



Bu proje Avrupa Birliđi
tarafından finanse
edilmektedir.

ADALETE ERİŐİM ÇEVİRİ SERİSİ

Çeviri: Alev Özsoy

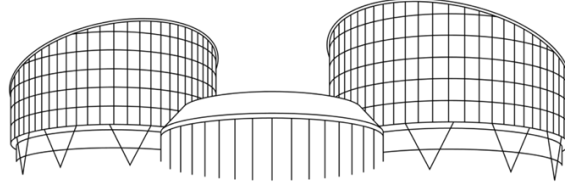


AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

MUHAMMAD / İSPANYA DAVASI

(BAŐVURU NO. 34085/17)





EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

ÜÇÜNCÜ BÖLÜM

MUHAMMAD / İSPANYA DAVASI

(Başvuru no. 34085/17)

KARAR

14. Madde (+ 8. Madde) • Ayrımcılık • Özel hayat • Sokakta kimlik kontrolü sırasında polis tarafından ırksal profillemeye yapıldığı iddiaları usulüne uygun olarak incelenmiş ve idare mahkemeleri tarafından dayanaksız bulunmuştur • Kimlik kontrolü 8. Madde kapsamındadır • Soruşturma yükümlülüğü mutlak değildir, diğer bir ifadeyle en iyi çabayı gösterme yükümlülüğü vardır • Ulusal mahkemelerin verdiği kararlar için yeterli gerekçe mevcuttur • Ayrımcıl başvuru yolu sunan yeterli yasal çerçeve mevcuttur

STRAZBURG

18 Ekim 2022

KESİNLEŞMİŞ KARAR

06/03/2023

Bu karar, Sözleşmenin 44. maddesinin ikinci fıkrasında tanımlanan koşullar çerçevesinde kesinleşmiştir. Şekli düzeltmeler yapılabilir.



Muhammad / İspanya davasında,

-

Georges Ravarani (*Başkan*),
Georgios A. Serghides, María
Elósegui,
Anja Seibert-Fohr, Peeter
Roosma, Andreas Zünd,
Frédéric Krenc, (*hâkimler*),
ve Milan Blaško'nun, (*Bölüm Yazı İşleri Müdürü*) katılımıyla
Daire olarak toplanan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
(Üçüncü Bölüm)

Pakistan vatandaşı Sayın Zeshan Muhammad ("başvurucu") tarafından İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına ilişkin Sözleşmenin ("Sözleşme") 34. maddesi uyarınca İspanya Krallığı aleyhine 6 Mayıs 2017 tarihinde Mahkemeye yapılan 34085/17 sayılı başvuruyu;

Sözleşmenin, 12 No.lu Protokolün 8. ve 1. maddeleriyle birlikte ele alınan 14. maddesine ilişkin şikâyetlerin İspanya Hükümetine ("Hükümet") bildirilmesine ve başvurunun geri kalanının kabul edilemez ilan edilmesine ilişkin kararı;

Hükümetin sunduğu görüşleri ve başvuranın cevaben sunduğu görüşleri;

Ghent Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, Défenseur des Droits de la République Française, Rights International Spain ve Plataforma por la Gestión Policial de la Diversidad tarafından sunulan ve Bölüm Başkanı tarafından müdahil olmasına izin verilen görüşleri göz önüne alarak;

20 Eylül 2022 tarihinde yapılan kapalı müzakereler sonucunda,
aynı tarihte alınan kararı aşağıda sunmaktadır:

GİRİŞ

1. Bu dava, başvurunun sokakta polis tarafından kimlik kontrolüne tabi tutulmasıyla ilgilidir. Başvurucu, kimlik kontrolünün ten renginin koyu olması nedeniyle ve dolayısıyla ayrımcı bir şekilde yapıldığını ve yetkililerin de ırkçı profilleme yapıldığına ilişkin iddialarını yeterince soruşturmadığını iddia etmiştir. Dava, Sözleşmenin 8. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan 14. maddenin kapsamına girmektedir.

OLAYLAR

2. 1992 doğumlu başvuru Zeshan Muhammad, Santa Coloma de Gramanet'te (Barselona) yaşamaktadır. Kendisi Mahkeme huzurunda, New York'ta avukatlık yapan J. Goldston ve Londra'da avukatlık yapan M. Melon Ballesteros tarafından temsil edilmiştir.

3. Hükümet ise Savcı A. Brezmes Martínez Villareal tarafından temsil edilmiştir.

DAVANIN KOŞULLARI

4. Taraflarca sunulduğu şekliyle davaya ilişkin olaylar aşağıdaki gibi özetlenebilir.

A. Kimlik kontrolü ve başvurunun tutuklanması

5. Başvurucu 2005 yılından beri İspanya'da yaşamaktadır ve İspanya'da süresiz olarak ikamet etmesine ve çalışmasına izin veren uzun süreli oturma iznine sahiptir.

6. 29 Mayıs 2013 tarihinde, başvuru, kendisiyle aynı etnik kökene sahip Pakistan uyruklu arkadaşı K.A. ile birlikte Barselona'da yankesicilik ve hırsızlığın nispeten sık görüldüğü bir caddede yürürken iki Ulusal Polis memuru tarafından durdurulmuştur. Başvurucunun anlattığına göre, polis memurları kimlik belgelerini göstermelerini istediğinde kendisi arkadaşıyla konuşmaktaydı, ardından başvurunun neden kimlik kontrolü yapıldığını sorduğu ve aralarındaki konuşmanın şu şekilde devam ettiği iddia edilmektedir:

Başvurucu: "Tenimin rengi yüzünden mi [kontrol ediyorsunuz]?"

Polis memuru: "Evet, çünkü sen siyahsın, hepsi bu. Gidip de bir Alman vatandaşını durdurmayacağım."

7. Başvurucunun polis memurunun ırkçı gerekçelerine itiraz ettiği ve bunun üzerine polis memurunun arabasından inerek başvurucuya hafifçe tokat attığı ve onu arabaya bindirdiği belirtilmiştir. Başvurucuya göre, polis memuru kendisini tutuklandığı konusunda bilgilendirmiş, bir yandan da oturma izninin yenilenmesiyle ilgili olası olumsuz sonuçlar konusunda tehdit etmiş ve kendisine "maymun" demiştir. Başvurucu tutuklanmış ve bir polis karakoluna götürülmüştür. Tutuklama aile üyelerinin huzurunda ya da mahallesinde gerçekleşmemiştir. Tutuklama sadece arkadaşı K.A.'nın tanıklığında gerçekleşmiştir. Başvurucuya göre, polis K.A.'dan da kimliğini ibraz etmesini istemiş ve o da belgelerini göstermiştir.

8. Polis tarafından olayların bu şekilde gerçekleşmediği ileri sürülmüştür. Polisin gözaltı kayıtlarına göre, başvurucudan sokakta saat 16.15'te kimliğini göstermesi istenmiş, başvuru göstermeyi reddetmiş, bunun üzerine polis memurları kendisini karakola götürmüş, saat 16.40'ta kimliğini göstermiş, ardından serbest bırakılmış ve saat 16.43'te çıkışına eşlik edilmiştir.

Olaylara karışan iki polis memurunun aynı gün imzaladıkları tutanağa göre, saat 16:05 sularında polis memurları Barselona'nın işlek bir caddesinde bir polis arabasıyla devriye gezmekteydi. Polis memurları, başvurunun yanına, kendilerine gülmesinden ve yanlarından geçerken kendilerinden saygısızca argo kelimelerle bahsetmesinden sonra gitmiştir. Kendisinden kimlik kartını göstermesi talep edilen başvuru, "Neden?"

Siyah olduğum için mi? Hayatta olmaz!" şeklinde cevap vermiştir. Polisin, kimliğini göstermeyi reddetmesinin idari para cezası ile sonuçlanabileceği ve hatta İspanyol yasalarına göre cezai bir suç teşkil edebileceği konusunda bilgilendirilmesinin ardından, başvuru şu cevabı vermiştir "Kimliğimi göstermeyi reddediyorum. Ne yapacaksınız?"

9. Polis tutanağına göre, başvuru ancak bunu dedikten sonra, gerektiği gibi teşhis edilebilmesi için karakola götürülmüştür. Başvuru, karakolda, İspanya'da düzenli olarak ikamet eden yabancıları tanımlamak için kullanılan NIE numarasını vermiş ve sinirli bir tavırla masanın üzerine fırlatarak şöyle demiştir: "Bunu ben istediğim için veriyorum, yoksa siz talep ettiğiniz için değil." Ancak, olay gününe ilişkin polis raporunda başvuru arkadaşından bahsedilmemektedir ve kendisiyle ilgili herhangi bir kayıt bulunmamaktadır. Hükümet, başvuru arkadaş K.A. polise hiçbir şey söylemediği için kendisinden kimlik belgelerini göstermesinin istenmediğini belirtmiştir.

10. Başvuru, karakolda kimliğinin tespit edilmesinin ardından, kimliğini açıklamayı reddetmesi, "otoriteye karşı saygı göstermemesi" ve "küstah bir tavır sergilemesi" nedeniyle küçük bir idari ihtar (*denuncia de infracción administrativa*) aldığı hususu sabittir. Daha sonra polis memurları kendisine en yakın otobüs durağına kadar eşlik etmiştir.

B. Hukuka aykırı gözaltı için yurtiçinde yürütülen cezai kovuşturma

11. Başvuru, yakalandığı gün, iddiasına göre, iki polis karakolunda polis memurları hakkında suç duyurusunda bulunmaya çalışmış, ancak kendisine diğer memurlar hakkında şikâyet kabul etmeyecekleri söylenmiştir.

12. Başvuru, ertesi gün, 30 Mayıs 2013 tarihinde, Barselona 3 No.lu Soruşturma Mahkemesine el yazısıyla bir suç duyurusunda bulunmuştur. Mahkeme cezai kovuşturma başlatmış ve hemen ardından bu işlemleri durdurmuştur.

13. Başvuru, insan hakları sivil toplum kuruluşu (STK) SOS Racisme Catalunya'nın desteğiyle, cezai kovuşturmanın durdurulmasına karşı itiraz başvurusunda bulunmuştur. Savcı itiraz başvurusunu kabul etmiş ve olayların açıklığa kavuşturulması için daha fazla delil gerektiğini kaydetmiştir. Tetkik hâkimi itirazı kabul etmiş ve 24 Mart 2014 tarihinde verdiği bir kararla, iki polis memurunun (cezai kovuşturmada soruşturulan kişiler olarak) ifadesinin alınmasına, mağdur olarak başvuru ve tanık olarak da arkadaş K.A.'nın ifadesinin alınmasına, ilgili zamanda iddia edilen olayların yaşandığı bölgedeki güvenlik kameralarının kayıtlarının ve başvuru idari suç dosyasının alınmasına karar vermiştir.

14. Bu arada, 15 Temmuz 2013 tarihinde SOS Racisme Catalunya, başvuru adına yukarıda bahsi geçen iki Katalan polis karakolu hakkında yeni bir suç duyurusunda bulunmuş ve başvuru Ulusal Polis Teşkilatı aleyhindeki görevi kötüye kullanma şikâyetini kayda geçirmeyi reddetmelerine itiraz etmiştir. Polis, şikâyeti aldığını kabul etmiş ancak adli cezai kovuşturma sona erene kadar şikâyetle yer alan spesifik olgulara değinmeyi reddetmiştir.

15. Cezai kovuşturma yalnızca başvurunun hakaret (iddia edilen hakaretlere dayanarak), bedensel zarar (iddia edilen tokatlamaya dayanarak), yasadışı gözaltı, kamu görevlisinin bir kişinin belgelerini yasal olarak ararken işlediği yasadışı aşağılama, korkutma ve resmi belgelerde sahtecilik (bkz. aşağıdaki 36. paragraf) iddialarına dayanarak başlatılmış olup, ayrımcı olduğu iddia edilen kimlik kontrolüyle ilgili değildir. İki polis memuru soruşturmaya konu olan kişiler olarak sorgulanmıştır. Polis memurları, başvurunun sadece kimliğini doğrulamak için karakola götürüldüğünü, zira sokakta kendisinden talep edildiğinde (yasal olarak göstermesi gereken) belgelerini göstermeyi reddettiğini belirtmiştir. Ayrıca, arkadaşı K.A.'nın herhangi bir şey söylemediği için kendisine kimlik sorulmadığını vurgulamışlardır. Başvurucu, arkadaşı K.A.'nın 2 Aralık 2013 tarihinde noter huzurunda verdiği ve başvurunun anlattıklarını teyit eden yeminli ifadesini sunmuş olsa da, K.A.'nın ifadesi, süreç içerisinde kendisine tebligat yapılamadığı için alınamamıştır. Soruşturma mahkemesinin talep etmesine karşın konuyla ilgili video görüntüleri bulunamamıştır.

16. Savcılık, Nisan 2015'te takipsizlik kararı verilmesini talep etmiştir. Soruşturma mahkemesi, 2 Haziran 2015 tarihinde kovuşturmanın durdurulmasına karar vermiştir. Başvurucu aynı mahkemeye itirazda bulunmuş ancak sonuç alamamıştır. Daha sonra Audiencia Provincial'a yeniden itirazda bulunmuş ve bu itiraz 4 Şubat 2016 tarihli bir kararla reddedilerek, herhangi bir suç işlendiğine dair delil bulunmadığı gerekçesiyle cezai kovuşturmanın durdurulması onanmıştır.

17. Başvurucu başka bir itirazda bulunmamış ve cezai takibatin durdurulması kararı kesinleşmiştir. Başvurucu bu konuda Mahkeme önünde herhangi bir şikâyetle bulunmamıştır.

C. Irk ayrımcılığı konusunda yurtiçinde yürütülen idari işlemler

18. Başvurucu, cezai kovuşturma devam ederken, 7 Nisan 2014 tarihinde, polisin kimlik kontrolünün ayrımcı olduğundan şikâyet ederek, İçişleri Bakanlığı nezdinde Devlet sorumluluğu iddiası (reclamación por responsabilidad patrimonial del Estado) şeklinde idari işlem başlatmıştır. Yapılan kimlik kontrolünden dolayı aşağılandığını, haksızlığa uğradığını, dışlandığını ve ötekileştirildiğini ve tüm bunların kişisel onurunu zedelediğini belirtmiştir. Polisin davranışının hukuka aykırı olduğunun kabul edilmesini, Devletin kendisinden kamuoyu önünde özür dilemesini, manevi tazminat olarak 3,000 Avro (EUR) ödenmesini ve kararın medyada yayınlanmasını talep etmiştir.

19. Başvurucu, şikâyetini desteklemek için, arkadaşının cezai kovuşturmada kimlik kontrolünün görgü tanığı olarak verdiği yeminli ifadenin aynısını sunmuştur (bkz. yukarıdaki 15. paragraf).

Bunun yanı sıra, polis karakollarına şikâyetle bulunma girişimlerini kanıtlayan belgeleri; adli suç duyurusunu; cezai kovuşturma dosyasını; istatistiksel bilirkişi raporlarını (Valencia Üniversitesi İnsan Hakları Enstitüsü ve Oxford Üniversitesi tarafından istatistiksel verilere ilişkin yapılan analiz ve İspanya Kamu Denetçisinin raporu dâhil); polis güçlerinin yaygın ayrımcılığına ilişkin haber makalelerini; uluslararası, bölgesel ve ulusal insan hakları organlarının (Avrupa Konseyi Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe Karşı Avrupa Komisyonu (ECRI) ve Birleşmiş Milletler Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılması Komitesi (CERD) dahil) İspanyol polisinin kimlik kontrollerinin ırksal profilemeye varan geniş çaplı ve yaygın bir uygulama olduğu sonucuna varan diğer raporları ve STK'ların (Uluslararası Af Örgütü dahil) istatistiksel sonuçları destekleyen raporlarını sunmuştur. Başvurucu, iki polis memurunun ifadesinin alınmasını ve İçişleri Bakanlığının bölgedeki güvenlik kameralarından tekrar görüntü almaya çalışmasını talep etmiştir.

20. Başvurucu ayrıca, olayın meydana geldiği tarihte yürürlükte olan kamu güvenliğinin korunmasına ilişkin İspanyol Kanununun (bkz. aşağıdaki 33. paragraf), polis güçlerinin ırksal veya etnik profileme yapmasını ve başka ayrımcı davranışlarda bulunmasını önlemek için yeterli güvence sağlamadığını ileri sürmüştür. Özellikle, kanunun, diğer eksikliklerinin yanı sıra, kimlik kontrollerinin yapılması için yeterince iyi temellendirilmiş gerekçe şartı getirmediğini, bu durumun da keyfi ve ayrımcı davranışlara yer açtığını ileri sürmüştür.

21. Polis yetkilileri, polisin hukuk işleri birimi tarafından hazırlanan ve başvurunun kimlik tespitine dâhil olan iki polis memurunun ifadelerine dayanarak, kimlik kontrolünün arkasında herhangi bir ırkçı saik bulunmadığını ve bu kontrolün başvurunun dış görünüşünden değil, meydan okuyan tutum ve davranışlarından kaynaklandığını belirten bir rapor sunmuştur. Raporda polis memurlarının davranışları övülmüştür. Ayrıca, Katalonya Emniyet Müdürünün 30 Nisan 2014 tarihli bir raporunu (rapor no. 1895) sunmuşlardır; bu raporda, ilgili iki polis memuru tarafından kaleme alındığı şekliyle, başvurunun kimliğini açıklamayı reddetmesi nedeniyle hakkında yürütülen idari işlemlerin tutanağı yer almaktadır.

22. İdari yetkililer, başlangıçta, cezai kovuşturmada nihai karar verilinceye kadar idari işlemleri durdurmaya karar vermişse de, bu iki takibatın farklı gerekçelere dayanmasından dolayı nihayetinde idari işlemlere devam edilmesine karar vermiştir: Başvurucu, cezai kovuşturmayı, tutuklanması sırasında ve sonrasında polis memurları tarafından işlendiği iddia edilen sahtecilik, hakaret ve tehditlere dayandırırken, idari işlemleri ayrımcı olduğu iddia edilen kimlik kontrolüne dayandırmıştır.

23. İdari yetkililer, 16 Temmuz 2014 tarihinde aldıkları kararla, başvurucuya polis memurlarının ifadelerinin alınmasına gerek olmadığını, zira olayın ardından verdikleri ifadelerin dosyaya zaten eklendiğini ve video görüntülerinin idari yargılamada delil teşkil etmeyeceğini bildirmiştir. İdari yetkililer, devam etmekte olan bir cezai kovuşturma olmasına karşın, başvurunun talebi üzerine işlem yapmayı kabul ettiklerini belirtmiş, ancak başvuru tarafından öne sürülen bazı delillerin yalnızca cezai kovuşturmayla ilgili olduğunu açıklamıştır.

24. 6 Kasım 2014 tarihinde alınan kararla, idari işlemler, ayrımcı muamele iddiasına ilişkin delil yetersizliği nedeniyle durdurulmuştur. Yetkililer, Devletin kamu makamlarının işlediği fiil veya ihmallerden sorumlu olduğuna karar verilebilmesi için, davacının iddialarını yeterli delillerle destekleme yükümlülüğüne sahip olduğunu belirtmiştir. Somut davada, başvurunun ayrımcı bir kimlik kontrolüne maruz kaldığını ve bunun kendisine manevi zarar verdiğini ifade etmesine rağmen, bunu destekleyen herhangi bir kanıt bulunmadığını tespit etmişlerdir. Ayrıca, başvurunun olaylara ilişkin anlattıklarının polis tarafından sunulanlardan tamamen farklı olduğunu kaydetmişlerdir. Yetkililer, yukarıdakilerin ışığında, Devletin sorumluluğu ile başvurunun maruz kaldığı iddia edilen zarar arasında bir illiyet bağı kurulamadığı ve talebin reddedilmesi gerektiği sonucuna varmıştır.

25. Başvurucu, Ocak 2015'te, 6 Kasım 2014 tarihli idari karara karşı 11. Merkez İdare Mahkemesinde (Juzgado Central de lo Contencioso-administrativo) adli idari takibat başlatmıştır. Başvurucu, beyaz etnik kökenli hiç kimsenin durdurulup kimlik sorulmadığını ve kendisinin durdurulmasının tek nedeninin dış görünüşü olduğunu iddia etmiştir. Başvurucu itirazında ayrıca, İspanyol polis güçlerinin, kısmen ilgili mevzuat tarafından kolaylaştırılan, yaygın bir etnik/ırksal profillemeye uygulaması yaptığını ileri sürmüştür. İddiasını, polis güçlerinin yaygın ayrımcılığına ilişkin çok sayıda istatistiki uzman raporuna ve basın haberlerine; diğer uluslararası, bölgesel ve ulusal insan hakları kurumlarının, İspanyol polisinin ırkçı profillemeye varan kimlik kontrollerinin geniş çaplı ve yaygın bir uygulama olduğu sonucuna varan raporlarına ve istatistiki sonuçları destekleyen STK raporlarına dayandırmıştır (idari işlemler sırasında da aynı belgeleri sunmuştu- bkz. yukarıdaki 19. paragraf). Ayrıca, manevi tazminat olarak 3,000 Avro ödenmesi, Devletin kendisinden kamuoyu önünde özür dilemesi ve bu özrün ve kararın ulusal bir gazetede yayınlanması talebini yinelemiştir. Başvurucu ayrıca ulusal mahkemeden, Avrupa Birliği Adalet Divanından, düzensiz göçmenleri tespit etmek için polisin ırksal profillemeye yapmasının Temel Haklar Şartının 21. maddesi ile Üye Devletlerde düzensiz durumda olan üçüncü ülke vatandaşlarının geri gönderilmesine ilişkin ortak standartlar ve usullere dair Yönergenin 4, 5, 6 ve 21. maddelerine uygunluğu hakkında bir ön karar vermesini talep etmiştir¹.

¹ Üye Devletlerde düzensiz durumda olan üçüncü ülke vatandaşlarının geri gönderilmesine ilişkin ortak standart ve usullere dair 16 Aralık 2008 tarihli ve 2008/115/EC sayılı Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Konseyi Yönergesi.

26. Başvurucu, iddialarını kanıtlamak amacıyla, arkadaşı K.A., kimlik kontrolünü yapan ve kendisini gözaltına alan polis memurları ile idari dosyaya ekli ırkçı profillemeye istatistiklerine ilişkin bir rapor hakkında açıklama yapmak üzere bir bilirkişinin duruşmaya çağırılmasını ve dinlenmesini talep etmiştir. Merkez idare mahkemesi, ön duruşma sırasında başvurucunu sunduğu delilleri reddetmiştir. Başvurucu bu karara sözlü olarak itiraz etmiş (*recurso de reposición*), ancak itirazı derhal reddedilmiştir. İdare mahkemesi, polis memurlarının yazılı ifadesinin zaten idari dosyada bulunduğunu, arkadaşının tanık ifadesinin de idari dosyaya eklenmiş noter onaylı belgede yer aldığını ve başvurucunun sunulmuş istatistiksel raporu netleştirmek veya açıklamak için önerdiği bilirkişinin dinlenmesine gerek olmadığını, zira raporun bizzat hâkim tarafından incelenip değerlendirilebileceğini belirtmiştir.

27. Başvurucunun itiraz başvurusu, 14 Eylül 2015 tarihli bir kararla reddedilmiştir. Merkez idare mahkemesi öncelikle, idari yargılamanın yalnızca kamu makamlarının işleyişinden kaynaklanan zarar için başvurucuya tazminat ödenmesiyle sonuçlanabileceğini ve hiçbir şekilde Devletin kamuoyu önünde özür dilemesiyle veya kararın ve özrünün ulusal bir gazetede yayınlanmasıyla sonuçlanamayacağını belirtmiştir. Hâkim ayrıca, polis memurlarının ayrımcı olduğu iddia edilen davranışları ile başvurucunun maruz kaldığı iddia edilen zarar arasında doğrudan veya dolaylı bir bağlantı kurulamadığına karar vermiştir. Hâkim ek olarak, taraflarca (başvurucu ve polis) sunulan delillerin esasen çelişkili olduğunu ve polis tarafından sunulan belgelere göre, başvurucunun kimliğinin tespit edilmesinin istenmesinde kusur bulunmadığını ve bu durumun başvurucunun meydan okuyan tavrından kaynaklandığını belirtmiştir. Hâkime göre, başvurucu, olayların kendi anlattığı şekline ilişkin hiçbir dayanak sunmamıştır. Bu nedenle, uğradığını iddia ettiği zarar (ki bu da tespit edilmemiştir) ile kamu makamlarının işleyişi arasında illiyet bağı bulunmadığına hükmedilmiştir.

28. Başvurucu, 20 Ekim 2015 tarihinde, yukarıda bahsi geçen kararın hükümsüz ilan edilmesi için aynı mahkemeye başvuruda bulunmuştur. 17 Mayıs 2016 tarihinde, başvurucunun aslında talep ettiği şeyin delillerin yeni bir değerlendirmesi ve nihayetinde lehte bir karar olduğu gerekçesiyle bu başvuru reddedilmiştir. Ulusal mahkeme, delillerin kabul edilemezliğine ilişkin şikâyetlerin duruşma sırasında sözlü itiraz yoluyla ele alındığını ve bu itirazın da makul bir şekilde reddedildiğini, dolayısıyla temel hak ihlalinin söz konusu olmadığına hükmetmiştir. Adalet Divanının ön karar almasına yönelik taleple ilgili olarak da, somut davada başvurucunun idari talebinin çözüme kavuşturulması için Avrupa Birliği mevzuatının gerekli olmadığı göz önünde bulundurulduğunda, böyle bir ön karar alınmasına gerek olmadığı kanaatine varmıştır.

29. Başvurucu son olarak Anayasa Mahkemesine *amparo* başvurusunda bulunmuş, bu başvuru da 3 Kasım 2016 tarihinde anayasal dayanaktan yoksun olduğu gerekçesiyle reddedilmiştir. Karar 8 Kasım 2016 tarihinde tebliğ edilmiştir.

İLGİLİ YASAL ÇERÇEVE

I. ULUSAL YASAL ÇERÇEVE

30. İspanyol Anayasasının ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

13. Madde

" Yabancılar, antlaşmalar ve kanunun belirlediği koşullarda, mevcut sıfatlarıyla güvence altındaki kamu hürriyetlerinden yararlanır."

14. Madde

"İspanyollar kanunlar önünde eşittir ve hiçbir şekilde doğum, ırk, cinsiyet, din, fikir veya herhangi bir kişisel, toplumsal koşul veya durumdan dolayı ayrıma tabi tutulamazlar."

18. Madde

"1. Namus, kişi ve aile mahremiyeti ve kişinin kendi görüntüsüyle ilgili hakları teminat altındadır."

31. Olayların meydana geldiği tarihte yürürlükte olan 26 Kasım 1992 tarihli ve 30/1992 sayılı Kamu Makamlarına Uygulanacak Hukuki Rejim ve Ortak İdari Usul Hakkında Kanunun Devletin sorumluluğuna ilişkin hükmü aşağıdaki gibidir:

139. Madde Sorumluluk ilkeleri

"1. Bireyler, mücbir sebep halleri haricinde, kamu hizmetlerinin normal ya da anormal işleyişinin sonucunda meydana gelmiş olması kaydıyla, mallarına ya da haklarına verilen zararlar karşısında ilgili kamu makamı tarafından tazmin edilme hakkına sahiptir.

2. Her halükârda, iddia edilen zarar fiilen meydana gelmiş, ekonomik olarak ölçülebilir ve belirli bir kişi veya grupla ilişkili olmalıdır.

..."

32. Eşit muamele ve ırk veya etnik kökene dayalı ayrımcılık yapılmamasına ilişkin 30 Aralık 2003 tarihli ve 62/2003 sayılı Kanunun 2. Bölümünün ilgili kısmı aşağıdaki gibidir²:

32. Madde Irk veya etnik kökene ilişkin ispat yükümlülüğü

"Davacının, ırk veya etnik kökene dayalı doğrudan veya dolaylı ayrımcılık yapıldığının karine olarak kabul edilebileceği olguları ortaya koyduğu hukuki ve idari davalarda, alınan tedbirlerin ve bu tedbirlerin ölçülülüğünün usulüne uygun olarak kanıtlanmış nesnel ve makul gerekçelerini sunmak davalıya düşer."

² 29 Haziran 2000 tarihli ve 2000/43/EC sayılı ve 27 Kasım 2000 tarihli ve 2000/78/EC sayılı AB Eşitlik Yönergelerini iç hukuka aktaran 62/2003 sayılı Kanun.

33. Kamu güvenliğinin korunması hakkındaki 21 Şubat 1992 tarihli ve 1/1992 sayılı Teşkilat Kanununun ilgili hükümleri, ilgili tarihte yürürlükte olduğu şekliyle (daha sonra değiştirilmiştir), aşağıdaki gibidir:

20. Madde

"1. Polis, soruşturma veya önleme görevlerini yerine getirirken, sokakta veya ihtiyaç olan yerde kişilerden kimliklerini göstermelerini isteyebilir ve uygun gördüğü her türlü kontrolü yapabilir, ancak bu kişilerin kimliğinin öğrenilmesinin bu Kanunla ve Emniyet Teşkilatı Kanunuyla polise verilmiş olan kamu güvenliğini sağlama görevinin yerine getirilmesi için gerekli olması şarttır.

2. Kimliğin herhangi bir yolla tespit edilememesi halinde ve bir önceki paragrafta belirtilen aynı amaçlar için gerekli olduğu takdirde, polis, bir suçun veya kabahatin işlenmesini önlemek veya idari bir suçu cezalandırmak amacıyla, kimliği tespit edilemeyen kişilerden, sadece bu amaçlar için ve gerekli asgari süre boyunca, kimlik tespit işlemlerinin gerçekleştirilmesi için uygun imkânlara sahip yakın tesislere kadar kendilerine eşlik etmelerini isteyebilir.

3. Bir önceki paragrafta belirtilen tesislerde gerçekleştirilen kimlik tespit işlemlerinin yanı sıra bu işlemlerin nedenleri ve süresi hakkında kayıt tutulacak ve bu kayıtlar yetkili adli makam ve savcılık tarafından her zaman erişilebilir olacaktır. Yukarıdaki hükümlere bakılmaksızın, İçişleri Bakanlığı kimlik tespit işlemlerine ilişkin kayıtların bir özetini düzenli aralıklarla Cumhuriyet Savcılığına gönderecektir.

4. Sebepsiz yere direnme ya da kendini tanıtmayı ya da gönüllü olarak kontrollerden ya da kimlik tespit işlemlerinden geçmeyi reddetme durumunda, Ceza Kanununun ve Ceza Muhakemeleri Usulü Kanununun hükümleri uygulanacaktır."

26. Madde

"[Aşağıdakiler] kamu güvenliğinin korunmasına ilişkin [mevcut] Kanun kapsamında küçük idari suçlar olarak kabul edilecektir:

...

(h) Bu Kanunun hükümlerini doğrudan uygulayan bir makamın veya görevlilerinin emirlerine, suç teşkil etmediği sürece itaatsizlik etmek."

34. 1 Temmuz 2015 tarihinde kamu güvenliğinin korunmasına ilişkin yeni bir Teşkilat Kanunu (30 Mart 2015 tarihli ve 4/2015 sayılı Teşkilat Kanunu) yürürlüğe girmiştir. İlgili kısımları aşağıdaki gibidir:

16. Madde Bireylerin kimliğinin tespiti

"1. Güvenlik güçlerinin memurları, soruşturma ve suçu önleme görevlerini ifa ederken ve idari ve cezai suçları cezalandırırken, aşağıdaki durumlarda kişilerden kimliklerini göstermelerini isteyebilirler:

(a) kişinin bir suça karışmış olabileceğine dair ikinci dereceden kanıtların bulunduğu durumlarda;

(b) somut koşullar göz önünde bulundurulduğunda, bir suçu önlemek için bireyin kimliğinin kanıtlanmasının makul ölçüde gerekli olduğu düşünüldüğünde.

MUHAMMAD / İSPANYA KARARI

Memurlar bu gibi durumlarda, sokakta veya ihtiyaç duyulan yerde, gerekli kontrolleri yapabilirler; buna, gerekli olduğu durumlarda kimlik tespitini önleyen veya engelleyen giysi veya nesnelerin kullanımı nedeniyle yüzü tamamen veya kısmen görünmeyen kişilerin kimliğinin tespit edilmesi de dâhildir.

Kimlik tespiti sırasında orantılılık, eşit muamele ve doğum, ırk, etnik köken, cinsiyet, din veya inanç, yaş, engellilik, cinsel kimlik veya yönelim, görüş veya başka kişisel veya sosyal durum veya koşullar temelinde ayrımcılık yapılmaması ilkelerine riayet edilecektir."

35. 20 Mayıs 2010 tarihli ve 4/2010 sayılı Devlet polis güçlerinin disiplin kurallarına ilişkin Teşkilat Kanununun ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir:

7. Madde Çok ciddi suçlar

"Aşağıdakiler çok ciddi suçlar olarak kabul edilecektir:

...

(n) Irk veya etnik köken, din veya inanç, engellilik, yaş, cinsel yönelim, cinsiyet, dil, görüş, doğum veya ikamet yeri veya başka bir durum ya da kişisel veya sosyal durum temelinde ayrımcılık teşkil eden her türlü eylem."

36. Emniyet Genel Müdürlüğünün vatandaşların kimliğinin tespit edilmesine ilişkin 2/2012 sayılı genelgesinin ilgili bölümleri aşağıdaki gibidir:

İkinci talimat: vatandaşların kimliğinin belirlenmesi hakkında

"Hakkında şüphe duyulan kişilerin kimliği, saygılı ve nazik bir şekilde ve sadece gerekli müdahalede bulunulacak şekilde tespit edilmelidir; bu nedenle gereksiz, keyfi, taciz edici ve yetki aşımı içeren uygulamalardan kaçınılmalıdır.

Kişilerin kimlik tespiti için polis karakoluna götürülmesi ancak 1/1992 sayılı Teşkilat Kanununun [yukarıda atıfta bulunulan] 20. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen durumlarda, başka bir ifadeyle, kimliğinin tespit edilmesi mümkün olmayan ve hakkında suç işleyeceğine dair makul ve haklı şüphe bulunan kimliği belirsiz kişiler veya aynı şekilde kimliği belirsiz ve idari bir suç işlemiş olan kişiler söz konusu olduğunda mümkündür.

..."

Üçüncü talimat: İspanya'daki yabancıların hak ve özgürlüklerine ve toplumsal uyumlarına ilişkin 4/2000 sayılı Teşkilat Kanunundan kaynaklanan özel hususlar

"Memurlar, yabancı vatandaşların kimliğini tespit ederken bir önceki talimat doğrultusunda hareket edecektir. Memurlar, ikinci paragrafla ilgili olarak, kimliği resmi veya geçerli ve yeterli bir belgeyle kanıtlandığı ve kişi doğrulanabilir bir ikametgah (veya kimlik tespiti sırasında doğrulanabilecek bir ikametgah) gösterdiği sürece, sırf kontrol sırasında bu kişilerin İspanya'da kalışlarının düzensiz olduğunun tespit edilmesi üzerine karakola götürülmelerinin kabul edilemez olduğunu unutmamalıdır. Böyle bir durumda vatandaşa, gerekirse yabancılar hukuku ile ilgili idari suçlar ve yaptırımlara ilişkin kurallara dair 4/2000 sayılı Teşkilat Kanununun üçüncü bölümünün uygulanması amacıyla yetkililerin haberdar edileceği bildirilmelidir.

..."

37. Ceza Kanununun, iki polis memurunun soruşturulduğu suçlarla ilgili bölümleri 147. madde (yaralama), 208. madde (hakaret), 171. madde (korkutma), 534. madde (kamu görevlilerinin konut dokunulmazlığına ve özel hayatın gizliliğine karşı işledikleri diğer suçlar), 390. madde (resmi belgede sahtecilik), 163. ve 167. maddelerdir (hukuka aykırı şekilde gözaltına alma). İspanyol Ceza Kanununun 22. maddesinin 4. fıkrasında da suçların etnik köken ya da ırka dayalı ayrımcı nedenlerle işlenmesi ağırlaştırıcı sebep olarak öngörülmektedir.

II. ULUSLARARASI YASAL ÇERÇEVE VE UYGULAMA

38. Birleşmiş Milletler (BM) İnsan Hakları Komitesi, Rosalind Williams Lecraft tarafından İspanya'ya karşı sunulan 1493/2006 sayılı Bildirime ilişkin 27 Temmuz 2009 tarihli Görüşünde (CCPR/C/96/D/1493/2006) kimlik kontrolünden kaynaklanan ayrımcılık iddialarını ele almıştır. Komite, davanın koşullarında Medeni ve Siyasi Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşmenin 2. maddesinin 3. paragrafı ile birlikte okunduğunda 26. madde kapsamındaki ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vererek aşağıdaki açıklamayı yapmıştır:

"7.2 Komite, polis tarafından kimlik kontrolüne tabi tutulmanın başvurunun ırk ayrımcılığına uğradığı anlamına gelip gelmediğine karar vermelidir. Komite, genel olarak kamu güvenliğini sağlamak ya da suçu önlemek veya düzensiz göçü kontrol etmek amacıyla yapılan kimlik kontrollerinin meşru bir amaca hizmet ettiği kanaatindedir. Bununla birlikte, yetkililerin bu tür kontrolleri yapması sırasında, bu kontrollere tabi tutulan kişilerin fiziksel ya da etnik özellikleri tek başına bu kişilerin ülkede kaçak olarak bulunduklarının göstergesi olarak kabul edilmemelidir. Ayrıca, bu kontroller yalnızca belirli fiziksel ya da etnik özelliklere sahip kişileri hedef alacak şekilde de yapılmamalıdır. Aksi yönde hareket edilmesi yalnızca ilgili kişilerin onurunu olumsuz etkilemekle kalmayacak, aynı zamanda toplum genelinde yabancı düşmanı tutumların yaygınlaşmasına yol açacak ve ırk ayrımcılığıyla mücadeleyi amaçlayan etkili bir politikaya ters düşecektir."

...

7.4 Somut olayda, dosyadan söz konusu kimlik kontrolünün genel nitelikte olduğu sonucu çıkarılabilir. Başvurucu, yakın çevresinde başka hiç kimsenin kimliğinin kontrol edilmediğini ve kendisini durdurup sorgulayan polis memurunun, neden çevresinde başka hiç kimsenin değil de kendisinin kimlik belgelerini göstermesinin istendiğini açıklamak için fiziksel özelliklerine atıfta bulunduğunu iddia etmektedir. Başvurucunun davasını sunduğu idari ve adli makamlar tarafından veya Komite önündeki süreçte bu iddialar reddedilmemiştir. Komite, bu koşullar altında, sadece başvurunun söz konusu kimlik kontrolü için salt ırksal özellikleri nedeniyle seçildiği ve bu özelliklerin yasadışı davranışlarda bulunduğundan şüphelenilmesinde belirleyici faktör olduğu sonucuna varabilir. Komite, ayrıca, her farklı muamelenin ayrımcılık teşkil etmeyeceği yönündeki içtihadını hatırlatmakta, bu tür bir farklılaştırmanın ölçütlerinin makul ve nesnel olması ve Sözleşme kapsamında meşru bir amaca ulaşmayı hedeflemesi halinde ayrımcılık teşkil etmeyeceğini belirtmektedir. Komite, bahse konu davada, makul olma ve nesnellik ölçütlerinin karşılanmadığı görüşündedir..."

39. ECRI'nin 5 Aralık 2017 tarihinde kabul edilen ve 27 Şubat 2018 tarihinde yayınlanan İspanya raporu (beşinci izleme döngüsü), İspanyol medeni hukuku ve idare hukuku ile ilgili olarak aşağıdaki tavsiyeleri içermektedir:

“...

12. Mevcut ayrımcılık karşıtı hükümler Anayasanın yanı sıra 2000/43 ve 2000/78 sayılı AB eşitlik yönergelerini iç hukuka aktaran ve yürürlükteki 50'den fazla kanunda değişiklik yapan 62/2003 sayılı Kanunun 27 ila 43. maddelerinde yer almaktadır. ECRI, İspanya'ya ilişkin son raporunda, kanunun nispeten muğlak kalması ve bu konuda genel bir farkındalık bulunmaması nedeniyle, bu hükümler uyarınca mahkemeye neredeyse hiç dava getirilmediğini kaydetmiştir.

13. 62/2003 sayılı Kanunun 28. maddesinin 1. fıkrası ... doğrudan ve dolaylı ayrımcılığı tanımlamakta ve yasaklamaktadır. Anayasanın 14. maddesine ve Anayasa Mahkemesi içtihadına göre, tüm kişisel veya sosyal hal ve koşullara dayalı ayrımcılık yasaklanmış olmakla birlikte, ırk, renk, dil, vatandaşlık, ulusal köken ve cinsiyet kimliği temelli ayrımcılık bu hükümde ve diğer kanun hükümlerinde yer almamaktadır.

...

17. 7 No.lu GPR'nin [Genel Politika Tavsiyesi] 10. maddesine göre, kanun, tüm ayrımcılık mağdurlarının uzlaştırma usulleri de dâhil olmak üzere adli ve/veya idari işlemlere kolayca erişebilmesini sağlamalıdır. ECRI İspanyol sisteminin bu tavsiyeye tam olarak uymadığı görüşündedir. Ayrımcılık mağdurları, iki farklı türde avukat tarafından temsil edilmenin zorunlu olması ve mahkeme sürecinin genellikle uzun ve karmaşık olması nedeniyle davalarını mahkemeye götürmekte ciddi zorluklarla karşı karşıyadır. Mahkemelerde açılan ayrımcılık davalarının sayısı çok düşük görünmektedir.

...

18. 62/2003 sayılı Kanunun 32. maddesi, ayrımcılık davalarında ispat yükünün paylaşılmasına ilişkin 7 No.lu ECRI Genel Politika Tavsiye Kararının 11. maddesi ile uyumludur. Bununla birlikte, mevcut mevzuat, kanunun maddi ve manevi zararlar karşısında tazminat ödenmesi de dâhil olmak üzere tüm ayrımcılık vakaları için etkili, orantılı ve caydırıcı yaptırımlar öngörmesi gerektiği şeklindeki 7 No.lu GPR'nin 12. maddesiyle uyumlu görünmemektedir.

...

81. Ayrımcılıkla mücadele, başarılı bütünleştirme politikalarının önemli bir parçasıdır. Bu raporda yer verilen istatistiki veriler, göçmenlere ve diğer kırılgan gruplara yönelik fiili ve algılanan ayrımcılığın kayda değer boyutlarda olduğunu göstermektedir. Örneğin, kolluk kuvvetlerinin ırksal profillemeye yapması süregelen bir sorundur.

...”

40. ECRI'nin ırkçılık ve ırk ayrımcılığıyla mücadeleye yönelik ulusal mevzuata dair 13 Aralık 2002 tarihinde kabul edilen 7 No.lu Genel Politika Tavsiye Kararının 11. Paragrafı aşağıdaki gibidir:

“ Kanunlar, ayrımcı bir eylem nedeniyle haksızlığa uğradığını düşünen kişilerin mahkeme ya da başka bir yetkili makam nezdinde doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapıldığını karine olarak gösterebilecekleri olguları ortaya koymaları halinde, ayrımcılık yapıldığını ispatlama yükünün davalıya ait olmasını öngörmelidir.”

41. Avrupa Birliğinin eşit muamele ilkesini ilgili olduğu ölçüde ırk veya etnik kökene bakılmaksızın uygulayan 29 Haziran 2000 tarih ve 2000/43/EC sayılı Konsey Yönergesi aşağıdaki hususları öngörmektedir:

Giriş 21

"İspat yüküne ilişkin kurallar, ilk bakışta prima facie (*tersi sabit oluncaya kadar davacının iddiasının kabulüne yeter ve geçerli deliller bulunan*) bir ayrımcılık davası olduğunda uyarlanmalı ve eşit muamele ilkesinin etkili bir şekilde uygulanabilmesi için, bu tür bir ayrımcılığa ilişkin delil sunulduğunda ispat yükü tekrar davalıya geçmelidir."

Madde 8 İspat yükü

(1) Üye Devletler, eşit muamele ilkesinin kendilerine uygulanmaması nedeniyle haksızlığa uğradığını düşünen kişilerin, mahkeme ya da başka bir yetkili makam nezdinde, doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapıldığını karine olarak gösterebilecekleri olguları ortaya koymaları halinde, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğine ilişkin ispat yükünün davalıya ait olmasını sağlamak üzere, ulusal yargı sistemlerine uygun şekilde gerekli tedbirleri alacaklardır.

(...)"

HUKUKİ DEĞERLENDİRME

SÖZLEŞMENİN 8. VE 14. MADDELERİNİN İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

:

42. Başvurucu, Sözleşmenin 8. ve 14. maddeleri ile 12 No.lu Protokolün 1. maddesine dayanarak, sadece ırkı nedeniyle sokakta kendisini tanıtmamasının istenmesinden ve bu durumun ırk ayrımcılığına ve özel hayatına saygı hakkının ihlaline yol açmasından şikâyetçi olmuştur. Ayrıca, şikâyetlerinin yerel mahkemeler tarafından etkili bir şekilde incelenmediğini ileri sürmüştür.

43. Mahkemenin içtihadı, Sözleşmenin 14. maddesinin "Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden" yararlanmada ayrımcılığı yasakladığını, 12 No.lu Protokolün 1. maddesinin ise korumanın kapsamını "kanunla öngörülen her türlü hakkı" kapsayacak şekilde genişlettiğini açıklığa kavuşturmuştur. Dolayısıyla, genel bir ayrımcılık yasağı getirmektedir. İki hükmün kapsamı birbirinden farklı olsa da, "ayrımcılık" teriminin anlamı her ikisinde de aynıdır (bkz. 12 No.lu Protokolü Açıklayıcı Raporun 18. paragrafı). Başvurucu, kimlik kontrolü bağlamında ayrımcı muamele meselesini ve bu kontrolün olası ırkçı saiklerini araştırma yükümlülüğünün varlığını gündeme getirmekte ve bu nedenle bu durum Sözleşmenin 8. maddesi kapsamında özel hayata müdahale olarak da nitelendirilmektedir. Mahkeme, yukarıdakilerin ışığında, bir şikâyeti Sözleşmenin başvurusunun dayandığı maddelerinden farklı maddeleri kapsamında inceleyerek şikâyete konu olayların hukuken nasıl nitelendirileceğine karar verme yetkisine sahip olduğundan (bkz. Radomilja ve Diğerleri / Hırvatistan [BD], no. 37685/10 ve 22768/12, § 126, 20 Mart 2018), başvurusunun şikâyetlerinin yalnızca Sözleşmenin 8. maddesiyle bağlantılı olarak okunan 14. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiği kanaatindedir.

44. Yukarıda bahsi geçen hükümler aşağıdaki gibidir:

Sözleşmenin 8. Maddesi

"1. Herkes özel ve aile hayatına,saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.

2. Kamu makamlarının bu hakkın kullanılmasına yönelik bir müdahalesi, sadece böyle bir müdahalenin yasayla öngörülmesi ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda mümkündür. "

Sözleşmenin 14. Maddesi

Bu Sözleşmede tanınmış olan hak ve özgürlüklerden yararlanma, ... ırk, renk ... veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırım gözetilmeksizin sağlanır."

A. Kabul Edilebilirlik

45. Hükümet, başvurucunun mevcut iç hukuk yollarını tüketmediğini ileri sürmüştür. Başvurucu, ulusal ceza mahkemeleri ve idare mahkemeleri nezdinde, farklı esaslara dayanan ve farklı hukuk yollarının kullanılmasını gerektiren iki ayrı ve bağımsız işlem başlatmıştır. Cezai kovuşturma, takipsizlik kararı ile sonuçlanmış ve başvuru bu karara karşı *amparo* başvurusunda bulunmamıştır.

46. Başvurucu, Mahkemeye sunduğu şikâyetlerin yalnızca idari işlemlerle ilgili olduğunu, zira kimlik kontrolünün, ırkçı saiklerle yapılmış olsa bile, başlı başına bir suç teşkil etmediğini ileri sürmüştür. Başvurucu ayrıca, Anayasa Mahkemesine *amparo* başvurusunda bulunmuş olması nedeniyle idari yargılamada iç hukuk yollarını usulüne uygun olarak tüketmiş olduğunu ileri sürmüştür.

47. Mahkeme, başvurucunun polisin ırksal ve etnik profillemesine dayalı idari şikâyetinin idari makamlar tarafından reddedilmesinin ardından, 11. Merkez İdare Mahkemesinde açtığı davanın sonuçsuz kaldığını ve daha sonra Anayasa Mahkemesine *amparo* başvurusunda bulunduğunu, ancak bu başvurunun anayasaya aykırılık nedeniyle kabul edilemez bulunduğunu tespit etmiştir.

48. Başvurucu, Mahkemeye sunduğu şikâyetlerinde sadece idari işlemlere atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla, Hükümetin itirazı reddedilmelidir.

49. Mahkeme ayrıca, polisin yaptığı kimlik kontrolünün, bu kontrole tabi tutulan kişinin özel hayatı kapsamına girebileceğini ve bu nedenle, bu kişinin Sözleşmenin 8. maddesiyle korunan özel hayatına müdahale teşkil edebileceğini kaydetmektedir.

Mahkeme, özellikle, bir kişiden kimliğini göstermesini ve üzerinin detaylı bir şekilde aranmasını talep etmek için zorlayıcı tedbirlerin kullanılmasının özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir (bkz. *Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık*, no. 4158/05, § 63, AİHM 2010 (alıntılar), ve *Vig/Macaristan*, no. 59648/13, § 49, 14 Ocak 2021). Bazı durumlarda, aramanın aleni bir şekilde yapılması, küçük düşürücü ve utandırıcı bir unsur olması nedeniyle müdahalenin ciddiyetini artırabilir (bkz. *Gillan ve Quinton*, yukarıda anılan, § 63).

50. Bununla birlikte, etnik azınlığa mensup bir kişinin kimliğinin kontrol edilmesi her seferinde söz konusu kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının alanına girecek ciddiyet eşiğine ulaşmamaktadır. Bu eşiğe ancak söz konusu kişinin belirli fiziksel veya etnik özellikleri nedeniyle hedef alınmış olabileceğine dair savunulabilir bir iddiası varsa ulaşılır. Özellikle söz konusu kişinin, kendisinin (veya aynı özelliklere sahip kişilerin) kontrole tabi tutulan tek kişi(ler) olduğunu, kontrol için başka bir gerekçe bulunmadığını ya da kontrolü yapan memurların açıklamalarının kontrol için belirli fiziksel veya etnik saikleri ortaya koyduğunu ileri sürdüğü durumlarda savunulabilir bir iddia olabilir. Mahkeme bu bağlamda ayrıca, kontrolün aleni niteliğinin kişinin itibarını ve (bk. diğerleri arasında, *Bédat/İsviçre* [BD], no. 56925/08, § 72, 29 Mart 2016, ve *Denisov / Ukrayna* [BD], no. 76639/11, § 112, 25 Eylül 2018, diğer atıflarla birlikte) kendisine duyduğu saygıyı etkileyebileceği düşüncesindedir.

51. Mahkeme, başvurunun sokak ortasında polis tarafından kimlik kontrolüne tabi tutulduğunu dikkate almıştır. Başvurucuya göre, kimlik kontrolü yalnızca koyu ten rengi nedeniyle ve dolayısıyla ırkçı gerekçelerle yapılmıştır. Kimlik kontrolü, başvurunun özel hayatını zorunlu olarak etkilemiştir ve Sözleşmenin 8. maddesinin amaçları doğrultusunda psikolojik bütünlüğünü ve etnik kimliğini etkilemesi için yeterli olmuştur (bkz. *Király ve Dömötör / Macaristan*, no. 10851/13, § 43, 17 Ocak 2017). Dolayısıyla Mahkeme, söz konusu kimlik kontrolünün 8. maddenin kapsamına girdiği kanaatindedir. Bu nedenle, 14. madde uygulanabilir.

52. Mahkeme ayrıca, başvurunun Sözleşmenin 35. maddesinde sayılan diğer gerekçeler bakımından da açıkça dayanaktan yoksun ve kabul edilemez olmadığını tespit etmiştir. Bu nedenle başvuru kabul edilebilir ilan edilmelidir.

B. Esas hakkında

1. Yerel makamların etkili bir soruşturma yürütmemesine ilişkin şikâyet konusunda

(a) Tarafların iddiaları

53. Başvurucu, İspanyol makamlarının, iddia edilen olayın arkasındaki olası ırkçı saikleri veya uygulamaları ortaya çıkarmak için gereken bütün makul adımları atmadığını ileri sürmüştür.

54. Başvurucu, ayrımcılık iddiasının açık delillerle desteklendiğini ve bu delillerin yerel makamlar tarafından dikkate alınmadığını iddia etmiştir. Dolayısıyla ayrımcılık karanesi çürütülememiştir. Ayrıca, Mahkemenin içtihadına göre, başvurunun muamelede farklılık yapıldığını göstermesinin ardından, muameledeki farklılığın gerekçelendirilebilir olduğuna ilişkin ispat yükünün davalı Hükümette olduğunu ileri sürmüştür.

55. Başvurucu, daha ayrıntılı bir şekilde açıklamak gerekirse, (i) yetkililerin delil toplamak ya da tanıklarla görüşmek için hiçbir girişimde bulunmadığını; (ii) ulusal mahkemelerin, polis tarafından durdurulan ırksal azınlık mensuplarının orantısız sayısına ilişkin istatistikler konusunda bilirkişi incelemesi yapılması talebini reddettiğini; (iii) soruşturmanın tarafsızlıktan yoksun olduğunu; (iv) ulusal mahkemelerin ayrımcılık davalarında uygulanması gereken yük değişimi standardını uygulamadığını ve (v) İspanyol hukukunun ve mahkemelerin genel olarak polis memurlarının ifadelerine mağdurların ifadelerine kıyasla gereğinden fazla ağırlık verdiğini ileri sürmüştür.

56. Özetle, başvurucuya göre, davalı Devlet, olayla ilgili delilleri tespit etmemiş, bunları uygun bir şekilde incelememiş ve gerçeği ortaya çıkarmak için mümkün olabilecek tüm yolları araştırmamıştır.

57. Hükümete göre, başvuru, ayrımcı muameleye ilişkin iddialarının hiçbirini ispatlayamamıştır. Hükümet ayrıca ulusal mahkemelerin başvurunun sunduğu delillerin ikna edici olmadığı yönündeki tespitlerini yinelemiştir. Hükümetin görüşüne göre, başvurunun ve arkadaşının yeminli ifadesi, olaya karışan polis memurlarının ifadeleri ile açıkça çelişmektedir. Bu davada, hem cezai hem de idari soruşturmaların ulusal düzeyde sonlandırılmasının ardından, yalnızca başvurunun ifadesine dayanarak polis memurlarının ayrımcı davranışlarda bulunduğunu kabul etmek, Sözleşmenin 6. maddesinde yer alan adil yargılanma hakkının ihlali anlamına gelecektir.

58. Hükümet, cezai kovuşturmada ayrımcılığın kanıtlanmamış olmasının idari yargı açısından da önemli bir ağırlık taşıdığını ileri sürmüştür. Her iki takibatta da, başvuru, *prima facie* (tersi sabit oluncaya kadar davacının iddiasının kabulüne yeter ve geçerli deliller bulunan) bir ayrımcılık davasıyla karşı karşıya olduğunu göstermek için ispat yükünü taşımaktaydı. Ancak, bu iddiayı desteklemek için, kendi ifadesi ve arkadaşının ifadesi dışında hiçbir delil sunulmamıştır ve Hükümete göre, aralarındaki arkadaşlık nedeniyle bu ifadeye güvenilmemelidir.

59. Hükümet, Devletin sorumlu tutulabilmesi ve tazminata hükmedilebilmesi için, davacının uğradığı iddia edilen zararın Devlet makamlarının işleyişinden kaynaklandığının ispatlanması gerektiğini savunmuştur. Olayların başvuru iddia ettiği şekilde gerçekleştiğine dair en azından bir delil olmaksızın, ulusal mahkemeler Devletin sorumluluğuna hükmedememiştir.

60. Sonuç olarak, ispat yükü yetkililere devredilememiştir. Hükümetin düşüncesine göre, ispat yükünün bu şekilde devredilmesi, somut olayda polis memurlarının davranışlarında ırk ayrımcılığı yapmadıklarını kendi sözleri dışında ispatlayamayacakları göz önünde bulundurulduğunda, ispat yükünü "şeytanın ispatına" dönüştürdü.

(b) Üçüncü tarafların görüşleri

61. Gent Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, Mahkemenin içtihadına atıfta bulunmuş ve bazı davalarda ispat yükünün tersine çevrilmesinin gerekli olmasının yanı sıra, Devletlerin etnik profillemeye iddialarını soruşturmak için pozitif bir usul yükümlülüğü olduğunu ileri sürmüştür (*Nachova ve Diğerleri / Bulgaristan* [BD], no. 43577/98 ve 43579/98, AİHM 2005-VII). Ayrıca, 12 No.lu Protokolün 1. maddesi uyarınca ve bu Protokolün Açıklayıcı Raporuna göre, "Devlet tarafından sunulacak her türlü gerekçe en katı incelemeye tabi tutulmalıdır".

62. The Défenseur des droits de la République, Mahkemenin içtihadına göre, ırksal veya etnik profillemeye yapıldığı iddia edildiğinde, güvenlik güçleri veya ulusal mahkemelerle herhangi bir kurumsal bağlantı olmaksızın, polis davranışlarına ilişkin etkili ve bağımsız bir soruşturmanın yapılması gerektiğini eklemiştir (*El-Masri/Eski Yugoslav Makedonya Cumhuriyeti* [BD], no. 39630/09, § 184, AİHM 2012).

(c) Mahkemenin değerlendirmesi

(i) Devletin olası ırkçı saikleri soruşturma yükümlülüğü altında olup olmadığı meselesi

63. Hükümet, 8. madde ile birlikte ele alınan 14. maddenin ihlal edildiği iddiası karşısında, Devletlerin bir Devlet görevlisinin eyleminin olası ırkçı saiklerini araştırma yükümlülüğü altında olduğuna itiraz etmemiştir.

64. 8'inci maddenin temel amacı, bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak olsa da, Devleti sadece bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamamaktadır; bu negatif yükümlülüğün yanı sıra, özel hayata saygının doğasında var olan pozitif yükümlülükler de olabilir. Mahkeme, daha önce özel şahısların eylemlerine ilişkin olarak belirli durumlarda 8. madde bağlamında soruşturma yükümlülüğünün varlığını kabul ettiğini hatırlatmaktadır. Ayrıca, Devletin 8. maddeden doğan bireyin bütünlüğünü korumaya yönelik pozitif yükümlülüğünün, soruşturmanın etkinliğine ilişkin soruları da kapsayabileceği ihtimalini dışlamamıştır (bkz. *Moldovan ve Diğerleri/Romanya* (no. 2), no. 41138/98 ve 64320/01, § 96, AİHM 2005-VII (özetler), ve *Burlya ve Diğerleri/Ukrayna*, no. 3289/10, §§ 161 ve 169-70, 6 Kasım 2018).

Mahkeme, başvuruçunun belirli fiziksel veya etnik özellikleri nedeniyle hedef alındığına dair savunulabilir bir iddiada bulunması halinde, 8. madde bağlamındaki soruşturma yükümlülüğünün, Devlet görevlilerinin eylemleriyle ilgili olarak hiç dışlanmaması gerektiği kanaatindedir.

65. Irk temelinde ayrımcılık yapıldığı iddia edildiğinde, özel bir soruşturma yükümlülüğü ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, ırk ayrımcılığının özellikle korkunç bir ayrımcılık türü olduğunu ve tehlikeli sonuçları göz önüne alındığında, yetkililerin bu konuya özellikle dikkat etmesi ve güçlü bir tepki göstermesi gerektiğini yinelemektedir (14. madde bağlamında bkz. *Timishev/Rusya*, no. 55762/00 ve 55974/00, § 56, AİHM 2005-XII, ve *Sejdić ve Finci/Bosna Hersek* [BD], no. 27996/06 ve 34836/06, § 43, AİHM 2009).

66. Mahkeme, Devlet makamlarının şiddet olaylarını soruşturduğu durumlarda, etnik önyargıların bu olaylarda rol oynayıp oynamadığını tespit etme yükümlülüğü bulunduğunu belirlemiştir. Ayrıca, bu tür durumlarda bile, ırkçı saiklerin ispatlanmasının uygulamada genellikle son derece zor olacağını kabul etmiştir. Davalı Devletin şiddet içeren bir eylemin olası ırkçı izlerini araştırma yükümlülüğü, en iyi çabayı gösterme yükümlülüğü anlamına gelmektedir ve mutlak değildir (bkz. *B.S. / İspanya*, no. 47159/08, § 58, 24 Temmuz 2012). Yetkili makamlar, delilleri toplamak ve güvence altına almak, gerçeği ortaya çıkarmak için olası tüm yolları araştırmak ve ırk temelli şiddete işaret edebilecek şüpheli olguları göz ardı etmeksizin tamamen gerekçeli, tarafsız ve objektif kararlar vermek için makul olanı yapmalıdır (bkz. *mutatis mutandis*, *B.S. / İspanya*, yukarıda anılan, § 58, ve *Nachova ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 160).

67. Yetkililerin temel bir değere ayrımcılık yapılmaksızın saygı gösterilmesini güvence altına almaya yönelik 14. madde kapsamındaki sorumlulukları, 8. madde bağlamında ilgili kişinin damgalanmasına yol açan olası ırkçı tutumlar söz konusu olduğunda da devreye girebilir. Bu tutumlar özel kişiler tarafından değil de Devlet görevlileri tarafından sergilendiğinde bu husus daha da önem kazanmaktadır.

68. Mahkeme, yukarıdaki unsurlar ışığında, ilgili kişinin ırksal özellikleri nedeniyle hedef alınmış olabileceğine dair savunulabilir bir iddia olduğunda ve bu tür eylemler, yukarıda belirtilen eşik koşullarına göre (bkz. yukarıdaki 50. paragraf), 8. maddenin kapsamına girdiğinde, yetkililerin ırkçı tutumlar ile Devlet görevlisinin eylemi arasında olası bir bağlantının varlığını araştırma görevinin, 8. madde ile birlikte incelendiğinde, Sözleşmenin 14. maddesi kapsamındaki sorumluluklarında zımni olarak yer aldığının kabul edilmesi gerektiği kanaatindedir.

(ii) Soruşturma yükümlülüğüne uyulup uyulmadığı

69. Mahkeme, somut davanın olaylarına döndüğünde, özellikle başvuruçunun, turistik bir bölgedeki bir caddede yürürken kendisine yapılan kimlik kontrolü sırasında polisin ırkçı ayrımcılık yaptığı iddiasıyla Devletin sorumluluğuna ilişkin dava açtığını kaydetmiştir.

Daha somut olarak, başvuru, polis memurlarının kendisine sadece ten rengine dayanarak kimlik sorduğunu ifade etmiştir. Öte yandan Hükümet, polis memurlarının, başvuru kendilerine karşı kışkırtıcı ve meydan okuyucu tavrının ardından kimliğini göstermesini talep ettiklerini ifade etmiştir.

70. Mahkeme, öncelikle, mevcut davadaki koşulların, *R.B. / Macaristan*, no. 64602/12, 12 Nisan 2016 davasındaki koşullardan önemli ölçüde farklı olduğunu gözlemlemiştir: Söz konusu davada, dava konusu eylemler, bir belediyede Roman toplumuna karşı mitinglerin düzenlendiği bir dönemde Roman toplumuna karşı genel olarak düşmanca bir tutumun bir parçasını oluşturmaktaydı ve failer (her halükarda Devlet görevlileri değil, özel kişilerdi) hiçbir zaman tespit edilememiştir. Mahkeme, kamu yetkililerinin herhangi bir şekilde ırk ayrımcılığı yapmasından endişe duymakla ve ırka dayalı tutumların şiddet eylemlerine yol açtığına dair şüphelerin bulunduğu durumlarda soruşturmanın titizlik ve tarafsızlıkla yürütülmesinin önemini defalarca vurgulamakla birlikte, başvuru durumunun bir şiddet eylemi olduğunu kabul etmemektedir; başvurudan sadece kimlik belgelerini göstermesi istenmiştir - bu da İspanya'daki herkes gibi yasalar uyarınca yapılması gereken bir şeydir (bkz. yukarıdaki 33 ve 34 paragrafları).

71. Somut davada, polis memurlarının kimlikleri tespit edilmiş, başvurudan belgelerini göstermesini istediklerini inkar etmemişler (bkz. yukarıdaki 8 ve 15 paragrafları) ve ifadeleri hem cezai hem de idari takibatta dikkate alınmıştır. Mahkeme, olayların suç teşkil edip etmediğinin araştırılması için cezai kovuşturma başlatıldığını ve olaya karışan polis memurlarının soruşturma altındaki kişiler olarak sözlü ifadelerinin alındığını kaydetmiştir. Cezai kovuşturmanın durdurulmasının ardından (başvuru bu karara itiraz etmemiştir), idari işlemlerde de polis memurlarının yazılı ifadeleri dikkate alınmıştır. Kamu yetkililerinin iddia edilen davranışları ile başvuru maruz kaldığı zarar arasında bir illiyet bağı olup olmadığını tespit etmek amacıyla, olaylara ilişkin hazırladıkları tutanak delil olarak kullanılmıştır.

72. Sunulan delilleri değerlendiren merkez idare mahkemesinin, başvuru, kimlik kontrolünün polis memurlarının ırk ayrımcılığından kaynaklandığı yönündeki iddiasını gerektiği şekilde kanıtlamadığı sonucuna varması nedeniyle idari işlemler durdurulmuştur. Başvuru başlangıçta delillerini yazılı şekilde sunmuş ve daha sonra idari yargılama kapsamında sözlü ifadelerin alınmasını talep ettiği bir ön duruşma yapılmıştır (bkz. yukarıdaki 25 paragraf). Bununla birlikte, idari hâkimin duruşmada tespit ettiği üzere, cezai kovuşturmayla konu olan tüm deliller, şikâyet konusunun farklı olduğu idari işlemlerle ilgili değildir. Mahkeme, polis memurlarının ayrımcı bir davranışta bulunup bulunmadıklarını araştırmayı amaçlayan cezai kovuşturmada, yalnızca polisten gelen olay tutanaklarının sunulmasının Sözleşmenin 3. maddesinin usule ilişkin kısmı kapsamında yeterli olmayabileceğine hükmetmiştir (bkz. yukarıda anılan B.S. / İspanya,

§ 42). Bununla birlikte, somut davada yapılan başvuru, yalnızca cezai kovuşturmadan farklı nitelikte olan idari işlemlerle ilgilidir.

73. Söz konusu tarihte yürürlükte olan yasal hükümler, başvurucuya, maruz kaldığını iddia ettiği ırk ayrımcılığı karşısında çözüm araması için hem cezai hem de idari takibat olmak üzere uygun bir hukuki başvuru yolu sağlamıştır. Aslında, iki polis memurunun tetkik hâkimi tarafından sorgulandığı ulusal cezai kovuşturma yapılmıştır (bkz. yukarıdaki 15. paragraf). Bununla birlikte, başvurucu başka bir itirazda bulunmamış ve cezai kovuşturmanın durdurulması kararı kesinleşmiştir. Ayrıca, başvurucu bu Mahkeme nezdinde de bu konuda bir şikâyetle bulunmamıştır. (bkz. yukarıdaki 16-17. paragraflar) Başvurucu sadece idari yargıya başvurmayı tercih etmiş olduğundan Mahkeme önündeki şikâyetinin ve etkilerinin bu yasal çerçeve içerisinde değerlendirilmesi gerekmektedir.

74. Ulusal mahkemeler, huzurlarındaki delilleri değerlendirmiş ve İspanya İdari Usul Kanununun 139. maddesi veya 62/2003 sayılı Kanunun 32. maddesi uyarınca kamu yetkililerinin sorumluluğunun tespit edilemediği sonucuna varmıştır (bkz. yukarıdaki 31. paragraf).

75. Ayrıca, başvurucunun, merkez idare mahkemesinin delillerin kabul edilebilirliğine ilişkin kararına ve ardından Devletin sorumluluğu iddiasının reddine ilişkin kararına itiraz etme fırsatı bulunmaktaydı. Başvurucunun şikâyetinin esasa ilişkin yönü, bu kararın bir sonraki bölümünde incelenecektir. Usul açısından, başvurucu, ulusal mahkemelerin yeterince gerekçelendirilmiş ve temellendirilmiş kararlarına itiraz etme imkânına sahipti.

76. Bu itibarla, bu konuda Sözleşmenin 8. maddesiyle birlikte okunduğunda 14. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varılmıştır.

2. Polis kontrolünün ve başvurucunun tutuklanmasının ayrımcı gerekçelere dayandığı iddiasına ilişkin şikâyetle ilgili olarak

(a) Tarafların iddiaları

77. Başvurucu, polisin kendisini ırkı ve ten rengi nedeniyle kimlik kontrolü için seçmesinin doğrudan ayrımcılık teşkil ettiğini ileri sürmüştür. Polis memurunun kendisini durdurmak için gösterdiği tek nedenin dış görünüşü olduğunu, çünkü aynı anda yakınlarda açık tenli bir kişinin durdurulmadığını iddia etmiştir. Kendisine ırkçı hakaretlerde bulunduğunu ve tokat attığını iddia ettiği polis memurlarının düşmanca tavırlarına dikkat çekmiştir. Bu tutum karşısında, mağduru olduğunu iddia ettiği ayrımcılık konusunda hiçbir şüphesi kalmamıştır.

78. Başvurucu ayrıca, aynı veya benzer durumdaki diğer kişilerin görebileceğinden daha az elverişli muamele gördüğünü ileri sürmüştür.

Başvurucu, katlanmak zorunda kaldığı kimlik kontrolünün, herkesin gözü önünde ve onur kırıcı bir şekilde gerçekleştirilmiş olmasının da etkisiyle, kendisini küçük düşürdüğünü ve utandırdığını ve etnik grubuna yönelik kalıp yargıların oluşmasına katkıda bulunduğunu, dolayısıyla özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğini düşünmüştür.

79. Başvurucu, Ulusal Polis tarafından ırksal profilinin çıkarılmasının ve toplum önünde aşağılanmasının münferit olaylar olmadığını ileri sürmüştür. Başvurucuya göre bu uygulamalar, yasal korumaların yetersizliği ve kusurlu anayasal içtihat nedeniyle İspanya'da süregelen etnik profil çıkarma ve ırk ayrımcılığına dayalı kolluk uygulamalarının bir parçasıdır.

80. Başvuran, AİHM'nin (bkz. yukarıdaki 39-40. paragraflar) ve İspanya Kamu Denetçisinin polis kimlik kontrollerinde yaygın ırk ayrımcılığına ilişkin bulgularını dayanak göstermiştir. Ona göre, bu kurumlar, diğerlerinin yanı sıra, ayrımcılık karşıtı yasal çerçevenin yetersiz olduğuna işaret etmektedir ve her halükarda, daha önemli olan Devletin uygulamalarıdır. Ayrıca, Hükümetin sunduğu istatistiklerin ikna edici olmadığına, zira bunların sadece polis karakollarında yapılan kimlik kontrollerine ilişkin verileri gösterdiğine (ki bunun toplamın sadece %0,5'ine tekabül ettiğini ileri sürmüştür) ve verilerin kıta düzeyinde toplandığına, bunun da ulusal düzeyde var olan eşitsizlikleri maskeleydiğine ve ırk/etnik köken gibi diğer ilgili özelliklerin yanı sıra vatandaşlığa kabul edilen göçmenlerin deneyimlerini de göz ardı ettiğine dikkat çekmiştir.

81. Başvurucu, Hükümetin, Sözleşmenin ayrımcılık temelinde ihlal edildiğinin tespit edilmesinin polis memurlarının masumiyet karinesini ihlal edeceği yönündeki iddiasına ilişkin olarak da, bireysel cezai sorumluluk ile Devletin Sözleşme ihlallerine ilişkin sorumluluğunun birbirine karıştırılamayacağını ileri sürmüştür. Başvurucu, polis memurlarının ulusal ceza yargılamasında mahkum edilmesinin veya beraat etmesinin davalı Devleti Sözleşme kapsamındaki sorumluluğundan muaf tutamayacağı görüşündedir.

82. Hükümet, başvurunun durdurulup diğer açık tenli vatandaşların durdurulmamasının önemsiz olduğunu savunmuş, bu olayın başvurunun ırkından değil, davranışlarından ve kimliğini göstermeyi reddetmesinden kaynaklandığını ileri sürmüş, kendisi gibi Pakistan kökenli olan arkadaşının karakola götürülmeyip kimliğini göstermesinin dahi istenmediğini hatırlatmıştır.

83. Hükümet, başvurunun, aslında yanında bulunan kimlik belgelerini vermeyi reddetmesi nedeniyle karakola götürülmesinin, yürürlükteki kanunlar uyarınca haklı olduğunu ileri sürmüştür. Polis memurlarının tutumunun profesyonel olduğunu, gerekenin ötesine geçmediğini ve hatta kimlik tespiti tamamlandıktan sonra başvurunun otobüs durağına götürdüklerini ifade etmiştir.

84. Hükümetin görüşüne göre, Devletin sorumluluğuna ilişkin davalar yalnızca yetkililerden maddi tazminat elde etmeyi amaçlamaktadır. İddia edilen ayrımcılığın kanıtlanması için uygun yargılama usulü ceza yargılamasıdır.

Hükümet ayrıca, İspanya ceza hukukuna göre, ırk veya etnik ayrımcılık temelinde işlenen nefret suçlarının cezai bir suç olduğunu, ancak mevcut davadaki cezai kovuşturmanın, yargıç tarafından ırk ayrımcılığı yapıldığına dair herhangi bir bulguya rastlanmamasından dolayı durdurulduğunu belirtmiştir. İki polis memurunun soruşturulduğu cezai kovuşturma halihazırda sona ermişken, başvurunun bu iki polis memuru tarafından ayrımcılığa uğradığına dair bir tespitin, memurların masumiyet karinesini ihlal edeceğini ifade etmiştir.

85. Hükümet son olarak, mevcut bireysel başvurunun aslında İspanyol polis güçlerinde sistemli bir ayrımcılık bulunduğu iddiasına ilişkin daha genel bir şikâyetle bulunma yolu olarak kullanıldığına dair endişesini dile getirmiş ve bu iddianın asılsız olduğunu belirtmiştir. Bu genel ifadeyi çürütmek için istatistikler sunmuştur. Emniyet Genel Müdürlüğünün bu hususta hazırladığı raporda, Ocak 2012 ile Mart 2018 tarihleri arasında toplanan verilere göre, ulusal polis memurlarınca kendisinden kimliğini göstermesi istenen ve kimlik tespiti için karakola götürülen kişilerin %65,94'ünün Avrupa kökenli olduğu (%17,02'sinin Afrika kökenli, %9,59'unun Latin Amerika kökenli ve %7,38'inin Asya kökenli olduğu) belirtilmiştir. Raporda ayrıca, polis karakollarında yapılan kimlik kontrollerinin sayısının da bu süre zarfında önemli ölçüde azaldığı ortaya konmuştur. Polis karakolları dışındaki kimlik kontrollerine ilişkin somut veri sunulmamıştır.

86. Hükümet bu bağlamda, (başta polisin davranışlarına ilişkin hükümler olmak üzere) İspanyol mevzuatının ve içtihadının ırk ayrımcılığına karşı sağladığı korumayı da övmüştür. Hükümetin görüşüne göre, İspanyol hukuk sisteminde ırk ve etnik kökene dayalı ayrımcılığa karşı sadece idare hukukunda değil, aynı zamanda Ceza Kanununda da yeterli yasal koruma mevcuttur; nefret suçu cezalandırılmaktadır ve bir suçun ırkçı veya etnik nedenlerle işlenmesi özel ağırlaştırıcı sebep olarak kabul edilmektedir.

87. Hükümet, 1977 yılında Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin İspanya tarafından onaylanmasından bu yana, polis memurlarının ayrımcılık yaptığı gerekçesiyle İspanya aleyhine sadece bir ihlal tespit edildiğini, bunun da İspanya'da polisin davranışlarında ayrımcılığın yaygın olduğu iddiasının mesnetsiz olduğunu gösterdiğini kaydetmiştir. Hükümet, polis faaliyetlerinde her türlü ayrımcılığı önlemek, tespit etmek ve cezalandırmak amacıyla tesis edilmiş çeşitli yasal ve kurumsal mekanizmaların varlığına işaret etmiştir.

(b) Üçüncü tarafların görüşleri

88. Ghent Üniversitesi İnsan Hakları Merkezi, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin 27 Temmuz 2009 tarihli *Rosalind Williams Lecraft/İspanya* vakasındaki (Bildirim no. 1493/2006) görüşlerine büyük ölçüde atıfta bulunarak etnik profillemenin zararlı etkilerini insan onuruna karşı bir suç olarak tanımlamıştır (bkz. yukarıdaki 38. paragraf).

89. International Rights Spain ve Plataforma por la Gestión Policial de la Diversidad isimli STK'lar ortak bir müdahalede bulunarak İspanyol polisinin etnik profillemesine ilişkin ulusal ve uluslararası kurumların farklı yorumlarını sunmuştur. İspanya'daki beş yerel emniyet müdürlüğünün bu tür durumları önlemek için "durdurma formları" gibi tedbirleri başarıyla uyguladığını belirtmişlerdir: Bir polis memuru kimlik tespiti yaptığı her seferde, kişinin bilgilerini, kimlik tespitinin nedenini ve sürecin sonucunu içeren bir form doldurmak zorundadır. Kimliği tespit edilen kişi formun bir kopyasını alarak şikâyetinde bulunabileceği konusunda bilgilendirilmiştir.

90. Défenseur des droits de la République française, ECRI'nin 5 Aralık 2017 tarihli İspanya raporunda (bkz. yukarıdaki 38. paragraf), Birleşmiş Milletler ve hatta İspanya Ombudsmanı tarafından da belirtildiği üzere, polis tarafından gerçekleştirilen kimlik kontrollerinde etnik profil çıkarmanın Avrupa ülkelerinde, özellikle de İspanya'da yaygın bir sorun olduğuna dair bilgi sunmuştur.

(c) Mahkemenin değerlendirmesi

(i) İlgili ilkeler

91. Mahkeme, Sözleşmenin 8. maddesi anlamında "özel hayat" ve etnik kimlik de dâhil olmak üzere kişisel özerklik kavramlarına ilişkin olarak, *R.B. / Macaristan* (yukarıda anılan, §§ 78-79) kararında ortaya konan genel ilkelere atıfta bulunmaktadır. Her ne kadar anılan davada, evleviyetle özel şahıslar tarafından gerçekleştirildiği iddia edilen ayrımcı muamelelerin soruşturulmasına ilişkin yükümlülüklerden bahsedilmiş olsa da, söz konusu ilkeler, iddia edilen ayrımcı eylemlerin Devlet görevlileri tarafından gerçekleştirildiği somut davaya da uygulanabilir.

92. Mahkeme, Sözleşmenin 14. maddesiyle ilgili olarak, ayrımcılığın, nesnel ve makul bir gerekçe olmaksızın, benzer durumdaki kişilere farklı muamele etmek olduğunu tekrarlamaktadır ("doğrudan ayrımcılık") (bkz. yukarıda anılan *Nachova ve Diğerleri*, § 145; *D.H. ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti* [BD], no. 57325/00, § 175, AİHM 2007-IV; ve *Soare ve Diğerleri/Romanya*, no. 24329/02, § 201, 22 Şubat 2011) -

93. Muamelede farklılık, yansız terimlerle ifade edilmesine karşın bir gruba karşı ayrımcılık yapan genel bir politika veya tedbirin orantısız önyargılı etkileri şeklinde de ortaya çıkabilir. Böyle bir durum, mutlaka ayrımcı bir niyet olmasını gerektirmeyen "dolaylı ayrımcılık" anlamına gelebilir (bkz. yukarıda anılan *D.H. ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti*, §§ 175 ve 184, ve *Biao / Danimarka* [BD], no. 38590/10, §§ 91 ve 103, 24 Mayıs 2016).

94. Mahkeme, önüne gelen davaları delil açısından incelerken, genellikle affirmanti incumbit probatio (başvurucu iddiasını kanıtlamak zorundadır) ilkesini uyguladığını defalarca belirtmiştir.

Sadece başvuru muamele farklılığını ortaya koyduktan sonra, ispat yükü bu farklılığın meşru olduğunu göstermek üzere Hükümete geçer (bkz. yukarıda anılan *D.H. ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti*, § 177, ve *Timishev / Rusya*, no. 55762/00 ve 55974/00, § 57, AİHM 2005-XII).

Yerleşik içtihadı göre, yeterince güçlü, açık ve uyumlu çıkarımların ya da benzer çürütülemeyen karinelerin bir arada bulunması halinde ispat söz konusu olabilir. Ayrıca, belirli bir sonuca varmak için gerekli inandırıcılık düzeyi ve bu bağlamda, ispat yükünün dağılımı, olayların özellikleri, ileri sürülen iddianın niteliği ve Sözleşmede söz konusu olan hak ile sıkı sıkıya bağlantılıdır (bkz. yukarıda anılan *D.H. ve Diğerleri/Çek Cumhuriyeti*, § 178).

95. Mahkeme ayrıca, belirli bir ayrımcılık eyleminin (özellikle şiddet içeren bir eylemin) ırksal önyargıdan kaynaklandığı iddia edildiğinde, Hükümetin ilgili kişi/kişilerin belirli bir özne tutumunun olmadığını kanıtlamak zorunda olmadığını kabul etmiştir (bkz. *Nachova ve Diğerleri*, yukarıda anılan, § 157).

(ii) Bu ilkelerin somut davaya uygulanması

96. Mahkeme, somut davanın unsurlarına döndüğünde, başvuru, 29 Mayıs 2013 tarihinde, iddiaya göre ırkı ve ten rengi nedeniyle tabi tutulduğu kimlik kontrolü nedeniyle aşağılanmış ve utanmış hissettiğini belirttiğini dikkate almıştır.

97. Mahkeme, başvurudan yankesiciliğin ve hırsızlığın sık görüldüğü bir sokakta kimliğini göstermesinin istendiğini ve daha sonra gözaltına alındığını, ancak o sırada orada bulunan tek kişinin arkadaşı K.A. olduğunu müşahade etmiştir. Kimlik kontrolü de gözaltına alma da aile üyelerinin huzurunda ya da mahallesinde gerçekleşmemiştir. Kendisi gibi Pakistanlı olan arkadaşı ise tutuklanmamıştır (bkz. yukarıdaki 7. paragraf). Başvuru, arkadaşından da kimliğini göstermesinin istendiğini iddia etmiş, ancak polis ve Hükümet bunu reddetmiştir.

98. Başvuru, kendisine yapılan kimlik kontrolünün ayrımcı olduğundan şikâyet ederek (bkz. yukarıdaki 18 paragraf) Devletin sorumluluğu davası açmış ve polisin davranışının hukuka aykırı olduğunun kabul edilmesini, Devletin özür dilemesini ve tazminat talep etmiştir.

99. Başvuru, iddiasını büyük ölçüde kendisinin kimlik kontrolünden hemen öncesinde, kontrol sırasında veya sonrasında aynı caddede "çoğunluk Kafkas nüfusa" mensup başka kimsenin durdurulmamış olmasına dayandırmaktadır. Bununla birlikte Mahkeme, bu durumun, kendisinden kimliğini göstermesinin istenmesinin ardında ırksal bir saikin bulunduğu dair tek başına bir gösterge olarak kabul edilemeyeceği kanaatindedir. Başvuru, polisin başvuru etnik kökenini paylaşan vatandaşlara karşı düşmanlık saikiyle kimlik kontrolü yaptığını gösterebilecek veya herhangi bir ırksal veya etnik profillemenin varlığı konusunda ulusal düzeyde ispat yükünü tersine çevirmek için gereken karineyi doğurabilecek çevresel koşulları göstermeyi başaramamıştır. Mahkeme, ulusal mahkemelerin, polis memurlarının kendisini durdurmasına ve kimliğini tespit etmesine neden olan şeyin etnik kökeni değil, başvuru tutumu olduğu yönünde vardığı sonuçtan uzaklaşmak için hiçbir neden görmemiştir.

Başvurucunun, yürürlükteki kanunun öngördüğü şekilde, kimliğinin karakolda tespit edilmesi için gözaltına alınmasına neden olan tek şey, kimliğini ispatlayacak bir belge göstermeyi reddetmesidir (bkz. yukarıdaki 33. paragraf).

100. Başvurucu, ırkçı saiklerle yapılan kimlik kontrollerinin İspanyol polis güçlerinin yaygın bir uygulaması olduğunu ispatlamayı amaçlayan raporları da şikâyetine eklemiştir. Mahkemenin daha önce de belirttiği üzere, istatistiklerin, başvurunun sunması gereken *prima facie (tersi ispat edilmedikçe iddiayı ispat yeterli ve geçerli olan)* delilleri oluşturmaya yeterli sayılabilmesi için, bu istatistiklerin eleştirel bir incelemede güvenilir ve anlamlı görünmesi gerekir (bkz. yukarıda anılan *D.H. ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti*,

§ 188). Hükümetler arası kuruluşlar da dâhil olmak üzere, bir dizi kuruluşun, polisin ırkçı saiklerle yaptığı kimlik kontrollerine ilişkin endişelerini dile getirdikleri doğrudur (bkz. yukarıdaki 61-62 ve 88-90. paragraflar). Bununla birlikte, Mahkeme, söz konusu davadaki tek meselesinin, sokakta başvurucudan kimliğini göstermesinin talep edilmesinin ırkçılık saikiyle yapılp yapılmadığını tespit etmek olduğu gerçeğini gözden kaçırılmaz. Merkez idare mahkemesi tarafından da belirtildiği üzere, burada mesele, başvurunun, kamu yetkililerinin (bu olayda polisin) normal veya anormal işleyişinden kaynaklanan, katlanmak zorunda olmadığı bir zarara uğrayıp uğramadığını tespit etmek ve zarara uğramış olması halinde de kendisine tazminat ödenmesine hükmetmekle sınırlıdır (bkz. yukarıdaki 31. paragraf).

101. Ulusal yargı makamları, aynı olayların, ırkçı saikle işlenmiş bir suçun kanıtlanamaması nedeniyle durdurulan cezai kovuşturma sırasında ceza mahkemesi tarafından da değerlendirildiğini kaydetmiştir. Mahkeme, İspanyol hukuki çerçevesinin ırk veya etnik köken temelinde ayrımcılığa karşı tedbirler (ispat yükünün tersine çevrilmesine ilişkin kurallar da dahil olmak üzere) ve ırkçılığı oluşturan veya teşvik eden eylemlere yönelik idari ve cezai yaptırımlar içerdiğini dikkate almıştır. Bununla birlikte, idari işlemlerde, başvurunun uğradığı iddia edilen zarar ile polis güçlerinin tutumu arasında bir illiyet bağı kurulamamıştır.

102. Sonuç olarak, Mahkeme, ilgili tüm unsurları değerlendirdikten sonra, başvurunun polis tarafından kimlik kontrolünden geçirilmesinde ve bu bağlamda gözaltına alınmasında ırkçı tutumların rol oynadığının ortaya konduğunu düşünmemektedir.

103. Bu itibarla, bu konuda Sözleşmenin 8. maddesiyle birlikte okunduğunda 14. maddenin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

BU NEDENLERLE, MAHKEME

1. Oybirliğiyle başvurunun kabul edilebilir olduğuna *karar* vermiştir;
2. Ulusal makamların etkili bir soruşturma yürütmemesine ilişkin şikâyet konusunda, üçe karşı dört oyla, Sözleşmenin 8. maddesiyle birlikte okunduğunda 14. maddenin ihlal edilmediğine *hükmetmiştir*;

3. Başvurucunun polis tarafından kimliğinin kontrol edilmesinin ve tutuklamasının ayrımcı gerekçelere dayandığı iddiasına ilişkin şikâyet konusunda, üçe karşı dört oyla, Sözleşmenin 8. maddesiyle birlikte okunduğunda 14. maddenin ihlal edilmediğine *hükmetmiştir*.

İngilizce hazırlanmış ve Mahkeme İç Tüzüğü'nün 77. maddesinin 2. ve 3. fıkraları uyarınca 18 Ekim 2022 tarihinde yazılı olarak tebliğ edilmiştir.

Milan Blaško
Yazı İşleri Müdürü

Georges Ravarani
Başkan

Sözleşmenin 45. maddesinin 2. fıkrası ve Mahkeme İçtüzüğü'nün 74. maddesinin 2. fıkrası uyarınca, aşağıdaki ayrı görüşler bu karara eklenmiştir:

- (a) Hâkim Elóseguí ve Hâkim Serghides'in ortak mütalaası;
- (b) Hâkim Zünd'ün muhalefet şerhi;
- (c) Hâkim Krenc'in muhalefet şerhi.

G.R.
M.B.

HÂKİM ELÓSEGUÍ VE HÂKİM SERGHİDES'İN ORTAK MÜTALAASI;

I. IRK AYRIMCILIĞI İDDİALARINA İLİŞKİN DAVALARDA İSPAT YÜKÜMLÜLÜĞÜNE İLİŞKİN MAHKEME İÇTİHADİ: İSPANYA'DAKİ HUKUKİ ÇERÇEVE, MAHKEMENİN İÇTİHATLARI, AB YÖNERGELERİ VE ECRİ'NİN TAVSİYELERİ İLE UYUMLUDUR

1. Kararın tamamına, gerekçelerine ve vardığı sonuçlara tamamen katılıyoruz. Bu ayrı mütalaa, bu davada Mahkemeye sunulan bazı ek bilgilere ve özellikle de farklı yargılama süreçleriyle ilgilenen mahkemelerin aldığı tedbirler de dahil olmak üzere İspanyol yetkililerin gerekçelerine ilişkin ayrıntıları sunmayı amaçlamaktadır.

2. Üçüncü Bölümün aynı gün karara bağladığı iki dava (*Muhammad / İspanya* (no. 34085/17) ve *Basu / Almanya* (no. 215/19)), Mahkemenin *Nachova ve Diğerleri / Bulgaristan* ([BD], no. 43577/98 ve 43579/98, § 157, AİHM 2005- VII), *Stoica/Romanya* (no. 42722/02 § 126, 4 Mart 2008) davalarında ve bugün verilen her iki kararda da yer alan daha yakın tarihli davalarda (bkz. yukarıda anılan Basu, § 38-41, ve bu kararın 91-95. paragrafları) belirlenen içtihadı uygundur. Bu durum, ispat yükünün tersine çevrilmesi için başvurunun ayrımcılığa ilişkin prima facie deliller sunması gerektiği yönündeki görüşü teyit etmiştir (bkz. bu kararın 94. paragrafı).

3. Her iki kararda da Mahkemenin mevcut içtihadının ECRI'nin 7, 11, 15 No.lu Genel Politika Tavsiyelerine ve Avrupa Birliği'nin eşit muamele ilkesini ilgili olduğu ölçüde ırk veya etnik kökene bakılmaksızın uygulayan 29 Haziran 2000 tarih ve 2000/43/EC sayılı Konsey Yönergesinin ("AB Irk Eşitliği Yönergesi") aşağıda yer verilen Giriş Bölümünün 21. paragrafıyla uyumlu olduğu açıkça belirtilmiştir:

"İspat yüküne ilişkin kurallar, ilk bakışta prima facie bir ayrımcılık davası olduğunda uyarlanmalı ve eşit muamele ilkesinin etkili bir şekilde uygulanabilmesi için, bu tür bir ayrımcılığa ilişkin delil sunulduğunda ispat yükü tekrar davalıya geçmelidir." (bkz. kararın 41. paragrafı).

4. Yine de bu tür bir ayrımcılığa ilişkin prima facie delillerin bulunmasına ihtiyaç vardır. Toplumsal cinsiyete dayalı şiddet veya aile içi şiddet bağlamındaki ceza davalarında dahi aynı kriterler uygulanmıştır. İspat yükünün yer değiştirmesi, öncelikle mağdur olduğu iddia edilen kişinin bazı deliller sunmasını gerektirmektedir (bkz. *Volodina/Rusya*, no. 41261/17, § 117, 9 Temmuz 2019). *Volodina* davasında, her ikimiz de Daire üyesiydik ve 3. maddenin 13. ve 14. maddelerle bağlantılı olarak ihlal edildiği yönünde oy kullanmıştık. O davada polis, başvurunun iddialarıyla ilgili olarak ceza soruşturması başlatmayı reddetmişti. *Muhammad/İspanya* davası olan bu davada ise yetkililer pasif bir tutum sergilememiştir. Hâkim ve savcılar ilgili takibati başlatmıştır. Ayrıca, başvurunun Mahkemeye yaptığı şikâyet, 3. maddeye değil, 8. maddeye atıfta bulunulmuştur.

Üstelik İspanyol hukukuna göre, cezai takibat sadece Devlet tarafından değil, aynı zamanda mağdur tarafından da özel kovuşturma olarak başlatılabilmektedir. Cezai başvuru yolunun gerekli olması halinde, (diğer bazı ceza hukuku sistemlerinin aksine; bkz. *Sabalić/Hırvatistan*, no. 50231/13, § 105, 14 Ocak 2021) mağdur bu yola başvurabilmekte ve ardından Devlet, tetkik hâkimi ve savcı aracılığıyla konuyu takip etmektedir.

5. Polis kontrolleri ve ırk/etnik ayrımcılık karinesi doğuran olaylarla ilgili olarak, AB Irk Eşitliği Yönergesi ve ECRI'nin yaptığı gibi, cezai sorumluluk ile idari yaptırımlar veya disiplin yaptırımlarının birbirinden ayrılması çok önemlidir. *Ceza hukuku, ispat yükünün sanığa yüklenmesine izin vermemektedir*. Masumiyet karinesi böyle bir tekniğin kullanılmasını engellemektedir.

6. Bu nokta son derece önemlidir. Somut olayda da görüldüğü üzere, biri iki polis memuruna karşı açılan ve polisin ırka dayalı niyetinin kanıtlanamadığı ceza davası, diğeri ise başvuruçunun ırk ayrımcılığına dair prima facie deliller sunamadığı idari dava olmak üzere iki farklı yargı süreci söz konusudur.

7. ECRI'nin 7 No.lu Genel Politika Tavsiyesine göre, ispat yükünün paylaşımı idari işlemlerde ve disiplin yaptırımlarında uygulanır, ancak cezai konularda asla uygulanmaz. Tavsiye Kararında " ayrımcılık karinesinden" bahsedildiğinde, şikâyet sahibinin idari işlemlerde veya disiplin soruşturmalarında ayrımcılık yapıldığına dair prima facie deliller sunması gerektiği ve yükün sanığa aktarılmasının ceza davalarında geçerli olmadığı kastedilmektedir. ECRI'nin tavsiye metni son derece açıktır (bkz. ECRI 7 No.lu Genel Politika Tavsiyesine ilişkin Açıklayıcı Bilgi Notunun 29. paragrafı):

"İspat yükünün paylaşılması, şikâyetçinin ayrımcılık karinesinin ortaya çıkmasını sağlayacak olguları ortaya koyması gerektiği anlamına gelir; bu durumda, ayrımcılığın gerçekleşmediğini kanıtlama yükümlülüğü davalıya geçer. Dolayısıyla, doğrudan ırk ayrımcılığı iddiasında bulunulduğunda, davalı, farklı muamelenin nesnel ve makul bir gerekçesi olduğunu ispatlamalıdır."

8. AB Irk Eşitliği Yönergesinin 8. Maddesi (İspat Yükü) şöyle der:

"1. Üye Devletler, eşit muamele ilkesinin kendilerine uygulanmaması nedeniyle haksızlığa uğradığını düşünen kişilerin, mahkeme ya da başka bir yetkili makam nezdinde, doğrudan ya da dolaylı ayrımcılık yapıldığını karine olarak gösterebilecekleri olguları ortaya koymaları halinde, eşit muamele ilkesinin ihlal edilmediğini ispat yükünün davalıya ait olmasını sağlamak üzere, ulusal yargı sistemlerine uygun şekilde gerekli tedbirleri alacaklardır.

2. Birinci paragraf, Üye Devletlerin davacıların daha lehine olan delil kuralları getirmelerini engellemeyecektir.

3. Birinci paragraf ceza usulleri bakımından geçerli değildir.

4. Birinci, ikinci ve üçüncü paragraflar 7(2). madde kapsamında açılan davalara da uygulanacaktır.

5. Üye Devletlerin, mahkemenin veya yetkili kurumun davanın olgularını araştırmasının söz konusu olduğu yargılamalarda birinci paragrafı uygulamasına gerek yoktur." (bkz. kararın 41. paragrafı)

9. Mahkemenin içtihadı bu tavsiyelerle uyumludur ve ispat yükünün Devlete devredilmesinden önce prima facie delillerin gösterilmesi gerekmektedir.

II. YETKİLİLER TARAFINDAN ETKİLİ SORUŞTURMA YÜRÜTÜLMESİ

10. Aynı gün aynı Bölüm tarafından karara bağlanan ve her ikimizin de 14. madde ile birlikte 8. maddenin ihlal edildiği yönünde oy kullandığımız *Basu/Almanya* davasının aksine, bu kararda İspanyol Devletinin tüm pozitif ve negatif yükümlülüklerini yerine getirdiği, soruşturmanın tarafsız şekilde, biri cezai diğeri idari olmak üzere iki ayrı usulle ve sadece polis tarafından değil, savcının müdahalesiyle tetkik hâkimi ve idare mahkemesi tarafından yürütüldüğü sonucuna varılmıştır. Somut davada, Mahkeme "ulusal mahkemelerin, polis memurlarının kendisini durdurmasına ve kimliğini tespit etmesine neden olan şeyin etnik kökeni değil, başvurunun tutumu olduğu yönünde vardığı sonuçtan uzaklaşmak için hiçbir neden görmemiştir." (bkz. kararın 99. paragrafı). Bu nedenle, kimlik kontrolünün gerekçesinin başvurunun kışkırtıcı davranışları olduğu ve polisin söz konusu kişi üzerinde kontrol yapmak için bir gerekçe öne sürdüğü sabit kalmıştır (aynı yerde).

11. 29 Mayıs 2013 tarihinde başvurucudan belge isteyen iki polis memurunun, kamu güvenliğinin korunmasına ilişkin 21 Şubat 1992 tarihli ve 1/1992 sayılı Teşkilat Kanununun 26 (h) maddesi kapsamındaki idari suç için derhal bir şikâyet tutanağı doldurduğunu belirtmek gerekir. Katalonya Emniyet Müdürlüğü Teknik Bürosunun raporunda da belirtildiği üzere (bkz. kararın 8. ve 21. paragrafları), 21 Şubat 1992 tarihli ve 1/1992 sayılı Kamu Güvenliğinin Korunması Hakkında Kanunun 26. maddesinin (h) bendi uyarınca idari suç için bir şikâyet tutanağı hazırlamış ve bu tutanak aynı gün İç Güvenlik Genel Müdürlüğüne (Barselona) teslim edilmiştir. Gerçekte, başvurucudan kimliğinin istendiği koşullar, normalde bu tür belgelerin talep edileceği bir ortam bile değildir (sınır kapısı, havaalanı veya tren ya da otobüs istasyonu gibi).

12. Bu bağlamda, başvuru Barselona 3 No.lu Soruşturma Mahkemesine el yazısıyla suç duyurusunda bulunmuş olmasına karşın, olaylardan neredeyse bir yıl sonra, 7 Nisan 2014 tarihinde ulusal idari işlemleri başlatmıştır (bkz. kararın 18. paragrafı). Dolayısıyla, idari işlemlerin olaylardan bir yıl sonra başlamış olması, yetkililere değil, başvurunun kendisine atfedilebilir.

13. Hukuki açıdan bakıldığında iki polis memuru olayların yaşandığı gün yazılı bir tutanak düzenleyerek şeffaf bir şekilde hareket etmiştir. Oysa başvuru hem kimlik tespit kayıtlarını hem de şikâyet kaydını imzalamayı reddetmiştir.

Emniyet ve Sivil Muhafaza Genel Müdürlüğü, Ulusal Polis Teşkilatı görevlilerinin eylemleriyle bağlantılı olarak Devletin sorumluluğunun bulunduğu iddiasına ilişkin bilgi talebine, bu talebin yapılmasından itibaren üç gün içinde yanıt vermiştir (bkz. kararın 21. paragrafı). Emniyet Genel Müdürlüğü, yetkililere şu belgeleri sunmuştur: kimlik tespit işlemlerine ilişkin kayıtların fotokopisi; o sırada düzenlenen ve olayların anlatıldığı tutanak; ve İç Güvenlik Genel Müdürlüğüne gönderilen 837683 numaralı şikâyet kaydının bir örneği.

14. Başvurucuya, cezai kovuşturmada sözlü, idari işlemlerde ise avukatı aracılığıyla yazılı şekilde olmak üzere çeşitli vesilelerle beyanda bulunma fırsatının verildiği de belirtilmelidir. Cezai kovuşturma sırasında, tetkik hâkimi (bkz. kararın 13. paragrafı), mağdur sıfatıyla başvurunun, tanık sıfatıyla arkadaşının ve sanık sıfatıyla iki polis memurunun ifadesini almayı kabul etmiştir. Arkadaşının ifadesi hem ceza hem de idari takibatta dikkate alınmıştır zira arkadaşının olayların tanığı olarak Barselona'daki bir notere verdiği ifade her iki takibatta da sunulmuştur. Cezai kovuşturmada, tetkik hâkimi arkadaşına celp göndermiş, ancak verilen adres yanlış olduğu için kendisine celp ulaşmamıştır (bkz. kararın 15. paragrafı); bu durum da adli makamlara atfedilebilir bir durum değildir. Delilleri inceleyen tetkik hâkimi, olayların başvurunun anlattığı şekilde gerçekleştiğine ikna olmamıştır. Tetkik hakiminin yürüttüğü ön soruşturmayı inceleyen Barcelona Audiencia Provincial, takibata ilişkin ihtiyati kararın tamamen hukuka uygun olduğuna hükmetmiş ve itirazın kabul edilemez olduğuna karar vermiştir (bkz. kararın 16. paragrafı).

15. Tetkik hâkiminin ön soruşturmasını tamamlamasının ardından, savcının 23 Nisan 2015 tarihinde (bkz. kararın 16. paragrafı), başvurunun iki ulusal polis memuru hakkında görevlerini yerine getirirken yetkilerini kötüye kullanma suçu işledikleri iddiasıyla yaptığı şikâyete ilişkin takibatın durdurulmasını talep ederken kullandığı ifadeleri de dikkate almak gerekir. Sunulan delillerin incelenmesinin ardından, savcı aşağıdaki şekilde görüş bildirmiştir: "(i) ... (herhangi bir zarar veya yaralanma ile ilgili) sağlık raporu bulunmamaktadır; (ii) soruşturma tamamlanmış ve şikâyetçinin anlattıklarını doğrulayan deliller elde edilmemiştir; (iii) olayları kaydetmiş olabilecek kameraların bulunup bulunmadığını tespit etmek için harekete geçilmiş ve sonuca ulaşılammıştır; (iv) şikâyetçinin yanında Pakistan kökenli başka bir yabancı kişi bulunuyorsa da bu kişi polisin ayrımcı muamelede bulunduğunu veya yetkisini kötüye kullandığını iddia etmemiştir; (v) olayların görgü tanığı olduğu anlaşılan K. A, ifade vermek üzere bulunamamıştır ve (vi) olayların doğruluğunu tespit etmemize imkân vermeyen çelişkili ifadeler mevcuttur; burada şikâyetçinin yalan söylediğini değil, ifadesini tamamlayacak destekleyici delillerin bulunmadığını söylemek istiyoruz."

(Barselona Bölge Savcılığının Barselona 3 No.lu Soruşturma Mahkemesine gönderdiği 23 Nisan 2015 tarihli yazı; dava dosyasındaki belge).

16. Savcı sözlerini şu şekilde sonlandırmıştır:

" Tanıklık niteliğindeki ifadelerin dikkate alınabilmesi için içtihadın gerektirdiği şartlar karşılanmalıdır: ifade, sahte bir saikten kaynaklanan sübjektif bir inanılrlık zafiyeti içermemeli; çevresel koşullarla doğrulanabilir olmalı ve suç iddiasında ısrarcı olmalıdır. Kısacası, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin ırkçı, yabancı düşmanlığı veya başka bir ayrımcılık saiki taşıyabilecek tüm olayların derinlemesine ve etkili bir şekilde soruşturulmasını gerektiren içtihadını (AİHM, [B.S.] / *İspanya*, no. 47159/08, 24 Temmuz 2012, veya *Nachova ve Diğerleri / Bulgaristan* [BD], no. 43577/98 ve 43579/98, [AİHM 2005-VII])uygulayarak, şikâyetin yöneltildiği kişilere karşı cezai suçlamada bulunabilmek için yeterli suçlayıcı delilleri elde etmek mümkün olmadan, gerçekleri aydınlatmaya yönelik tüm soruşturma yolları tüketilmiştir." (aynı yerde)

III. İDARİ YARGILAMADA DEVLETİN SORUMLULUĞU

17. Başvurucu, Devlet makamlarının sorumluluğunun tespit edilmesi talebiyle İçişleri Bakanlığına başvurmuştur. Bu nedenle, kamu hizmetlerinin usulsüz işleyişinin bir sonucu olarak gereksiz yere uğradığı zararın tazmin edilmesi talebiyle Devletin sorumluluğuna ilişkin bir dava açmıştır.

18. Başvurucuya, idari yargılama sürecinde duruşma olanağı tanınmış ve ayrıca başka iddialar ve kanıtlar sunma fırsatı verilmiştir. Bununla birlikte, Devletin olası sorumluluğunu ortaya koymaya yönelik idari süreçte, iddia edilen ihlale ilişkin delil sunmak davacıların görevidir. Fransa, İspanya, Lüksemburg ve İsviçre gibi pek çok ülkede, Devletin sorumluluğuna ilişkin idari yargılamalarda hâkimler yazılı belge ve kanıtlara dayanarak karar vermektedir. Davacılar avukatları tarafından temsil edilmektedir ve duruşmaya tanık olarak çağrılmaları olağan bir durum değildir.

19. İdari kayıtlara göre, başvuru, polisin kendisiyle aynı caddede yürüyen beyazlara değil, sadece kendisine kimlik sormasından şikayetçi olmuştur (bkz. kararın 18. paragrafı). Ancak, ulusal yargı sürecinde, Pakistanlı ve koyu tenli olan arkadaşına kimlik sorulmadığı ispatlanmıştır. Bu delil, polis memurlarının, ten rengi nedeniyle değil, yalnızca kışkırtıcı davranışları nedeniyle başvurucudan kimliğinin gösterilmesinin istendiği yönündeki açıklamalarını doğrulamaktadır. Somut davada, yukarıda bahsedilen ve polisin trende hem babaya hem de kızına pasaport sorduğu *Basu* davasından farklı olarak, yerel yetkililer tarafından belirtildiği üzere, " başvurunun arkadaş K.A.'dan polise bir şey söylemediği için kimliğini göstermesinin istenmediği" sonucuna varmamızı sağlayan önemli bir unsur bulunmaktadır (bkz. kararın 9. ve 21. paragrafları).

20. Başvurucu, cezai kovuşturmanın halen devam ediyor olmasına karşın, idari işlem başlatmış, ikinci takibatın amacının farklı olduğunu, zira idari yargıya götürdüğü iddianın, kendisine yapılan kimlik kontrolünün ayrımcı niteliğiyle ilgili olduğunu ileri sürmüştür. Kısacası, başvuru idari yargılamada, polis kontrolünün yalnızca ırkına dayandığının ve ayrımcı ve yasadışı olduğunun kabul edilmesini ve bunun sonucunda 3.000 avro tazminat ödenmesini, kamuoyu önünde özür dilenmesini ve kararın ve ardından gelen özrün ulusal gazetelerde yayınlanmasını talep etmiştir. İdari makamlar, Devletin sorumluluğuna ilişkin idari işlemlerin başlatılmasını kabul etmiştir (bkz. kararın 22. paragrafı).

21. Aynı olaylarla ilgili olarak Barselona 3 No.lu Soruşturma Mahkemesi nezdinde cezai kovuşturma devam ettiği için ve bu kovuşturmanın sonucunun Devletin sorumluluğunun bulunup bulunmadığının belirlenmesi açısından önem arz edebileceğini göz önünde bulundurarak, idari yetkililer ilk etapta, idari işlemlerin bu süre zarfında askıya alınması gerektiğini belirterek, ilgili birime kararın tebliğ edilmesini talep etmiştir. Bununla birlikte, başvuru, Barselona 3 no'lu soruşturma mahkemesinin yürüttüğü ön soruşturmanın tamamlanmasını beklemeye gerek olmadığını, zira bu soruşturmanın farklı olaylarla ilgili olduğunu ve talebinin karara bağlanmasıyla ilgisi bulunmadığını ileri sürmüştür (aynı yerde).

22. Bunun üzerine idari makamların Soruşturma Birimi dosyanın incelenmesine devam edilmesine karar vermiştir. Soruşturmayı yürüten memur, Barselona Emniyet Müdürlüğü Hukuk İşleri Dairesinden polis tarafından düzenlenen raporları talep etmiştir.

23. Ulusal mahkemelerin ve Mahkemenin huzurundaki işlemlerde de tespit edildiği üzere, polis memurları sık sık hırsızlık olaylarının yaşandığı turistik bir caddede bir aracın içinde devriye gezmekteydi (bkz. kararın 6. ve 8. paragrafları). Başvurucu polis arabasına bakmış ve açık sürücü camından "Bakın, işgüzar polisler!" demiş ve uzaklaşırken gülmeye başlamıştır. Bunun üzerine devriye polisleri başvurucuyu durdurarak kimliğini sormuş, başvuru da kimliğini göstermeyi reddederek şu cevabı vermiştir: "Neden? Siyah olduğum için mi? Hayatta olmaz!" şeklinde cevap vermiştir. Dolayısıyla, Kamu Güvenliği Teşkilat Kanununda öngörülen şekilde, başvuru polis merkezine nakledilmiş ve kimlik tespit işlemlerine ilişkin kayıtlara 4 numara ile kaydedilmiştir. Başvurucu, polis müdahalesi boyunca kışkırtıcı, meydan okuyan ve ukala bir tavır takınmış, giysilerinden yabancı uyruklular için ulusal kimlik belgesi (NIE) çıkararak şunları söylemiştir "Bunu ben istediğim için veriyorum, yoksa siz talep ettiğiniz için değil." (bkz. kararın 8-9. paragrafları).

24. Emniyet Genel Müdürlüğünün Katalonya Emniyet Müdürüne hitaben gönderdiği 28 Mayıs 2014 tarihli bir başka resmi raporda da şu ifadeler yer almaktadır:

"Olaylara karışan memurlar (bir komiser yardımcısı ve bir polis memuru) sanık sıfatıyla, [bir] avukat tarafından desteklenerek ifade vermiştir. Savcının huzurunda da verilen ifadenin ardından, davanın düşürülmesinin yeniden kabul edileceği izlenimi edinilmiştir. Görünüşte ve doğal olarak adli soruşturmanın sonuçlarına bağlı olarak, Ulusal Polis memurlarının eylemleri, polis faaliyetlerini yöneten kanuni ve etik standartlara her zaman bağlı kalarak doğru olarak nitelendirilmelidir. Nitekim, yukarıda bahsi geçen memurların da belirttiği gibi, Sayın Muhammed'den fiziksel veya etnik özelliklerinden dolayı değil, tam tersine polis aracı geçerken sergilediği ukala ve saygısız tavırlardan dolayı kimliğini göstermesi istenmiştir. Her halükarda, polisin kötü muamelede bulunduğu iddiası, hakkında şikâyetle bulunulan memurların kendisini otobüse binmesi gereken yere bizzat götürmüş olması gerçeğiyle çelişmektedir." (bkz. kararın 10. paragrafı).

25. İdari takibatta ise mahkeme, bu tutanağın ve dosyadaki diğer belgelerin ışığında, usulün başlatıldığını dikkate alarak ve önerilen kararın yazılmasına geçmeden önce, başvurucuya on beş günlük bir süre içerisinde uygun gördüğü iddiaları ileri sürebilmesi veya ilgili olduğunu düşündüğü yeni belgeler ve destekleyici kanıtlar sunabilmesi için duruşma yapmıştır. Başvurucu, tutanağa ilişkin belgeleri talep etmiş ve bu belgeler kendisine verilmiştir. Yeni duruşma usulünde, başvurucuya yazılı dilekçelerinde nelerin talep edildiği bildirilmiş ve sunulan delillere atıfta bulunulmuştur. Başvurucu, iddialarını sunması için tanınan süre içerisinde, tazminat talebini teyid eden bir belge sunmuş, ancak idari dosyada hâlihazırda belirtilmiş olan takipsizlik ölçütüne şüphe düşürecek yeni bir delil veya hukuki geçerliliği olan savlar sunmamıştır.

IV. İDARİ MAKAMLARIN MALİ SORUMLULUĞUNA İLİŞKİN İSPANYOL MEVZUATI VE İDARİ YARGILAMADA POLİSİN İRKÇİ EYLEMDE BULUNDUĞUNA DAİR DELİL OLMADIĞINA DAİR HUKUKİ SAVUNMALAR

26. 30/1992 sayılı İspanyol Kanununun 139. maddesi ve mali sorumlulukla ilgili olarak kamu makamları nezdindeki işlemlere ilişkin Yönetmelikleri onaylayan 26 Mart 1993 tarihli ve 429/1993 sayılı Kraliyet Kararnamesi, "mücbir sebep halleri haricinde, kamu hizmetlerinin ... işleyişinin sonucunda meydana gelmiş olması kaydıyla, mallarına ya da haklarına verilen zararlar" karşısında kişilerin ilgili kamu makamı tarafından tazmin edilme hakkını ilan etmektedir. (Anayasanın 106. maddesinin 2. paragrafı).

27. Bu tür bir davanın sonuca ulaşması için aşağıdaki şartlar yerine getirilmelidir:

(a) zarar verici sonucun gerçekliğinin ispatı: "her halükârda, iddia edilen zarar fiilen meydana gelmiş, ekonomik olarak ölçülebilir ve belirli bir kişi veya grupta ilişkili olmalıdır";

(b) verilen zararın hukuka aykırı olması, etkilenen kişinin ortaya çıkan maddi zararı karşılamak için yasal bir yükümlülüğünün bulunmaması;

(c) "kamu hizmetlerinin işleyişine" yapılan atfın her türlü kamu faaliyetini kapsayacak şekilde anlaşılması suretiyle, faaliyetin davalı makama isnat edilebilirliği ve ayrıca doğrudan ve gerçek bir illiyet bağının varlığı (sorumluluğun değerlendirilmesinde, zarara neden olan idari eylemin hukuka uygun veya hukuka aykırı olmasının ya da zarara neden olan makam veya görevlinin kişisel kusur unsurunun önemsiz olduğunu belirtmek gerekir);

(ç) *mücbir sebep* hallerinde geçerli olan istisnanın bulunmaması.

28. Somut davada 6 Kasım 2014 tarihinde verilen idari kararı almış olan Teknik Genel Sekretere göre "7 Ocak 2000 tarihli ve 1/2000 sayılı Hukuk Usulü Muhakemeleri Kanununun 217 § 2 maddesinin idari işlemlere uygulandığında ispat yükü ile ilgili olarak, eski vecizeler '*semper necessitas probandi incumbit illi qui agit*', '*onus probandi incumbit actori*' uyarınca ispat yükümlülüğü her zaman davacıya aittir. Zarar veya ziyanı ve bunlar ile yetkili makamların eylemleri arasındaki illiyet bağına ispat yükü zarar gören tarafa düşmektedir."

Aynı kararda şu ifadeler de yer almaktadır: "Her ne kadar bazı durumlarda belirli koşulların kanıtlanmasının zor olduğu kabul edilse de, hukuk sistemi kamu menfaatlerinin korunmasını zorunlu kıldığından, sadece bir tarafın beyanlarına dayanan ve sonuçları kamu hazinesine ve nihayetinde vergi mükelleflerine yüklenecek olan gelişigüzel iddiaların önlenmesi için ihtiyatlı bir tutum sergilenmesi gerektiği de kabul edilmelidir." (Tüm bunlar Mahkemenin oluşturduğu içtihat kriterleriyle uyumludur; bkz. kararın 94. paragrafı).

29. Kamu hizmetlerinin normal ya da anormal işleyişinin bir sonucu olarak kişilere verilen zarardan idari makamları sorumlu tutmak için, daha önce de belirtildiği gibi, bunun davacı tarafından tespit ve ispat edilmesi gerekir. Dolayısıyla, somut davadaki gereklilikler arasında, olayların başvuru tarafından anlatıldığı şekilde meydana geldiğinin kanıtlanması gerekmektedir, ancak daha önce de belirtildiği üzere, yukarıda belirtilen vecizeler ve Hukuk Muhakemeleri Usulü Kanununun 217. maddesinde yer alan ispat yüküne ilişkin genel kurallar uyarınca, ispat yükü davacıya düşmekteydi. 217. madde şöyledir: "Davacı ve karşı davada davalı, geçerli hukuk kuralları uyarınca, dava ve karşı davanın dava sebeplerinin hukuki etkisinin normal olarak kendilerinden çıkarılacağı olguların kesinliğini ispat etmekle yükümlüdür."

30. Ancak gerçek şu ki, somut davadaki yargılamada, başvurusunun uğradığını iddia ettiği zarar ve ziyan, yalnızca polisin açıkça karşı çıktığı kendi sözleriyle desteklenmiştir.

Özetle, davayla ilgilenen idari birim, başvuruçunun, iddiasında belirttiği gibi, fiziksel veya etnik özellikleri nedeniyle kimlik kontrolü yapıldığını ispatlayamadığını değerlendirmiş ve ispat yükümlülüğünün yerine getirilmemesinin yalnızca ilgili tarafa - bu durumda kendisine - atfedilebileceğini tespit etmiştir. Bu nedenle, başvuruçunun, iddia edilen zarar ile ilgili hizmetin işleyişi arasında doğrudan, yakın ve münhasır bir sebep-sonuç ilişkisinin varlığına dair yukarıda belirtilen şartı yerine getirmediği göz önüne alındığında, yetkililere tazminat ödeme yükümlülüğü doğuracak kesin bir sorumluluk atfedilemezdi ve bu nedenle talebin reddedilmesi gerekiyordu.

V. İDARE MAHKEMESİNİN KISA USULLE VARDIĞI KARAR

31. Başvuruçucu, idare mahkemesine sunduğu dava dilekçesinde, itiraz edilen kararın iptali için geçerli olduğunu düşündüğü olayları ve hukuki gerekçeleri belirtmiştir. Delil toplanması için yapılan başvurunun alınmasının ardından, kabul edilen deliller değerlendirilmiştir. Adli idari kovuşturmada, başvuruçucu, Ulusal Polis memurunun, devriye arabasının penceresinden kimlik belgelerini istediğini (ilk yasal gerekçe) ve bunu memura gösterdiğini iddia etmiştir ki bu iddia, kanaatimizce, Mahkeme önündeki yargılamada her iki tarafça da kabul edildiği ve Mahkeme huzurundaki dosyada yer alan polis tutanağında kaydedildiği üzere (bkz. kararın 10. paragrafı), polis memurlarının kendisini kimlik tespiti için karakola götürdüğü yönündeki kanıtlanmış gerçeğe çelişmektedir.

32. Başvuruçucu, polisin kimlik kontrolünün sadece ırksal görünümüne dayandığını ileri sürmüş, bu durumun, polisin kimlik kontrollerinde etnik profilleri kullanma yönünde genel bir uygulaması olduğunu belirtmiş ve iddiasını desteklemek üzere, ulusal ve uluslararası insan hakları kurumları, STK'lar ve sivil toplum örgütleri tarafından hazırlanan çok sayıda rapor sunmuştur. Başvuruçucu, idari makamlar önünde dile getirdiği taleplerini yinelemiş ve diğer hususların yanı sıra 3.000 Avro talep etmiştir. İdare mahkemesi, zararın kamu hizmetlerinin işleyişinin bir sonucu olması ve nesnel bir nitelik taşıması gerektiği şeklindeki geçerli kuralı yinelemiştir. Meydana gelen zarar ile kamu hizmetlerinin işleyişi arasında bir illiyet bağının ispatlanması gerekmiştir (bkz. kararın 27. paragrafı).

33. Usul hukukuna ilişkin dikkate değer bir husus, idari makamların sorumluluğunun tespitine yönelik adli idari yargılamada, zarara neden olan davranışın öznel niteliğini, diğer bir ifadeyle kamu hizmetlerinin yerine getirilmesinde sahtekârlık veya ihmal olup olmadığını değerlendirmek için hiçbir adım atılmamasıdır (bkz. kararın 72. paragrafı).

34. İdare mahkemesi 14 Eylül 2015 tarihli kararında şu ifadelerle yer vermiştir:

"Dolayısıyla, bizi ilgilendiren davayla ilgili olarak, her şeyden önce, Devletin sorumluluğu iddiasının kabulünün, başvurunun hem başvurusunda hem de duruşma sırasında ısrarla iddia ettiği gibi, insan haklarının korunmasına yönelik uluslararası ve ulusal kurumların, Kamu Denetçisinin veya Birleşik Polis Sendikasının raporlarına veya polisin gözetimine alma işlemlerine dair istatistiki verilere ([bu tür bilgilerin] başka durumlarda veya kurumlar açısından taşıdığı önem saklı kalmak kaydıyla) dayandırılmayacağı açıktır; zira sorumluluğun bulunduğu dair yapılacak bir tespit, kamu hizmetlerinin işleyişinin, ilgili tarafın hukuken katlanmak zorunda olmadığı, ekonomik olarak ölçülebilir bir zarara yol açtığını gösteren somut olgulara dayanmalıdır, bu da tutuklanan kişi sayısına ilişkin bir model veya nesnel istatistiklere göre değil, ispatı da ispat yükü kimdeyse onun tarafından, daha açık bir ifadeyle davayı açan kişi tarafından tam olarak ispatlamalıdır, zira bunun sunacağı tek şey bir olasılıktır, kesin bir kanıt değildir." (ayrıca bkz. Mahkemenin kararın 100. paragrafında yer alan istatistiklerin kullanımına ilişkin görüşü)

35. İdare mahkemesi ayrıca şöyle hükmetmiştir:

"Bu nedenle, sadece kayıtlarda ve idari dosyada yer alan delillere dayanarak, idari itiraz başvurusunun reddedilmesi gerektiği sonucuna varmaktayız, zira başvurunun polis tarafından gözetimine alınmasına neden olan koşullar hakkında çelişkili ifadelerle karşı karşıyayız ve başvurunun iddiasını değerlendirmek için yeterli delil olmadan başvurunun ifadesinin geçerli olması mümkün değildir. Gerçekten de, öncelikle, aynı olaylarla ilgili olarak, Barselona'daki bir soruşturma mahkemesinde, sonucu en azından bizim tarafımızdan bilinmeyen bir ceza kovuşturmasının yürütülmekte olduğu dikkate alınmalıdır; ikinci olarak, idari dosya incelendiğinde (sayfa 91), Ulusal Polis Teşkilatı müfettiş yardımcısının raporunda, başvurunun ileri sürdüğünden çok farklı bir anlatımın yer aldığı görülmektedir. Dolayısıyla, dosyanın 86. sayfasında yer alan kimlik tespitine ilişkin tutanağa göre, söz konusu şahsın polis aracına ukalaca bakarak şoför camından şöyle dediği belirtilmektedir: ..."

36. Şöyle devam edilmiştir:

"Buna karşılık, dosyanın 89. sayfasında, iki polis memuru tarafından imzalanmış, kimlik tespitinin reddedildiğini gösteren kimlik tespit işlemleri tutanağının bir örneği ve bu polis memurlarından birinin ve kıdemli nöbetçi memur olan üçüncü bir memurun, kimlik tespiti yapılan kişinin NIE'yi yalnızca polis karakolunda gösterdiğinin belirtildiği bir not bulunmaktadır. Mahkemenin elindeki kanıtlar ışığında, başvurunun iddiasını dayandığı olgular ispatlanmış olmadığından ve dolayısıyla 30/92 sayılı Kanunun 139 ve devamı maddelerinde öngörülen Devlet sorumluluğu gereklilikleri karşılanmadığından, itirazın reddedilmesi gerekmektedir."

VI. İLGİLİ DELİL KURALI VE ETKİLİLİK İLKESİ

37. Kanaatimizce, kararda benimsenen ilgili delil kuralı, diğer bir ifadeyle, ispat yükünün ancak başvuru tarafından ayrımcılık yapıldığına dair prima facie bir dava söz konusu olduğunda yetkililere devredilebilmesi, etkililik ilkesinin bir yönüdür ve bu kabul, kuralın neden yapıcı bir kural olduğunu açıklamaktadır. Sözleşmenin insan haklarını güvence altına alan hükümlerinin, hakları teorik ve hayali değil, pratik ve etkili kılacak şekilde yorumlanmasında geçerli olan etkililik ilkesi, kanaatimizce, bu haklara ilişkin delil kurallarının pratik ve etkili hale getirilmesinde de geçerli olmalıdır.

Aksi takdirde, söz konusu hakkın son tahlilde pratik ve etkili olmama riski ortaya çıkacaktır. Bir yorumlama yöntemi olarak etkililik ilkesinin bir yönü, mantıksızlığa yol açabilecek her türlü yorumun reddedilmesi gerektiğidir (ayrıca bkz. Viyana Antlaşmalar Hukuku Sözleşmesi madde 32 (b)). Etkililik ilkesinin aynı yönü, insan haklarına ilişkin delil kurallarının formüle edilmesi veya kabul edilmesi açısından da önemlidir. Neyse ki, ilgili delil kuralı mantık ve sağduyuya dayanmaktadır ve her türlü mantıksızlığı reddeden etkililik ilkesinin bir yönüdür. İspat yükünün yetkililere geçmesinden önce başvurunun prima facie ayrımcılık davası açma zorunluluğu olmasaydı, yetkililerin görevlerini yerine getirmeleri aşırı derecede zorlaşacaktı, zira yetkililer, açılan her davada, yaptıkları her iş ve işlemin ayrımcılık yapılmadan gerçekleştirildiğini kanıtlamak zorunda kalacaktı.

VII. SONUÇ

38. Sonuç olarak, somut davada etkili bir soruşturma yürütülmüş ve başvurunun ırksal profilleme iddiası doğrulanmamıştır. Bunun nedeni soruşturmadaki herhangi bir eksiklik değil, başvurucudur (*Basu*'nun aksine, yukarıda belirtilmiştir, § 43). Polis, başvurunun kimliğini sormak için bir gerekçe sunmuştur. Ayrıca, İspanya'da genel olarak ırk ayrımcılığı durumlarıyla ve özellikle de polis memurlarının neden olduğu durumlarla ilgilenmek için kapsamlı bir çerçeve bulunmaktadır (bkz. kararın 30-37. paragrafları).

HÂKİM ZÜND'ÜN MUHALEFET ŞERHİ

1. Elimizdeki davada 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin uygulanabilirliğine tamamen katılmakla birlikte, çoğunluğun bu hükümlerin ihlal edilmediği yönündeki görüşünü paylaşamıyorum.

2. Mahkeme bir kişiden kimliğini göstermesini ve üzerinin detaylı bir şekilde aranmasını talep etmek için zorlayıcı tedbirlerin kullanılmasının özel hayata saygı hakkına müdahale teşkil ettiğini tespit etmiştir (bkz. *Gillan ve Quinton / Birleşik Krallık*, no. 4158/05, § 63, AİHM 2010). Dolayısıyla böyle bir tedbir 8. maddenin kapsamına girmektedir. Bir kişinin kimlik belgelerinin basit bir şekilde kontrol edilmesinin de 8. madde kapsamına girip girmediğine karar vermeye ihtiyaç yoktur. 14. maddenin uygulanabilir olması için, dava olaylarının özel hayatın daha geniş kapsamına girmesi yeterlidir (bkz. 30078/06 § 129, AİHM 2012; *Thlimmenos/ Yunanistan* [BD], no. *Yunanistan* [GC], no. 34369/97, § 40, AİHM 2000-IV; *E.B. / Fransa*, no. 43546/02, §§ 47-48, 22 Ocak 2008; ve *Fretté/Fransa*, no. 36515/97, § 31, AİHM 2002-I). Kimlik kontrolü açısından bu eşik karşılanmıştır. Bu nedenle, 14. madde uygulanabilir.

3. Kararda, kimlik kontrolünün nesnel nedenlerle değil, hedef alınan kişinin ırksal özellikleriyle bağlantılı nedenlerle yapıldığına dair bir iddiayı soruşturma yükümlülüğünün bulunduğu doğru bir şekilde ifade edilmiştir. Somut davada yetkililerin ırk ayrımcılığı iddialarını soruşturduğunu inkâr etmiyorum. Bununla birlikte, soruşturmanın yürütülme biçiminde önemli eksiklikler mevcuttur.

4. Öncelikle, idari ve adli yetkililer, olay yerinde bulunan kişilerin (başvurucunun arkadaşı K.A. ve polis memurları) sözlü olarak dinlenmesine izin vermemiş (bkz. kararın 23. ve 26. paragrafları) ve olayın video görüntülerini istemenin olayın olgusal yapısını ortaya koymakla ilgili olduğunu düşünmemiştir (bkz. kararın 23. paragrafı). Yetkililer, başvurucunun ifadelerinin yanı sıra, davadaki olayları tespit etmek için yalnızca K.A.'nın ve uzaklaştırmadan önce polisin yazılı ifadelerini kabul etmiştir (bkz. kararın 26. paragrafı). Paralel yürütülen cezai kovuşturmada, polis memurlarının sanık olarak yargılanması ve K.A.'nın sözlü olarak dinlenmesine yönelik girişimlerin başarısız olması, bu eksikliği gidermemektedir: Cezai kovuşturma, ayrımcılık yapıldığı iddia edilen kimlik kontrolüyle ilgili olarak değil, yalnızca başvuranın hakaret, tokat atma ve sahtecilik iddiaları temelinde başlatılmıştır (bkz. kararın 15. paragrafı). Dolayısıyla ayrımcılık iddiaları, ceza mahkemesi tarafından tespit edilecek bilgiler kapsamında yer almamıştır. Bu nedenle, K.A.'nın yanlış bir adres vermiş olması ve cezai kovuşturmada sözlü ifade vermeye çağrılanamış olması, tam da ırk ayrımcılığı yapıp yapılmadığını tespit etmek amacıyla yürütülen idari işlemlerde K.A.'nın ifadesine yer verilmemiş olması açısından ehemmiyetsizdir.

5. İkinci olarak, idari yetkililer, başvurunun olayla ilgili anlattıklarının polisin anlattıklarından "kökten farklı" olduğunu tespit etmiştir (bkz. kararın 24. paragrafı). Taraflarca sunulan delillerin "esasen çelişkili" olmasından ve başvurunun olayların anlattığı şekilde gerçekleştiğini destekleyecek başka bir delil sunamamasından dolayı, idare mahkemesi, başvurunun itirazını reddederken, polisin kendi açısından yanlış bir şey yapmadığına dair beyanlarına dayanmıştır (bkz. kararın 27. paragrafı). Dolayısıyla bu işlemler, 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin Devletlere yüklediği usule ilişkin pozitif soruşturma yükümlülüğünün yerine getirilmesi için yeterince kapsamlı ve etkili değildir. Yargı makamları, tarafların kimlik kontrolünün ayrımcı olup olmadığına ilişkin beyanlarının "esasen çelişkili" niteliğinin açıklığa kavuşturulmasına yardımcı olabilecek her türlü delili reddetmiştir. Başvurunun ifadesini reddederken, olayların kendi anlattığı şekilde gerçekleştiğini doğrulama fırsatını da reddetmiş ve ardından delil yetersizliği nedeniyle davayı düşürmüştür (bkz. kararın 24 ve 27. paragrafları). Dolayısıyla Devlet makamları ırk ayrımcılığı iddialarını yeterince soruşturmamıştır.

6. İşte bu nedenlerden dolayı, ulusal yetkililerin etkili bir soruşturma yürütmemesine ilişkin şikâyetle ilgili olarak, 8. madde ile bağlantılı şekilde 14. maddenin ihlal edildiği yönünde oy kullanmış bulunmaktayım.

7. Ciddi, kapsamlı ve etkili bir soruşturmanın, kimlik kontrolünün yapıldığı sırada başka makul bir neden olmadığını göstermesi durumunda, kimlik kontrolüne tabi tutulan kişinin ırk, etnik köken, ten rengi veya diğer belirli fiziksel veya etnik özellikleri nedeniyle hedef alındığı varsayılabilir. Böylesi ayrımcılık içeren bir kimlik kontrolü, 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlalini teşkil edecektir.

HÂKİM KRENC'İN MUHALEFET ŞERHİ

1. Bu davada, çoğunluğun Sözleşmenin 8. maddesi ile birlikte okunduğunda 14. maddenin ihlal edilmediği yönündeki tespitine üzülmektedir.

2. Bu karar, haklı olarak, özellikle korkunç bir ayrımcılık türü olduğunu ve tehlikeli sonuçları göz önüne alındığında, yetkililerin bu konuya özellikle dikkat etmesi ve güçlü bir tepki göstermesi gerektiğini" ifade ederek, ırk ayrımcılığıyla mücadelenin önemini vurgulamaktadır. (bkz. *Timishev/Rusya*, no. 55762/00 ve 55974/00, § 56, AİHM 2005-XII).

3. Buna paralel olarak, kamu güvenliğinin korunmasına yönelik kimlik kontrollerinin Sözleşme bakımından meşru bir amaç güttüğü tartışılmaz. Bununla birlikte, yetkililer bu tür kontrolleri yaparken, kişileri yalnızca etnik özellikleri nedeniyle hedef alamazlar (bkz. *mutatis mutandis*, *Timishev*, yukarıda anılan, §§ 54-59).

I. Etkili bir soruşturma yürütmek yönündeki pozitif yükümlülük

4. Çoğunluk, Devletin, Sözleşmenin 8. maddesiyle birlikte okunan 14. maddesi kapsamındaki yükümlülüğüne ilişkin olarak, ırk ayrımcılığının yapıldığının iddia edildiği durumlarda, yetkililerin "özel soruşturma yükümlülüğüne" sahip olduğunun altını çizmiştir (bkz. kararın 65. paragrafı). Bununla birlikte, somut davada davalı Devlet'in bu yükümlülüğe uyduğu kanaatindeyler (bkz. kararın 69-76. paragrafları). Aşağıdaki temel nedenlerden ötürü bu sonuca katılamıyorum.

5. İlk olarak, çoğunluk, olayların araştırılması için cezai kovuşturmanın başlatıldığına ve polis memurlarının ifadelerinin alındığına işaret etmekte ve ayrıca polis memurlarının yazılı ifadelerinin idari kovuşturmada dikkate alındığını gözlemlemektedir (bkz. kararın 71. paragrafı). Ancak, cezai kovuşturma ile idari işlemler farklı gerekçelere dayanmaktadır. Mevcut kararda da belirtildiği üzere, cezai kovuşturmalar ayrımcı olduğu iddia edilen kimlik kontrolü ile ilgili değildir (bkz. kararın 15. paragrafı).¹

6. İkinci olarak, başvuru, merkez idare mahkemesinin K.A.'yı, söz konusu kimlik kontrolü ve tutuklamaya karışan polis memurlarını ve ırksal profillemeye istatistiklerine ilişkin bir raporu açıklamak üzere bilirkişinin dinlenmesini talep etmiştir. Ancak, tüm bu talepler merkez idare mahkemesi tarafından reddedilmiştir (bkz. kararın 26. paragrafı). Ayrıca, idari yetkililerin video görüntülerinin istenmesinin konuyla ilgili bir delil olacağını düşünmediğine de dikkat çekmek isterim (bkz. kararın 23. paragrafı).

¹ Başvurucu, ayrımcı kimlik kontrollerinin İspanyol hukuku kapsamında cezai bir suç teşkil etmediğini ileri sürmüştür. Bu konuda bakınız ECRI'nin 5 Aralık 2017 tarihinde kabul edilen ve 28 Şubat 2018 tarihinde yayınlanan İspanya hakkındaki Beşinci Raporu. Bu raporda İspanyol makamlarına polis tarafından ırksal profil çıkarmanın suç sayılması tavsiye edilmiştir (bakınız raporun 8. paragrafı ve 1 no.lu tavsiye).

Dolayısıyla başvuru, olayların kendi anlattığı şekilde gerçekleştiğini desteklemek için somut bir fırsattan mahrum bırakılmıştır.

7. Üçüncü olarak, merkezi idare mahkemesi, taraflarca (başvuru ve polis) sunulan delillerin esasen çelişkili olduğunu ve polis tarafından sunulan belgelere göre, başvurunun kimliğinin tespit edilmesinin istenmesinde kusur bulunmadığını belirtmiştir. (bkz. kararın 27. paragrafı). Aslında bu türden bir çelişki, kimlik kontrolleriyle ilgili pek çok ayrımcılık davasında ortaya çıkmaktadır: Irk ayrımcılığı mağduru olduğunu iddia eden kişinin beyanı, polis memurlarının ifadesiyle çelişmektedir. Bu koşullarda, etkili bir soruşturma yürütülmesi son derece önemlidir. Mahkemenin de defalarca belirttiği gibi, bir soruşturmanın etkili olabilmesi için, soruşturmayı yürütmekle sorumlu kurum ve kişilerin soruşturmanın hedef aldığı kişilerden bağımsız olması gerekir. Bu sadece hiçbir hiyerarşik veya kurumsal bağlantının olmaması değil, aynı zamanda fiili bağımsızlık anlamına da gelmektedir (bkz. diğer kaynakların yanı sıra, *Bouyid/Belçika* [BD], no. 23380/09, § 118, AİHM 2015). Bu açıdan, mevcut davada bağımsız bir soruşturma yürütüldüğünü tespit etmek güçtür.

8. Dolayısıyla, Devlet, Sözleşmeye uyulmasını sağlamak için sistemini nasıl düzenleyeceğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahip olsa da, ulusal yetkililerin olası ırkçı tutumların varlığını araştırmak için mevcut koşullarda makul olanı yaptıklarına gerçekten ikna olmadım (bkz. ilkelerle ilgili olarak, kararın 65-68. paragrafları).

II. Uygun bir yasal çerçeve oluşturulmasına yönelik pozitif yükümlülük

9. Ayrıca, çoğunluğun, Sözleşmeciler Devletlerin, Devlet görevlileri tarafından yapılan kimlik kontrollerinde keyfiliğe karşı etkili güvenceler sağlayan ve ayrımcılığı önleyen yeterli yasal çerçeve oluşturma yükümlülüğüne değinmemiş olmasından esef duyuyorum. Kanaatimce, Mahkeme, İspanyol hukuk sisteminin yeterli düzeyde koruma sağlayıp sağlamadığını doğrulamak adına bu önemli konuyu incelemeliydi.

10. Devletlerin bu yükümlülüğü, ulusal makamların Sözleşmeyle güvence altına alınan hak ve özgürlükleri uygulama ve uygulatma konusunda birincil göreve sahip olduğu anlamına gelen yerindenlik ilkesiyle tamamen uyumlu olmalıdır.

11. Bu noktada, başvurunun ulusal makamlar nezdinde, olayın meydana geldiği tarihte yürürlükte olan kamu güvenliğinin korunmasına ilişkin İspanyol Kanununun yeterli güvence sağlamadığını açıkça iddia ettiğini belirtmek isterim. Başvuru özellikle, kanunun, diğer eksikliklerin yanı sıra, kimlik kontrollerinin yapılması için yeterince iyi temellendirilmiş gerekçe şartı getirmediğini ve bunun da keyfi ve ayrımcı davranışlara olanak tanıdığını ileri sürmüştür (bkz. kararın 20. paragrafı).

12. Mahkeme, içtihadında, birçok davada, yetkililerin Sözleşme kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinin, savunmasız kişilerin korunmasını sağlayan yeterli bir yasal çerçeve oluşturma görevini de içerebileceğine hükmetmiştir. (Sözleşmenin 2. maddesiyle ilgili olarak bkz. *Öneryıldız/Türkiye* [BD], no. 48939/99, § 89, AİHM 2004-XII; Sözleşmenin 3. maddesiyle ilgili olarak *Volodina/Rusya*, no. 41261/17, § 77 ve 85, 9 Temmuz 2019, ve *O'Keeffe/İrlanda* [BD], no. 35810/09, § 148, AİHM 2014 (alıntılar); Sözleşmenin 4. maddesiyle ilgili olarak *Rantsev/Kıbrıs ve Rusya*, no. 25965/04, § 285, AİHM 2010 (alıntılar); Sözleşmenin 8. maddesiyle veya Devlet görevlilerinin keyfiliğine karşı etkili güvenceler sağlanmasıyla ilgili olarak *Söderman/İsveç* [BD], no. 5786/08, § 80 ve 89, AİHM 2013, ve *F.O./ Hırvatistan*, no. 29555/13, § 91, 22 Nisan 2021, (bkz. *Giuliani ve Gaggio/İtalya* [BD], no. 23458/02, § 209, AİHM 2011 (alıntılar)).

13. Özellikle, Mahkemenin *Giuliani ve Gaggio* davalarında, polis memurlarının güç ve ateşli silah kullanımına ilişkin şu ifadeleri kullandığı dikkate alınmalıdır: "Devlet görevlilerinin kurlsız ve keyfi eylemleri insan haklarına etkin bir şekilde saygı gösterilmesiyle bağdaşmaz. Dolayısıyla polislik faaliyetleri, ulusal hukuk aracılığıyla, keyfiliğe ve gücün kötüye kullanılmasına karşı yeterli ve etkili güvenceler sistemi çerçevesinde yeterince düzenlenmelidir" (a.g.e., § 249). Kanaatime göre, bu değerlendirme önümüzdeki somut meseleyle de ilişkilidir.

III. Negatif yükümlülük: ayrımcılık yapmama

14. Ayrımcılık davalarında, delil meselesi çok önemli olmakla birlikte, özellikle çetrefilli bir meseledir. Başvurucular sıklıkla ayrımcı muameleyi kanıtlama konusunda zorlanmaktadır (bkz. *D.H. ve Diğerleri / Çek Cumhuriyeti* [BD], no. 57325/00, § 186, AİHM 2007-IV). Mahkeme, başka durumlarda, sivil toplum kuruluşlarının ,uluslararası gözlemcilerin raporları ya da yetkili makamların ve akademik kurumların istatistiki verileri gibi ispat yükünü davalı Devlete yükleyebilecek bazı prima facie delil türlerine işaret etmiştir (bkz. yakın tarihli bir örnek olarak, *Y ve Diğerleri/Bulgaristan*, no.9077/18, § 122, 22 Mart 2022).

15. Somut davada, davalı Devletin olası ırkçı saiklere dair etkili bir soruşturma yürütme yükümlülüğünü yerine getirmediğine kanaat getirdiğimden, başvurunun polis tarafından yapılan kimlik kontrolünde ve gözaltına alınmasında ırkçı tutumların rol oynayıp oynamadığına dair bir görüş bildiremiyorum (bkz. kararın 102. paragrafı).