlendirilen *Ahmed ve diğerleri / Hazine Müsteşarlığı* davası temyiz talebinde bulunan tarafların mal varlıklarının 1267 (1999) ve 1373 (2001) sayılı Kararlar ile uygulanmaya başlanan yaptırım rejimine uygun olarak dondurulması ile ilgilidir. Yüksek Mahkeme Hükümetin 1946 tarihli Birleşmiş Milletler Şartının 1. bölümü ile Güvenlik Konseyinin yaptırım kararlarını uygulamak üzere çeşitli talimatlar verme açısından kendisine bahsedilen yetkileri aşan bir tavır sergilediği kanaatine varmıştır.

95. Bilhassa, Yüksek Mahkeme Başkan Vekili Lord Hope aşağıdaki gözlemlerde bulunmuştur:

“6. ... Bu hususta alınan kararların sonuçları o kadar zorlayıcı ve ağırdır ki, Hazinesinin aldığı cebri kararın 1946 Şartının Hazineye sağladığı yetkiler dâhilinde olduğunu görmemiz gerekmektedir. Uluslararası terörizm tehdidine karşı bile, insanların güvenliği en üstün hukuki kural değildir. Kişisel özgürlük ile ilgili sınırsız saldırılara karşı da dikkatli olmamız gerekmektedir.”

96. Lord Hope temyiz talebinde bulunan tarafların etkili bir hukuk yolundan mahrum bırakıldığını kabul etmiş ve bu bağlamda aşağıdaki bulgulara ulaşmıştır:

“81. G’nin maruz bırakıldığı rejimin kendisinin etkili bir hukuk yoluna erişmesine mani olduğu hususundaki noktada haklı olduğunu belirtmek gerekmektedir. Sayın Swift’in de belirttiği üzere, Hazinesinin kendisine fişlenmiş bir kişi gibi muamele etme kararı ile ilgili adli bir değerlendirme yapılmasını istemek ona bir şey kazandırmayacaktır. G bu betimleye uymaktadır, çünkü G’nin ismi 1267 Komitesi tarafından belirlenmiştir. G’nin etkili bir hukuk yoluna sahip olmak için ihtiyaç duyduğu şey bu listeleme unsurunun adli bir değerlendirmeye tabi tutulmasını sağlayacak bir mekanizmadır. Bu mekanizma, 1267 Komitesinin şu andaki çalışma sistemi dahilinde, kendisine sağlanmamaktadır. AQO’nun [El Kaide Düzenlemesi] 3(1)(b) maddesinde 1946 Şartının 1. bölümünde belirtilen yetkilerin aşıldığını düşünmekteyim. G’nin durumunda geçerliliği olması halinde, söz konusu düzenlemenin 4. maddesinin inceleme dışı kalacağını söylemek haricinde, bu dava açısından, AQO’nun bütününde yetki aşımı yapıp yapılmadığının değerlendirilmesine gerek yoktur.

82. HAY’nin durumunu da aynı şekilde değerlendirmekteyim. HAY de isminin 1267 Komitesinin listesinde bulunması sebebiyle fişlenmiş bir kişidir. Daha önce de mütalaa

edildiği üzere, Birleşik Krallık şu anda söz konusu şahsın isminin listeden çıkarılması için çaba göstermektedir. 1 Ekim 2009 tarihli mektubunda, Hazinesin Yaptırımlar Ekibi söz konusu şahsın avukatlarına listeden çıkarma talebinin 26 Haziran 2009 tarihinde yapıldığını, ancak komitenin ilk değerlendirmesine göre, bazı Devletlerin talebe olumlu yanıt verme görüşünde olmadığı hususunda bilgi vermiştir. Listedenden çıkarma talebinin gerçekleştirilmesine yönelik diğer çalışmalar devam etmektedir, henüz ismin listeden çıkarılması konusunda başarılı olunamamıştır. Bu nedenle, HAY AQO düzenlemesine tabi olmaya devam etmektedir. Bu durumda, HAY'e de etkili bir hukuk yolu sağlanmamaktadır.”

97. Yüksek Mahkeme hem 1373 (2001) Kararını genel bir terörle mücadele bağlamında uygulayan düzenleme (“Terörizm Düzenlemesi”) hem de El Kaide ve Taliban kararlarını uygulayan düzenlemeyi (“El Kaide Düzenlemesi”) hukuk dışı bulmuştur. Buna karşın, Yüksek Mahkeme, yalnızca etkili bir hukuk yolu sağlanmadığı gerekçesiyle El Kaide Düzenlemesinin yürürlükten kaldırılmasına karar vermiştir (Lord Brown’ın bu konudaki muhalefet şerhine bakınız).

(b) Abdelrazik / Kanada (Dışişleri Bakanı) davası (Kanada Federal Mahkemesi)

98. *Abdelrazik / Kanada (Dışişleri Bakanı)* davası ile ilgili 4 Haziran 2009 tarihli kararında, Kanada Federal Mahkemesi El Kaide ve Taliban Yaptırımlar Komitesi’nin listeleme usulünün etkili bir hukuk yolu hakkına uygun olmadığı sonucuna varmıştır. Dava Kanada ve Sudan vatandaşı olan başvuranın Kanada tarafından yaptırım rejimini kuran Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanmasının bir sonucu olarak ortaya çıkan başvuranın Kanada’ya dönüş yasağı ile ilgilidir. Bu durumda, başvuran Sudan Hartum’daki Kanada büyükelçiliğinde yaşamaya zorlanmış ve bu yeri terk etmesi durumunda tutuklanma ve işkence görme ihtimalinden çekinmiştir.

99. Davada ana kararı beyan eden Zinn J bilhassa şu hususa değinmiştir:

“[51] 1267 Komitesinin rejimin, temel hukuk yollarının bir inkarı olarak gören ve uluslararası insan hakları ilkeleri kapsamında savunulamaz bir rejim olarak değerlendirenlerin arasına adımlı eklemek isterim. Listeleme veya listeden çıkarma usulünde adli yargı ilkelerini dikkate alan veya temel usul adaleti sağlayan hiçbir şey bulunmamaktadır.”

100. Zinn J sözlerine şu şekilde devam etmiştir:

“[54] ... bu veya başka bir ülkenin bir vatandaşının yalnızca bir şüphe üzerine kendini 1267 Komitesi listesinde bulma ihtimalinin olduğunu öğrenmek korkutucudur.”

101. El Kaide ve Taliban kararlarına dayalı olarak seyahat yasağı uygulanmasını düzenleyen tedbirleri değerlendirmesinin ardından, hâkim, Kanada Haklar ve Özgürlükler Şartının hükümlerine aykırı olarak, başvuranın Kanada’ya girme hakkının ihlal edildiği sonucuna varmıştır (kararın 62 ve diğer ilgili paragraflarına bakınız).

USUL

I. HÜKÜMETİN İLK İTİRAZLARI

A. Şikâyetlerin Sözleşme ve İlgili Protokollere Uygunluğu

1. Tarafların sunumları

(a) Davalı Hükümet

102. Hükümet Mahkemeden Sözleşmeye uygun olmayan kişisel uygulama olduğu gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğunu beyan etmesini talep etmiştir. Hükümet dava konusu tedbirlerin Birleşmiş Milletler Şartının 25 ve 103. Maddeleri uyarınca bağlayıcı olan ve diğer uluslararası sözleşmelerden üstün bir niteliğe sahip olan Güvenlik Konseyi Kararlarına (1267 (1999) ve diğerleri) dayalı olarak uygulandığını öne sürmüştür. Bu bağlamda, Hükümet bilhassa Uluslararası Adalet Divanı’nın *Lockerbie’deki Uçak Kazası (Libya Arap Cemahiriyesi / Birleşik Krallık)* nedeniyle ortaya çıkan 1971 Montreal Sözleşmesinin Yorumlanması ve Uygulanması ile ilgili Sorular (Geçici Tedbirler, 14 Nisan 1992 tarihli Karar, ICJ Reports 1992, p. 15, § 39) ile ilgili davadaki geçici tedbirler kararına atıfta bulunmuştur:

“Her ikisi de Birleşmiş Milletler üyesi olan Libya ve Birleşik Krallık, Güvenlik Konseyi kararlarını Şartın 25. Maddesine uygun olarak kabul etmek ve uygulamak zorundadır; geçici tedbirlere yönelik olarak yargılama aşamasında bulunan Mahkeme ilk bakışta bu

yükümlülüğün 748 (1992) sayılı kararı da kapsadığını değerlendirmektedir ve Şartın 103. Maddesi uyarınca, Tarafların bu husustaki yükümlülükleri Montreal Sözleşmesi de dâhil olmak üzere diğer bütün uluslararası sözleşmeler kapsamındaki yükümlülüklerinden önde gelmektedir;”

Hükümet, bu durumlar altında, İsviçre’nin konu ile ilgili tedbirlerin uygulanması hususunda uluslararası düzeyde sorumlu tutulamayacağını öne sürmüştür.

103. Hükümet Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyinin kararları sonucu ortaya çıkan bu tedbirlerin Mahkeme değerlendirme kapsamı dışına çıktığını da sözlerine eklemiştir. Bu nedenle, mevcut davadaki başvuru konu bakımından uygulama hususunda kabul edilemez durumda kalmıştır.

(b) Başvuran

104. Başvuran başvurusunun kişisel uygulama açısından Sözleşmeye uygun olduğunu ileri sürmüştür. Başvuran Güvenlik Konseyi kararları kapsamındaki yükümlülüklerin doğrudan uygulanmasının kendisine uygulanan kısıtlamaların davalı Devlete atfedilebilir olup olmadığı konusuyla bir alakası olmadığını ifade etmiştir, çünkü bu kısıtlamalar Federal Anayasanın 190. Maddesi uyarınca ulusal düzeyde Hükümet tarafından onaylanmıştır. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 27. Maddesine atıfta bulunan başvuran İsviçre’nin uluslararası yükümlülüklerini yerine getirirken iç hukuk düzenlemelerinin arkasına saklanamayacağını da sözlerine eklemiştir (bkz. yukarıdaki 79. paragraf).

105. Ayrıca, başvuran İsviçre makamlarının Güvenlik Konseyi kararlarında öngörülen istisna imkânlarını yaptırım rejiminde öngörülenden çok daha kısıtlayıcı bir şekilde uygulamıştır. Federal Mahkeme bu hususu 14 Kasım 2007 tarihli kararında belirtmiştir. Bu nedenle, Güvenlik Konseyi kararlarını aynı şekilde uygulamaktan ziyade, ulusal makamlar söz konusu tedbirleri alırken belirli bir takdir hakkı kullanmıştır. Bu bağlamda, başvuran 23 Eylül 2009 tarihinde Yaptırımlar Komitesi tarafından karar verildiği üzere, isminin listeden çıkarılması kararının bir hafta geçtikten sonra İsviçre’de yürürlüğe girdiğini de sözlerine eklemiştir. Başvuran bu durumu Güvenlik Konseyi kararlarının kendiliğinden yürürlüğe girmediğini başka bir kanıtı olarak görmüştür.

106. Son olarak, başvuran 103. Madde kapsamında Birleşmiş Milletler Şartının üstünlüğünün sorgulanmasının (Sözleşme ile ilgili bir ihlalin tespit edilmesi, kendi görüşüne göre, Devletlerin uluslararası yükümlülüklerinin geçerliliğini etkileyemez) bu davanın konusu olmadığını, daha ziyade, Şartın Sözleşme hükümlerine uymaktan imtina etmeye yönelik bir bahane şeklinde kullanılmamasının sağlanması gerektiğini öne sürmüştür.

2. Üçüncü taraf müdahillerin sunumları

(a) Fransa Hükümeti

107. Fransa Hükümeti “eşdeğer koruma” sağlanması açısından Sözleşmeye riayet istisnasının bu davada uygulanamayacağını, çünkü İsviçre tarafından ortaya konan tedbirlerin bütün Devletlerin uygulaması gereken ve diğer bütün uluslararası kurallardan üstün olması gereken BM Güvenlik Konseyi kararlarından kaynaklandığını öne sürmüştür. Bu şartlar altında, Fransa söz konusu tedbirlerin Sözleşmenin 1. Maddesi uyarınca İsviçre’nin “yargı alanına” girmemesi gerektiğini ifade etmiştir; aksi takdirde, bu husus anlamsız görülecektir.

108. Fransa Hükümeti, *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi / İrlanda* davasında ([GC], no. 45036/98, ECHR 2005-VI) 30 Haziran 2005 tarihli kararında Mahkemenin Avrupa Topluluklarının bir Güvenlik Konseyi kararından kaynaklanan bir düzenlemesinin uygulanmasını sağlayan ulusal bir tedbirin geçerliliğine karşı çıkan bir başvuruyu Sözleşmenin 1. Maddesine uygun bulmasına karşın, Mahkemenin kararında söz konusu ulusal tedbire yasal dayanak sağlayan bileşenin Güvenlik Konseyi kararının ziyade AT düzenlemesi olduğunu belirttiğini ifade etmiştir (ibid., § 145).

109. Ayrıca, Fransa Hükümeti, söz konusu tedbirlerin *Behrami ve Behrami / Fransa ve Saramati / Fransa, Almanya ve Norveç* davalarındaki ((dec.) [GC], no. 71412/01 ve 78166/01, 2 Mayıs 2007) tedbirler gibi üye Devletlerin toprakları dışında gerçekleştirilen misyonlardan ziyade iç hukukta uygulanan tedbirlerle alakalı olmasına karşın, bu içtihat ile alakalı olarak Güvenlik Konseyi kararlarının mahiyeti ve Devletlerin bu kararlar sonucu ortaya çıkan yükümlülüklerinden doğan argümanların Mahkemenin söz konusu tedbirleri BM ile ilişkilendirmesine ve bu nedenle, başvuranın şikâyetlerinin kişi bakımından uygulama olması nedeniyle

Sözleşmeye uygun olmadığını tespit etmesine yol açtığına kanaat getirmiştir. Bu nedenle, Fransa Hükümeti mevcut dava ile Mahkemeye uluslararası hukuk normlarının hiyerarşisi ve bu hiyerarşi sonucu ortaya çıkan çeşitli hukuk alanlarının dikkate alınması suretiyle *Behrami ve Behrami* davasında ortaya konan ilkelerin üye Devletlerin fiili bölgelerine taşınmasına yönelik bir fırsat verildiğini öne sürmüştür.

110. Bunun yanında, Fransa Hükümeti, *Kadi* kararında (bkz. yukarıdaki 83. paragraf) Avrupa Toplulukları Adalet Divanının Güvenlik Konseyi kararlarının uygulandığı bir düzenlemeye yönelik değerlendirme amacı ile AT Antlaşmasının anayasal mahiyetini temel aldığına dikkat çekmiştir. Söz konusu değerlendirmelerin mevcut davada yapılmadığını öne süren Fransa Hükümeti Mahkemenin BM Şartının 103. Maddesini hiçe sayarak İsviçre'nin uygulaması gereken ve diğer taahhütlerden üstün kılması gereken kararların uygulanmasından sorumlu olduğuna yönelik tespiti ile ilgili gerekçenin ne olduğunu anlamakta güçlük çekmiştir.

(b) Birleşik Krallık Hükümeti

111. Birleşik Krallık Hükümeti giriş ve geçiş yasağının bütün Devletler açısından bağlayıcılığı bulunan ve Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümü (25. Madde) kapsamında alınan Güvenlik Konseyi kararlarının uygulandığını düşündüğü Taliban Yönetmeliği bağlamında başvurana uygulandığına kanaat getirmiştir: bu nedenle, bu kararlar sonucu ortaya çıkan yükümlülükler, Şartın 103. Maddesi çerçevesinde, diğer bütün uluslararası anlaşmaların önüne geçmiştir. Bu bağlamda, Birleşik Krallık Hükümeti Sözleşmenin 5 veya 8. Maddelerinden kaynaklanan haklara öncelik verilmesi durumunda, uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacı ile oluşturulan yaptırım rejiminin etkinliğinin ciddi ölçüde zarar göreceğini öne sürmüştür. Birleşik Krallık Hükümeti, bilhassa 1390 (2002) sayılı Kararın 2 (b) fıkrasında, Güvenlik Konseyinin insan hakları mekanizmalarından ortaya çıkan haklar başta olmak üzere diğer uluslararası yükümlülüklerle ihtilafların ortaya çıkabileceği belirli tedbirlerde Devletlere yönelik olarak “açık ve net bir dil” kullandığına kanaat getirmiştir. *Al-Jedda / Birleşik Krallık* davasında ([GC], no. 27021/08, § 102, ECHR 2011) son zamanlarda verilen karara atıfta bulunan Birleşik Krallık Hükümeti davalı Devletin söz konusu tedbirleri uygulamak zorunda olduğunu öne sürmüştür.

(c) JUSTICE

112. JUSTICE adlı kuruluş 1267 (1999) sayılı Güvenlik Konseyi Kararı ile kurulan yaptırım rejiminin listede adı bulunan kişiler ve ailelerinin Sözleşmeden doğan haklarına (özel ve aile hayatına saygı hakkı, mülkiyet özgürlüğü hakkı ve hareket özgürlüğü başta olmak üzere) aşırı kısıtlamalar getirdiğini düşünmüştür.

113. Sözleşmeden doğan haklara müdahale düzeyi listede adı bulunan kişilerin karara yönelik kanıt dayanağı da dâhil olmak üzere listeye alınma kararına etkili bir şekilde karşı çıkamaması sonucu bir kat daha ağırlaşmıştır. Sonuç olarak, yaptırım rejimi ile bu kişiler ve ailelerinin bir mahkemeye erişim hakkı ve etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkı ellerinden alınmıştır. JUSTICE yaptırımlar komitesinin usulleri ile Sözleşmeden doğan bu haklara yönelik eşdeğer koruma sağlanmadığını öne sürmüştür.

114. JUSTICE'e göre, bu sonuçlar Terörizm, Terörizmle Mücadele ve İnsan Haklarına yönelik Yüksek Hukukçular Paneli, BM Terörizm ve İnsan Hakları Özel Raportörünün bulguları ve Kanada Federal Mahkemesi (*Abdelrazik*), Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (*Ahmed*) ve Avrupa Adalet Divanı (*Kadi*) kararlarında (bkz. “İlgili uluslararası içtihat” ve “Diğer Devletlerin ilgili içtihatı” yukarıdaki 82-92 ve 93-101 no’lu paragraflar) yansıtılmıştır.

115. JUSTICE Mahkemenin Şartın 103. Maddesini Sözleşmeden doğan hakların yerine geçecek şekilde yorumlamak zorunda olmadığına kanaat getirmiştir. Bilhassa, Güvenlik Konseyi’nin birincil işlevi olmasına karşın “uluslararası barış ve güvenliğin korunması” ilkesinin uluslararası hukuk veya Şartın üstün ilkesi olmadığı öne sürülmüştür. En azından, Şartın Giriş bölümünde ifade edildiği üzere, temel haklara saygı ilkesine eşit önem atfedilmesi gerektiği öngörülmüştür.

3. Mahkemenin değerlendirmesi

116. Taraflar ve üçüncü taraf müdahillerin ortaya koyduğu argümanlar ışığında, Mahkemenin başvuran tarafından yapılan itirazları değerlendirme yetkisinin bulunup bulunmadığına karar vermesi gerekir. Bu amaçla, Mahkemenin başvurunun Sözleşmenin 1. Maddesi kapsamına girip girmediğini ve davalı Devletin sorumluluğunun olup olmadığını değerlendirmesi gerekecektir.

(a) Kişi bakımından uygulamaya uyumluluk

117. Sözleşmenin 1. maddesi şu şekildedir:

“Yüksek Sözleşme Tarafları kendi yargı alanı içerisindeki herkese Sözleşmenin I Bölümünde belirtilen haklar ve özgürlükleri sağlar.”

118. Bu Maddede sağlandığı üzere, bir Taraf Devlet verilen taahhüt belirtilen haklar ve özgürlüklerin kendi “yargı alanı” içerisindeki kişilere “sağlanması” (güvence edilmesi) (Fransızca metinde “*reconnaitre*”) ile sınırlıdır (bkz. *Al-Skeini ve Diğerleri / Birleşik Krallık* [GC], no. 55721/07, § 130, ECHR 2011; *Al-Jedda*, yukarıda belirtilmiştir, § 74; *Bankovic ve Diğerleri / Belçika ve diğer 16 Taraf Devlet* (dec.) [GC], no. 52207/99, § 66, ECHR 2001-XII ve *Soering / Birleşik Krallık*, 7 Temmuz 1989, § 86, Series A no. 161). 1. Maddedeki “yargı alanı” ibaresi bir Taraf Devletin kendisine atfedilen ve Sözleşmede ortaya konan haklar ve özgürlüklerin ihlal edildiğine yönelik bir iddiaya neden olan eylemler veya ihmallerden sorumlu tutulabilmesine ilişkin bir eşik ölçüttür (bkz. *Al-Skeini ve Diğerleri*, yukarıda belirtilmiştir, § 130; *Al-Jedda*, yukarıda belirtilmiştir, § 74 ve *Ilaşcu ve Diğerleri / Moldova ve Rusya* [GC], no. 48787/99, § 311, ECHR 2004-VII).

119. Yargı alanı nosyonu bu terime devletler kamu hukukunda verilen anlamı yansıtmaktadır (bkz. *Assanidze / Gürcistan*, no. 71503/01, § 137, ECHR 2004-II; *Gentilhomme ve Diğerleri / Fransa*, no. 48205/99, 48207/99 ve 48209/99, § 20, 14 Mayıs 2002 ve *Bankovic ve Diğerleri*, yukarıda belirtilmiştir, §§ 59-61) ve bir Devletin yargı alanı temel olarak bu devletin toprakları ile ilgilidir (bkz. *Al-Skeini ve Diğerleri*, yukarıda belirtilmiştir, § 131, ve *Bankovic ve Diğerleri*, yukarıda belirtilmiştir, § 59) ve normalde Devletin toprakları içerisinde uygulandığı varsayılmaktadır (bkz. *Ilaşcu ve Diğerleri*, yukarıda belirtilmiştir, § 312).

120. Mahkemenin *Behrami ve Behrami*’deki kararını (yukarıda belirtilmiştir) dayanak olarak alan müdahil Fransa Hükümeti, bilhassa, Birleşmiş Milletler üyesi Devletlerin Şartın VII. Bölümü kapsamındaki Güvenlik Konseyi Kararlarını uygulamak üzere aldığı tedbirlerin Birleşmiş Milletlere atfedilebileceğini ve bu nedenle, kişi bakımından uygulama hususunda Sözleşmeye uygun olmadığını öne sürmüştür. Mahkeme bu argümanı kabul edemez. Mahkeme *Behrami ve Behrami*’de yetkileri Şartın VII. Bölümü kapsamında Güvenlik Konseyi tarafından kendisine geçerli bir şekilde devredilen KFOR’un söz konusu eylemleri ve ihmalleri ile aynı Bölüm kapsamında kurulan bir Birleşmiş Milletler alt organı olan UNMIK’in

eylemleri ve ihmallerinin evrensel yargı yetkisi bulunan ve zorunlu ortak güvenlik hedefini gerçekleştiren bir kuruluş olan Birleşmiş Milletlere doğrudan atfedilebileceğini tespit ettiği öne sürülecektir (ibid., § 151). Mevcut davada, bunun aksine, 1267 (1999), 1333 (2000), 1373 (2001) ve 1390 (2002) sayılı Kararlar başta olmak üzere ilgili Güvenlik Konseyi kararları çerçevesinde, Devletlerin kendi adlarına hareket etmesi ve bu kararları ulusal düzeyde uygulamaya koyması gerekmiştir.

121. Mevcut davada, Güvenlik Konseyi kararları ile uygulanan tedbirler Federal Konseyin bir Yönetmeliği çerçevesinde ulusal düzeyde uygulamaya konmuş ve başvuranın İsviçre topraklarına giriş yasağı konusunda muafiyet sağlanmasına yönelik talepleri İsviçre makamları (daha sonra ODM şeklinde değiştirilen IMES) tarafından reddedilmiştir. Bu nedenle, söz konusu düzenlemeler BM Güvenlik Konseyi kararlarının ulusal uygulaması ile ilgilidir (bkz. *gerekli değişikliklerin yapılmasının ardından, Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*, yukarıda belirtilmiştir, § 137 ve bunun aksinin belirtildiği *Behrami ve Behrami*, yukarıda belirtilmiştir, § 151). Bu nedenle, iddia edilen Sözleşme ihlalleri İsviçre’ye atfedilmektedir.

122. Bu nedenle, söz konusu tedbirler Sözleşmenin 1. Maddesi bağlamında İsviçre tarafından kendi “yargı alanına” yönelik olarak alınmıştır. Bu çerçevede, söz konusu eylemler ve ihlaller davalı Devletin Sözleşme kapsamındaki sorumluluğunu kapsayabilmektedir. Ayrıca, Mahkemenin mevcut başvuruyu kişi bakımından uygulama açısından değerlendirme yetkisinin bulunduğu sonucu çıkarılmaktadır.

123. Bu bağlamda, Mahkeme başvurunun kişi bakımından uygulama açısından Sözleşmeye aykırı olduğu yönündeki itirazı reddetmektedir.

(b) Konu bakımından yetki açısından uyumluluk

124. Davalı Hükümet mevcut başvurunun konu bakımından yetki(ratione materiae) açısından Sözleşmeye uygun olmadığını öne sürmüştür. Bu bağlamda, Hükümet Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümü kapsamında Güvenlik Konseyi tarafından alınan kararların bağlayıcı mahiyetine ve 103. Madde uyarınca bu Sözleşmenin diğer bütün uluslararası sözleşmelerden üstünlüğüne vurgu yapmıştır.

125. Mahkeme bu argümanların itirazların Sözleşmeye uygunluğundan ziyade itirazların esası ile alakalı olduğunu tespit etmektedir. Sonuç olarak, davalı

Hükümetin başvurunun konu bakımından yetki açısından Sözleşmeye uygunsuzluğu yönündeki itirazının esasla birleştirilmesi gerekmektedir.

B. Başvuranın bir “mağdur” olup olmadığı durumu

1. Tarafların görüşleri

126. Davalı Hükümet 23 Eylül 2009 tarihinde başvuranın adının söz konusu yaptırımların sağlandığı Güvenlik Konseyi kararlarının ekindeki listeden silindiğini ve 29 Eylül 2009 tarihinde Taliban Yönetmeliği’nde bu hususta değişiklik yapıldığını ve bu değişikliğin 2 Ekim 2009 tarihinde yürürlüğe girdiğini belirtmiştir. Bu çerçevede, söz konusu Hükümet başvurana karşı alınan söz konusu tedbirlerin tamamen kaldırıldığını öne sürmüştür. Hükümetin görüşüne göre, söz konusu anlaşmazlık Sözleşmenin 37 § 1 (b) Maddesi çerçevesinde çözülmüştür ve bunun bir sonucu olarak, davalı Hükümet, Mahkemeden bu hüküm uyarınca söz konusu başvuruyu listesinden çıkarmasını talep etmiştir.

127. Başvuran bu argümana karşı çıkmıştır. Başvuran adının Yaptırımlar Komitesi’nin listesinden silinmesi, Taliban Yönetmeliği’nin bu çerçevede değiştirilmesi ve kendisine karşı uygulanan yaptırımların kaldırılması ile sonuçlanan durumun (Ekim 2009’un başından bu yana) bu tarihten önce haklarına yönelik ihlaller açısından mağdur durumunu ortadan kaldırmadığını öne sürmüştür.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

128. Sözleşmenin 34. Maddesi bağlamında “mağdur” kelimesinin söz konusu eylem veya ihmalden doğrudan etkilenen kişiyi tanımladığı ve zarar olmaması durumunda bile Sözleşmeye yönelik bir ihlal olduğu Mahkemenin içtihatlarında belirtilmektedir; zarar yalnızca 41. Sözleşme bağlamında dikkate alınmaktadır. Sonuç olarak, ulusal makamların Sözleşmeye yönelik ihlali açık bir şekilde veya esasen kabul etmemesi ve bu çerçevede, bir tazminat sağlamaması durumunda, bir başvuran lehine bir karar veya tedbir esasen bu kişinin “mağdur” durumunun ortadan kaldırılması açısından yeterli değildir (bkz., *Gafgen / Almanya* [GC], no. 22978/05, § 115, ECHR 2010; *Association Ekin / Fransa* (dec.), no. 39288/98, 18 Ocak 2000; *Brumarescu / Romanya* [GC], no. 28342/95, § 50, ECHR 1999-VII; *Amuur / Fransa*,

25 Haziran 1996, § 36, *Reports of Judgments and Decisions* 1996-III; ve *Eckle / Almanya*, 15 Temmuz 1982, § 66, Series A no. 51).

129. Mevcut davada, Mahkeme başvurana uygulanan yaptırımların kaldırıldığına ve başvuranın artık İsviçre’ye özgürce girmek veya İsviçre’den transit geçmek üzere Campione d’Italia sınırından geçme yetkisinin bulunduğu kanaat getirmektedir. Buna karşın, Eylül-Ekim 2009’a kadar karar verilmeyen yaptırımların kaldırılması hususu Kasım 2001’de isminin Yaptırımlar Komitesi’nin listesine ve Taliban Yönetmeliği’nin ekindeki listeye eklendiği zamandan veya en azından artık sınırı geçme yetkisinin bulunmadığı hususunda bilgilendirildiği 27 Kasım 2003 tarihinden itibaren zarar gördüğü yaptırımlar dolayısıyla başvuranın maruz kaldığı mağduriyet durumunu ortadan kaldırmamıştır (bkz. yukarıdaki 26. paragraf). Yaptırımların kaldırılması, yukarıda belirtilen içtihat açısından bakıldığında, Hükümetin üstü kapalı olarak olsa bile Sözleşmeye ilişkin bir ihlali kabul ettiği anlamına gelmemektedir. Bunun yanında, bu mağduriyet sonucunda söz konusu içtihat kapsamında herhangi bir tazminat sağlanmamıştır.

130. Bu çerçevede, başvuran Sözleşmenin söz konusu ihlallerinden en az altı yıl boyunca mağduriyet yaşadığını iddia edebilmektedir. Bunun bir sonucu olarak, Hükümetin söz konusu mağduriyet durumunun bulunmadığı yönündeki itirazının reddedilmesi gerekmektedir.

C. İç hukuk yollarının tüketilmesi açısından

1. Tarafların görüşleri

(a) Davalı Hükümet

131. Davalı Hükümet, Güvenlik Konseyi’nin yaptırım rejimine göre, giriş ve geçiş yasağı muafiyetlerinin Yaptırımlar Komitesi’nin onayına tabi olarak adli bir sürecin tamamlanması veya tıbbi, insani veya dini amaçlı diğer sebeplerle gerekli olduğunda sağlanabileceğini öne sürmüştür (1390 (2002) sayılı Kararın 2(b) paragrafına bakınız). Söz konusu durumların dikkate alınması amacıyla, Taliban Yönetmeliği’nin 4a § 2 maddesinde Federal Göçmenlik Bürosunun (ODM) Güvenlik Konseyi kararlarına uygun olarak veya İsviçre’nin çıkarlarının korunması amacı ile muafiyetler sağlayabileceği hükmüne yer verilmiştir.

132. Hükümet Göçmenlik Bürosu tarafından verilen çeşitli kararlara itiraz edilmediğini ve daha önceki başvuruların yalnızca başvuran ile kendisiyle ilişkili kuruluşların isimlerinin Taliban Yönetmeliği'nin 2. Ekinden çıkarılması hususu ile alakalı olduğunu ileri sürmüştür.

133. Hükümet, Federal Mahkeme kararından hem önce hem de sonra başvuranın eski Federal Göçmenlik, Entegrasyon ve Dış Göç Bürosu (IMES – 2005 yılında ODM ile birleştirilmiştir) veya ODM'nin yaptırım rejimine yönelik muafiyetler hususundaki herhangi bir kararına karşı itirazda bulunmadığını belirtmiştir. Ek olarak, yetkili makamlar, başvuran tarafından istifade edilmeyen, muafiyetler sağlamıştır (20 Eylül 2006 ve 11 Eylül 2008 tarihli kararlarda). Başvuran, bu bağlamda, yaşı ve seyahat edilecek mesafe dikkate alındığında kendisi açısından ilgili seyahatlerin gerçekleştirilmesi yönünde muafiyetlerin süresinin yeterli olmadığını açıklamıştır. Bu konuda, Hükümet bir günlük ilk muafiyetin yasal işlemler ile bağlantılı olarak Milano'ya gerçekleştirilecek bir seyahat için sağlandığını ve Campione d'Italia'dan Milano'nun merkezine araba ile seyahatin yalnızca bir saat sürdüğünü belirtmiştir. İki günlük olan ikinci muafiyet ise Bern ve Sion'a yönelik bir seyahat için başvurana sağlanmıştır. Campione'den her iki şehre araba ile üç buçuk saatten kısa bir sürede gidilmektedir.

134. Son olarak, Hükümet başvuranın herhangi bir zamanda geçici bir süreliğine olsa bile evini vatandaşlığının bulunduğu bir ülke olan İtalya'nın başka bir bölgesine taşıma talebinde bulunabileceğini öne sürmüştür. Söz konusu talebin yetkili İsviçre makamı (IMES ve sonra, ODM) tarafından Yaptırımlar Komitesi'ne iletileceği öngörülmüştür. Yaptırımların genel hatlarıyla oluşturulması nedeniyle, Hükümet, Komitenin muhtemelen başvuranın taşınmasına izin vereceğine kanaat getirmiştir.

135. Bu sebeplerden dolayı, Hükümet başvuranın iç hukuk yollarından yararlanmadığı yönünde görüş bildirmiştir.

(b) Başvuran

136. ODM tarafından verilen ilk üç ret kararı (26 Mart 2004, 11 Mayıs 2007 ve 2 Ağustos 2007) açısından bakıldığında, başvuran İsviçre makamlarının kendisine uygulanan yaptırımlar hususunda muafiyetler sağlanması açısından herhangi bir takdir yetkisi bulunup bulunmadığına ilişkin açık bir ulusal içtihat bulunmadığını ve Federal Mahkeme tarafından bu hususa bir açıklık getirilmediğini ileri sürmüştür. Bunun yanı

sıra, muafiyetlerin sağlanması hususu ile ilgili durumun açıklığa kavuşturulması için ODM veya başka herhangi bir kuruluş tarafından herhangi bir işlem gerçekleştirilmediği açık bir şekilde görülmüştür. Başvuranın görüşüne göre, Mahkemenin içtihadına göre, etkili bir hukuk yolunun bulunduğu söylenemez.

137. Hükümetin başvuranın ODM tarafından kendisine sağlanan muafiyetlerden (20 Eylül 2006 ve 11 Eylül 2007 tarihlerinde) istifade etmediği yönündeki argümanı açısından bakıldığında, başvuran söz konusu muafiyetlerin kendisine uygulanan yaptırımların yalnızca çok spesifik durumlar açısından kısmen kaldırılması ile ilgili olduğunu iddia etmiştir. Yaşı ve ilgili seyahatlerin süresi dikkate alındığında, başvuran bir veya iki günlük muafiyetlerin yeterli olarak nitelendirilmekten uzak olduğunu öne sürmüştür.

138. Genel yaptırım rejimi hususunda, başvuran iç hukuk yollarından yararlandığını, çünkü Mahkeme önünde itiraz ettiği Taliban Yönetmeliği nedeniyle uygulanan kısıtlamalara Federal Mahkeme önünde itiraz ettiği yönünde görüş bildirmiştir.

139. Ayrıca, başvuran Hükümetin İtalya'nın başka bir bölgesine taşınma yönündeki bir talebin kabul edilme ihtimalinin listeden çıkarılma talebine göre çok daha yüksek olacağı şeklindeki argümanının tamamen spekülatif olduğunu öne sürmüştür. Ayrıca, başvuran yaptırım rejimi nedeniyle mal varlığının dondurulması ve bu hususun Federal Mahkeme tarafından öngörülmemesi sebebiyle kendi durumunda mümkün görmediği bu seçeneğin söz konusu kısıtlamaların yalnızca bir bölümü açısından telafi sağlayacağını belirtmiştir.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

140. Mahkeme yalnızca Sözleşmenin 35. Maddesinde kullanılmasının gerekli olduğu belirtilen yollarının mevcut ve yeterli olan ve söz konusu ihlallerle ilgili olan hukuk yolları olduğunu yinelemektedir (bkz. *Tsomtsos ve Diğerleri / Yunanistan*, 15 Kasım 1996, § 32, *Reports* 1996-V).

141. Bu hukuk yollarından istifade edilmediğini iddia eden Hükümet ilgili tarihte teori de ve pratik de etkili bir hukuk yolunun bulunduğu hususunda Mahkemeyi ikna etmek açısından kanıtlama yükümlülüğüne sahiptir; bir başka deyişle, hukuk yolunun erişilebilir olduğu, başvuranın itirazları açısından telafi

sağlanabildiği ve talebe yönelik makul bir kabul ihtimali sağlandığının kanıtlanması gerekmektedir (bkz. *V. / Birleşik Krallık* [GC], no. 24888/94, § 57, ECHR 1999-IX).

142. Bunun yanı sıra, etkili ve yeterli olduğu görülen bir hukuk yolundan istifade eden bir başvuranın mevcut olan, ancak sonuç elde etmesi muhtemel olmayan diğer hukuk yollarını denemiş olmasına gerek yoktur (örneğin, bkz. *Aquilina / Malta* [EC], no. 25642/94, § 39, ECHR 1999-III, ve *Manoussakis ve Diğerleri / Yunanistan*, 26 Eylül 1996, § 33, *Reports* 1996-IV).

143. Mevcut davada, Mahkeme başvuranın yaptırım rejiminden muafiyet elde etmek üzere yaptığı taleplere yönelik IMES ve ODM'nin verdiği ret kararlarına itiraz etmediğine ve başvurana iki kez muafiyet sağlandığına, ancak başvuranın bu muafiyetlerden yararlanmadığını dikkat çekmektedir (bkz. yukarıdaki 34 ve 57. paragraflar).

144. Buna karşın, bu muafiyetlerin başvuranın tıbbi veya adli sebeplerle Campione d'Italia bölgesinden ayrılmasına izin verilmesi suretiyle yaptırım rejiminin belirli etkilerini hafiflettiği varsayılsa dahi, Mahkeme muafiyetler hususunun kökleri İsviçre makamlarının başvuranın adını Yaptırımlar Komitesi'nin listesine dayalı olarak hazırlanan Taliban Yönetmeliği'nin ekindeki listeye eklemesine dayanan daha geniş kapsamlı bir durumun parçası olduğunu düşünmektedir. Bu bağlamda, başvuranın adının Taliban Yönetmeliği'nin ekinde bulunan listeden çıkarılması amacı ile ulusal makamlara birçok talepte (SECO ve Federal Ekonomi İşleri Bakanlığı tarafından reddedilen talepler) bulunduğu dikkate alınması gerekmektedir (bkz. yukarıdaki 30-32. paragraflar). Başvuranın Bakanlığın kararına itiraz ettiği Federal Konsey davayı Federal Mahkemeye iletmıştır. 14 Kasım 2007 tarihli kararında, ilgili Mahkeme Sözleşme kapsamındaki itirazların esasını incelemeyen bu itirazı reddetmiştir. Sonuç olarak, Mahkeme başvuranın bir bütün olarak yaptırım rejimine ilişkin iç hukuk yollarından istifade ettiğini düşünmektedir ve başvuranın davasında yaptırım rejiminin uygulanması adının Taliban Yönetmeliğinin ekindeki listeye eklenmesinden kaynaklanmıştır.

145. Bu koşullar altında, Mahkeme, bu aşamada, Hükümetin başvuranın 1970 yılından bu yana yaşamakta olduğu Campione d'Italia'dan İtalya'nın başka bir bölgesine taşınmasını beklediği argümanına hak vermeyi gerekli görmemektedir. Bunun aksine, söz konusu durum ilgili tedbirlerin orantılı olup olmadığının incelenmesi aşamasında belirli bir rol oynayacaktır (bkz. aşağıdaki 190. paragraf).

146. 8. madde kapsamında başvuranın adının Taliban Yönetmeliği'nin ekindeki listeye eklenmesinin onur ve itibarını zedelediği yönünde itiraz açısından bakıldığında, Mahkeme söz konusu durumun en azından esasen ulusal makamların önüne getirildiğine kanaat getirmektedir. Başvuran adının Yaptırımlar Komitesi'nin listesine eklenmesinin, aslında böyle bir durum olmamasına rağmen, kendisini kamuoyu önünde Usame bin Ladin, El Kaide ve Taliban ile ilişkili olmakla suçlamaya eşdeğer olduğunu iddia etmiştir (bkz. yukarıdaki 33 ve 38. paragraflar).

147. Sonuç olarak, Mahkeme Hükümetin başvuranın 5 ve 8. Maddeler kapsamındaki itirazları açısından iç hukuk yollarının kullanılmadığı gerekçesiyle başvurunun kabul edilemez olduğuna yönelik itirazını reddetmektedir.

148. 13. Madde kapsamındaki itiraz açısından değerlendirildiğinde, Mahkeme hukuk yollarının kullanılmadığına yönelik itirazın söz konusu itirazın esası ile yakından ilişkili olduğuna kanaat getirmektedir. Bu çerçevede, Mahkeme söz konusu itirazı esasla birleştirmektedir.

II. SÖZLEŞMENİN 8. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

149. Başvuran İsviçre'ye girişi veya İsviçre'den transit geçişinin yasaklandığı tedbir ile mesleki hayatı ve aile hayatı da dahil olmak üzere özel hayatına saygı hakkının ihlal edildiği yönünde bir şikayette bulunmuştur. Başvuran bu yasağın İtalya veya İsviçre'deki doktorlarına gitmesini ve arkadaşları ile ailesini ziyaret etmesini engellediğini ileri sürmüştür. Ayrıca, başvuran adının Taliban Yönetmeliğinin ekindeki listeye eklenmesinin onur ve itibarını zedelediğini iddia etmiştir. Bu şikayetleri desteklemek amacıyla, başvuran Sözleşmenin aşağıdaki bölümde verilen 8. Maddesine atıfta bulunmuştur:

“1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesi tarafından müdahale, demokratik bir toplumda ancak ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olan ölçüde ve kanunla öngörülmüş olmak şartıyla söz konusu olabilir.

A. Kabul Edilebilirlik

150. Mahkeme ilk olarak mevcut davada 8. Maddenin uygulanabilirliğini incelemesi gerektiğine kanaat getirmektedir.

151. Mahkeme “özel hayatın” kapsamlı tanımlardan etkilenmeyen genel bir terim olduğunu yinelemektedir (örneğin, bkz. *Glor / İsviçre*, no. 13444/04, § 52, ECHR 2009; *Tysiqc / Polonya*, no. 5410/03, § 107, ECHR 2007-I; *Hadri-Vionnet / İsviçre*, no. 55525/00, § 51, 14 Şubat 2008; *Pretty / Birleşik Krallık*, no. 2436/02, § 61, ECHR 2002-III; ve *S. ve Marper / Birleşik Krallık* [GC], no. 30562/04 ve 30566/04, § 66, ECHR 2008). Mahkeme sağlık ile fiziksel ve ahlaki dokunulmazlığın özel hayat kapsamına girdiğini tespit etmiştir (bkz. *Glor*, yukarıda belirtilmiştir, § 54, ve *X ve Y / Hollanda*, 26 Mart 1985, § 22, Series A no. 91; ayrıca bkz. *Costello-Roberts / Birleşik Krallık*, 25 Mart 1993, § 36, Series A no. 247-C). Bunun yanında, özel hayat hakkı kişisel gelişim hakkı ve diğer insanlarla ve genel olarak dış dünya ile ilişkiler kurma ve geliştirme hakkını da kapsamaktadır (örneğin, bkz. *S. ve Marper*, yukarıda belirtilmektedir, § 66).

152. Ayrıca, 8. Madde ile “özel hayata” saygı hakkının da koruma altına alındığının unutulmaması gerekmektedir. Bu hüküm çerçevesinde, Devletin ilgililerin normal bir hayat sürdürmesini sağlayacak bir şekilde hareket etmesi gerekmektedir (bkz. *Marckx / Belçika*, 13 Temmuz 1979, § 31, Series A no. 31). Mahkeme her davanın koşullarını irdeleyerek aile hayatının var olup olmadığını duruma bağlı olarak belirlemektedir. Söz konusu durumlarda dikkate alınması gereken ölçüt ilgili bireyler arasında etkili bağların olup olmadığıdır (ibid.; bkz. *K. ve T. / Finlandiya* [GC], no. 25702/94, § 150, ECHR 2001-VII ve *Şerife Yiğit / Türkiye* [GC], no. 3976/05, § 93, 2 Kasım 2010).

153. Mahkeme 8. Madde ile bir kişinin konutuna saygı gösterilmesi hakkının da koruma altına alındığını yineleyecektir (örneğin, bkz. *Gillow / Birleşik Krallık*, 24 Kasım 1986, § 46, Series A no. 109).

154. Bu içtihat ışığında, Mahkeme başvuran tarafından 8. Madde kapsamında yapılan itirazların bu Madde kapsamında incelenmesi gerektiğini tespit etmektedir. İsviçre’ye girişini yasaklayan tedbirin başvuranın İtalya veya İsviçre’deki doktorlarına gitmesini veya arkadaşları ve ailesini ziyaret etmesini engellediği – veya en azından zorlaştırdığı – yadsınamaz. Bu nedenle, 8. Madde hem “özel hayat” yönü hem de “aile hayatı” yönünden mevcut davada geçerlilik taşımaktadır.

155. Bunun yanı sıra, bu şikâyet Sözleşmenin 35 § 3 Maddesi kapsamında mesnetsiz değildir ve bu başvurunun kabul edilemez olarak nitelendirilmesini

sağlayacak herhangi bir gerekçe ortaya konmamıştır. Bu nedenle, söz konusu başvurunun kabul edilmesi gerekmektedir.

B. Esas

1. Tarafların görüşleri

(a) Başvuran

156. Başvuran hareket özgürlüğüne yönelik kısıtlamaların yaptırım rejimi nedeniyle özgürce seyahat edemediği dönem boyunca gerçekleşen aile olaylarına (örneğin cenazeler veya düğünler gibi) katılmasını engellediğini öne sürmüştür. Bu nedenle, başvuran özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edilmesi nedeniyle mağdur olduğunu iddia etmiştir. Bu bağlamda, başvuranın davalı Devletin topraklarında ikamet etmesinden ziyade bir İtalyan vatandaşı olmasından kaynaklanan durumunun, bilhassa etrafı İsviçre toprakları ile çevrili olan Campione d'Italia bölgesinin özel durumu dikkate alındığında, İsviçre tarafından haklarının ihlal edilmesine yönelik bir şikayette bulunmasını engellemediğini ileri sürmüştür. Campione d'Italia'nın özellikle ekonomik entegrasyon açısından Ticino Kantonuna dahil edilmesi dikkate alındığında, başvuran İsviçre makamlarının kendisini yaptırım rejimi açısından bir İsviçre vatandaşı olarak değerlendirmesi gerektiğinin uygun olacağını düşünmüştür. Bunun yanında, başvuran, Hükümetin iddiasının aksine, İtalya'da başka bir yerde yaşama seçeneğinin olmadığını dile getirmiştir.

157. Ayrıca, başvuran isminin Taliban Yönetmeliği'nin ekindeki listeye eklenmesinin onur ve itibarını zedelediğini, çünkü bu listede terörizmin finanse edilmesine yardımcı olduğundan şüphelenilen kişilerin isimlerinin tutulduğunu öne sürmüştür. Bu görüşü desteklemek amacıyla, başvuran İnsan Hakları Komitesinin şikayet sahiplerinin isimlerinin Yaptırımlar Komitesi'nin listesine eklenmesinin bu kişilerin onur ve şereflerine hukuk dışı bir saldırı teşkil ettiğini değerlendirdiği *Sayadi ve Vinck / Belçika* davasına (bkz. yukarıdaki 88-92. paragraflar) atıfta bulunmuştur.

158. Başvurana göre, bu koşullar kendisine karşı yapılan suçlamaların esasına karşı çıkma fırsatının verilmemesi nedeniyle daha da ağırlaştırılmıştır.

159. Bu nedenle, çeşitli hususlarda 8. Madde ihlal edilmiştir.

(b) Davalı Hükümet

160. Hükümet, başvuranın Campione d'Italia'da torunları başta olmak üzere istediği herkesi misafir etmekte özgür olduğunu ifade etmiştir. Başvuran ailesi veya arkadaşlarının aile ve sosyal hayatını herhangi bir kısıtlama olmadan uygun gördüğü şekilde sürdürebileceği Campione d'Italia'ya gitmesinin imkansız veya bir hayli zor olacağı yönünde bir iddiada bulunmamıştır. Bir arkadaş veya akrabanın evliliği gibi istisnai olaylar açısından bakıldığında, başvuranın geçerli kurallar açısından muafiyet talebinde bulunabileceği öngörülmüştür. Ek olarak, iç hukuk yollarının kullanılması ile bağlantılı olarak gösterildiği üzere, başvuranın İtalya'nın başka bir bölgesine taşınma talebinde bulunabileceği de öngörülmüştür. Son olarak, Sözleşmede bir yabancı vatandaşın girişinin yasaklandığı bir devleti geçmeden ayrılamayacağı bir yerleşim bölgesinde ikametini sürdürebilmesi için bur Devleti ziyaret etme hakkı koruma altına alınmamıştır. Bütün bu sebeplerden dolayı, Hükümet söz konusu tedbirlerin 8. Madde ile garanti altına alınan haklara hâlel getirmediği düşüncesinde olmuştur.

161. Başvuranın söz konusu tedbirlere yol açan faktörleri öğrenemediği veya bu tedbirlere karşı bir mahkeme önünde itirazda bulunamadığı iddiasına karşılık olarak, Hükümet, önceki mütalaalarında gösterildiği üzere, söz konusu tedbirler çerçevesinde başvuranın 8. Madde kapsamındaki haklarının ihlal edilmediğini belirtmiştir. Sonuç olarak, bu hüküm usul yönünden uygulanmamıştır.

162. Bu sebeplerden dolayı, Hükümet uygulanana kısıtlamaların başvuranın 8. Madde kapsamındaki haklarına hâlel getirmediğini düşünmüştür. Mahkemenin aksi yönde bir tespitte bulunması halinde, Hükümet tedbirin 8 § 2 Maddesi kapsamında demokratik bir toplumda her hâlükârda gerekli olduğunu öne sürmüştür.

*2. Mahkemenin değerlendirmesi***(a) Müdahale olup olmadığı hususu**

163. Mahkeme başvuranın İsviçre'ye giriş veya İsviçre'den transit geçişinin yasaklanması nedeniyle özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiği yönündeki iddiasını inceleyerek değerlendirmeye başlamayı uygun bulmaktadır.

164. Mahkeme, köklü uluslararası hukuk uygulamaları açısından ve antlaşma yükümlülüklerine tabi olarak, bir Devletin kendi vatandaşı olmayan kişilerin topraklarına girişine izin verme hakkı olduğunu yinelemektedir. Bir başka deyişle, Sözleşmede bir yabancının belirli bir ülkeye girişi teminat altına alınmamaktadır (bkz. *Maslov / Avusturya* [GC], no. 1638/03, § 68, ECHR 2008; *Üner / Hollanda* [GC], no. 46410/99, § 54, ECHR 2006-XII; *Boujlifa / Fransa*, 21 Ekim 1997, § 42, *Reports* 1997-VI; ve *Abdulaziz , Cabales ve Balkandali / Birleşik Krallık*, 28 Mayıs 1985, § 67, Series A no. 94).

165. Mevcut davada, Mahkeme Federal Mahkemenin söz konusu tedbirin başvuranın özgürlüğü açısından önemli bir kısıtlama getirdiğini tespit ettiğini (bkz. yukarıdaki 52. paragraf), çünkü başvuranın etrafı İsviçre'nin Ticino Kantonu ile çevrili olan bir yerleşim bölgesi olan Campione d'Italia'nın konumu nedeniyle çok özel bir durumda bulunduğunu ifade ettiğini görmektedir. Mahkeme de bu görüşü onaylamaktadır. Mahkeme başvuranın Campione d'Italia'nın çok sınırlı alanını en az altı yıl boyunca terk etmesinin engellenmesini neden olan tedbirin arkadaşları ve ailesi başta olmak üzere bu yerleşim bölgesi dışında yaşayan diğer kişilerle iletişimi sürdürme hakkını kullanmasının daha zor hale getirmesinin muhtemel olduğunu düşünmektedir (bkz., *gerekli değişikliklerin yapılmasının ardından, Agraw / İsviçre*, no. 3295/06, § 51 ve *Mengesha Kimfe / İsviçre*, no. 24404/05, §§ 69-72, Her ikisi 29 Temmuz 2010 tarihli kararlar).

166. Yukarıdaki hususlar açısından değerlendirildiğinde, Mahkeme 8 § 1 Maddesi kapsamında başvuranın özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiği sonucuna varmaktadır.

(b) Müdahalenin gerekçesinin olup olmadığı hususu

167. 8. Maddedeki hükmün ikinci fıkrasında belirtilen gereksinimlerin karşılanmaması halinde, yukarıda belirtilen şekilde, başvuranın özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin müdahale sonucu 8. Madde ihlal edilmiş olacaktır. Bu nedenle, söz konusu müdahalenin “kanunlara uygun olup olmadığı”, bu fıkra da belirtilen meşru amaçların bir veya birkaçına ulaşılmaya çalışılıp çalışılmadığı ve söz konusu müdahalenin bu amaçlara ulaşılması açısından “demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığının” belirlenmesi gerekmektedir. Mahkeme ilk olarak sonraki

incelemesinde kendisine kılavuzluk edecek belirli ilkeleri tekrar etmeyi uygun bulunmaktadır.

(i) Genel ilkeler

168. Mevcut içtihatla göre, bir Sözleşme Tarafı Sözleşmenin 1. Maddesi çerçevesinde organlarının bütün eylemleri ve ihmallerinden sorumludur ve söz konusu eylem ya da ihmalin iç hukuk veya uluslararası hukuki yükümlülüklerle uygun hareket etme gereksinimi sonucu ortaya çıkması bu durumu etkilememektedir. 1. Madde de ilgili kural veya tedbir türü açısından herhangi bir ayırım yapılmamaktadır ve Sözleşme kapsamında, bir Sözleşme Tarafının “yargı alanı” incelemiden muaf tutulmamaktadır (bkz. *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*, yukarıda belirtilmiştir, § 153 ve *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri / Türkiye*, 30 Ocak 1998, § 29, *Reports* 1998-I). Sözleşmenin yürürlüğe girişinden itibaren bir Devlet tarafından yapılan antlaşma taahhütleri Sözleşme açısından bu Devleti bağlayıcıdır (bkz. *Al-Saadoon ve Mufdhi / Birleşik Krallık*, no. 61498/08, § 128, ECHR 2010 ve *Bosphorus Hava Yolları Turizm ve Ticaret Anonim Şirketi*, yukarıda belirtilmiştir, § 154 ve bu metinde atıfta bulunulan davalar).

169. Bunun yanı sıra, Mahkeme Sözleşmenin rastgele yorumlanamayacağını, uluslararası hukukun genel ilkelerine uygun olarak yorumlanması gerektiğini yinelemektedir. 1969 Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31 § 3 (c) Maddesinde belirtildiği üzere, “ taraflar arasındaki ilişkiler açısından geçerli uluslararası hukuk kuralları” ve bilhassa insan haklarının uluslararası düzeyde korunmasına ilişkin kuralların dikkate alınması gerekir (örneğin, bkz. *Neulinger ve Shuruk / İsviçre* [GC], no. 41615/07, § 131, ECHR 2010; *Al-Adsani / Birleşik Krallık* [GC], no. 35763/97, §55, ECHR 2001-XI ve *Golder / Birleşik Krallık*, 21 Şubat 1975, § 29, Series A no. 18).

170. Yeni uluslararası yükümlülükler oluşturulurken, Devletlerin önceki yükümlülüklerinden kopmayacağı varsayılmaktadır. İhtilafı olduğu görülen çeşitli araçların eş zamanlı olarak geçerliliğinin bulunması halinde, uluslararası içtihat ve akademik çevreler bu araçları etkilerini koordine edecek ve aralarındaki herhangi bir ihtilafı engelleyecek şekilde yorumlamaya çalışmaktadır. Bu nedenle, iki farklı taahhüdün mevcut hukuk sistemine tamamen uygun etkiler yaratmasının sağlanması amacı ile bu taahhütlerin birbirine olabildiğince uyumlu hale getirilmesi

gerekmektedir (bu amaçla, bkz. *Al-Sadoon ve Mufdhi*, yukarıda belirtilmiştir, § 126; *Al-Adsani*, yukarıda belirtilmiştir, § 55 ve *Bankovic* kararı, yukarıda belirtilmiştir, §§ 55-57; ayrıca, ILC çalışma grubunun “Uluslararası hukukun bölünmesi: uluslararası hukukun farklılaşması ve genişlemesinden kaynaklanan zorluklar” adlı raporundaki atıflara da bakınız, yukarıdaki 81. paragraf).

171. Daha spesifik olarak, Sözleşme ve Güvenlik Konseyi kararları arasındaki ilişki değerlendirildiğinde, Mahkeme *Al-Jedda* kararında şu tespiti yapmıştır (yukarıda belirtilmiştir):

“101. Birleşmiş Milletler Şartının 103. Maddesinde, diğer uluslararası sözleşmeler ile ilgili yükümlülüklerle çakışma olması halinde, Birleşmiş Milletler Üyelerinin Şart kapsamındaki yükümlülüklerinin önceliğinin olduğu ifade edilmektedir. Mevcut davada 103. Maddenin geçerliliğinin olup olmadığının değerlendirilmesinden önce, Mahkemenin Birleşik Krallığın 1546 sayılı Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi Kararı çerçevesindeki yükümlülükleri ile Sözleşmenin 5 § 1 Maddesi kapsamındaki yükümlülükleri arasında bir çakışma olup olmadığını belirlemesi gerekir. Diğer bir deyişle, cevaplanacak temel soru 1546 sayılı Karar ile Birleşik Krallığa başvuruları göz altına alma yükümlülüğünün verilir verilmediğidir.

102. Mahkeme, 1546 sayılı Kararı yorumlarken, yukarıdaki 76. paragrafta ortaya konan hususlara atıfta bulunmaktadır. Ek olarak, Mahkemenin Birleşmiş Milletlerin kuruluş amaçlarını da dikkate alması gerekmektedir. Birleşmiş Milletler Şartının 1. Maddesinin ilk bendinde belirtilen uluslararası barış ve güvenliğin korunması amacının yanı sıra, üçüncü bentte Birleşmiş Milletlerin ‘... insan hakları ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesini geliştirmek ve teşvik etmek için uluslararası işbirliğini sağlamak’ amacı ile kurulduğu ifade edilmektedir. Şartın 24(2) Maddesi çerçevesinde, Güvenlik Konseyi, temel sorumluluğu olan uluslararası barış ve güvenliğin korunmasına ilişkin görevlerini yerine getirirken, ‘Birleşmiş Milletlerin Amaçları ve İlkelerine uygun hareket etmek’ zorundadır. Bu temel bilgiler ışığında, Mahkeme, Güvenlik Konseyi kararları yorumlanırken, Güvenlik Konseyinin Üye Devletlere temel insan hakları ilkelerini ihlal etme yönünde bir sorumluluk yüklemek niyetinde olmadığına ilişkin bir varsayım olması gerektiğini düşünmektedir. Bir Güvenlik Konseyi Kararı açısından anlaşılabilirlik olması halinde, Mahkemenin Sözleşmenin gereksinimlerine en uygun olan ve yükümlülükler açısından ihtilaf yaratmayan yorumlamayı seçmesi gerekir. Birleşmiş Milletlerin insan haklarına saygı gösterilmesini geliştirme ve teşvik etme hususundaki önemli rolü ışığında, Güvenlik Konseyinin Devletlerin uluslararası insan hakları hukuku kapsamındaki yükümlülükleri ile çelişecek tedbirler almasını amaçladığında, açık ve net bir dilin kullanılması beklenmektedir.”

172. Yüce Divan bu ilkeleri teyit etmektedir. Buna karşın, söz konusu karar metninde yargılamadan göz altına alma hususunda açıkça bahsedilmeyen *Al-Jedda* davasındaki durumun aksine, mevcut dava çerçevesinde, 1390 (2002) sayılı Kararda Birleşmiş Milletler listesindeki bireylerin topraklarına girişi veya topraklarından geçişinin engellenmesi Devletlerden açık bir şekilde istenmiştir. Bunun bir sonucu olarak, net ve açık dil kullanımı hususunda, yukarıda belirtilen varsayım mevcut davada çürütülmektedir ve bu kararda belirtildiği üzere, insan haklarının ihlal edilebileceği tedbirlerin alınmasına yönelik bir yükümlülük ortaya konmaktadır (Güvenlik Konseyinin karar ile uyumlu olmayan diğer bütün uluslararası yükümlülüklerin bir kenara itilmesi hususunda daha açık bir dil kullandığı 1267 (1999) sayılı Kararın (yukarıdaki 70. paragraf) 7. fıkrasına da bakınız).

(ii) Yasal dayanak

173. Mahkeme bir yasal dayanağın bulunup bulunmadığı hususunun taraflar arasında bir ihtilaf konusu olmadığına dikkat çekmektedir. Mahkeme söz konusu tedbirlerin ilgili Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması amacı ile çıkarılan Taliban Yönetmeliği uyarınca alındığını görmektedir. Daha net olmak gerekirse, İsviçre’ye giriş ve İsviçre’den geçiş yasağı söz konusu Yönetmeliğin 4a Maddesine dayalı olarak uygulanmıştır (bkz. yukarıdaki 66. paragraf). Bu nedenle, tedbirlerin yeterli bir yasal dayanağının bulunduğu görülmüştür.

(iii) Meşru amaç

174. Başvuranın söz konusu kısıtlamaların meşru amaçlar uğruna uygulandığını inkar etmediği görülmüştür. Mahkeme bu kısıtlamalar çerçevesinde 8 § 2 Maddesinde belirtilen meşru amaçlardan bir veya birkaçının yerine getirilmeye çalışıldığını tespit etmektedir; ilk olarak, bu kısıtlamalar ile suç önlenmeye çalışılmıştır ve ikinci olarak, Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümü kapsamında uluslararası terörizmle mücadele etmek amacı ile ilgili Güvenlik Konseyi kararlarının kabul edilmesi nedeniyle (“Barışa yönelik tehditler, barış ihlalleri ve saldırgan hareketlere yönelik eylemler”), bu kısıtlamalar ile İsviçre’nin milli güvenliği ve kamu güvenliğine katkıda bulunulabilmiştir.

(iv) “Demokratik bir toplumda gereklilik” hususu

(a) Güvenlik Konseyi Kararlarının Uygulanması

175. Davalı Hükümet ile üçüncü taraflar olarak davaya müdahil olan Fransa ve Birleşik Krallık Hükümetleri İsviçre makamlarının mevcut davada ilgili Güvenlik Konseyi kararlarını uygulama hususunda takdir yetkisinin bulunmadığını öne sürmüştür. Bu nedenle, Mahkemenin uygulama hususunda Devletlere herhangi bir özgürlük sağlanıp sağlanmadığını ve bilhassa, başvuranın durumunun çok özel mahiyetini dikkate almak ve bu nedenle, Sözleşmenin 8. Maddesindeki gereksinimleri yerine getirmek hususunda makamlara izin verilip verilmediğinin belirlenmesi amacı ile ilk olarak bu kararları incelemesi gerekmektedir. Bunun yapılması için, Mahkeme bu kararlarda kullanılan ifadeler ve bu kararların kabul edildiği bağlamı dikkate alacaktır (bkz. *Al-Jedda*, yukarıda belirtilmiştir, § 76, Uluslararası Adalet Divanının ilgili içtihadına yapılan atfa da dikkat ediniz). Ayrıca, Mahkeme, bu kararların giriş bölümlerinde temel olarak belirtildiği üzere, bu kararlarda izlenen hedefleri dikkate alacak (bu amaçla, CJEC’in *Kadi* kararına bakınız, § 296, yukarıdaki 86. paragraf) ve bu kararları Birleşmiş Milletlerin amaçları ve ilkeleri ışığında yorumlayacaktır.

176. Mahkeme İsviçre’nin 10 Eylül 2002 tarihine kadar Birleşmiş Milletler üyesi olmadığına dikkat çekmektedir: bu nedenle, İsviçre 2 Ekim 2000 tarihli Taliban Yönetmeliği’ni söz konusu kuruluşun üyesi bile olmadan önce çıkarmıştır. Bir başka deyişle, İsviçre söz konusu tarihte Sözleşmeye uygun hareket etmiştir. Benzer şekilde, İsviçre Taliban Yönetmeliği’nin 4a Maddesinde yapılan bir değişiklik çerçevesinde, 16 Ocak 2002 tarihli 1390 (2002) sayılı Karar (bkz. yukarıdaki 74. paragraf) uyarınca gerekli olduğu üzere, başvurana ilişkin giriş ve transit geçiş yasağını 1 Mayıs 2002 tarihinde ulusal düzeyde uygulamaya koymuştur. Mahkeme, bilhassa 2. fıkra ışığında, bu kararın yalnızca Birleşmiş Milletler üyelerine değil, “bütün Devletlere” yönelik olarak çıkarıldığını takdir etmektedir. Buna karşın, Mahkeme Birleşmiş Milletler Şartı çerçevesinde Devletlere Güvenlik Konseyi tarafından VII. Bölüm kapsamında alınan kararların uygulanmasına özgü belirli bir modelin dayatılmadığına dikkat çekmektedir. Söz konusu kararların bağlayıcı mahiyetine halel getirilmeksizin, Şart esasen BM üyesi Devletlere bu kararların kendi iç yasal düzenlerine aktarılmasına yönelik çeşitli muhtemel modeller arasında özgür bir seçim olanağı sağlamaktadır. Bu nedenle, Şart Devletlere sonuç ile ilgili bir yükümlülük getirmektedir ve kararların

uygulanmasına ilişkin mekanizmaları seçme olanağı sağlamaktadır (bu amaçla, bkz. *gerekli değişikliklerin yapılmasının ardından*, CJEC’in *Kadi* kararı, § 298, yukarıdaki 86. paragraf).

177. Mevcut davada, başvuran temel olarak 1390 (2002) sayılı Kararın uygulanması suretiyle kendisine uygulanan İsviçre’ye giriş ve İsviçre’den transit geçiş yasağına karşı çıkmıştır. Söz konusu kararın 2(b) fıkrası çerçevesinde Devletlerin bu tür tedbirleri almasının gerekli olmasına karşın, ilgili kararda yasağın “adli bir sürecin tamamlanması amacı ile giriş veya geçişin gerekli olduğu durumlarda geçerlilik taşımadığı ...” belirtilmiştir (bkz. yukarıdaki 74. paragraf). Mahkemeye göre, “gerekli” teriminin davaya (vakaya) bağlı olarak değerlendirilmesi gerekmiştir.

178. Ek olarak, 1390 (2002) sayılı Kararın 8. fıkrasında, Güvenlik Konseyi “bütün Devletleri çıkarılan mevzuatlar veya idari tedbirler, uygunluğuna göre, ulusal kanunlar veya yönetmelikler çerçevesinde vatandaşları ve kendi topraklarında faaliyet gösteren diğer bireyler veya kuruluşlarla karşı uygulanan tedbirler vasıtasıyla uygulamak ve güçlendirmek üzere ivedi adımları atmaya [teşvik etmiştir] ...” (bkz. yukarıdaki 74. paragraf). “Uygunluğuna göre” ifadesi ile kararın uygulanma şekli açısından ulusal makamlara belirli bir esneklik sağlanmıştır.

179. Son olarak, Mahkeme İsviçre Ulusal Konseyi Dış Politika Komisyonunun Federal Konsey’den terörizmle mücadele kararları kapsamında bireylere karşı öngörülen yaptırımları koşulsuz olarak uygulamayacağı hususunda BM Güvenlik Konseyi’ni bilgilendirmesi yönünde talepte bulunduğu önergeye atıfta bulunacaktır (bkz. yukarıdaki 63. paragraf). Bu önergenin genel hatlarıyla oluşturulmasına karşın, başvuranın davasının bu önergenin kabul edilmesinin anan sebeplerinden biri olduğu söylenebilmektedir. Her hâlükârda, Mahkemeye göre, İsviçre Parlamentosu, bu önergeyi kabul ederken, Güvenlik Konseyi’nin terörizmle mücadele kararlarının uygulanması hususunda belirli bir takdir yetkisi kullanma niyetini ifade etmiştir.

180. Yukarıdaki hususlar çerçevesinde, Mahkeme İsviçre’nin BM Güvenlik Konseyi’nin ilgili bağlayıcı kararlarını uygularken sınırlı olduğu görülen, ancak gerçek olan belirli bir takdir yetkisi kullandığına kanaat getirmektedir.

(β) Mevcut davada müdahalenin orantılı olup olmadığı hususu

181. Bir müdahalenin “ivedi bir sosyal ihtiyaca” karşılık vermesi halinde ve bilhassa, söz konusu müdahalenin meşru amaç açısından orantılı olması durumunda ve ulusal makamlar tarafından, söz konusu müdahalenin gerekçesi olarak belirtilen sebeplerin “yerinde ve yeterli” olması halinde, bu müdahalenin bir meşru amaca yönelik olarak “demokratik bir toplumda gerekli” olduğu değerlendirilecektir (örneğin, bkz. *S. ve Marper*, yukarıda belirtilmiştir, § 101 ve *Coster / Birleşik Krallık* [GC], no. 24876/94, § 104, 18 Ocak 2001, bu metinde atıfta bulunulan davalar ile birlikte).

182. Objektif olarak bireyleri koruyan bir insan hakları antlaşması olan Sözleşmenin amacı ve hedefi çerçevesinde (bkz. *Neulinger ve Shuruk*, yukarıda belirtilmiştir, § 145), Sözleşme hükümlerinin güvencelerini pratik ve etkili hale getiren bir şekilde yorumlanması ve uygulanması gerekmektedir (bkz. *Artico / İtalya*, 13 Mayıs 1980, § 33, Series A no. 37). Bu nedenle, 8. Madde bağlamında özel ve aile hayatına “saygı” gösterilmesinin sağlanması için, iç hukukun belirli bir duruma mekanik bir şekilde uygulanmasının engellenmesi amacı ile her vakaya özel durumların dikkate alınması gerekmektedir (bkz. *gerekli değişikliklerin yapılmasının ardından, Emonet ve Diğerleri / İsviçre*, no. 39051/03, § 86, 13 Aralık 2007).

183. Daha önceden, Mahkeme, bir tedbirin orantılı ve demokratik bir toplumda gerekli olarak nitelendirilmesi için, aynı amacı yerine getirirken söz konusu temel hakka daha az zarar verecek alternatif bir tedbir uygulama ihtimalinin ortadan kaldırılması gerektiğini tespit etmiştir (bkz. *Glor*, yukarıda belirtilmiştir, § 94).

184. Her hâlükârda, müdahalenin gerekli olup olmadığına ilişkin nihai değerlendirme Mahkemenin Sözleşme gereksinimlerine uygunluğa yönelik değerlendirmesine tabi kalmaktadır (örneğin, bkz. *S. ve Marper*, yukarıda belirtilmiştir, § 101 ve *Coster*, yukarıda belirtilmiştir, § 104). Bu bağlamda, yetkili ulusal makamlara belirli bir takdir yetkisinin bırakılması gerekmektedir. Takdir yetkisinin düzeyi Sözleşmeden doğan söz konusu hakkın mahiyeti, söz konusu hakkın birey açısından önemi, müdahalenin mahiyeti ve müdahale ile amaçlanan hedef de dahil olmak üzere bir dizi faktöre bağlı olarak farklılık göstermektedir (bkz. *S. ve Marper*, yukarıda belirtilmiştir, § 102).

185. Başvurana karşı uygulanan tedbirlerin ilgili meşru amaç açısından orantılı olup olmadığı ve ulusal makamlar tarafından öne sürülen sebeplerin “yerinde ve

yeterli” olup olmadığı hususunun ele alınması için, Mahkemenin İsviçre makamlarının başvuranın kendine özgü mahiyetinin yeteri kadar dikkate alıp almadığını ve takdir yetkisi bağlamında yaptırım rejiminin başvuranın bireysel durumuna uyarlanması amacı ile gerekli tedbirleri alıp almadığını değerlendirmesi gerekmektedir.

186. Bu çerçevede, Mahkeme söz konusu yaptırımların ortaya konduğu kararların kabul edildiği 1999 ve 2002 yılları arasındaki dönemde terörizm tehdidinin oldukça ciddi boyutlarda olduğu gerçeğini dikkate almaya hazırlıklıdır. Bu durum hem kararlarda kullanılan ifadeler hem de kararların kabul edildiği bağlam ile kesin bir şekilde gösterilmektedir. Buna karşın, bu tedbirlerin yıllar içerisinde sürdürülmesi ve hatta güçlendirilmesi hususunun ikna edici bir biçimde açıklanması ve gerekçelendirilmesi gerekmektedir.

187. Bu bağlamda, Mahkeme İsviçre ve İtalya makamları tarafından yürütülen soruşturmalar neticesinde başvuranın uluslararası terörizmle ilişkili faaliyetlere katılmasına yönelik şüphelerin mesnetsiz olduğu sonucuna varıldığına dikkat çekmektedir. 31 Mayıs 2005 tarihinde, İsviçre Federal Savcısı başvuran açısından Ekim 2001’de açılan soruşturmayı sona erdirmiş ve 5 Temmuz 2008 tarihinde, İtalyan Hükümeti başvurana karşı İtalya’da yürütülen kovuşturmanın sona erdirildiği gerekçesiyle başvuranın isminin listeden çıkarılmasına yönelik bir talebi Yaptırımlar Komitesine ibraz etmiştir (bkz. yukarıdaki 56. paragraf). Federal Mahkeme, kendi açısından, soruşturmalar ve cezai kovuşturmayı yürüten Devletin listeden çıkarma işlemine müdahil olamayacağını, ancak en azından soruşturma sonuçlarını Yaptırımlar Komitesine iletebileceğini ve söz konusu kişinin isminin listeden çıkarılması yönünde talepte bulunabileceğini veya bu konuda destek verebileceğini belirtmiştir (bkz. yukarıdaki 51. paragraf).

188. Bu bağlamda, Mahkeme İsviçre makamlarının 31 Mayıs 2005’te tamamlanan soruşturmaların sonuçlarını 2 Eylül 2009 tarihine kadar Yaptırımlar Komitesine bildirmemesi iddiasına şaşırılmaktadır (bkz. yukarıdaki 61. paragraf). Buna karşın, bu iddianın doğruluğuna Hükümet tarafından karşı çıkılmadığını ve herhangi bir açıklama olmaksızın Hükümetin bu gecikmeye mahal verdiğini gören Mahkeme, soruşturma makamlarının sonuçlarının daha hızlı bir şekilde iletilmesi sonucunda başvuranın isminin Birleşmiş Milletler listesinden daha erken bir dönemde silinebileceğini ve bu şekilde, başvuranın 8. Madde kapsamındaki haklarına yönelik kısıtlamalara tabi olduğu sürenin önemli ölçüde azaltılabileceğini tespit etmektedir

(bu bağlamda, bkz. *Sayadi ve Vinck* (İnsan Hakları Komitesi), § 12, yukarıdaki 88-92. paragraflar).

189. Söz konusu yasak kapsamı açısından irdelendiğinde, Mahkeme bu yasak neticesinde başvuranın yaptırım rejimi ihlal edilmeksizin İsviçre'ye girişinin yanı sıra Campione d'Italia'dan çıkışı ve bir yerleşim bölgesi olarak bu bölgenin durumu dikkate alındığında, vatandaşı olduğu ülke olan İtalya'nın başka bir bölgesine seyahat etmesinin de engellendiğini vurgulamaktadır.

190. Bunun yanı sıra, Mahkeme, 1373 (2001) sayılı Kararın 1(c) fıkrası ile mal varlığının dondurulmasının (bkz. yukarıdaki 73. paragraf) bir sonucu olarak, başvuranın hiçbir mülkiyeti ve varlığını özgürce kullanamadığı hususu göz ardı edilemeyeceğinden, makul şartlar altında, başvurandan 1970 yılından bu yana yaşamakta olduğu Campione d'Italia'dan İtalya'nın başka bir bölgesine taşınmasının beklenemeyeceğini değerlendirmektedir. Başvuranın evini taşımasına yönelik bir izin talebinin kabul edilme ihtimalinin olup olmadığına bakılmaksızın, bir kişinin konutuna saygı gösterilmesi hakkının Sözleşmenin 8. Maddesi ile koruma altına alındığının belirtilmesi gerekmektedir (örneğin, bkz. *Prokopovich / Rusya*, no. 58255/00, § 37, ECHR 2004-XI ve *Gillov*, yukarıda belirtilmiştir, § 46).

191. Ayrıca, Mahkeme mevcut davada göz ardı edilmemesi gereken tıbbi bir hususun olduğunu da dikkate alacaktır. Başvuran 1931 yılında doğmuştur ve başvuranın sağlık sorunları bulunmaktadır (bkz. yukarıdaki 14. paragraf). Federal Mahkeme, Taliban Yönetmeliğinin 4a § 2 Maddesinin daha çok yasadışılığı meşru kılan bir hüküm şeklinde hazırlanmasına karşın, söz konusu hüküm ile makamların BM yaptırım rejiminin müsaade ettiği bütün durumlarda bir muafiyet sağlamak zorunda olduğunu, çünkü bireysel hareket özgürlüğüne ilişkin daha kapsamlı bir kısıtlamanın ne Güvenlik Konseyi kararları ne de kamu yararı gerekçe gösterilerek uygulanacağını ve başvuranın özel durumu dikkate alındığında orantısız olacağını tespit etmiştir (bkz. yukarıdaki 52. paragraf).

192. Aslında, IMES ve ODM başvuran tarafından tıbbi sebeplerle veya adli yargılamalarla bağlantılı olarak ibraz edilmiş olan giriş ve geçiş yasağına yönelik muafiyet sağlanmasına ilişkin bir dizi talebi reddetmiştir. Başvuran bu ret kararlarına karşı itiraz etmemiştir. Bunun yanında, başvuranın taleplerinin kabul edildiği iki durumda, başvuran bu muafiyetlerin süresinin yaşı ve gidilecek önemli mesafeler açısından planlanan seyahatlerin gerçekleştirilmesi için yeterli olmadığını düşünerek bu muafiyetlerin (sırasıyla, bir ve iki günlük) kullanımından feragat etmiştir.

Mahkeme, yukarıda belirtilen faktörler dikkate alındığında, başvuranın bu muafiyetleri süre olarak yetersiz bulmasını anlayabilmektedir (bilhassa bkz. yukarıdaki 191. paragraf).

193. Bu bağlamda, 1390 (2002) sayılı Kararının 2(b) fıkrası çerçevesinde, Yaptırımlar Komitesi'nin tıbbi, insani veya dini sebepler başta olmak üzere belirli durumlarda muafiyetler sağlama hakkının bulunduğu belirtilmesi gerekmektedir. 22 Şubat 2008 tarihli toplantı esnasında (bkz. yukarıdaki 54. paragraf), Federal Dışişleri Bakanlığı'ndan bir temsilci başvuranın Yaptırımlar Komitesi'nden kendi özel durumunu öne sürerek daha geniş kapsamlı bir muafiyet talebinde bulunabileceğini belirtmiştir. Başvuran söz konusu talepte bulunmamıştır, ancak bu toplantı tutanakları dikkate alındığında, İsviçre makamlarının bu hususta herhangi bir destek önerisinde bulunduğu görülmemektedir.

194. Başvuranın isminin İsviçre'nin değil, Amerika Birleşik Devletleri'nin girişimi üzerine Birleşmiş Milletler listesine eklendiği saptanmıştır. En azından 1730 (2006) sayılı Karar kabul edilene kadar, listeden isim çıkarma işlemi amacı ile Yaptırımlar Komitesi ile iletişime geçilmesinin ilgili kişinin vatandaşlığının bulunduğu devlet mi yoksa ikamet ettiği devletin mi görevi olduğu tartışmaya açılmamıştır. Muhakkak, başvuranın durumunda, İsviçre ne vatandaşlığın bulunduğu Devlet ne de ikamet edilen Devlet olmuştur ve bu nedenle, İsviçre makamlarının söz konusu eylemi gerçekleştirme yetkisi bulunmamıştır. Buna karşın, İsviçre'nin İtalya'yı söz konusu eylemi gerçekleştirme hususunda teşvik etmeye veya bu amaçla İtalya'ya destek önerisinde bulunmaya çalıştığı görülmemektedir (bkz. *gerekli değişikliklerin yapılmasının ardından, Sayadi ve Vinck* davası (İnsan Hakları Komitesi), § 12, yukarıdaki 88-92. paragraflar). 22 Şubat 2008 tarihli toplantı tutanaklarından (yukarıdaki 54. paragraf) anlaşıldığı üzere, söz konusu makamlar yalnızca başvuranın İtalya Birleşmiş Milletler Daimi Temsilciliği ile temasa geçmesini önermiş ve söz konusu tarihte, İtalya'nın Güvenlik Konseyi'nde bir üyeliğinin bulunduğunu da ifade etmiştir.

195. Mahkeme, İsviçre ve diğer Devletlerin birkaç yıl sonra yaptırım rejimi ile ilgili gelişmeler yapılması ile sonuçlanan önemli çabalar sarf ettiğini takdir etmektedir (bkz. yukarıdaki 64 ve 78. paragraflar). Buna karşın, Sözleşme ile kuramsal veya hayali değil, pratik ve etkili hakların koruma altına alındığı ilkesi (bkz. *Artico*, yukarıda belirtilmiştir, § 33) dikkate alındığında, mevcut davada ulusal makamların başvuranın çok özel durumuna yönelik olarak fiilen aldığı veya almaya çalıştığı

tedbirlerin dikkate alınmasının önem arz ettiği düşünülmektedir. Bu bağlamda, Mahkeme İsviçre makamlarının Campione d'Italia'nın kendine has coğrafi durumu, tedbirlerin uzun uygulanma süresi veya başvuranın milliyeti, yaşı ve sağlığı başta olmak üzere başvuranın durumuna ilişkin hususları yeteri kadar dikkate almadığını değerlendirmektedir. Ayrıca, Mahkeme, ilgili Güvenlik Konseyi kararlarının iç hukuk düzeninde nasıl uygulamaya konması gerektiğinin belirlenme ihtimalinin, ilgili kuralların bağlayıcı mahiyeti veya bu kararlarda sağlanan yaptırımlara uygunluğu tehlikeye atılmaksızın, başvuranın özel ve aile hayatına müdahale edilmemesi amacı ile bu durumlar dikkate alınarak başvurana uygulanan yaptırım rejiminde hafifletici birtakım uygulamalara gidilmesini sağlaması gerektiğini tespit etmektedir.

196. Sözleşmenin insan hakları ve temel özgürlüklerin ortak uygulamasına ilişkin bir antlaşma olmasından doğan özel karakteri ışığında (örneğin, bkz. *Soering*, yukarıda belirtilmiştir, § 87 ve *İrlanda / Birleşik Krallık*, 18 Ocak 1978, § 239, Series A no. 25), Mahkeme, davalı Devletin kendini Güvenlik Konseyi kararlarının bağlayıcı mahiyetine uymakla sınırlayamayacağını, yaptırım rejiminin başvuranın bireysel durumuna uyarlanması için muhtemel bütün tedbirleri aldığı veya –en azından almaya çalıştığı– hususunda Mahkemeyi ikna etmesi gerektiğini düşünmektedir.

197. Bu bulgu Mahkemenin davalı ve müdahil Hükümetler tarafından öne sürüldüğü üzere Sözleşme Tarafı Devletlerin bu sözleşme kapsamındaki yükümlülükleri ile Birleşmiş Milletler Şart'ından doğan diğer yükümlülükleri arasındaki hiyerarşiyi belirlemesine gerek bırakmamaktadır. Mahkemeye göre, önemli husus davalı Hükümetin farklı olarak gördüğü yükümlülükleri uyumlaştırma hususunda mümkün olan gayreti sarf ettiğini gösterememiş olmasıdır (bu bağlamda, bkz. yukarıdaki 81 ve 170. paragraflar).

198. Mevcut davadaki bütün hususları değerlendiren Mahkeme, önemli bir süre boyunca başvuranın hareket özgürlüğü açısından uygulanan kısıtlamalarda özel ve aile hayatının korunması hakkı ve suçun önlenmesi ve İsviçre'nin milli güvenliği ve kamu güvenliğinin korunması gibi meşru amaçlar arasında adil bir denge kurulmadığını tespit etmektedir. Sonuç olarak, başvuranın özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale orantısız ve bu nedenle, demokratik bir toplumda gereksiz görülmüştür.

(γ) Sonuç

199. Yukarıdaki hususlar ışığında, Mahkeme, Hükümetin başvurunun Sözleşme çerçevesinde yetkili yargılık açısından uyumsuz olduğu şeklindeki ön itirazını reddetmektedir ve esastan irdelendiğinde, Sözleşmenin 8. Maddesi ile ilgili bir ihlal olduğuna kanaat getirmektedir. Bu sonuç ile bağlantılı olarak ve başvuranın Taliban Yönetmeliği'nin ekindeki listeye isminin eklenmesi sonucu onuru ve itibarının zedelendiği hususunun ayrı bir itiraz teşkil ettiği yönündeki iddiasına rağmen, Mahkeme bu itirazı ayrı olarak değerlendirmesinin gerekli olmadığını saptamaktadır.

III. SÖZLEŞMENİN 13. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

200. Başvuran Sözleşme ile ilgili itirazlarının değerlendirilmesini sağlayacak etkili bir hukuk yolunun bulunmadığı yönünde bir şikayette bulunmuştur. Bu nedenle, başvuran aşağıda metni verilen 13. Maddeye ilişkin bir ihlal yapıldığını öne sürmüştür:

“Bu Sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.”

A. Kabul Edilebilirlik

201. Mahkeme bu itirazın Sözleşmenin 35 § 3 Maddesi çerçevesinde mesnetsiz olmadığına kanaat getirmektedir. Bunun yanında, Mahkeme söz konusu itirazın kabul edilmemesine yönelik başka herhangi bir gerekçenin ortaya konmadığını tespit etmektedir. Bu nedenle, şikayetin kabul edildiğinin beyan edilmesi gerekmektedir.

B. Esas

1. Tarafların görüşleri

(a) Başvuran

202. Başvuran, *Al-Nashif / Bulgaristan* davasına (no. 50963/99, 20 Haziran 2002) atıfta bulunarak, milli güvenlik açısından öneme sahip kaynaklar ve bilgilerin korunması ve etkili bir hukuk yoluna başvurma hakkının çelişen çıkarlarının özel olarak uyarlanmış bir usul çerçevesinde bir orta noktada buluşturulabileceğini öne sürmüştür. Buna karşın, mevcut davada, söz konusu usul ne Birleşmiş Milletler organları ne de ulusal makamlar önünde mevcuttur.

203. Ayrıca, başvuran İnsan Hakları Komitesi'nin şikayet sahiplerinin isimlerini en başta Yaptırımlar Komitesi'ne ileten Belçika Hükümetinin bu Komiteye isimlerin listeden çıkarılmasına yönelik bir talepte bulunmasını zorunlu kılan mahkeme kararı ile etkili bir hukuk yolunun tesis edildiği sonucuna vardığı yukarıda bahsedilen *Sayadi ve Vinck* davasının (bkz. yukarıdaki 88-92. paragraflar) iki sebepten dolayı mevcut dava ile alakalı olmadığını belirtmiştir. İlk olarak, başvuran İsviçre'nin isminin Birleşmiş Milletler listesinde çıkarılmasını sağlayamadığı hususunda şikayetçi olmamıştır; İnsan Hakları Komitesi ilgili yetkinin Devlette değil, tamamen Yaptırımlar Komitesi'nde olduğunu açık bir şekilde teyit etmiştir. İkinci olarak, başvuranın davasında, Federal Mahkeme, *Sayadi ve Vinck* davasında Brüksel Sulh Mahkemesinin verdiği kararın aksine, davalı Hükümetin başvuranın isminin listeden çıkarılmasına ilişkin her tür girişimde başvurana destek vermek zorunda olduğunu belirtmesine karşın, davalı Hükümetin bu yönde bir eylemde bulunmasına yönelik bir karar almamıştır.

204. Bu nedenle, başvuran söz konusu tedbirlerin Sözleşmenin 3, 8 ve 9. Maddelerine uygunluğunun herhangi bir ulusal mahkeme değerlendirmesine tabi olmadığını ve, bu çerçevede, 13. Madde ile ilgili bir ihlal yapıldığını ileri sürmüştür.

(b) Davalı Hükümet

205. Hükümete göre, 13. madde çerçevesinde, bir bireyin Sözleşmeye yönelik bir ihlal olduğu hususunda tartışmaya açık bir itirazının bulunması halinde, söz konusu bireyin bir "ulusal makam" önünde bir hukuk yoluna başvurması gerektiği ifade edilmektedir. Hükümet, önceki argümanları ile alakalı olarak, başvuranın itirazlarının tam olarak anlaşılamadığını belirtmiştir. Hükümet, Mahkemenin bu değerlendirmeye uygun hareket etmemeye karar vermesi halinde, mevcut davada 8. madde ile birlikte ele alındığında 13. madde ile ilgili herhangi bir ihlal olmadığını ileri sürmüştür.

206. Hükümet başvuranın kendi ismi ve ilişkili olduğu kuruluşların isimlerinin Taliban Yönetmeliği'nin ekindeki listeden silinmesine yönelik bir talepte bulunduğunu belirtmiştir. Bu talebin başvuranın bu hususta herhangi bir etkili hukuk yolu bulunmadığını, çünkü Güvenlik Konseyi kararlarının bağlayıcı olması sebebiyle, başvurana uygulanan yaptırımların kaldırılmadığını tespit eden Federal Mahkeme tarafından incelendiği açık bir şekilde görülmüştür. Bununla birlikte, Federal Mahkeme, bu durumda, İsviçre'nin başvuranın isminin listeden çıkarılmasına yönelik talepte bulunması veya başvuran tarafından başlatılan bir işleme destek olması gerektiğini vurgulamıştır. Bu bağlamda, Hükümet, başvuranın İsviçre vatandaşlığı bulunmaması ve İsviçre'de yaşamaması nedeniyle, Yaptırımlar Komitesi tarafından da teyit edilmiş olduğu üzere, İsviçre'nin isimlerin listeden çıkarılmasına ilişkin bir talepte bulunma hakkının olmadığını görmüştür. İsviçre'nin başvuran tarafından yapılan bir talebe destek vermekten başka şansının olmadığı görülmüş ve İsviçre başvuranın avukatına başvurana karşı yürütülen cezai kovuşturmanın sona erdirildiğini gösteren resmi bir belge göndererek bu desteği sağlamıştır.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

(a) Geçerli ilkeler

207. Mahkeme, 13. Maddede ulusal düzeyde Sözleşmeden doğan haklar ve özgürlüklerin ihlaline ilişkin itirazda bulunulabilecek bir hukuk yolunun teminat altına alındığını görmektedir. Bu nedenle, Sözleşmeye Taraf Devletlere bu hüküm kapsamındaki yükümlülüklerine uygun hareket etme şekli hususunda belirli bir takdir hakkı sağlanmasına karşın, yetkili ulusal makamın hem Sözleşme ile ilgili şikayeti esastan değerlendirmesi hem de uygun telafiyi vermesini sağlayan bir ulusal hukuk yolunun bulunması gerekmektedir. 13. Madde kapsamındaki yükümlülüğün kapsamı başvuranın Sözleşme çerçevesindeki şikayetin mahiyetine dayalı olarak farklılık göstermektedir, ancak her hâlükârda, telafinin bilhassa uygulanmasının Devlet makamlarının eylemleri veya ihmalleri ile engellenemeyecek bir biçimde hem pratikte hem de hukuki açıdan “etkili” olması gerekmektedir (bkz. *Büyükdag / Türkiye*, no. 28340/95, § 64, 21 Aralık 2000, bu metinde atıfta bulunulan davalar ile birlikte, bilhassa *Aksoy / Türkiye*, 18 Aralık 1996, § 95, *Reports* 1996-VI). Belirli koşullar altında, iç hukuk kapsamında sağlanman telafilerin tamamı birlikte düşünüldüğünde,

13. Maddeye ilişkin gereksinimler yerine getirilebilmektedir (bilhassa, bkz. *Leander / İsveç*, 26 Mart 1987, § 77, Series A no. 116).

208. Buna karşın, 13. Madde çerçevesinde, yalnızca Sözleşme ile ilgili “tartışmaya açık” olduğu nitelendirilebilen sorunlar açısından bir hukuk yolunun bulunması gerekmektedir (örneğin, bkz. *Boyle ve Rice / Birleşik Krallık*, 27 Nisan 1988, § 54, Series A no. 131). Sözleşmeye aykırı olduğu gerekçesiyle Sözleşmeye Taraf olan bir Devletin kanunlarının bir ulusal makam önünde tartışmaya açılmasını sağlayan bir hukuk yolu temin edilecek kadar ileri gidilmemektedir (bkz. *Costello-Roberts*, yukarıda belirtilmiştir, § 40). Ancak, Sözleşmeden doğan bir hakkın ihlal edildiği hususunda tartışmaya açık bir itirazda bulunan herhangi bir kişinin iç hukuk düzeninde etkili bir hukuk yolunun olmasının sağlanmasına çalışılmaktadır (ibid., § 39).

(b) Bu ilkelerin mevcut davaya uygulanması

209. Mahkeme, yukarıdaki 8. Madde ile ilgili bir ihlal bulgusu açısından, itirazın tartışmaya açık olduğunu düşünmektedir. Bu nedenle, başvuranın İsviçre hukuku çerçevesinde Sözleşmeden doğan haklarına ilişkin ihlalleri itiraz edebileceği etkili bir hukuk yolunun bulunup bulunmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

210. Mahkeme başvuranın isminin Taliban Yönetmeliği’nin ekinde bulunan listeden silinmesi için ulusal makamlara başvuruda bulunabileceğini ve bu şekilde Sözleşme kapsamındaki şikayetlerine telafi sağlanabileceğini düşünmektedir. Buna karşın, söz konusu makamlar Sözleşmeye ilişkin ihlal iddialarına ilişkin itirazlarını esaslan incelememiştir. Aslında, Federal Mahkeme Güvenlik Konseyi kararlarının İsviçre açısından bağlayıcı olup olmadığını doğrulayabilirken, yaptırımların insan haklarına aykırı olduğu gerekçesiyle başvurana uygulanan yaptırımları kaldıramamıştır (bkz. yukarıdaki 50. paragraf).

211. Bunun yanı sıra, Federal Mahkeme, son zamanlardaki kararlar sonucu geliştirilmesinden sonra bile, Birleşmiş Milletler düzeyindeki listeden çıkarma usulünün Sözleşmenin 13. Maddesi bağlamında etkili bir hukuk yolu olarak nitelendirilemeyeceğini açık bir şekilde ifade etmiştir (ibid.).

212. Ayrıca, Mahkeme CJEC’in şu bulgusuna atıfta bulunacaktır: “tedbir ile Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümü kapsamında alınan bir Güvenlik Konseyi kararının uygulanmasının amaçlanması nedeniyle, söz konusu düzenlemenin meşruiyetinin temel özgürlükler ışığında adli bir değerlendirmeye tabi tutulmaması

Birleşmiş Milletler kapsamındaki uluslararası yasal düzeni düzenleyen ilkelerin bir sonucu değildir” (bkz. CJEK’in *Kadi* kararı, § 299, bkz. yukarıdaki 86. paragraf). Mahkeme, *gerekli değişikliklerin yapılmasının ardından*, aynı muhakemenin mevcut dava ve daha spesifik olarak, İsviçre makamlarının Taliban Yönetmeliğinin Sözleşmeye uygunluğuna ilişkin değerlendirmesi açısından da geçerlilik taşıması gerektiğini düşünmektedir. Ayrıca, Mahkeme Güvenlik Konseyi kararlarında İsviçre makamlarının bu kararlara uygun olarak ulusal düzeyde alınan tedbirleri doğrulamak üzere mekanizmaları uygulamaya koymasını engelleyen hiçbir şey olmadığını tespit etmektedir.

213. Yukarıdaki hususlar açısından bakıldığında, Mahkeme başvuranın isminin Taliban Yönetmeliğinin ekinde bulunan listeden çıkartılmasına yönelik etkili bir yolu bulunmadığını ve bu nedenle, iddia ettiği Sözleşme ihlalleri açısından herhangi bir hukuk yolu bulunmadığını tespit etmektedir (bkz., *gerekli değişikliklerin yapılmasının ardından*, Lord Hope, *Ahmed ve diğerleri* kararının ana bölümünde, §§ 81-82, yukarıdaki 96. paragraf).

214. Bu çerçevede, Mahkeme Hükümet tarafından iç hukuk yollarının kullanılmadığına ilişkin olarak yapılan ön itirazı reddetmektedir ve esastan inceleme yaptığında, 8. Madde ile birlikte ele alındığında 13. Madde ile ilgili bir ihlal olduğunu tespit etmektedir.

IV. SÖZLEŞMENİN 5. MADDESİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

215. Sözleşmenin 5 § 1 Maddesine atıfta bulunan başvuran, adının Yaptırımlar Komitesi’nin listesinde bulunması nedeniyle İsviçre’ye girişi veya İsviçre’den transit geçişini engelleyen İsviçre makamlarının özgürlüğünü elinden aldığını iddia etmiştir. 5 § 4 Maddesi çerçevesinde, başvuran makamların hareket özgürlüğü ile alakalı olarak uygulanan kısıtlamaların meşruiyeti hususunda herhangi bir değerlendirme yapmadığı yönünde şikayette bulunmuştur. Bu hükümler şu şekildedir:

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

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

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

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

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

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

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

...

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

...”

1. Taraflar ve üçüncü taraf müdahillerin görüşleri

(a) Hükümet

216.*Guzzardi / İtalya* (6 Kasım 1980, Series A no. 39) ve *S.F. / İsviçre* (no. 16360/90, 2 Mart 1994 tarihli Komisyon kararı, Decisions and Reports 76-B, pp. 13 v.b.) davalarına atıfta bulunan Hükümet mevcut davada “kişiyi hürriyetinden yoksun kılma” durumunun bulunmadığını öne sürmüştür. Hükümet söz konusu tedbirinin amacının başvurana Campione d’Italia topraklarına hapsedmek olmadığını belirtmiştir. Başvurana yalnızca İsviçre’ye giriş ve İsviçre’den transit geçiş yasağı uygulanmıştır.

Başvuranın hareketlerinin söz konusu tedbir çerçevesinde sınırlandırıldığını düşünmesi yalnızca kendisine bağlanabilmektedir, çünkü başvuran etrafı İsviçre toprakları ile çevrili bir İtalyan yerleşim bölgesinde yaşamayı tercih etmiştir. Ne Birleşmiş Milletler tarafından karar verilen yaptırımlar ne de söz konusu yaptırımların İsviçre makamları tarafından uygulanması başvuranı Campione d'Italia'da ikamet etmek zorunda bırakmıştır. İsteddiği herhangi bir zamanda, başvuranın evini İtalya'nın başka bir bölgesine taşımak üzere izin talebinde bulunabileceğinin belirtilmesi gerekmektedir.

217. Tedbirin etkileri ve koşulları açısından irdelendiğinde, Hükümet, kuramsal olarak kalsa da, başvuranın İsviçre'ye giriş veya İsviçre'den geçiş yasağı dışında herhangi bir kısıtlamaya tabi olmadığını ileri sürmüştür. Aslında, başvuran İsviçre makamlarının gözetimine tabi olmamış, belirli yükümlülüklerle tabi olmamıştır ve istediği kadar kişiyi evinde konuk edebilmiştir. Ayrıca, başvuran istediği her zaman avukatları ile özgürce görüşebilmiştir. Ayrıca, Hükümet Campione d'Italia ve İsviçre arasındaki sınırda devriye bulunmadığını, bu nedenle İsviçre'ye giriş cezasının başvuran tarafından fiziksel bir engel şeklinde algılanamayacağını da ifade etmiştir.

218. Bu sebeplerden dolayı, Hükümet söz konusu tedbirin 5 § 1 Maddesi bağlamında bir kişiyi hürriyetinden yoksun kılma şeklinde nitelendirilemeyeceğini ileri sürmüştür.

(b) Başvuran

219. Başvuran mevcut davanın Komisyonun bir başvuranın birkaç yıldır Campione d'Italia'dan ayrılma izninin olmadığı hususunda 5. Madde kapsamında yaptığı itirazı kabul etmediği *S.F. / İsviçre* (yukarıda belirtilmiştir) davası ile kıyaslanamayacağını öne sürmüştür. İlk olarak, başvuranın davasında, söz konusu bölgeyi terk edememe durumu bir cezai hüküm sonucu gerçekleşmemiştir ve ikinci olarak, başvuran, *S.F.*'deki başvuranın aksine, söz konusu kısıtlamalara adil bir yargılama çerçevesinde itiraz edememiştir.

220. Başvuran hiçbir fiziksel engelin Campione d'Italia'dan ayrılmasına engel olmadığı hususuna karşı çıkmamış, ancak İsviçre ile olan sınırın rastgele kontrollere tabi olduğunu ve söz konusu kontroller çerçevesinde girmesinin yasak olduğu bir bölgeye girmeye çalıştığının tespit edilmesi halinde, ağır cezalar ile sonuçlanabilecek bir yargılama süreci ile karşı karşıya kalacağını belirtmiştir.

221. Başvuran Campione d'Italia'nın yüzölçümünün 1,6 km² olduğunu ve bu nedenle özgür bir şekilde hareket edebileceği alanın 2,5 km² yüzölçümüne sahip bir adada bulunan *Guzzardi* (yukarıda belirtilmiştir) davasındaki başvuranın alanında bile küçük olduğunu ifade etmiştir.

222. Bunun yanında, başvuran Federal Mahkemenin bile kısıtlamaların aslına bakılırsa ev hapsi ile eşdeğer olduğunu kabul ettiğini belirtmiştir. Bütün bu sebeplerden dolayı, başvuran 5 § 1 Maddesinin kendi davasında da geçerli olması gerektiğini öne sürmüştür.

(c) Fransa Hükümeti

223. Bir üçüncü taraf şeklinde davaya müdahil olan Fransa Hükümeti Sözleşmenin 5. Maddesinin belirli bir bölgeye giriş veya bölgeden geçişi yasaklanan bir kişinin durumunda geçerli olamayacağını ve bu hükmün esasının önemli ölçüde çarpıtılmaması halinde, başvuranın Ticino Kantonu içerisindeki bir İtalyan yerleşim bölgesinde ikamet etmesinden kaynaklanan özel durumların değerlendirmeyi değiştiremeyeceğini düşünmüştür.

2. Mahkemenin değerlendirmesi

224. Mahkeme 5. Madde ile bireyin Devlet tarafından özgürlük hakkına keyfi müdahale edilmesine karşı korunması şeklinde belirtilen temel insan hakkının koruma altına alındığını yinelemektedir. 5. Madde metninde sağlanan güvencelerin “herkes” açısından geçerli olduğu açık bir şekilde belirtilmektedir. 5 § 1 Maddesinin (a) ila (f) bentlerinde kişilerin hürriyetlerinin yoksun kılınabileceği gerekçelere ilişkin kapsamlı bir listeye yer verilmektedir. Bu gerekçelerden herhangi birinin kapsamına girmemesi veya “savaş halinde veya ulusun mevcudiyetini tehdit eden diğer acil durumlarda” Sözleşmeye Taraf bir Devletin “durumun zarureti çerçevesinde kesin bir biçimde gerekli olduğu ölçüde” 5. Madde kapsamındaki yükümlülüklerinde istisnalar yapmasını sağlayan tedbirler almasına olanak tanıyan Sözleşmenin 15. Maddesi kapsamında hukuka uygun bir istisna kapsamına girmemesi durumunda, kişinin hürriyetinden yoksun kılınmasına ilişkin hiçbir uygulama 5 § 1 Maddesine uygun olmayacaktır (bkz. *Al-Jedda*, yukarıda belirtilmiştir, § 99; *A. ve Diğerleri / Birleşik*

Krallık [GC], no. 3455/05, §§ 162-163, ECHR 2009 ve *İrlanda / Birleşik Krallık*, yukarıda belirtilmiştir, § 194).

225. 5 § 1 Maddesi İsviçre tarafından onaylanmayan bir protokol olan 4 numaralı Protokolün 2. Maddesi ile düzenlenen hareket özgürlüğüne ilişkin kısıtlamalar ile ilgili değildir. Bir kişinin 5. Madde bağlamında “hürriyetten yoksun bırakılıp bırakılmadığının” belirlenmesi için, başlangıç noktasının bu kişinin somut durumu olması gerekmektedir ve söz konusu tedbirin uygulanma şekli, süresi, etkileri ve biçimi gibi bir dizi ölçütün dikkate alınması gerekmektedir. Hürriyetten yoksun bırakma ve hürriyetin kısıtlanması arasındaki fark mahiyet veya esas açısından değil, düzey veya yoğunluk açısından bir farktır (bkz. *Austin ve Diğerleri / Birleşik Krallık* [GC], no. 39692/09, 40713/09 ve 41008/09, § 57, 15 Mart 2012; *Stanev / Bulgaristan* [GC], no. 36760/06, § 115, 17 Ocak 2012; *Medvedyev ve Diğerleri / Fransa* [GC], no. 3394/03, § 73, ECHR 2010; *Guzzardi*, yukarıda belirtilmiştir, §§ 92-93; *Storck / Almanya*, no. 61603/00, § 71, ECHR 2005-V; ve *Engel ve Diğerleri / Hollanda*, 8 Haziran 1976, § 59, Series A no. 22).

226. Bunun yanında, Mahkeme söz konusu tedbirin “uygulanma şekli” ve “biçiminin” dikkate alınması gereksiniminin (bkz. *Engel ve Diğerleri*, § 59 ve *Guzzardi*, § 92, her ikisi de yukarıda belirtilmiştir) bir hücre hapsi paradigmasının dışındaki kısıtlama türlerine özgü bağlam ve durumlarının dikkate alınmasını sağladığını düşünmektedir (örneğin, bkz. *Engel ve Diğerleri*, § 59 ve *Amuur*, § 43, her ikisi de yukarıda belirtilmiştir). Aslında, tedbirin alındığı bağlam önemli bir faktördür, çünkü modern toplumda kamu yararı için toplumun hareket özgürlüğü veya hürriyet sınırlamaları çekmek zorunda kaldığı durumlar yaygın olarak görülmektedir (bkz. *gerekli değişikliklerin yapılmasının ardından, Austin ve Diğerleri*, yukarıda belirtilmiştir, § 59).

227. Mahkeme, 5. Maddenin mevcut davada geçerli olması gerektiğine yönelik başvurusunu desteklemek üzere başvuranın özellikle yukarıda belirtilen *Guzzardi* davasına atıfta bulunduğunu görmektedir. Söz konusu davada, başvuru bir “mafya grubuna” ait olmasından şüphelenilen ve bu nedenle benzer bir durumdaki diğer sakinler ve denetim personeli ile birlikte 2,5 km²’lik bir alana (etrafı telle çevrilmemiş) sahip bir adada yaşamaya zorlanan bir birey tarafından yapılmıştır. Mahkeme başvuranın 5. Madde bağlamında “hürriyetinden yoksun kılındığını” ve bu nedenle bu hüküm kapsamındaki güvencelerden yararlanabileceğini tespit etmiştir (ayrıca, bkz. *Giulia Manzoni / İtalya*, 1 Temmuz 1997, §§ 18-25, *Reports* 1997-IV).

228. Bunun aksine, başvuranın birkaç yıl boyunca Campione d'Italia'dan ayrılmasına izin verilmediği yönünde şikâyetle bulunduğu *S.F. / İsviçre* davasında (yukarıda belirtilmiştir), Komisyon, 5. Maddenin bu davada geçerli olmadığını tespit ederek, şikayeti kabul etmemiştir. Yüce Divan mevcut davada aşağıdaki sebeplerle son yaklaşımın tercih edilmesini uygun bulmaktadır.

229. Başvuranın somut durumu değerlendirildiğinde, Mahkeme sınırlamaların kayda değer bir süre boyunca sürdürüldüğünü görmektedir. Buna karşın, Mahkeme başvuranın seyahat etmesine izin verilmeyen alanın üçüncü bir ülke olan İsviçre'nin toprakları olduğunu ve uluslararası hukuk çerçevesinde, söz konusu ülkenin bir yabancının girişini engelleme hakkı bulunduğunu görmektedir (bkz. yukarıdaki 164. paragraf). Söz konusu kısıtlamalar başvuranın kendi özgür iradesi ile yaşamak ve faaliyetlerini yürütmek üzere seçtiği daimi ikamet adresinin bulunduğu topraklar içerisinde özgür bir şekilde yaşaması ve hareket etmesini engellememiştir. Mahkeme, bu durumlar altında, başvuranın durumunun *Guzzardi*'deki (yukarıda belirtilmiştir) fiili durumdan tamamen farklı olduğunu ve başvurana uygulanan yasağın Sözleşmenin 5. Maddesi açısından bir sorun teşkil etmediğini değerlendirmektedir.

230. Ayrıca, Mahkeme Campione d'Italia'nın küçük bir alanı bulunduğunu görmektedir. Buna karşın, Mahkeme başvuranın, aslına bakılırsa, bir gözaltına alınma durumunda olmadığını ve fiilen ev hapsi halinde olmadığını da görmektedir: sadece, başvuranın belirli bir bölgeye girişi veya bu bölgeden geçişi yasaklanmıştır ve bu tedbirin bir sonucu olarak, başvuran söz konusu yerleşim bölgesinin dışına çıkamamıştır.

231. Ek olarak, Mahkeme başvuranın İsviçre Hükümetinin İsviçre Makamları tarafından denetim altında tutulmadığı ve polise düzenli olarak bildirimde bulunma zorunluluğunun bulunmadığı yönündeki açıklamasına karşı çıkmadığına dikkat çekmektedir (*Guzzardi*'nin aksine, yukarıda belirtilmiştir, § 95). Bunun yanında, başvuranın ailesi, doktorları veya avukatları da dâhil olmak üzere konuk ağırlama özgürlüğünün kısıtlanmadığı da görülmektedir (ibid.).

232. Son olarak, Mahkeme yaptırım rejimi çerçevesinde başvuranın giriş veya geçiş yasağı ile ilgili muafiyet talebinde bulunmasına izin verildiği ve söz konusu muafiyetlerin aslında iki kez kendisine tanındığı, ancak kendisinin bu muafiyetlerden istifade etmediğini de belirtmektedir.

233. Mevcut davadaki tüm hususları dikkate alarak ve kendi içtihadına uygun olarak, Mahkeme, Federal Mahkeme gibi (bkz. yukarıdaki 48. paragraf), başvuranın

İsviçre’ye girişi ve İsviçre’den geçişinin yasaklandığı tedbir çerçevesinde 5 § 1 Maddesi bağlamında “hürriyetinden yoksun kılınmadığına” kanaat getirmektedir.

234. Buradan da anlaşılabacağı üzere, 5. Madde kapsamındaki itirazlar mesnetsizdir ve bu itirazların Sözleşmenin 35 §§ 3 ve 4 Maddelerine uygun olarak reddedilmesi gerekmektedir.

V. SÖZLEŞMEYE İLİŞKİN DİĞER İHLAL İDDİALARI

235. Temel olarak Mahkeme tarafından 5 ve 8. Maddeler kapsamında incelenen argümanlara atıfta bulunan başvuran kendisine uygulanan muamelenin 3. Maddeye aykırı olduğu hususunda itirazda bulunmuştur. Ayrıca, başvuran camiye gitmek üzere Campione d’Italia yerleşim bölgesinden ayrılamaması sonucu, 9. Maddede koruma altına alınan dini veya inancını yaşama özgürlüğünün ihlal edildiğini öne sürmüştür.

236. Elindeki bütün bilgi ve belgeler ışığında ve bu itirazların ulusal mahkemeler önüne taşındığını bile varsayarak, Mahkeme Sözleşmenin 3 ve 9. Maddeleri ile ilgili herhangi bir ihlal olmadığına kanaat getirmektedir.

237. Buradan da anlaşılabacağı üzere, başvurunun bu kısmının Sözleşmenin 35 §§ 3 ve 4 Maddeleri uyarınca mesnetsiz olduğu gerekçesiyle reddedilmesi gerekmektedir.

VI. SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

238. Sözleşmenin 41. maddesi şu şekildedir:

“Eğer Mahkeme bu Sözleşme ve Protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeciler Tarafın iç hukuku bu ihlalin sonuçlarını ancak kısmen ortadan kaldırılabiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, zarar gören taraf lehine adil bir tazmin verilmesine hükmeder.”

A. Zarar

239. Başvuran maddi veya manevi zarar açısından herhangi bir tazminat talebinde bulunmamıştır.

240. Bu çerçevede, bu hususta başvuru tazminat ödenmesine ilişkin herhangi bir talep bulunmamaktadır.

B. Masraflar ve giderler

241. Masraflar ve giderler açısından bakıldığında, başvuran Mahkeme önünde gerçekleşen yargılamalar ile bağlantılı olarak avukatlarının ücretleri için 75.000 İngiliz Sterlini (GBP) artı katma değer vergisi ile birlikte Campione d'Italia'ya seyahat masrafı, telefon görüşmeleri ve ofis giderleri için avukatına tahakkuk eden masraflar için 688,22 Avronun (EUR) ödenmesi talebinde bulunmuştur.

242. Hükümet başvuranın kendisini Mahkemede temsil etmesi için İsviçre'deki ortalama ücretlerden çok daha yüksek bir saatlik ücret talep eden ve Londra'da bulunan bir avukatla anlaşmayı tercih ettiğini ve bu tercih sonucu kayda değer bir seyahat masrafının ortaya çıktığını belirtmiştir. Hükümete göre, mevcut davanın başvuranın iddia ettiği kadar karmaşık olduğu kabul edilse dahi, faturaya yansıtılan saat sayısının gereğinden fazla olduğu belirtilmiştir. Sonuç olarak, Hükümet, başvurunun uygun bulunması halinde, 10.000 İsviçre frangını (CHF) aşmayan bir meblağın adil bir bedel olacağını ifade etmiştir.

243. Mahkeme, Sözleşmeye ilişkin bir ihlal tespit etmesi halinde, söz konusu ihlalin engellenmesi veya tazmin edilmesi amacı ile ulusal mahkemeler önünde tahakkuk eden masraflar ve giderler hususunda başvurayı tazmin edebileceğini yinelemektedir (bkz. *Neulinger ve Shuruk*, yukarıda belirtilmiştir, § 159). Bunun yanında, söz konusu masraf ve giderlerin fiili ve gereken şekilde tahakkuk etmiş olması ve meblağ açısından makul olması gerekmektedir (ibid.).

244. Mahkeme başvuranın bir İngiliz avukat tarafından temsil edilmesinin sonuçlarına katlanması gerektiği yönündeki görüşüne katılmamaktadır. Mahkeme, bu bağlamda, Mahkeme Kurallarının 36 § 4 (a) Kuralı uyarınca, başvuranın temsilcisinin "Sözleşme Taraflarının herhangi birinde faaliyet gösterme yetkisi bulunan ve bu tarafların herhangi birinde ikamet eden bir avukat ..." olması gerektiğini belirtmektedir. Buna karşın, Mahkeme mevcut davada yalnızca 8 ve 13. Maddeler kapsamında ibraz edilen itirazlarla ilgili olarak Sözleşme açısından bir ihlal bulgusuna rastlandığına dikkat çekmektedir. Başvurunun geri kalan kısmı kabul edilmemiştir. Bu nedenle, başvuran tarafından talep edilen meblağ gereğinden fazladır.

245. Sonuç olarak, eldeki bilgi ve belgeler ve yukarıda belirtilen ölçütler ışığında, Mahkeme yargılamalar sonucu başvurana tahakkuk eden masraflar ve giderler için başvurana 30.000 Avro'luk bir meblağın ödenmesini makul bulmaktadır.

C. Temerrüt faizi

246. Mahkeme temerrüt faizi oranının yüzde üçlük ekleme yapılması gereken Avrupa Merkez Bankasının marjinal borç verme faizine dayalı olarak belirlenmesini uygun bulunmaktadır.

BU SEBEPLERDEN DOLAYI, MAHKEME OYBİRLİĞİ İLE ŞU KARARI VERMEKTEDİR

1. Hükümetin başvuranın kişi bakımından uygulama hususunda Sözleşmeye uygun olmadığına ve başvuranın mağduriyetinin bulunmadığına ilişkin ön itirazını *reddetmektedir*;
2. Hükümetin başvurunun yetkili yargılık hususunda Sözleşmeye uygun olmadığına ilişkin ön itirazını *esasla birleştirmektedir*;
3. Hükümetin 5 ve 8. Maddeler kapsamındaki itirazlar hususunda iç hukuk yollarının kullanılmadığına ilişkin ön itirazını *reddetmektedir* ve 13. Madde ile ilgili *itirazı esasla birleştirmektedir*;
4. 8. ve 13. Maddelere ilişkin itirazların kabul edildiğini ve başvurunun geri kalan kısmının kabul edilmediğini *beyan etmektedir*;
5. Hükümetin, başvurunun konu bakımından yetki hususunda Sözleşmeye uygun olmadığına ilişkin ön itirazını *reddetmektedir* ve Sözleşmenin 8. Maddesi ile ilgili bir ihlal olduğuna *kanaat getirmektedir*;
6. Hükümetin, 13. Madde ile ilgili itiraz hususunda iç hukuk yollarının kullanılmadığına ilişkin ön itirazını *reddetmektedir* ve 8. Madde ile

bağlantılı olarak 13. Madde ile ilgili bir ihlal olduğuna *kanaat getirmektedir*;

7. (a) davalı Hükümetin masraflar ve giderler açısından 30.000 Avro'luk (otuz bin avro) meblağ ile bu meblağ üzerinden başvurana tahakkuk edebilecek her türlü vergi meblağını üç ay içerisinde başvurana ödemesine ve söz konusu meblağın ödeme tarihinde geçerli kur üzerinden davalı Devletin para birimine çevrilmesine;
- (b) yukarıda belirtilen üç aylık sürenin sona ermesinden ödeme tarihine kadar, yukarıdaki meblağ üzerinden temerrüt dönemi esnasında Avrupa Merkez Bankasının marjinal borç verme oranına eşdeğer bir oran artı yüzde üçe tekabül eden bir basit faizin ödenmesine *karar vermektedir*;

8. Adilane tazmin olduğu gerekçesiyle, başvuranın diğer taleplerini *reddetmektedir*.

İngilizce ve Fransızca olarak yazılmış ve 12 Eylül 2012 tarihinde, Strazburg'daki İnsan Hakları Binasında yapılan açık bir duruşma esnasında açıklanmıştır.

Michael O'Boyle
Tescil Memuru Vekili

Nicolas Bratza
Başkan

Sözleşmenin 45 § 2 Maddesi ve Mahkeme Kurallarının 74 § 2 Kuralına uygun olarak, aşağıdaki farklı görüşler bu kararın ekinde sunulmuştur:

- (a) Hâkimler Bratza, Nicolaus ve Yudkivska'nın ortak mutabık görüşü;
- (b) Hakim Rozakis'in hazırladığı ve Hakimler Spielmann ve Berro-Lefevre'nin katıldığı mutabık görüş;
- (c) Hâkim Malinverni'nin mutabık görüşü.

Dikkat
M.O'B.

HÂKİMLER BRATZA, NICOLAU VE YUDKIVSKA’NIN ORTAK GÖRÜŞÜ

1. Mevcut davada Sözleşmenin 8. Maddesinin ihlal edildiği bulgusunda mutabık kalmamıza karşın, söz konusu bulguya sebebiyet veren kararın gerekçesinde tam olarak anlaşılamamaktayız. Bilhassa, İsviçre’nin “BM Güvenlik Konseyinin ilgili bağlayıcı kararlarını uygularken sınırlı olduğu görülen, ancak gerçek olan belirli bir takdir yetkisi kullandığına” (180. paragraf) ilişkin sonuç hususunda kayda değer şüphelerimiz bulunmaktadır. Bu sonuç, bize göre, kararların koşulları veya söz konusu kararların alındığı Birleşmiş Milletler Şartı hükümlerinden kaynaklanmamaktadır. Bunun yanında, söz konusu karardaki bu hususa gösterilen ilgiye rağmen, bu hususun Mahkemenin 8. Maddesinin ihlal edildiğine yönelik yargısında önemli bir rol oynamadığı görülmektedir. Söz konusu karar İsviçre’nin ilgili kararlar hususunda kendisine verilen takdir yetkisini kullanmamasından ziyade söz konusu kararlar ile ortaya konan kısıtlamalar dahilinde başvuranın Sözleşmeden doğan haklarının korunmasına ilişkin tedbir almaması veya yeterli tedbirleri almamasına dayalı olarak verilmiştir.

2. Kararda doğru bir şekilde ifade edildiği üzere, 1390 (2002) sayılı Karar çerçevesinde Devletlerin Birleşmiş Milletlerin yaptırımlar Komitesinin listesinde isimleri bulunan bireylerin topraklarına girişi veya topraklarından geçişini engellemesi gerektiği açık bir şekilde belirtilmiştir. Bu kapsamda, söz konusu durum *Al-Jedda / Birleşik Krallık* ([GC], no. 27021/08, ECHR 2011) davasında Mahkeme tarafından değerlendirilen durumdan farklıdır ve *Al-Jedda* davasında, Mahkeme söz konusu karar metninde yargılama olmadan göz altına alma ifadesinin kullanılmadığına ve, açık ve net bir dilin olmadığı bir durumda, Güvenlik Konseyinin üye Devletlere temel insan hakları ilkelerini ihlal edecek herhangi bir yükümlülük verme niyetinde olmadığı yönünde bir ihtimal bulunduğu karar vermiştir. Mevcut dava açısından irdelendiğinde, ilgili Kararın yanı sıra Güvenlik Konseyinin söz konusu Karara uygun olmayan diğer bütün uluslararası yükümlülüklerin bir kenara bırakılmasının ifade edilmesi hususunda daha açık ve net davrandığı 1267 (1999) sayılı Kararın 7. fıkrasında açık ve net bir dil kullanılmıştır.

3. Kararda belirtildiği üzere, 2 Ekim 2000 tarihli Taliban Yönetmeliği’ni çıkardığında ve 1390 (2002) sayılı Kararı uygulamak üzere Yönetmeliğin 4 (a) Maddesini eklediğinde, İsviçre’nin Birleşmiş Milletler üyesi olmadığı, ancak Avrupa Sözleşmesi’nin İsviçre için bağlayıcı olduğu doğrudur. Buna karşın, bu hususa fazla

ehemmiyet vermemekteyiz. Kararda ifade edildiği üzere, ilgili kararlar yalnızca Birleşmiş Milletler Üyesi Devletlere değil, “bütün Devletlere” yöneliktir. Ayrıca, İsviçre topraklarına giriş veya bu topraklardan geçişin engellenmesine yönelik gereksinimin İsviçre’nin Eylül 2002’de Birleşmiş Milletler üyesi olduğu tarihten itibaren geçerlilik taşıdığı da açıktır. İsviçre’nin en geç bu tarihten itibaren başvurunu ilgili kişilerin isimlerinin tutulduğu listeye eklemek zorunda olmasının yanı sıra, Ekim 2003’te, 1363 (2001) sayılı Karar ile kurulan İzleme Grubundan gelen eleştirilerin ardından, İsviçre başvuranın, İsviçre ve İtalya arasında görece özgür şekilde seyahat etmesini sağlayan özel sınır geçiş iznini kaldırmak zorunda kalmıştır (bkz. kararın 25. paragrafı).

4. Kararda Devletlere bir takdir hakkı sağlandığı şeklindeki bulguya temelde Birleşmiş Milletlerin Güvenlik Konseyi tarafından VII. Bölüm kapsamında alınan kararların uygulanması hususunda belirli bir modeli dayatmadığı şeklindeki bir argümana dayalı olarak ulaşılmıştır ve Şart esasen Birleşmiş Milletler Üyesi Devletlere bu kararların iç hukuk düzenlerine aktarılmasına yönelik çeşitli muhtemel modeller arasında özgür bir seçim hakkı sunmaktadır (176. paragraf).

5. İlgili Güvenlik Konseyi kararları ile Devletlere verilen yükümlülüklerin uygulamaya geçirilmesine ilişkin farklı mekanizmaların bulunduğunu rahatlıkla kabul etmekteyiz. Ancak, 1390 (2003) sayılı Karar çerçevesinde Devletlere verilen yükümlülük, Kararda açık bir şekilde belirtilen istisnalar veya muafiyetlere tabi olarak söz konusu yaptırımların eksiksiz olarak uygulamaya konması hususunda Devletlere herhangi bir esneklik veya takdir hakkının sağlanmadığı, ancak söz konusu devletlerin Yaptırımlar Komitesi listesindeki bütün kişilerin topraklarına girişi veya topraklarından geçişini engellemesi gerektiği bağlayıcı bir yükümlülüktür. Geçerli tek istisnanın bir adli sürecin tamamlanması için giriş veya geçişin gerekli olduğu durumlarda hükümlerin uygulanmadığı Kararın 2 (b) fıkrasında sağlanan istisna olduğu görülmüştür.

6. Benzer şekilde, kararın 178. paragrafında Devletlerin “çıkarılan mevzuatlar veya idari tedbirler, uygunluğuna göre, ulusal kanunlar veya yönetmelikler çerçevesinde vatandaşları ve kendi topraklarında faaliyet gösteren diğer bireyler veya kuruluşlarla karşı uygulanan tedbirler vasıtasıyla” uygulamak ve güçlendirmek üzere ivedi adımları atmaya teşvik edildiği Kararın 8. fıkrası kapsamında Devletlere takdir hakkı verildiği görüşüne mesnet bulamamaktayız. Hiç şüphe yok ki, kararda belirtildiği üzere, “uygunluğuna göre” ifadesi ile makamların adli ve idari tedbirler

arasında bir seçim hakkının olacağı ve bu nedenle, tedbirlerin uygulanma ve güçlendirilme şekilleri açısından söz konusu makamlara belirli bir esneklik sağlandığı düşünülmüştür. Ancak, bu ifade ile Devletlerin Kararın 2. fıkrasındaki hükümleri eksiksiz olarak uygulama yükümlülüğü açısından herhangi bir takdir hakkı sağlanmadığı açıktır.

7. Ayrıca, kararın 179. paragrafında İsviçre Ulusal Konseyinin Dış Politika Komisyonunun Federal Konseyden, 2010 yılının sonundan itibaren belirli durumlarda terörizmle mücadele kararları çerçevesinde bireylere karşı öngörülen yaptırımları uygulamayacağı hususunda BM Güvenlik Konseyine bilgi vermesi talebinde bulunduğu 1 Mart 2010 tarihli önerenin isnat gösterilmesi konusunda da ikna olmamış bulunmaktayız. Muhakkak, İsviçre Parlamentosu, söz konusu önergeyi kabul ederek, “terörizmle mücadele kararlarının uygulanması hususunda belirli bir takdir hakkı sağlama niyetinin olduğunu ifade etmiştir”. Buna karşın, başvuranın isminin listeden silinmesinden birkaç ay sonra Parlamentonun Kararın hükümlerine koşulsuz olarak uymayı reddetme hususunda bir takdir hakkını tek taraflı olarak açıklaması söz konusudur; ancak söz konusu takdir hakkı veya esnekliğin Karar kapsamında İsviçre’ye sağlanıp sağlanmadığı tamamen farklı bir şeydir. Bize göre, söz konusu takdir hakkı veya esneklik sağlanmamıştır.

8. İsviçre Federal Mahkemesi gibi, biz de Devletlerin ilgili Güvenlik Konseyi Kararları ile ortaya konan yaptırımların uygulanmasına ilişkin yükümlülük hususunda herhangi bir takdir yetkisinin bulunmadığını ve İsviçre’nin Yaptırımlar Komitesi listesinde ismi bulunan bir kişi veya kuruluşa ilişkin olarak yaptırımların devam edip etmemesine yönelik kararı kendi inisiyatifine göre vermesinin yasak olduğunu düşünmekteyiz.

9. Buna karşın, bu durum Sözleşmenin 8. Maddesi kapsamındaki soruna çözüm getirmemektedir. Sözleşme kapsamında belirtilen diğer haklar veya yükümlülükler bakımaksızın 1390 (2002) sayılı Kararın hükümlerine sıkı sıkıya bağlı kalmak zorunda olmalarına karşın, Devletlerin ilgili bireylerin özel veya aile hayatına etkisi olan tedbirlerin etkilerini azaltmak üzere gerekli bütün adımları atma yükümlülükleri ortadan kaldırılmamıştır.

10. Mevcut başvuranın durumu, emsalsiz olmasa bile, oldukça istisnai bir nitelik taşımıştır ve Taliban Yönetmeliği’nin başvuranın özel ve aile hayatına etkisi su götürmez bir şekilde ciddi bir nitelik taşımıştır. Söz konusu tedbirler, Federal Mahkemenin açık bir şekilde tespit ettiği üzere, etrafı İsviçre’nin Ticino Kantonu ile

çevrili küçük bir yerleşim bölgesi olan ve başvuranın 1970’den bu yana ikamet ettiği Campione d’Italia’nın konumu dikkate alındığında, başvuranın özgürlüğü ile ilgili önemli bir kısıtlama teşkil etmiştir. En azından Ekim 2003’ten itibaren, başvuranın İsviçre’ye girişinin yanı sıra vatandaşı olduğu ülke olan İtalya’nın diğer bölgelerine seyahat etmek üzere dahi Campione d’Italia’dan ayrılması engellenmiştir. Söz konusu yasak başvuranın kendi aile fertleri de dahil olmak üzere ilgili yerleşim bölgesi dışında yaşayan diğer kişilerle iletişim kurmasını oldukça zor hale getirmiştir. Bu koşullar altında, Federal Mahkemenin belirttiği üzere, İsviçre makamlarının “BM Güvenlik Konseyi kararları kapsamında yaptırım rejimini hafifleten bütün olanaklardan yararlanmak zorunda olduğu” öngörülmüştür. Ayrıca, bize göre, İsviçre makamlarının rejimin başvuranın özel ve aile hayatındaki ciddi etkisini olabildiğince azaltmak üzere rejimde bir değişiklik meydana getirmek üzere faydalanabilecekleri bütün adımları atması da gerekmiştir.

11. İsviçre, kendi inisiyatifiyle ve ilgili Kararlarla tutarlı bir şekilde, başvuranın ismini Taliban Yönetmeliğinin 2. Ekinden silememiştir ve Yaptırımlar Komitesi kişiler veya kuruluşların isimlerinin silinmesi hususunda tek sorumludur. Başvuranın isminin İsviçre’nin girişimi üzerine listeye eklenmemesi nedeniyle ve İsviçre’nin başvuranın vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği ülke olmaması sebebiyle, İsviçre’nin Kararlar kapsamında başvuranın isminin Yaptırımlar Komitesi tarafından silinmesi için girişimlerde bulunma yönünde resmi bir yetkisi bulunmamıştır. Bununla birlikte, Yüce Divanın diğer üyeleri ile ortak bir şekilde, İsviçre makamlarının tedbirlerin uzun uygulanma süresi ve başvuranın milliyeti, yaşı ve sağlığı da dahil olmak üzere başvuranın içinde bulunduğu kendine özgü şartları yeteri kadar dikkate almadığını düşünmekteyiz. Ayrıca, bize göre, söz konusu makamlar tıbbi sebeplerle veya adli süreçlerle bağlantılı olarak muafiyet taleplerine olumlu karşılık vermek suretiyle yaptırım rejiminin etkisini hafifletmek veya başvuranın Sözleşmeden doğan haklarının olabildiğince güvence altına alınmasını sağlamak amacı ile başvurana karşı uygulanan yaptırım rejiminde bir değişiklik yapmak üzere gerekli bütün makul adımları atmamıştır.

12. Kararda atıfta bulunulduğu üzere makamlar tarafından faydalanabilecek tedbirler açısından bakıldığında, makamların dört yılı aşkın bir süre önce, yani 31 Mayıs 2005 tarihinde sonlandırılan soruşturma (başvurana karşı yürütülen) sonuçları hususunda Yaptırımlar Komitesi’ne 2 Eylül 2009 tarihine kadar bilgi vermemesi hususuna özel önem atfetmekteyiz. Başvurana karşı yürütülen soruşturmanın

sonlandırılması, başvurana karşı uygulanan yaptırımların kaldırılması açısından önem arz etmiştir. Bu bağlamda, İsviçre'nin başvurana karşı yürütülen adli polis soruşturması sonucunda başvuranın Usame bin Ladin, El Kaide veya Taliban ile ilişkili kişiler veya kuruluşlarla bağlantılarının olduğunu gösteren bilgiler veya kanıtlara ulaşılmadığının teyit edildiği Federal Savcılık mektubunun bir nüshasının Yaptırımlar Komitesi'ne göndermesinden kısa bir süre sonra, başvuranın isminin 23 Eylül 2009 tarihinde listeden çıkarıldığını bilmekteyiz. Bu bilginin iletilmemesi Federal Mahkemenin de özellikle eleştirdiği bir husus olmuştur. Kasım 2007'deki karar tarihine kadar başvuranın isminin listeden çıkarılması işlemini başlatmak üzere kendi başına başvuru yapabileceğine dikkat çeken Federal Mahkeme başvuranın İsviçre'nin desteğine ihtiyaç duymaya devam ettiğini, çünkü İsviçre'nin başvuranın faaliyetleri ile ilgili kapsamlı bir hazırlık soruşturması yapan tek ülke olduğunu vurgulamıştır. İsviçre'nin kendi başına bu işlemi başlatamayacağına kanaat getirirken, en azından soruşturma sonuçlarını Yaptırımlar Komitesi'ne iletebileceğini ve başvuranın isminin listeden çıkarılmasına aktif bir şekilde destek verebileceğine tam anlamıyla katılmaktayız. Kendi soruşturmasının sonuçlarından yararlanarak, İsviçre başvuranın vatandaşlığının bulunduğu ve ikamet ettiği Devlet olan İtalya'yı başvuranın isminin silinme talebinde bulunmak üzere Temmuz 2008'den daha önce adımlar atma yönünde teşvik edebilirdi. Söz konusu tedbirlerin başarılı olması kesin değildi. Ancak, bu çalışmalar sonucunda çok daha erken bir dönemde başvuranın isminin listeden çıkarılabileceği ve 8. Maddeden doğan haklarının tesis edilebileceği öngörülmüştür.

**HÂKİM ROZAKIS'İN HAZIRLADIĞI VE HÂKİMLER SPIELMANN
VE BERRO-LEFEVRE'NİN KATILDIĞI ORTAK GÖRÜŞ**

Mahkemenin bütün başlıklar altındaki kararlarına tamamen katılmaktayım ve bu çerçevede oy vermiş bulunmaktayım. Buna karşın, meslektaşlarımla muhakemesinden ayrı düştüğüm bir husus bulunmaktadır. Bu, genel yaklaşım veya oy verme şeklimi etkilemeyen bir husustur. Bu husus şu şekildedir.

Başvuran İsviçre'ye girişi veya İsviçre'den transit geçişinin yasaklandığı tedbir ile mesleki hayatı ve aile hayatı da dahil olmak üzere özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiği yönünde şikayette bulunmuştur (bkz. kararın 149. paragrafı). Bu hususu desteklemek amacı ile başvuran özel ve aile hayatının etkilendiği bir dizi örnek sunmuştur. Bu örnekler arasında, başvuran isminin Taliban Yönetmeliği'nin ekinde yer alan listeye eklenmesi sonucu onuru ve itibarının zedelendiğini iddia etmiş ve bu nedenle, bütün bu itirazlarını Sözleşmenin 8. Maddesine dayandırmıştır.

Şikayetlerinin bütün hususlarını ayrıntılı olarak değerlendiren Mahkeme, davanın hem kabul edilebilirliği hem de esasını incelerken, onur ve itibarı ile ilgili hususu tartışmamayı tercih etmiştir. Sonuç paragrafında (199. paragraf), Mahkeme yalnızca bu şikayetin ayrı olarak değerlendirilmesine gerek olmadığı şeklindeki iyi bilinen formülü kullanarak onur ve itibar itirazına “üstü kapalı olarak” değinmektedir.

Benim yaklaşımım bu noktada farklılaşmaktadır. Başvuranın onuru ve itibarına ilişkin itirazı Sözleşmenin 8. Maddesi ile ilgili bir ihlal iddiasına ilişkin diğer bütün hususlardan bağımsız bir itiraz değildir. Bu itiraz özel ve aile hayatının İsviçre makamlarının tutumu nedeniyle etkilendiği yönündeki temel şikayetin esas parçalarından biridir. Onur ve itibarın Mahkeme tarafından 8. Madde kapsamında korunmaya değer bir özel hayat unsuru şeklinde nitelendirildiği iyi bir şekilde bilinmektedir – ve hiç şüphe yok ki, başvuran da bu argümandan yararlanmaktadır. Bu homojen ve kapsamlı itirazın bu özel hususunu gözden kaçırarak Mahkeme, onur ve itibarın ayrı bir şekilde değerlendirilmesi (değerlendirilmesi halinde) gerektiği ve bu hususların özel hayatın esas parçalarının merkezinde bulunmasına gerek olmadığı şeklinde yanlış bir izlenime neden olmuştur.

Bu sebeplerden dolayı, 199. paragrafın oluşturulma şekli ve Mahkemenin, onur ve itibar hususunu değerlendirmeye almamasına katılmadığımı belirtmek isterim. Ne de olsa, bu hususun değerlendirilmesi için gerekli olan muhakeme 8.

Maddenin genel analizi hususunda Mahkeme tarafından izlenen ve bir ihlal bulgusuna yol açan muhakemeden çok da farklılık göstermeyecekti.

HAKİM MALINVERNI'NİN ORTAK GÖRÜŞÜ

(Çeviri)

1. Mahkemenin mevcut davada Sözleşmenin 8. Maddesinin ihlal edildiği hususundaki görüşüne katılmaktayım. Buna karşın, Mahkemenin bu sonuca ulaştığı muhakeme hususunda ikna olduğumu söyleyemem.

2. Mahkemenin tüm argümanı, Güvenlik Konseyi kararları uygulanırken, davalı Devletin “sınırlı olduğu kabul edilen, ancak gerçek olan belirli bir takdir hakkının bulunduğu” şeklindeki ifadeye dayanmaktadır (180. paragraf). Bu ifadenin desteklenmesi için, aşağıdaki sebepler öne sürülmektedir (175-179. paragraflar).

3. Mahkeme davalı Devletin takdir yetkisinin bu kararlarda kullanılan ifadelerden kaynaklandığını belirterek sözlerine başlamaktadır. 1390 (2002) sayılı Kararın 2(b) fıkrasında, “giriş veya geçişin yasal bir sürecin gerçekleştirilmesi için gerekli olması halinde ...” yasağın geçerlilik taşımadığı belirtilmektedir. Mahkeme bu ifadeden “gerekli” sıfatının makamlara belirli bir takdir hakkı sağladığını ve “söz konusu takdir yetkisinin duruma bağlı olarak değerlendirilmesi gerektiğini” çıkarmaktadır (177. paragraf). Bunun kesinlikle doğru olmasına rağmen, Mahkemenin bu metinde kullanılan ifadelerin aynı hükümde belirtilen genel kurala ilişkin bir istisna ile alakalı olduğunu ve ulusal makamların söz konusu kuralı uygularken yararlanabileceği bir takdir hakkının tanınmasından çok uzak olduğunu gözden kaçırdığı görülmektedir. Bunun yanı sıra, adli yargılama hususu dışında, bu hüküm söz konusu takdir yetkisini Devletlere değil, Yaptırım Komitesine vermektedir.

4. Ayrıca, Mahkeme metinde kullanılan ifadeler ile “ulusal makamlara kararın uygulanma şekli hususunda belirli bir esneklik tanındığını” belirtmek üzere 1390 (2002) sayılı Kararın 8. fıkrasındaki “uygunluğuna göre” ifadesinden yararlanmaktadır (178. paragraf). Ancak, bana göre, 1390 sayılı Kararın bu hükmü yanlış yorumlanmaktadır. Aslında, “uygunluğuna göre” ifadesi kendisinden hemen önce kullanılan kelimeler olan “çıkarılan mevzuatlar veya idari tedbirler” ile ilgilidir. En basit haliyle, çeşitli Devletlerin yasal düzenine dayalı olarak ve özel durumlarda, Devletin mevzuat çıkarmak veya idari tedbirler almak zorunda kalacağı ifade edilmektedir. Bu yüzden, söz konusu ifadeden kararın uygulanması hususunda Devletlere tanınan takdir yetkisi ile ilgili herhangi bir sonuç çıkarılamaz.

5. Mahkemenin son argümanı İsviçre Ulusal Konseyinin Dış Politika Komisyonunun Federal Mahkemeden terörizmle mücadele kararları kapsamında bireylere karşı öngörülen yaptırımları artık koşulsuz olarak uygulamayacağını BM Güvenlik Konseyine bildirmesi hususunda talepte bulunduğu önerge ile ilgilidir. Bu önerge kabul edilirken, Federal Parlamentonun “Güvenlik Konseyinin terörizmle mücadele kararlarının uygulanması hususunda belirli bir takdir yetkisi kullanma niyetini” ifade ettiği söylenmektedir (179. paragraf). Bunun kesinlikle doğru olmasına karşın, bu ifadeden yararlanılarak mevcut davada İsviçre’ye sağlanan takdir yetkisi hususunda bir çıkarım yapılamaz, çünkü söz konusu önerge 1 Mart 2010 tarihinde çıkarılmıştır (bkz. 63. paragraf). Bir başka deyişle, başvuranın ismi 23 Eylül 2009 tarihinde listeden çıkarılmıştır ve söz konusu önerge bu tarihten sonra çıkarılmıştır (bkz. 62. paragraf).

6. Davalı Devletin BM kararlarının uygulanması hususunda belirli bir takdir yetkisine sahip olduğu bulgusunun değerlendirilmesi hususunda, Mahkeme mevcut davada 8. Madde ile koruma altına alınan haklara müdahalede orantılılık ilkesine uyulup uyulmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme bu soruya olumsuz yanıt vermiş ve “İsviçre makamlarının Campione d’Italia’nın kendine has coğrafi durumu, tedbirlerin uzun uygulanma süresi veya başvuranın milliyeti, yaşı ve sağlığına ilişkin hususları yeteri kadar dikkate almadığını” tespit etmiştir. Bu çerçevede, Mahkemeye göre, başvuranın özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale “demokratik bir toplumda gerekli görülmemiştir”.

7. Buna karşın, Mahkeme tarafından bu sonuca ulaşmak üzere kullanılan bazı argümanlar ikna edici görülmemektedir. Bu nedenle, başvuranın İsviçre vatandaşı olmadığı göz önünde bulundurulduğunda ve başvuranın herhangi bir destek talebi olmadığı göz önüne alındığında, İsviçre kendine özgü durumu nedeniyle başvurayı etkileyen yaptırımlar hususunda Yaptırımlar Komitesinden daha geniş kapsamlı bir muafiyet arayışında başvurana destek sağlamadığı gerekçesiyle ciddi bir şekilde eleştirilebilir mi (193. paragraf)? Veya isimlerin listeden çıkarılmasına ilişkin süreci başlatmanın kişinin vatandaşı olduğu veya ikamet ettiği Devletin görevi olduğu değerlendirildiğinde, İsviçre başvuranın isminin Yaptırımlar Komitesinin listesinden silinmesi için adımları atma hususunda İtalya’yı teşvik etmediği gerekçesiyle eleştirilebilir mi?

II

8. İsviçre’ye herhangi bir takdir yetkisi verilmediğine ilişkin görüş bu bağlamda aşağıdaki tespiti yapan Federal Mahkeme tarafından da ifade edilmiştir (bkz. 50. paragraf):

“8.1 ... Yaptırımlar (mal varlığının dondurulması, giriş ve geçiş yasağı, silah ambargosu) ayrıntılı olarak açıklanmaktadır ve üye Devletlere uygulama konusunda herhangi bir takdir hakkı verilmemektedir. ... Bu şekilde, üye Devletlerin Yaptırım Komitesinin listesinde bulunan bir kişi veya kuruluş açısından yaptırımların uygulanmasına devam ediliş edilmemesi hususunda kendi başlarına karar vermeleri yasaktır.”

Ayrıca, Federal Mahkeme Federal Taliban Yönetmeliğinin 4(a) Maddesi kapsamındaki seyahat yasağının Güvenlik Konseyi kararları ile getirilen yaptırımların kapsamını aşp aşmadığını ve, aşması halinde, İsviçre makamlarının bu hususta belirli bir takdir yetkisi olup olmadığını incelemiştir. Federal Mahkeme bu soruya olumsuz yanıt vermiştir (bkz. 50. paragraf):

“10.2 ... Yönetmeliğinin 4a § 2 Maddesi ‘kanuna aykırılığı haklı kılan’ bir hüküm şeklinde oluşturulmuştur ve Federal Göçmenlik Bürosunun belirli bir takdir yetkisine sahip olduğu *izlenimini* vermektedir¹. ... Federal Göçmenlik Bürosunun bu açıdan herhangi bir takdir yetkisi bulunmamaktadır. Daha ziyade, bu kuruluşun bir *muafiyet*² sağlanmasına yönelik koşulların yerine getirilip getirilmediğini değerlendirmesi gerekmektedir.”

9. Üçüncü taraflar şeklinde davaya müdahil olan Fransa ve Birleşik Krallık Hükümetleri bu görüşü paylaşmış ve İsviçre makamlarının Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması hususunda herhangi bir takdir yetkisi bulunmadığını belirtmiştir (bkz. 175. paragraf). Bilhassa, Birleşik Krallık Hükümetine göre, Güvenlik Konseyi Devletlere spesifik tedbirler uygulamak üzere “açık ve net bir dil” kullanmıştır (bkz. 111. paragraf).

10. Sonuç olarak, söz konusu Güvenlik Konseyi kararlarının Devletleri imzaladıkları diğer uluslararası sözleşmelerden doğan haklar ve yükümlülükleri dikkate almadan bu kararları eksiksiz olarak ve kesin bir ifadeyle uygulamak zorunda

¹Vurgu eklenmiştir

²Vurgu eklenmiştir

bırakan çok net ve zorunlu koşulları göz önüne alınarak ve yaptırımların ayrıntılı bir şekilde açıklanması ve ilgili insanların isimlerinin kapsamlı listelerde bulunması sebebiyle, bana göre, İsviçre'nin mevcut davada takdir yetkisinin bulunduğu yönündeki argümanı desteklemek zordur. Buradaki durum bir *takdir* yetkisi değil, bir *zorunlu* yetki ile ilgilidir. Bu nedenle, Mahkemenin bu yaklaşımında hatalı olduğuna inanmaktayım. Mahkemenin Federal Mahkemenin yaklaşımını izlemesi, ancak zıt yönde bir yargıya ulaşması gerektiğini düşünmekteyim.

III

11. Federal Mahkeme, uygulamak zorunda olduğu BM kararlarındaki ifadelerden bu kararları başvuranın temel haklarına tutarlı şekilde yorumlamasını sağlayan herhangi bir takdir yetkisi bulunduğu sonucunu çıkaramadığı için, önüne gelen davayı normların hiyerarşisi ilkesine dayalı olarak çözüme kavuşturmaktan başka bir seçenek görmemiştir. Federal Mahkeme İsviçre'nin söz konusu kararlar kapsamındaki yükümlülüklerinin Sözleşme ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesinden doğan yükümlülüklerinden daha öncelikli olduğuna karar vermiştir. Bu karar doğru muydu veya İsviçre yüksek mahkemesi Güvenlik Konseyi kararları ile İsviçre'ye dayatılan yükümlülükleri sorgulamadan körü körüne uyguladığı gerekçesiyle eleştirilebilir mi?

12. Mahkeme bu hususu ele almamıştır. Mahkemeye göre, vardığı yargı “davalı ve müdahil Hükümetler tarafından ortaya atıldığı üzere, Sözleşmeye Taraf Devletlerin bu kararlar kapsamındaki yükümlülükler ile Birleşmiş Milletler Şartından kaynaklanan yükümlülükler arasındaki hiyerarşi durumunun belirlenmesi” sonucu ortaya çıkmıştır. ... Önemli husus davalı Hükümetin farklı olarak gördüğü yükümlülükleri uyumlaştırma yönünde mümkün olan çabayı göstermemiş olmasıdır” (197. paragraf). Aşağıdaki sebeplerden ötürü, bu görüşe katılmakta ciddi bir zorluk yaşamaktayım.

13. Güvenlik Konseyinin kararları ve belirli Devletlerin uluslararası insan hakları antlaşmaları kabul etmekle üstlendikleri yükümlülükler arasındaki çelişkinin farkında olduğu açıktır. Bu nedenle, Güvenlik Konseyi, çıkardığı her karar açısından, “ortaya konan tedbirlerin yürürlüğe giriş tarihinden önce ... uluslararası sözleşmeler çerçevesinde sağlanan haklar veya dayatılan yükümlülüklerin mevcudiyetine bakılmaksızın” Devletlerin bu kararlara uygun hareket etmek zorunda olduğunu açık

bir şekilde ifade etmiştir (1267 (1999) sayılı Karar – 7. fıkra; 1333 (2000) sayılı Karar – 17. fıkra; kararın 70-71. paragraflarında belirtilmiştir).

14. Güvenlik Konseyinin bu şekilde hareket etmeye hakkı var mıydı? Hiç şüphe yok ki, Birleşmiş Milletler Şartının 25. Maddesi çerçevesinde, üye Devletlerin bu kararları kabul etmesi ve uygulaması gerekmektedir. Bunun yanında, Şartın 103. Maddesinde Birleşmiş Milletler üyelerinin Şart çerçevesindeki yükümlülükleri ve diğer uluslararası anlaşmalardan doğan yükümlülükleri arasında herhangi bir çelişki bulunması halinde, Şart yükümlülüklerinin geçerli olacağı ifade edilmektedir. Ayrıca, Uluslararası Adalet Divanının içtihatına göre, bu üstünlük Şartın hükümleri ile sınırlı değildir ve Güvenlik Konseyinin bağlayıcı kararlarından doğan bütün yükümlülükleri de kapsamaktadır³.

15. Ancak, bu iki Şart hükmü Güvenlik Konseyine kayıtsız ve şartsız yetki vermekte midir? Bunun hiçbir kesinliği yoktur. Birleşmiş Milletlerin diğer organları gibi, Güvenlik Konseyi de Şartın hükümlerine uygun hareket etmek zorundadır. Ayrıca, Şartın 25. Maddesinde, bu kuruluşun üyelerinin Güvenlik Konseyinin kararlarını “mevcut Şarta uygun olarak” uygulamak zorunda olduğu belirtilmektedir. Şartın 24 § 2 Maddesinde, görevlerini yerine getirirken, “Güvenlik Konseyinin Birleşmiş Milletler Amaçları ve İlkelerine uygun olarak hareket etmek zorunda bulunduğu” belirtilmektedir. Şartın 1 § 3 Maddesinde, bu amaçlar ve ilkelerin “insan hakları ve temel özgürlüklere saygı gösterilmesini” de kapsadığı açık bir şekilde ortaya konmaktadır. Bu ifadeden yola çıkılarak Güvenlik Konseyinin barışı koruma görevini yerine getirirken dahi insan haklarına saygı göstermesi gerektiği sonucuna varılması için dahi olmaya gerek yoktur. Aslında, bu görüşün belirli uluslararası organlar tarafından son zamanlarda verilen kararlar ile teyit edildiği görülmektedir.

16. 3 Eylül 2008 tarihli *Kadi ve Al Barakaat* kararında⁴, Avrupa Toplulukları Adalet Divanının (“CJEC”) Güvenlik Konseyinin El Kaide ve Taliban kararlarının uygulandığı (EC) 881/2002 sayılı Yönetmeliğin hukuka uygunluğunu değerlendirme yetkisinin bulunduğuna karar vermiştir. Mahkeme, savunma hakları, etkili adli değerlendirme hakkı ve mülkiyet hakkı başta olmak üzere başvuranın haklarının ihlal edildiğini de tespit etmiştir:

³*Lockerbie’deki Uçak Kazası (Libya Arap Cemahiriyesi / Birleşik Krallık) nedeniyle ortaya çıkan 1971 Montreal Sözleşmesinin Yorumlanması ve Uygulanması ile ilgili Sorular (Geçici Tedbirler, 14 Nisan 1992 tarihli Karar, ICJ Reports 1992, § 42)*

⁴Bkz. mevcut kararın 83. paragrafı.

“Yukarıdaki hususlardan hareketle, AT Topluluğu tarafından verilen yetkilere uygun olarak, Topluluk yargı organlarının bütün Topluluk düzenlemelerinin hukuka uygunluğunun Topluluk hukukunun genel ilkelerinin ayrılmaz bir parçasını meydana getiren temel haklar ışığında değerlendirilmesini (esasen, eksiksiz değerlendirme) sağlamak zorunda olduğu sonucuna varılmıştır. Söz konusu düzenleme de dahil olmak üzere Güvenlik Konseyi tarafından Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümü kapsamında çıkarılan kararlarının uygulanması amacı ile tasarlanmış Topluluk tedbirlerinin değerlendirilmesi de bu kapsama girmektedir.” (§ 326)⁵

17. Bu şekilde, CJEC temyizdeki iki kararı bir kenara bırakmış ve Sulh Mahkemesinin “Birleşmiş Milletlerdeki uluslararası hukuk düzeni ve Topluluk hukuk düzeni arasındaki ilişkiyi düzenleyen ilkelerden hareketle, Güvenlik Konseyi tarafından Birleşmiş Milletler Şartının VII. Bölümü çerçevesinde alınan bir kararın uygulanması amacı ile tasarlanması ve söz konusu düzenleme çerçevesinde herhangi bir takdir yetkisinin sağlanmaması hasebiyle, söz konusu düzenlemenin hukuka uygunluğunun değerlendirilmemesi gerektiği sonucuna varırken ...” (§ 327) hukuksal açıdan hata yaptığına karar vermiştir.

18. Lüksemburg Mahkemesinin bu kararı tarihi bir karar olarak nitelendirilebilmektedir, çünkü bu kararda insan haklarına saygı gösterilmesinin Avrupa Birliğinin anayasal temelini oluşturduğu ve Güvenlik Konseyi kararlarının uygulandığı düzenlemelerin incelenmesi de dahil olmak üzere, bu hususa uygun hareket etme zorunluluğunun bulunduğu ifade edilmiştir⁶.

19. İnsan Hakları Komitesi, *Sayadi ve Vinck / Belçika* davasındaki (bkz. kararın 88. paragrafı) bulgularında, “Taraf Devletçe uygulanan yükümlülüklerin kaynağına bakılmaksızın” kendisine yönelik belge ile ilgili karar verme yetkisinin bulunduğuna karar vermiştir (7.2 numaralı bölüm). Bir başka deyişle, söz konusu kaynağın bir Güvenlik Konseyi kararında bulunmasının gerekli olması durumunda bile, bu yetki söz konusudur. Bu nedenle, Komite ilgili Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması amacı ile alınan ulusal tedbirlerin Sözleşmeye uygunluğunu

⁵Vurgu eklenmiştir

⁶Bkz. Hanspeter Mock ve Alvaro Borghi “Vers une sortie du labyrinthe des listes antiterroristes de l'ONU”, in *Les droits de l'homme en évolution : mélanges en l'honneur du professeur Petros J. Pararas*, Athens-Brussels, 2009, p. 406 .

değerlendirmiş ve Sözleşmenin bazı hükümleri ile ilgili ihlal bulunduğunu tespit etmiştir.

20. Bu husus bir soruyu gündeme getirmektedir: Avrupa’da insan haklarına saygı gösterilmesinin bir garantörü olan Mahkemenin mevcut davanın temelinde yatan norm çelişkisi gibi hassas bir konuyu ele alırken ve bu konuya çözüm getirmeye çalışırken Avrupa Adalet Divanı veya İnsan Hakları Komitesinden daha cesaretli olması gerekli değil midir? Ne de olsa, Mahkeme “insan haklarının ihlal edilmesine karşı son kale” değil midir?⁷Söz konusu Güvenlik Konseyi kararlarının Mahkemenin doğrudan denetimi altına girmediğinin ve Birleşmiş Milletlerin Sözleşmeye taraf olmadığının tamamen farkındayım. Buna karşın, Devletler tarafından bu kararlara uygun olarak yapılan düzenlemeler açısından böyle bir durum söz konusu değildir. Söz konusu düzenlemeler çerçevesinde Sözleşme kapsamında Devletlere sorumluluk verilebilmektedir. Bunun yanında, insan haklarına ilişkin temel ilkeler günümüzde belirli uluslararası sözleşmelerde belirtilmenin yanı sıra, uluslararası kuruluşlar da dahil olmak üzere uluslararası hukukun bütün unsurları açısından bağlayıcı özelliği bulunan teamül hukukunun bir parçasını oluşturmaktadır.⁸

IV

21.Şartın 103. Maddesi Federal Mahkemenin kararında belirleyici bir rol oynamıştır. Federal Mahkeme, Güvenlik Konseyi kararlarının İsviçre’nin Sözleşme ve Uluslararası Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi çerçevesindeki yükümlülüklerinden üstün olduğuna karar verirken, kararını bu hükme dayandırmıştır. Buna karşın, 103. Maddenin bu şekilde yorumlanmasının Devletlerin ortak güvenlik gereksinimleri ve temel haklara saygı gösterilmesi arasında bir denge kurması gerektiği açısından bakıldığında eleştiriye açık olup olmadığının sorgulanması gerekmektedir, çünkü bu durumda haklar güvenlik adına feda edilecektir⁹. *Kadi* kararında, CJEC Güvenlik Konseyi kararlarının bilhassa temel haklar ile bağlantılı olarak değerlendirildiğinde

⁷Bkz. Josiane Auvret – Finck “Le contrôle des décisions du Conseil de sécurité par la Cour européenne des droits de l’homme”, in *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l’Union européenne ; équilibres et déséquilibres de la balance*, Constance Grewe et al. (eds.), Brussels, 2010, p. 214.

⁸Bu hususta, bkz. Luigi Condorelli, G.M. Palmieri’deki (ed.) “Sonuçlar” bölümü, *Les évolutions de la protection juridictionnelle des fonctionnaires internationaux et européens - développements récents*, Brussels, 2012, p. 359.

⁹Bkz. Pasquale De Sena, “Le Conseil de sécurité et le contrôle du juge”, in *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l’Union européenne* (note7, supra), p. 44.

Topluluk normları hiyerarşisinde kesin bir üstünlüğünün bulunmadığını üstü kapalı olarak ifade etmiştir (bkz. *Kadi*, § 293). Diğer bir deyişle, *Kadi* kararının terörizmle mücadele gereksinimi ve insan haklarına saygı gösterilmesi arasındaki bir dengenin sonucu olarak alındığına şüphe yoktur.

22. Şartın 103. maddesinde söz konusu düzenlemenin diğer bütün uluslararası anlaşmalardan üstün olduğu vurgulanmaktadır. Daha önce de ifade ettiğim üzere, Uluslararası Adalet Divanına göre, bu üstünlük yalnızca Şart hükümleriyle sınırlı kalmamaktadır ve Güvenlik Konseyi kararlarının bütün bağlayıcı hükümlerini de kapsamaktadır. Bununla birlikte, Şartın 103. Maddesinde kullanılan ifadelerle göre, bu hüküm yalnızca “mevcut Şart kapsamındaki ... yükümlülükler” açısından geçerlilik taşımaktadır. O halde, Birleşmiş Milletlerin *birincil* mevzuatı olan Şart ile bağlayıcı olmasına karşın (25. Madde) *ikincil* veya *alt* BM mevzuatı olarak kabul edilebilecek Güvenlik Konseyi kararları arasında bir ayırım yapılması uygun olmayacak mıdır? Bu durumda, söz konusu kararların “diğer bütün uluslararası anlaşmalara” üstünlüğü, bilhassa ilgili anlaşmanın uluslararası bir insan hakları antlaşması olması durumunda, Şartın 103. maddesi ışığında göreceli olarak değerlendirilebilecektir¹⁰.

23. 23 Ocak 2008 tarihli Parlamento Toplantısında¹¹ doğru bir şekilde ifade edildiği üzere, son zamanlardaki birtakım gelişmelere karşın, Güvenlik Konseyi tarafından uygulanan temel ihzari ve usul standartlarının “hiçbir şekilde asgari standartları karşılamadığı ... ve temel insan hakları ve hukukun üstünlüğü ilkelerini ihlal ettiği” bulgusu söz konusu yaklaşımın gerekçesini oluşturacaktır. Bu sebeple, ilgili tarihte Birleşmiş Milletlerde geçerli olan sistemin Sözleşme ile güvence altına alınan haklara *eşdeğer* bir koruma sağlamaktan uzak olduğu ve bunun bir sonucu olarak, bu davada Güvenlik Konseyinin Sözleşmeye uygun hareket ettiği ihtimaline dayalı olarak karar vermenin mümkün görünmediği ifade edilmektedir. *Bosphorus* içtihattı henüz Birleşmiş Milletler hukuku açısından geçerlilik taşımamaktadır¹².

24. Mevcut davadaki durumun *genel* yaptırımların yanı sıra *hedeflenen* yaptırımlar ile ilgili olması ve bu şekilde hem başvuranın isminin Yaptırımlar Komitesinin listesine dahil edilme şekli hem de hukuki yolların mevcut bulunmaması ile bağlantılı olarak başvuranın temel haklarına doğrudan bir etkisinin bulunması

¹⁰Bu amaçla, bkz. Mock/Borghi (üst not 6), s. 42

¹¹1597 (2008) sayılı Karar, *Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi ve Avrupa Birliği kara listeleri*.

¹²Bkz. Josiane Auvret-Finck (üst not 7), s. 235.

nedeniyle, bu bulgunun doğruluğu daha belirgin şekilde ortaya çıkmaktadır¹³. Bir eleştirmenin doğru bir şekilde ifade ettiği üzere, “Birleşmiş Milletlerin üye Devletler ve Avrupa düzeyinde uygulanan mekanizma ile kıyaslanabilir veya bu mekanizmaya eşdeğer ... bir insan hakları koruma mekanizmasını uygulamaya koymadığı sürece, ulusal mahkemeler ve Avrupa mahkemelerinin Güvenlik Konseyi kararlarının uygulandığı düzenlemelerde temel haklara uygun hareket edilip edilmediğini doğrulama yetkisi bulunmaktadır”¹⁴. Bu çerçevede, bu hakların Birleşmiş Milletler sistemi bağlamında yetersiz veya eksik korunması sonucunda, ulusal düzeyde söz konusu haklara saygı gösterilip gösterilmediğinin değerlendirilmemesi durumunda, Mahkemenin Sözleşme ile ilgili bir ihlal olduğuna kanaat getirmesi gerekmektedir¹⁵.

25. Günümüzde, Devletlerin münferit hareket etmek yerine kendi kurdukları uluslararası kuruluşlara belirli yetkileri devrederek işbirliği yapmaya karar verdiklerinde, söz konusu Devletlerin insan hakları yükümlülüklerinin ortadan kalktığı iddia edilemez. Mahkeme, *Waite ve Kennedy / Almanya* davasındaki 18 Şubat 1999 tarihli kararında, “Devletlerin belirli faaliyet alanlarında işbirliği sağlamak veya işbirliğini güçlendirmek üzere uluslararası kuruluşlar kurması halinde ve devletlerin belirli yetkileri bu kuruluşlara devretmesi ve dokunulmazlıklar bahşetmesi durumunda, bu hususun temel hakların korunması açısından belirli yansımalarının olabileceğini” belirtmiştir. Ayrıca, Mahkeme “buna karşın, Sözleşmeye Taraf Devletlerin söz konusu yetki devrinin kapsadığı faaliyet alanı ile ilgili olarak Sözleşme kapsamındaki sorumluluğundan kurtulması durumunda, bu hususun Sözleşmenin amacı ve hedefine uygun olmayacağını” da belirtmiştir¹⁶.

26. Bu nedenle, uluslararası insan hakları normları uluslararası kuruluşlar açısından bağlayıcıdır, çünkü söz konusu haklara saygı gösterilmesi “terörizmle mücadeleyle engellemekten ziyade, bu hakları olumsuz hale getirerek ortaya çıkan radikal ideolojilere karşı bir silah teşkil etmektedir”¹⁷.

¹³Bkz. Dick Marty’nin raporu, Doc. 11454, *Birleşmiş Milletler Güvenlik Konseyi ve Avrupa Birliği kara listeleri*.

¹⁴Constance Grewe, “Les exigences de la protection des droits fondamentaux”, in *Sanctions ciblées et protections juridictionnelles des droits fondamentaux dans l’Union européenne*(note 7, supra).

¹⁵Bkz. Josiane Auvet-Fink (üst not 7), s. 241.

¹⁶Bkz. *Waite ve Kennedy / Almanya* [GC], no. 26083/94, § 67, ECHR 1999-I. Ayrıca, bu amaçla, bkz. Luigi Condorelli, “Sonuçlar”, in *La soumission des organisations internationales aux normes internationales relatives aux droits de l’homme*, Paris, Pédone, 2009, p. 132.

¹⁷Bkz. Josiane Auvret-Finck (üst not 7), s. 243.

V

27. Son bir husus olarak, kararının 199. paragrafında, Mahkeme “Bu sonuç [başvuranın hareket özgürlüğünün kısıtlanması suretiyle 8. Maddeye ilişkin bir ihlal bulgusu] ile bağlantılı olarak ve başvuranın Taliban Yönetmeliği’nin ekindeki listeye isminin eklenmesi sonucu onuru ve itibarının zedelendiği hususunun ayrı bir itiraz teşkil ettiği yönündeki iddiasına rağmen, .. bu itirazı ayrı olarak değerlendirmesinin gerekli olmadığını” ifade etmektedir.

28. Bu sonucun esası tartışmaya açıktır. Başvuranın birbirinden tamamen farklı iki itirazı Mahkeme önüne getirdiği açıktır (bkz. 156 ve 157. paragraflar), ancak söz konusu itirazlar özel hayatın korunması hususunda 8. Madde kapsamına girmiştir. Buna karşın, ilk itirazın özgürce seyahat etmeye yönelik fiziksel özgürlük ile alakalı olmasına karşın, ikinci itiraz başvuranın ahlaki bütünlüğü ile alakalı olarak yapılmıştır ve ikinci itiraz başvuranın isminin Yaptırımlar Komitesi’nin listesinde bulunması sonucu ortaya çıkmıştır. Ek olarak, ilk itirazın çok sınırlı bir yüzölçümü olan Campione d’Italia yerleşim bölgesinin kendine özgü coğrafi durumu ile ilişkili olmasına karşın, ikinci itiraz etkisi açısından daha genel kapsamlı olmuştur. Başvurana göre, başvurusunun bu bölümünün hareket özgürlüğü açısından uygulanan kısıtlamalar kadar önemli olduğu (daha fazla olmasa bile) açıktır.

29. Bütün bu sebeplerden dolayı, bana göre, başvuranın ikinci itirazı ayrı bir incelemeyi hak etmiştir; Mahkemenin, bu itiraz açısından, ilk itiraza yönelik olarak yalnızca davalı Devlete Güvenlik Konseyi kararlarının uygulanması hususunda sağlanan takdir yetkisine dayalı olarak izlenen ile aynı muhakemeden yararlanmış olduğunu veya orantılılık ilkesine uygun hareket edilmemesi sebebiyle 8. Madde ile ilgili bir ihlal bulunduğu karar vermiş olduğunu anlayamamaktayım. Bir kişinin isminin Yaptırımlar Komitesinin listesinde bulunmasının gerekli olup olmadığına ilişkin inceleme açısından bakıldığında, davalı Devlet tarafından söz konusu çıkarların dengelendiğini düşünmekte zorlanmaktayım.

*Adalet Bakanlığı Uluslararası Hukuk ve Dış İlişkiler Genel Müdürlüğü İnsan Hakları Daire Başkanlığı tarafından Türkçe’ye çevrilmiş olup, gayri resmi tercümedir.