

Ivana Roagna

Avrupa İnsan Hakları
Sözleşmesi Kapsamında
**Özel Hayata ve
Aile Hayatına
Saygı Gösterilmesi
Hakkının Korunması**

Avrupa Konseyi insan hakları el kitapları

Funded
by the European Union



EUROPEAN UNION



COUNCIL OF EUROPE
CONSEIL DE L'EUROPE

Implemented
by the Council of Europe

Ivana Roagna

**Avrupa İnsan Hakları
Sözleşmesi Kapsamında
Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı
Gösterilmesi Hakkının Korunması**

Avrupa Konseyi insan hakları el kitapları

Türkçeye Çeviren: Ayşe Gül Alkış Schäling

Avrupa Konseyi
Strazburg, 2012

Ivana Roagna, ceza savunma avukatı ve insan hakları/hukukun üstünlüğü uzmanıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dâhil olmak üzere, Avrupa Konseyi'nde ve Bosna ve Hersek'de OSCE bünyesinde görevli olarak çalışmıştır. Birleşmiş Milletler Uyuşturucu ve Suç Ofisi'nin (UNODC) Afganistan ülke bürosunda adalet ve cezaevi sistemlerini ele alan projelerle ilgili çeşitli değerlendirmeler gerçekleştirmiş, Avrupa Konseyi, Uluslararası Göç Organizasyonu (IOM), Demokratik Kurumlar ve İnsan Hakları (ODHIR) OSCE Bürosu, Birleşmiş Milletler Bölgeselarası Suç ve Adalet Araştırmaları Enstitüsü (UNICRI) ve Afganistan'da İtalyan Büyükelçiliği'ne, yasamanın bağımsızlığı, insan kaçakçılığı, tanık koruma ve uluslararası ceza hukuku gibi bir dizi insan hakları meseleleri hakkında tavsiyelerde bulunmuştur. Moldova, Türkiye, Ukrayna ve İtalya ile ilgili uzman görüşleri ve yasamaya ilişkin bilirkişi raporları sunmuştur. Avrupa Konseyi'nin talebi üzerine yazar, Güney-doğu Avrupa'daki avukat, hâkim, savcı, polis memuru ve sivil toplum örgütündeki aktivistlere geniş çaplı insan hakkı eğitimi vermiştir. Bu günlerde UNICRI'de kıdemli eğitim uzmanı olarak eğitim müfredatı geliştirmiş ve İtalya, Mısır, Brezilya ve Angola'daki uzmanlara ve aynı zamanda BM ve AB barış operasyonu üyelerine insan hakları hukuku ve Avrupa standartları üzerine eğitim vermiştir.

Bu kitapta yer alan değerlendirmeler yazarların kişisel fikirleridir. Söz konusu değerlendirmelerden, bu değerlendirmelerde sözü edilen hukukî belgeler üzerinde Avrupa Birliğine veya Avrupa Konseyine üye devletlerin yönetimlerini, Avrupa Birliğinin veya Avrupa Konseyinin yasal organlarını ya da Avrupa İnsan Hakları Mahkemesini veya Avrupa Konseyinin uluslararası sözleşmelerine dayanılarak tesis edilmiş herhangi bir kurumu bağlayıcı nitelikte resmî yorumlar yapıldığı anlamı çıkarılmamalıdır.

Avrupa Konseyi
İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü
F-67075 Strasbourg Cedex
www.coe.int/justice

© Avrupa Konseyi, 2012
Cover illustration © rolffimages – Fotolia.com

1. Baskı, Ocak 2012
Avrupa Konseyi'nde basılmıştır

Türkçe Baskı: Şen Matbaa, Ocak 2013
Özveren Sk. No: 25/A-B Demirtepe - Ankara
Tel: 0.312 229 64 54 • www.senmatbaa.com

İçindekiler

| | | | |
|---|----|---|----|
| İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesi | 6 | İsim hakkı var mıdır? | 17 |
| Giriş | 7 | Etnik kimlik hakkı var mıdır? | 17 |
| I. Kısım Genel Bakış | 9 | Bireylerin fotoğrafları..... | 18 |
| Korunan hakların belirlenmesi..... | 10 | İtibar hakkı | 18 |
| Şikâyet 8. Madde'nin uygulama alanına giriyor mu?..... | 10 | Kişisel verilerin toplanması ve onlara erişim..... | 19 |
| İki aşamalı test | 10 | Kamusal bağlamda mahremiyet..... | 20 |
| Birinci Aşama (Madde 8 § 1)- Şikâyet 8. Madde'nin alanına giriyor mu? | 11 | İş yerinin aranması ve izlenmesi..... | 20 |
| İkinci Aşama (Madde 8 § 2)- Müdahale var mıydı?..... | 11 | Ebeveyn olma hakkı veya yükümlülüğü var mıdır? 8. Madde'nin kürtaj ve üreme haklarına uygulanması..... | 21 |
| 8. Madde'nin Dört Boyutu:..... | 12 | Hukuki bağların belirlenmesi 8. Madde'nin kapsamına girer mi? | 23 |
| Özel hayat nedir?..... | 12 | Devletler tarafından getirilen güvenlik önlemleri özel hayatla ilgili midir? | 23 |
| Ne tür ilişkiler özel hayatı oluşturur? | 13 | Fiziki ve Manevi bütünlük hakkı ne demektir?..... | 24 |
| Dış dünya ile iletişim kurma hakkı | 14 | 8. Madde ile 3. Madde arasındaki etkileşim..... | 24 |
| 8. Madde kapsamında kendi kaderini belirleme ve kişisel özeklilik hakkı var mıdır? Hayatın sona ermesi ve ölüm sonrası düzenlemeler | 15 | Aile hayatının niteliği | 27 |
| Cinsel faaliyetler özel hayatın kapsamı içinde midir? | 16 | 8. Madde anlamında aile hayatını ne oluşturur? | 28 |
| Çok yönlü özel hayat kavramı | 17 | Evlilik ve birlikte yaşama, aile hayatı kurmak için gerekli ve yeterli midir?..... | 28 |
| Cinsel kimlik 8. Madde tarafından korunuyor mu?..... | 17 | Aile hayatı kurmak için kan bağı gerekli ve yeterli midir?..... | 29 |

| | | | |
|--|----|---|----|
| Aile hayatı ne zaman sona erer? | 30 | Göç davaları | 41 |
| Evlat edinme yoluyla kurulan aile hayatı | 30 | Müdahalenin meşruluğu..... | 42 |
| Konut nedir? | 30 | Milli güvenlik | 42 |
| Mülkiyet bir yerin konut olması için yeterli midir?..... | 31 | Kamu güvenliği..... | 42 |
| Haberleşme Hakkı: hangi iletişim türleri bu kapsama girer? | 32 | Ülkenin ekonomik refahı | 43 |
| Haberleşmede gönderenin veya alıcının kimliğinin bir | | Düzenin korunması ve suçun önlenmesi..... | 43 |
| önemi var mıdır?..... | 32 | Sağlık ve ahlakın korunması | 43 |
| Haberleşmenin içeriği önemli midir?..... | 33 | Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması | 44 |
| İkinci Bölüm: İstisna maddesi | 34 | Gereklilik şartı..... | 44 |
| Neler 8. Madde'ye müdahale teşkil eder? | 34 | Orantılılık ve takdir hakkı | 45 |
| Bir müdahalenin gerçekleşmiş olduğunu ispat külfeti kimin | | Takdir hakkı doktrinin pratik uygulaması..... | 46 |
| üzerindedir?..... | 35 | Mahkûmun özel ve aile hayatına müdahale edilmesinde..... | 46 |
| Müdahale haklı mı? Genel gözlemler..... | 36 | Bir kişinin görüntüsü ve itibarına müdahale edilmesinde | 47 |
| Müdahale kanunlara uygun mudur? | 37 | Kimlik belgelerinin çıkartılmasının reddine ilişkin olarak..... | 48 |
| Sözleşme anlamında kanun nedir?..... | 37 | Çocukların devlet korumasına alınmasında..... | 49 |
| Hukukilik ilkesinin pratik uygulaması | 38 | Kürtaja getirilen kısıtlamaların orantılı olup olmadığının | |
| Çocukları devletin bakımı altına alma | 38 | belirlenmesinde..... | 49 |
| Tutukluların haberleşmesinin engellenmesi ve ziyaretlerinin | | Gizli denetim tedbirlerine ilişkin olarak..... | 52 |
| düzenlenmesi | 38 | Kişinin kökeni bilme hakkına ilişkin olarak..... | 52 |
| Gizli gözetim tedbirinin uygulanması | 40 | Evlat edinmeyle ilişkin olarak..... | 54 |
| Polisin durdurma ve arama yetkisini yerine getirmesi | 40 | | |

| | | | |
|---|----|--|----|
| Kişisel verilerin elde tutulmasında | 54 | Sözleşme kapsamında çevresel koruma | 78 |
| İstihdam bağlamında..... | 55 | 8. Madde ve çevre hakkı | 78 |
| Özel hayatın korunmasında | 57 | 8. Madde ve sağlıklı bir çevre hakkı..... | 79 |
| Çevre haklarına ilişkin olarak..... | 58 | 8. Madde'nin göç davalarına uygulanması | 80 |
| Üçüncü Bölüm- Pozitif Yükümlülükler | 60 | İhraç ve sınır dışı etme | 81 |
| Özel hayatın korunmasında..... | 60 | Mahkûmiyeti takiben sınır dışı etme: Boulitif kriterleri ve evrimi | 82 |
| Cinsel Kimlik | 62 | Göçmenlerin aileleriyle tekrar birleşme hakkı..... | 87 |
| Kişinin kökenini bilme hakkı..... | 64 | Oturma izni verilme şartları ve uzun süreli yasadışı | |
| Hukuki bağların belirlenmesi..... | 64 | mukimlerin durumunun düzenlemesi: 8. Madde | |
| Toplumsal özel hayatın korunması..... | 65 | uygulanabilir mi?..... | 90 |
| Özel sanayinin düzenlenmesinde..... | 65 | 8. Madde ile Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki | |
| Çevre ve sağlık tehlikeleriyle ilgili bilgi sağlanmasında | 66 | Veçhelerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Arasındaki Etkileşim | 93 |
| Sağlıksız yaşam alanlarına alternatif getirilmesinde | 68 | İndeks | 96 |
| Aile hayatının korunmasında | 69 | | |
| Aile bağlarının tanınmasında | 69 | | |
| Aile hayatının korunmasında | 70 | | |
| Dış tehditlerden korunmasında | 73 | | |
| Konutun korunmasında | 74 | | |
| Haberleşmenin korunmasında | 77 | | |
| IV. Bölüm- Seçilmiş problem alanları | 78 | | |

İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'nin 8. Maddesi

Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

1. Herkes özel hayatına, aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.
2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, disiplin ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın

veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla ön-görölmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

Giriş

Bu el kitabı Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin ("Sözleşme") 8. Madde'sinin kullanım alanı ile ilgili genel bir bakış sunma, hukuk uygulayıcılarına hem Sözleşme'nin hem de Mahkeme'nin içtihadının anlaşılmasını kolaylaştıran kullanılabilir bir araç sağlama amacıyla hazırlanmıştır. Bu husus özellikle, Sözleşme'ye taraf devletlerin çoğunda söz konusu olan, Sözleşme'nin tamamen iç hukuk sistemlerinin bir parçası olması durumunda önem kazanmaktadır. Hukukçular, Mahkeme kararlarının yalnızca tavsiye niteliğinde olmadığı gibi, sadece muhatap Taraf Devletle ilgili de olmadığını, fakat özellikle uluslararası hukuk kurallarının, normal iç hukuk kurallarına üstün geldiği durumlarda, doğrudan ulusal makamlar önünde ileri sürülebilmesinin mümkün olduğunu bilmelidirler.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ("Mahkeme"), son on senedir, 8. Madde'nin koruma alanını önemli ölçüde genişletmiştir. Kaydedilen bu gelişme maddenin özünde mevcuttur: 8. Madde, temel özelliği, uygulanmaları insan haklarının korunması ile Sözleşmeciler Devletlerin takdir hakkı arasında dengeleme çalışmasını gerektiren maddelerden ilkinin oluş-

turmaktadır. Bilhassa, Avrupa'da fikir birliğinin olmadığı, köklü bir toplumsal ve kültürel çağrışımın olduğu hususlarda, Taraf Devletler, toplumun ihtiyaçlarına en iyi cevap verecek ve onları en iyi değerlendirecek konumda kabul edildikleri için, devletlerin takdir hakkı bu hususlarda oldukça geniş olabilmektedir. Bu el kitabı 8. Madde'ye uygulanabilecek ilkelere genel bir bakış sunarken, aynı zamanda, kültürel ve sosyal değişimlerin, bu maddenin yorumu üzerindeki son dönemdeki sonuçlarını ele alacaktır.

Bu el kitabı, her biri önemli içtihatlarla kapsamlı atfı içeren dört bölüme ayrılmıştır. Birinci Bölüm 8. Madde'ye genel giriş ile başlamaktadır. Daha sonra detaylı olarak hükümler tarafından korunan bireysel özerkliği incelemektedir. Bunlar özerk kavramlar olarak anlaşılmalı ve yorumlanmalıdır. 8. Madde'nin kapsamını tanımlama, Mahkeme'nin ilgili şikâyetleri incelerken uyguladığı iki aşamalı testin ilk adımını oluşturmaktadır. Davanın koşullarının bu maddenin kapsamına girdiğine karar verilirse, testin ikinci aşaması uygulanır. Bu ikinci aşama, istisna maddesinin unsurlarına odaklanan, İkinci Bölüm'de derinlemesine incelenmektedir.

Üçüncü Bölüm, gelişimi, Sözleşme'nin Mahkeme tarafından yenilikçi (evrimsel) yorumunda kilit unsurlarından birini oluşturan, 8. Madde'den kaynaklanan pozitif yükümlülüklerin anlaşılmasını sağlayan genel açıklamalarla devam etmektedir. Son, yani Dördüncü Bölüm ise, artan kamu bilinci ve sonrasında Mahkeme'nin gündemine getirilen talepler sebebiyle, büyüyen endişe haline gelen üç problem alana ayrılmıştır. Bunlar, çevre hakkı, Sözleşme'nin göç davalarına uygulanması ve 8. Madde ile Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine İlişkin Lahey Sözleşmesi arasındaki etkileşimdir.

Kolay okunabilirlik adına, metin, genel olarak davaların sadece isimlerine atıfta bulunacaktır, sayfa 96'daki karar indeksinde ise atıfta bulunulan kararların tam referansı görülmektedir.

Mahkeme'nin bütün kararları ve önemli sayıda seçilmiş kabul edilebilirlik kararları ve raporlar <http://hudoc.echr.coe.int/> internet adresinden ulaşılabilir olan HUDOC veritabanında yayınlanmaktadır. Takip eden incelemede, yıldızla işaretlenen kararlar, yazım sırasında henüz kesinleşmemiş olanlardır.

I. Kısım Genel Bakış

İncelenmekte olan hakkın amacı, 'bireyi kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı korumaktır'. Bu amaca, bir bireyin kişisel özerkliğinin dört boyutunun korunmasıyla ulaşılır, bunlar kişinin özel hayatı, aile hayatı, konutu ve iletişimidir. 8. Madde'nin kuruluş biçimi Sözleşme'nin bütün nitelikli haklarıyla ortaktır: 1. fıkra güvencenin kapsamını belirtirken, 2. fıkrada yer alan istisna maddesi, hem genel şartları hem de Taraf Devletin söz konusu hak ve özgürlüklerin kullanımına kısıtlama getirebileceği belirli sebepleri düzenlemektedir. Çoğu durumda Mahkeme, bireyin hakkının kullanımına devlet tarafından getirilen bir hukuki müdahalenin meşruluğunu sorgulamazken, tarafı, acil bir toplumsal ihtiyacı karşılaması ve ortak değerlere cevap vermesine binaen, itiraz edilen tedbirin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ispat etmeye zorunlu kılmamaktadır. Gütülen amaçla orantılılığın bir parçası olan gereklilik kavramı, çoğu durumda, bu sebeple, bireylerle devlet arasında çekişmenin yaşandığı savaş alanını teşkil etmektedir. Bu alanın çevresi, toplumun devam eden sosyal ve ekonomik gelişiminden etkilenerek yıllar içinde değişmiştir. 8. Madde'nin pratikte uygulanması, toplumsal olarak tartışmalı durumlarda tatbikini denemek ve öngörmek

güç olduğu için, zorlu bir çalışma halini almıştır. Bu anlamda 8. Madde için, yıllar içinde artan sayıda sorunu kapsamına alabilen ve korumasını diğer maddelerin alanına girmeyecek olan bir dizi menfaate genişletebilen, Sözleşme'nin en ucu açık maddesi olduğu söylenebilir. Bu durum, kısmen, Strazburg organlarının, kapsamlı bir 8. Madde tanımı yapmamış olmasından kaynaklanmaktadır, böylelikle değişen zamana tamamen adapte olmalarını sağlamıştır. Son yıllarda, 8. Madde'nin kapsamını, tıbbi tedavi ve ilaçlara erişim gibi sosyal yardımla alakalı, toplumsal ve ekonomik taleplere genişletmek için artan girişimler olmuştur. Strazburg Mahkemesi bu zamana kadar, örneğin, 8. Madde tıbbi kaynakların tedariki hususuyla ilgilenmemektedir diyerek böyle taleplere direnmiştir. Ne de Devletlerin 8. Madde kapsamında, ağır bipolar akıl hastalığından muzdarip bir bireye, hayatını acı çekmeden ve başarısızlık riski olmadan sona erdirmesini sağlayacak bir maddeyi, reçetesiz olarak almasına izin verme pozitif yükümlüğü altında olduğuna karar vermiştir¹. Ancak Mahkeme 8. Madde'nin kapsamının, ulusal azınlıklara ait kişilerin geleneksel yaşam tarzına² sahip olma haklarını ve

¹ Haas - İsviçre

² Chapman, Coster, Beard, Lee ve Jane Smith-Birleşik Krallık [GC].

bir kişinin hayatının gürültü veya başka tür bir kirlilikten³ doğrudan etkilendiği durumlarda çevre hukuku alanını kapsayacak şekilde genişlemesine izin vermiştir.

Korunan hakların belirlenmesi

Mahkeme'nin içtihatlarının incelenmesi göstermektedir ki, ihlal edilen hakkın ne olduğunu açıklamak ve Mahkeme'yi söz konusu hususun 8. Madde'nin alanına girdiğine ikna etmek başvuruca düşmektedir. *E.B.* davasında başvuruca, Mahkeme'nin çoğunluğunu, kendisinin evlat edinmeye uygun olmadığına karar vererek talebinin ulusal makamlar tarafından reddedilmesinin, evlat edinme ya da evlat edinme yoluyla aile kurma hakkına ilişkin bir şikâyet olmadığı, fakat bu durumun onun evlat edinme yoluyla dış dünya ile ilişki kurmasını engellediği için özel hayatına müdahale teşkil ettiğine ikna etmiştir. Şayet başvuruca 8. Madde kapsamına giren birden fazla hakkı öne sürüyorsa, Mahkeme hangi bireysel haktan bahsedildiğini açıkça belirtmekten kaçınabilir. Mahkeme, *Klass* davasında, telefon ve mektup iletişiminin izlenmesi ve engellenmesine ilişkin bir şikâyetin, özel hayat, aile hayatı ve haberleşmeye müdahale teşkil etmekle, 8. Madde kapsamına giren bir şikâyet olduğuna karar vermiştir.

³ *Hatton ve diğerleri-Birleşik Krallık* [GC]; *PowellPower ve Rayner-Birleşik Krallık*; *López Ostra-Ispanya*; *Guerra ve diğerleri- İtalya* [GC]; *Taşkın ve diğerleri-Türkiye*.

Şikâyet 8. Madde'nin uygulama alanına giriyor mu?

8. Madde'nin korumasından yararlanabilmesi için şikâyetin, Madde'nin güvence altına aldığı dört boyutundan birine girmesi gerekir, bunlar; özel hayat, aile hayatı, konut veya haberleşmedir. Bu dört kavramın anlamı açık değildir ve fazlasıyla olaya bağlıdır. Ayrıca, bu alanlar birbirini dışlamaz ve bir önlem, eş zamanlı olarak, bir seferde birden çok alana müdahalede bulunabilir. Mahkeme, bu boyutların değişik yüzlerinin yorumuna ilişkin belirli kurallar getirmekten kaçınmıştır ve çoğu durumda her davanın kendine has özelliğine göre, kavramlara özerk anlamını vererek devam edecektir. Her ne kadar uygulayıcılar için, bazen bu maddenin içeriğini açıkça belirlemek zor olsa da, bu esneklik, toplumsal, hukuki ve teknolojik gelişmelerin göz önünde bulundurulmasına imkân vermektedir. Ancak, içtihadın ve davaya özgü koşulların incelenmesi, maddenin evrimsel ve dinamik karakteri de dikkate alındığında, olayların 8. Madde açısından yorumlanmasında yeterince yol göstermektedir.

İki aşamalı test

Bir şikâyetin Sözleşme'nin ihlaline yol açıp açmadığı hususu değerlendirilirken, Mahkeme iki aşamalı bir test kabul etmiştir. Birinci ve İkinci aşamalar birbiriyle bağlantılıdır: söz konusu şikâyetin 8. Madde'nin uygulama alanına girip girmedi-

ğini belirlemeyi amaçlayan ilk soruya verilen olumsuz yanıt, kaçınılmaz bir şekilde Mahkeme'nin, davanın incelenmesini durdurma kararı almasına sebep olacaktır. Buna karşılık, Devlet tarafından hiçbir müdahalenin yapılmamış olması – ikinci aşamada değerlendirilen-, yerine getirilmeyen pozitif yükümlülükler söz konusu olabileceğinden, Mahkeme'yi, davayı incelemesini durdurma yönünde harekete geçiremeyecektir. Aşağıda özetlenen şematik yaklaşım, 8. Madde'yi her uyguladığında Mahkeme tarafından izlenir. Pek çok davada Mahkeme, her noktayı detaylı bir şekilde tartışmayacak, fakat herhangi bir 8. Madde şikâyetinin incelenmesinde bu şemadan kesinlikle ayrılmayacaktır.

Birinci Aşama (Madde 8 § 1)- Şikâyet 8. Madde'nin alanına giriyor mu?

Mahkeme, belirli bir davada, 8. Madde'nin uygulanabilirliğini tespit etmek için aşağıdaki soruyu soracaktır:

❖ şikâyet, 8. Madde'nin uygulama alanına giriyor mu?

Sorunun cevabı, söz konusu olayın kendine özgü koşulları ışığında madde anlamında özel hayat veya aile hayatı, konut veya iletişim teşkil ettiği sonucuna varmanın mümkün olup olmadığına bağlı olacaktır. Eğer cevap olumsuz ise ve 8. Madde uygulanamaz ise, şikâyet daha fazla incelenmeyecektir. Şayet, Mahkeme 8. Madde'nin uygulanabilir olduğuna karar verirse, ikinci aşamanın uygulanmasına geçilecektir.

İki aşamalı test

İkinci Aşama (Madde 8 § 2)- Müdahale var mıydı?

İkinci aşama iki kısımlıdır ve önemli olan boyutu, söz konusu hakka müdahale olup olmadığına bağlıdır. Aynı şekilde, Mahkeme soruları, değerlendirmesini yönlendirmek için kullanmaktadır. Çoğu olayda 8. Madde şikâyeti, bir sınır dışı edilme veya ihraç kararının, bir arama, muayene veya zorunlu tıbbi tedavinin veya daha genel olarak, devlet tarafından ortaya konan bir faaliyetin Sözleşme ile uyumlu olup olmadığıyla ilgili olacaktır. Bu gibi durumlarda, Mahkeme aşağıdaki soruya cevap arayacaktır:

❖ 8. Madde haklarına bir müdahale var mıydı?

Eğer bir müdahale gerçekleşmişse, soru şu olacaktır:

❖ Müdahale kanuna uygun mudur?

❖ Meşru bir amaç izliyor mu?

❖ Demokratik bir toplumda gerekli midir?

Eğer Mahkeme 8. Madde'nin 1. fıkrasında korunan hakkın kullanımına veya haktan yararlanılmasına bir müdahale olmadığı sonucuna varırsa, değerlendirme sona ermez. Esasen, Mahkeme, Taraf Devletin Sözleşme'deki yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlayacak tedbirleri alma konusunda pozitif yükümlülüğünün olup olmadığını tespit edecektir. Böylelikle ilgili soru şu olacaktır:

❖ Devletin ileri sürülen hakkı koruma hususunda pozitif bir yükümlülüğü var mıydı?

8. Madde'nin Dört Boyutu:

Yukarıda anlatılan iki aşamalı testin ilk kısmının uygulanmasında, 8. Madde'nin dört boyutunun içeriğine ilişkin pratik açıklamalar yapma zamanı geldi. Aşağıdaki paragraflar bunların her birini Strazburg içtihatları ışığında inceleyecektir. Her şeyi kapsamasa da, Sözleşme'nin yaşayan karakteri ve toplumsal değişikliklerin yakın zamanda 8. Madde'nin sınırlarını öteye taşıyacağı gerçeği göz önünde bulundurularak okunması gereken genel açıklamalar, önemli ölçüde rehberlik sağlamaktadır.

Özel hayat nedir?

Strazburg Mahkemesi hiçbir zaman özel hayatın ne olduğuna ilişkin açık ve kesin bir tanım getirmemiştir: ona göre bu, detaylı bir tanım getirilemeyen geniş bir kavramdır⁴. Açık olan ise, özel hayat kavramının her bireyin özgür olarak kişiliğini oluşturabildiği ve geliştirebildiği, hem diğer insanlarla hem de dış dünya ile ilişkili bir alanı kapsayan, mahremiyetten daha geniş bir kavram olduğudur. Kesin ve net bir özel hayat tanımı yapmak yerine Mahkeme, her davanın özelliklerine göre bu boyuta giren durumları belirlemektedir. Sonuç, Mahkeme'nin geniş bir şekilde açıklamaya ve yorumlamaya yöneldiği, daha ziyade muğlak bir kavramdır: yıllar boyunca

⁴ CostelloCostella- Roberts-Birleşik Krallık.

özel hayat kavramı isim taşıma, kişinin görüntüsü veya itibarının korunması, aile kökeni hakkında bilgilenme, fiziksel ve manevi bütünlük, cinsel ve toplumsal kimliği, cinsel hayatı ve eğilimleri, sağlıklı bir çevre, kendi kaderini belirleme hakkı ve kişisel özerklik, arama ve el koymadan korunma ve telefon görüşmelerinin gizliliği dâhil olmak üzere birçok değişik duruma uygulanmıştır. Ayrıca Mahkeme, bir bireyin yasal medeni durumunu tanımanın 8. Madde'nin kapsamına girdiğine ve bu maddenin örneğin istihdamla ilgili davalara⁵ uygulanabilir olduğuna karar vermiştir: kanun tarafından dayatılan, özel sektörde işten çıkarılma ve eski gizli servis çalışanlarına getirilen istihdam sınırlamalarının da, özel hayata saygı gösterilmesi hakkıyla ilgili olduğu düşünülmüştür⁶. 8. Madde'nin vatandaşlığa geçme taleplerine uygulanmasının ise hassasiyet teşkil ettiği görülmüştür: her ne kadar ilgili madde belirli bir ülkenin vatandaşlığını elde etme hakkı tanımıyorsa da, *Genovese* davasında Mahkeme, vatandaşlık talebinin keyfi bir şekilde reddedilmesinin bazı durumlarda o madde tarafından korunan özel hayat boyutunun toplumsal kimlik yönü üzerindeki etkisi sebebiyle, 8. Madde kapsamında sorun oluşturacağı⁷ göz ardı edilemeyeceğini ifade etmiştir.⁸

⁵ *Bigaeva-Yunanistan*.

⁶ *Rainys ve Gasparavicius-Litvanya (dec)*, *Sidabras ve Džiautas-Litvanya (dec)* davasını hatırlayarak

⁷ *Genovese-Malta**, *KarassevKarasev-Finlandiya (dec)* davasındaki kabul edilebilirlik kararına atıfta bulunarak.

⁸ *Dadouch-Malta*.

Ne tür ilişkiler özel hayatı oluşturur?

Özel hayat kavramı, Mahkeme tarafından çok yönlü şekilde kullanılır, aile hayatının kapsamına girmeyen önemli durumlara koruma sağlayan neredeyse torba hükümdür. Bu kavramın kapsamına giren ilk ilişki sınıfı ailesel olarak tanımlanabilir. Şunları içermektedirler:

- ❖ koruyucu ebeveynler ve baktıkları çocuk arasındaki ilişki⁹,
- ❖ evlenmemiş çiftler arasındaki ilişkiler,¹⁰

Çok yakın zamana kadar hemcins eşler arasındaki, çocuklu olsun veya olmasın, ilişkilerin 8. Madde'nin özel hayat dâhlinde herhangi bir korumadan yararlanmamıştır¹¹. Ancak, 2010 yılında, Mahkeme, üye devletleri ne bu yönde kanun çıkarmaya ne de hem cins evlilikleri hukuken tanımaya Sözleşme'nin zorlayamayacağını belirtirken, ilk defa homoseksüel ilişkilerin aile yaşamının bir türünü oluşturduğunu kabul etmiştir.

‘...Mahkeme'nin içtihadı, yalnızca, hemcins çiftlerin duygusal ve cinsel ilişkilerinin özel hayatı oluşturduğunu kabul etmiş, ancak, bunun bir aile hayatı oluşturduğunu kabul etmemiştir, söz konusu olan uzun süreli birlikte yaşayan çiftler olsa dahi. Bu sonuca varırken Mahkeme, bir takım Avrupa ülkelerinde homoseksüeller arasındaki

istikrarlı fiili birlikteliklerin hukuki ve adli olarak tanınması yönünde artan eğilime rağmen, Sözleşmeciler Devletler arasında dar bir ortak zeminin olması sebebiyle, bu alanın devletlerin hala geniş bir takdir hakkı kullandıkları bir yer olduğunu gözlemlemiştir. [...] Mahkeme, pek çok üye devlette, hem cins çiftlere yönelik olarak, toplumsal tavırda hızlı bir gelişimin gerçekleştiğini belirtmektedir. O zamandan beri, önemli sayıda üye devlet hemcins çiftlere hukuki tanıma sağlamıştır. Avrupa Birliği hukukunun belirli hükümleri, hemcins çiftlerin aile kavramına dâhil edilmesi yönünde artan eğilimi yansıtmaktadır. Bu gelişmeler ışığında Mahkeme, farklı cins çiftlerin tersine, hem cins çiftlerin 8. Madde anlamında ‘aile hayatı’ndan yararlanamamaları görüşünü sürdürmenin yapay kaldığını düşünmektedir. Dolayısıyla başvuruçuların ilişkileri,¹² istikrarlı *de facto* bir beraberlik içinde birlikte yaşayan hem cins çiftlerin, aynı durumundaki farklı cins çiftlerin ilişkileri gibi, ‘aile hayatı’ kavramı içine girmektedir.

Buna karşılık, Mahkeme aşağıdaki durumların özel hayata dâhil olmadığına karar vermiştir:

- ❖ evcil hayvanla sahibi arasındaki ilişki,¹³
- ❖ bir kişi ile kadavrası arasındaki ilişki (nesebin tespiti amacıyla DNA testi için mezardan çıkarılan);¹⁴

9 X-İsviçre.

10 Wakerfiel-Birleşik Krallık.

11 Kerkhoven ve Hinke- Hollanda.

12 Schalk ve Kopf -Avusturya.

13 X-İzlanda.

14 Estate of Kresten Filtenborg Mortensen-Danimarka (dec).

❖ bir mahkûm ile, onunla cezaevi koşulları hakkında kampanya başlatmak amacıyla iletişime geçen mektuplaştığı kişi arasındaki yazılı ilişki.¹⁵

Dış dünya ile iletişim kurma hakkı

Özel hayat hakkı yalnızca önceden kurulmuş olan ilişkileri değil, aynı zamanda, dış dünya ile ilişki kurma ihtimalini de kapsar. Bu kavram 8. Madde'nin temelinde yatar: 1992 yılında Mahkeme, [özel hayat] kavramının, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir 'iç alan'la kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmanın aşırı sınırlayıcı bir yaklaşım olduğuna karar vermiştir¹⁶. Ancak diğer insanlarla ilişki kurma hakkı belli sınırlamalara tabidir. Örneğin *Botta* davasında Mahkeme'den, engelli başvurusunun belirli bir tatil yerinde özel plajlara girip giremeyeceği hususunda karar vermesi talep edilmiştir. Söz konusu şikâyet, başvuru tarafından belirlenen tatil yerinin engelli kişilerin plaja ve denize erişimini sağlayacak donanımına sahip olmaması etrafında şekilleniyordu. Mahkeme, başvuruyu 8. Madde'nin kapsamına girmediği sonucuna vararak reddetmiştir. İleri sürülen hak, yani başvurusunun olağan meskeninden uzak bir mesafede yer alan plaj ve de-

¹⁵ *X-Birleşik Krallık (dec)*, 6 Ekim 1982.

¹⁶ *Niemetz-Almanya*.

nize ulaşma hakkı, böylesine geniş ve belirsiz bir kişilerarası ilişkiye dair olunca, Mahkeme özel yüzme tesislerinin sahiplerinin ihmallerini gidermesi için devletin alması gereken tedbirler ile başvurusunun özel hayatı arasında doğrudan bir bağlantı olamayacağına karar vermiştir. Benzer şekilde, *Friend and Countryside Alliance ve Diğerleri* davasında, başvuruların avlanmaktan ve bu sırada geliştirdikleri kişilerarası ilişkilerden duydukları haz ve kişisel tatmine rağmen, Mahkeme, av yasalarının 8. Madde altındaki haklarına müdahale teşkil edebilmesi için, bunların kapsam olarak fazla geniş ve belirsiz olduğu değerlendirilmesinde bulunmuştur.

8. Madde'de korunan özel hayat kavramı, 2009 yılında *E.B.* davasında aydınlatılmış ve genişletilmiştir. Dava, cinsel eğilimi sebebiyle evlat edinme başvurusu reddedilen homoseksüel bekâr bir öğretmenin geçtiği prosedüre ilişkindir. Mahkeme, bu şikâyetin, Sözleşme tarafından korunmayan¹⁷ aile kurma veya evlat edinme hakkı ile ilgili değil, bekâr kişilerin Fransız hukukuna göre açık bir şekilde tanınan, evlat edinme için izin başvurusunda bulunma hakkıyla ilgili olduğuna ikna olmuştur. Böyle bir hak yaratarak Fransa 8. Madde kapsamındaki yükümlülüklerinin ilerisine gitmiş, dolayısıyla, şikâyet incelenebilmiştir.

¹⁷ *Fretté-Fransa (dec)*.

8. Madde kapsamında kendi kaderini belirleme ve kişisel özerklik hakkı var mıdır? Hayatın sona ermesi ve ölüm sonrası düzenlemeler

2002 yılında Mahkeme, yardımcı intiharın ulusal mevzuatta yasaklanması sorunuyla karşılaşmış ve ilk defa kişisel özerklik kavramına¹⁸ açık bir şekilde atıfta bulunarak bu şikâyetin kabul edilebilir olduğuna karar vermiştir. Ciddi fiziksel ve zihinsel ızdıraba sebebiyet veren ve gittikçe bozulan sağlık durumunun sorumlusu olan dejeneratif bir hastalığın harap edici etkilerinden muzdarip olan başvurucu, eşinin yardımıyla hayatına son vermeyi seçme hakkı olduğunu iddia etmiştir. Başvurucuya göre, hayatının nasıl sona ereceğine ilişkin kararı, şüphesiz 8. Madde'nin koruması altında olan, hayatın bir parçası olarak görülmeliydi. Mahkeme kabul edilebilirlik kararını verirken, şöyle ifade etmiştir:

'Sözleşme'nin özünü insan onuruna ve insan özgürlüğüne saygı duymak oluşturur. Mahkeme, Sözleşme tarafından korunmakta olan insan hayatının kutsallığını hiçbir şekilde yadsımadan, yaşam kalitesi kavramının 8. Madde kapsamında anlam kazandığı görüşündedir. Uzayan ortalama yaşam süresinin artan tıbbi gelişmelerle birleştiği bir dönemde, pek çok kişi, herkes tarafından kuvvetli bir şekilde benimsenmiş öz ve kişisel kimlik düşünceleriyle çelişen,

18 Pretty-Birleşik Krallık.

ileri yaşta hayatını idame etmeye veya ilerlemiş fiziksel ve zihinsel zayıflık durumlarında yaşamaya zorlanmaları hususunda kaygı duymaktadır. Bu davada başvurucu, hayatına onursuz ve stres verici bir şekilde son verme olarak düşündüğü halden kaçınma tercihini kullanması hukuken engellenmiştir. Mahkeme henüz, bu durumun Sözleşme'nin 8. Madde'sinde korunan özel hayata saygı hakkına bir müdahale oluşturmadığını kabul etmeye hazır değildir.

Akrabalarının defnedilmesi hususunda hayatta kalan yakınların dileklerinin, her ne kadar Mahkeme çoğu kez müdahalenin özel hayat mı aile hayatı kavramıyla mı ilgili olup olmadığını belirtmekten kaçınsa da¹⁹, 8. Madde'nin alanına girdiği kabul edilmiştir. Birinin küllerini başka birinin mülkü üzerine serpmeye isteği²⁰ ve bir annenin ölü doğan çocuğunun mezar taşında yazan soyadını değiştirme hakkının²¹ özel hayat kavramına girdiği kabul edilmiştir.

Ulusal makamların, 4 yaşındaki bir kız çocuğunun naaşını, otopsi sonrasında ailesine aşırı bir gecikmeyle teslim etmesi, hem özel hem de aile hayatının ihlali olarak görülmüştür²². Diğer durumlarda Mahkeme kendisini, söz konusu boyutu belirtmeksizin, olay 8. Madde kapsamında sorun teşkil eder demekle sınırlamıştır: bu, bir annenin ölü doğan çocuğunun,

19 Girard-Fransa.

20 X-Almanya (dec).

21 21 Znamenskaya-Rusya.

22 Panullo ve Forte-Fransa.

muhtemelen bir törenle, defnedilmesine katılmaya hakkının olup olmadığı ve çocuğun bedenini uygun bir taşıt²³ ile nakletme ve başvuruçunun eşinin küllerini bir kaptta taşımasına ilişkin talebin²⁴ reddi durumlarında Mahkeme'den hüküm kurulması talep edildiğinde gerçekleşmiştir.

Cinsel faaliyetler özel hayatın kapsamı içinde midir?

Komisyon, 1970'lerdeki eski bir kararında duruma açıklık getirmiştir:

‘Özel hayata saygı hakkı bir bireye kişiliğini özgür olarak oluşturabileceği ve geliştirebileceği alanı sağlayacak kapasiteye sahiptir. Bu anlamda birey, diğer kişilerle değişik türde -cinsel ilişki dâhil olmak üzere- ilişkiler kurma imkânına da sahip olmalıdır.’²⁵

Bu açıklama, cinsel ilişki ve faaliyetlerin, bir kişinin özel hayatına girdiğini ortaya koymaktadır. İçtihadı hızlıca göz atıldığında, bunların azami koruma gerektiren, bir bireyin çok önemli ve mahrem alanı olarak değerlendirildiği anlaşılacaktır. Koruma gerekliliği öyle kuvvetlidir ki, *Dudgeon* davasında Mahkeme, yetişkin erkekler arasındaki rızaya dayalı homoseksüel davranışları suç sayan yasanın varlığının dahi, her ne

²³ *Hadri -Vionnet-İsviçre (dec).*

²⁴ *Ellis PoluhasPoluas Dödsbo-İsveç (dec).*

²⁵ *Brüggegan ve Scheuten-Almanya (dec).*

kadar bir suç isnadı söz konusu olmasa da, bir kişinin özel hayatını etkilediği tespitinde bulunmuştur.

Ne var ki, kapalı kapılar ardında gerçekleşen her cinsel faaliyet 8. Madde'nin koruması altına girmemektedir. *Laskey, Jaggard ve Brown* davasında başvuruçular, homoseksüel yetişkinler arası, rızaya dayalı sado-mazoşist faaliyetler sırasında tecavüz ve yaralama suçlarından kovuşturulmaları ve mahkûm olmalarının 8. Madde'yi ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, her ne kadar başvuruçuların hareketlerinin özel hayatın sınırlarına girip girmediği hususunun esasına girmese de; 8. Madde'nin koruma kapsamına, önemli sayıda insanı ilgilendiren, özel döşenmiş odaların ve araç gerecin sağlanmasını, yeni ortakların işe alınmasını ve kamunun kullanımı için videoteyp kaydını gerektiren faaliyetleri dâhil etmeyle ilgili çekincelerini ifade etmiştir. Bu kavram *K.A ve A.D.* davasında daha da geliştirilmiştir. Bu davada Mahkeme, cinsel ilişkiye girmenin; bir kimsenin, kişisel otonomisinin ayrılmaz parçasını oluşturan, vücudu üzerinde tasarrufta bulunma hakkını da kapsadığını açıklamıştır. Bu demek oluyor ki, bir kimsenin dilediği şekilde yaşama iradesi, kişinin fiziksel ve ahlaki olarak zararlı veya tehlikeli kabul edilen faaliyetlere girme ihtimalini de kapsamaktadır²⁶. Bu önermenin, bir başka deyişle, kişisel özerklik kavramının bireyin vücuduyla ilgili tercihleri yapma hakkını içerir şekilde yorumlanması gerektiğini ileri sürdüğü görülmektedir.

²⁶ *Pretty.*

Çok yönlü özel hayat kavramı

Özel hayat kavramı, kişiler arası ilişkilere ek olarak, Mahkeme'nin içtihatlarında belirlediği başka bir takım durum ve faaliyetleri de kapsamaktadır. Aşağıda, tam kapsamlı olmasa da konusuna göre ayrılmış en önemli örnekler yer almaktadır.

Cinsel kimlik 8. Madde tarafından korunur mu?

İnsan onuru ve özgürlüğünün korunması ve bunlara saygı; transseksüellerin kişisel gelişim ve fiziksel ve ahlaki güvenlik hakları kapsam dışı bırakılıyorsa, anlamından çok şey kaybederdi. Her ne kadar 8. Madde kendi kaderini belirleme hakkını aslında içermiyorsa da, *Van Kück* davasında Mahkeme, kişinin kendisini kadın veya erkek olarak tanımlama özgürlüğünün kendi kaderini belirleme hakkının en temel unsurlarından biri olduğunu kabul etmemenin Sözleşme'ye aykırı olacağını ifade etmiştir.²⁷ Bu sebeple, isim ve cinsiyet değişikliğini yansıtan resmi belgelerin düzenlenmesinin 8. Madde'nin 1. fıkrası kapsamında özel hayata saygı gösterilmesi hakkıyla ilgili olduğu tespit edilmiştir.²⁸

İsim hakkı var mıdır?

8. Madde'nin isim ve soy isim seçimine uygulanabilirliği sorunu, Mahkeme tarafından ilk kez 1990'ların başında ince-

²⁷ *Schlumpf-İsviçre* davasında da hatırlatılmıştır.

²⁸ B.-Fransa.

lenmiştir. Kocanın karısının soyadını kullanmasıyla ilgili olan *Burghartz* davasında Mahkeme, her ne kadar 8. Madde'de açık bir şekilde olmasa da, kişisel tanımlamanın ve aile bağının bir parçası olarak bir kişinin isminin, cinsiyet temelinde ayrımcılık yapılmadan kullanılması gereken, kişinin özel ve aile hayatının bir parçası olarak görülmesi gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Fransız makamlarının başvurusunun kızının ismini, Azizler Takvimi'nde yer almadığı için, 'Fleur de Marie' olarak kaydetme talebinin reddiyle ilgili olan *Guillot* davasında Mahkeme, bir çocuğun ebeveynleri tarafından isminin seçilmesini kişisel, duygusal bir olay olduğunu; bu sebeple onların özel alanına girdiğini açıklamıştır.

Etnik kimlik hakkı var mıdır?

8. Madde tarafından sağlanan koruma yalnızca etnik kimlik hakkını²⁹ değil, aynı zamanda etnik bir azınlığa mensup kişilerin geleneksel yaşam tarzlarına göre yaşama hakkını da içermektedir. Bir çingenenin karavanını kullanmasını Büyük Daire, bir çingene olarak, o azınlığın uzun bir gezici hayat tarzı geleneğini yansıtan, onun etnik kimliğinin ayrılmaz bir parçası olarak saymıştır. Her ne kadar, gelişmenin ve muhtelif politikaların baskısı altında veya kendi iradeleriyle, pek çok çingene artık tamamıyla göçebe bir hayat yaşamamakta, gittikçe belli bir yerde uzun süreli olarak, örneğin çocukla-

²⁹ *Ciubotaru-. Moldovya*.

rının eğitimini kolaylaştırmak amacıyla, yerleşmekteyse de. Dolayısıyla, başvurunun karavanını yerleştirmesini etkileyecek önlemlerin, konutuna saygı gösterilmesi hakkında daha geniş bir etkisi vardır. Bunlar aynı zamanda, onun bir çingene olarak kimliğini koruma ve geleneklerine uygun olarak özel ve aile hayatını yürütme kabiliyetini etkilemektedir.³⁰

Bireylerin fotoğrafları

2009 yılına kadar kişinin görüntü hakkı, resimlerin basında yayınlanması bağlamında Mahkeme tarafından ele alınmıştır.³¹ Ancak sonraki başvurular, bir kişinin görüntüsünün 'ifşa edilmesi' kavramının önemli ölçüde genişlemesine izin vermiştir. *Reklos ve Davourlis* davası, yeni doğan bir bebeğin, doğumun gerçekleştiği özel klinik tarafından temin edilen bir profesyonel fotoğrafçı tarafından, müşterilerine fotoğraf çekimi hazırlamak için, yüzü dâhil olmak üzere, fotoğraflarının çekilmesiyle ilgiliydi. Mahkeme, bir kimsenin başkaları tarafından sadece fotoğrafının çekilmesinin dahi, basımı ya da dağıtımını olsun olmasın, kişinin özel hayatını etkilediği sonucuna varmıştır. İncelenmekte olan davada, resimler, sadece tıbbi personelin erişiminin olduğu, steril birimde çekilmiştir. Davanın özel hayat kavramına girdiğine karar verirken Mahkeme, kişinin görüntüsünün, onun kendine özgü özelliğini ortaya çıkardığının ve bireyin kişiliğinin en önemli

³⁰ Chapman.

³¹ Von Hannover-Almanya, Sciacca-İtalya; Mosley-Birleşik Krallık; Gurgenidze-Gürcistan.

unsurlarından birini oluşturduğunun altını çizmiştir. Bunun korunması da, yalnızca basım mümkün olduğunda değil, fotoğraf çekilirken ilgili kişinin rızasının alınmasını gerektirir.

Benzer bir gerekçe Mahkeme'nin, bir kişinin resminin ülkenin değişik yerlerindeki bir takım polis karakollarının kamu alanlarında asılmasını, geniş kitlelerce kolayca ulaşılabilirdiği için, kamuya yayımlamaya benzettiği *Georgi Nikolaishvili* kararında benimsenmiştir. Bu davada, başvurunun özel hayatına tecavüz edildiği sonucu, ilan yapıldığı sırada herhangi bir ceza kovuşturmasıyla ilgisi olmayan başvurunun, müdahalenin hiçbir meşru amaçla haklı bulunamayacağı 'sıradan bir insan' olarak düşünülmesi gerektiği gerekçesine dayandırılmıştır. Son olarak, başvurunun adam öldürmeyle ilgili bir davada 'aranan' kişi olarak damgalanması onun itibarına, sosyal kimliğine ve psikolojik bütünlüğüne zarar vermiş, dolayısıyla 8. Madde kapsamında korunan özel hayatını ihlal etmiştir.

İtibar hakkı

2007 yılında Mahkeme, özel hayata saygı gösterilmesi hakkının gelişiminde ilerici bir adım teşkil eden bir kararla³², açıkça 8. Madde'nin bir kişinin itibarına uygulanmasını kabul etmiştir. İtibarın, söz konusu eleştiri bir toplumsal tartışma-dile getirilmiş olsa bile, ulusal mahkemelerce korunması

³² Pfeifer-Avusturya.

yükümlülüğünü getiren, kişinin bireysel kimliğinin ve psikolojik bütünlüğünün bir parçası olduğunu ifade etmiştir.³³

Kişisel verilerin toplanması ve onlara erişim

Kamusal bilginin sistematik olarak toplanması ve makamlar tarafından dosyalarda tutulması halinde özel hayatın kapsamına girebilir. Bu durum, kişinin uzak geçmiş söz konusu olduğunda daha da geçerlilik kazanmaktadır.³⁴

Mahkeme'nin bu açıklaması, bireylerin bilgisi dâhil inde olsun veya olmasın, bilgi toplama ve saklamanın, aynı zamanda erişilebilirliğinin, her zaman kişinin özel hayatıyla ilgili olduğunu, bu nedenle 8. Madde'nin kapsamına girdiğini göstermektedir. Başka örnekler:

- ❖ cinsiyet, medeni hal, doğum yeri, etnik kimlik ve diğer hassas bilgilerin zorunlu olarak toplandığı resmi nüfus sayımları;³⁵
- ❖ parmak izleri, görüntü, hücre örnekleri, DNA profilleri³⁶ ve diğer kişisel veya kamusal bilginin polis tarafından kaydedilmesi³⁷, gizlilikle saklansa dahi,³⁸

33 *Tutum Petrina-Romanya* davasında hatırlatılmıştır.

34 *Rotaru-Romanya [GC]*. Mahkeme *Rotaru* davasında şikâyet edilen durumun, ki bu, bireylerin özel hayatlarının korunması için yeterince güvence olmaması, *Association 21 Aralık 1989 ve diğerleri-Romanya* kararı zamanında hala mevcut olduğunu belirtmiştir.

35 *X.-Birleşik Krallık (dec)* 6 Ekim 1982.

36 *S. ve Marper-Birleşik Krallık [GC]*.

37 *Murray-Birleşik Krallık*.

38 *Leander-İsveç*.

- ❖ tıbbi verilerin ve diğer tıbbi kayıtların toplanması ve saklanması;³⁹
- ❖ mali amaçlarla kişisel harcamalara ilişkin detayların verilmesi zorunluluğu (dolayısıyla özel hayatın mahrem yönlerinin ifşa edilmesi);⁴⁰
- ❖ telefon görüşmelerinin izlenmesi, kaydedilmesi ve/veya saklanması;⁴¹
- ❖ idari ve bireysel amaçlarla kurulan, sağlık, sosyal ve mali veritabanları gibi kişisel kimlik saptama sistemi;
- ❖ kamuya açık sokaklardaki görüntü yakalayan CCTV kameraları,⁴²
- ❖ cezaevlerindeki ziyaret alanlarında tutuklu/hükümlü ve yakınları ile olan görüşmeleri izleme sistemi.⁴³

Makamlar tarafından tutulan kişisel bilgilerin 8. Madde tarafından korunan özel hayat boyutunun olup olmadığını belirlerken Mahkeme'nin, söz konusu bilginin kaydedildiği ve tutulduğu olaya özgü şartlara, kaydın niteliğine, saklama süresine, bu kayıtların kullanım ve işleminden geçme şekline ve elde edilen sonuca bakması gerekecektir.⁴⁴

Her halükarda, bir kişiyle alakalı bilginin devletin elinde bulunması durumunda, ilgili bireyin bu bilgiye süratle ulaşması

39 *Chave née Jullien-Fransa (dec)*.

40 *X-BelçikaBelgium (dec)*.

41 *Amman-İsviçre*.

42 *Peck-Birleşik Krallık*.

43 *Wisse-Fransa*.

44 *S. ve Marper*.

gerekir.⁴⁵ Böyle bir erişim hakkının kullanımı, o kişi hakkında ceza soruşturmasının olması veya bireysel hakları kolektif veya kişisel yararlarla dengeleme gerekliliği gibi bir takım sınırlamalara maruz kalabilmektedir.⁴⁶ Her durumda, erişimin engellenmesi, 8. Madde kapsamında sorun teşkil etmektedir. Kişisel bilgilerin diğer kurumlara veya basına ifşa edilmesinde olduğu gibi.⁴⁷ Erişimin engellenmesinin bir ihlale yol açıp açmayacağı; böyle bir kararı haklı göstermek için devlet tarafından ileri sürülen sebeplere ve engellenmenin demokratik bir toplumda gerekli olması ve elde edilmek istenen amaçla orantılı olmasına fazlasıyla bağlıdır.⁴⁸

Kamusal bağlamda mahremiyet

Özel hayatın geniş sınırlarını tanımlarken Mahkeme, kamusal bağlamda bile bu kavramın kapsamına girebilecek olan, kişinin diğer insanlarla bir etkileşim alanı olduğunu kabul etmektedir. Bir kişinin özel hayatının, evinin dışını veya özel alanını mı ilgilendirdiğini belirlerken birçok unsur devreye girecektir. Bu anlamda, mahremiyete ilişkin makul beklenti-

45 Komünist rejim altındaki gizli servis tarafından başvuru hakkında oluşturulan kişisel dosyaya erişim hakkının 6 senelik bir gecikmeyle verilmesinin, *Haralambie-Romanya* davasında 8. Madde'yi ihlal ettiği tespit edildi.

46 Devletin müdahalesindeki ispat külfetinin başvurunun hakkına yüklenmesi, özellikle uygulanabilir kuralların gizli olması durumunda, *Turek-Slovakya* davasında eşitlik ilkesine aykırı bulundu.

47 *Z-Finlandiya ve M.S.-İsveç*.

48 *Segerstedt-Wiberg ve diğerleri-İsveç*.

ler, belirleyici olmasa da önemli bir faktör olabilmektedir.⁴⁹ Kişinin yolda yürürken kendisinin, giysisinin, kişisel eşyalarının detaylı aranması kanunen tanınan zorlayıcı güç kullanılmasının özel hayata saygı hakkının ihlalini oluşturduğunu tespit etmiştir.⁵⁰ Aramanın kamusal bir alanda yapılması 8. Madde'yi uygulanamaz hale getirmez. Hatta Mahkeme'nin görüşüne göre, bazı durumlarda, aramanın kamusal nitelik taşınması, aşağılanma ve utanma unsurları sebebiyle ihlali ağırlaştırmaktadır. Üstelik, çanta, cüzdan, defter ve günlük gibi eşyalar, sahibinin başkalarına gösterirken kendini rahatsız hissedebileceği kişisel eşyalar içeriyor olabilirler. Başvurucunun çantasının, sınır kuvvetleri tarafından zorla arandığı *Foka* davasında Mahkeme, makamlar tarafından kişinin üzerinde yapılan her türlü aramanın onun özel hayatına müdahale teşkil ettiğine karar vermiştir.

Bu kural, kişisel eşyalarını yanında götürmeme veya aramaya maruz kalmadan oradan uzaklaşma özgürlüğüne sahip olan, bu tarz aramalara rızasının olduğu kabul edilen hava yolcularına ve belirli kamu binalarına giren kişilere uygulanmayabilir.

İş yerinin aranması ve izlenmesi

Gitgide bir zamanlar kamu alanı sayılan yerler artık 8. Madde anlamında özel alan olarak kabul edilmektedir. Bu akım 1992 yılında *Niemetz* kararıyla başlamıştır. Bir avukatın ofi-

49 *P.G. ve J.H.-Birleşik Krallık*.

50 *Gillan ve Quinton-Birleşik Krallık*.

sinin aranmasının hukukiliği ile ilgili karar vermesi talep edilen Mahkeme, Alman hükümetinin, söz konusu filin mesleki alanda gerçekleşmesi sebebiyle 8. Madde'nin başvuruca koruma sağlayamayacağı iddiasını reddetmiştir. Strazburg hâkimleri özel hayat kavramının, mesleki ve iş ilişkilerini kapsamı dışında tutması için bir sebep olmadığını çünkü pek çok kişinin ancak bu iş yaşamları sırasında önemli ölçüde diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme fırsatı bulduğunu belirtmiştir. Tedbirin yalnızca işle ilgili olmasına dayanarak 8. Madde'nin sağladığı korumayı göz ardı etme, böyle bir korumanın mesleki ve mesleki olmayan faaliyetleri birbirinden ayrılmayan kişiler için geçerli olması sebebiyle, eşit olmayan bir muameleye yol açar. Mahkeme, aynı zamanda, bazı Sözleşmecilerde 8. Madde'nin Fransızca metniyle uyumlu olarak (domicile 'mesken') konut kelimesinin iş yerlerini de kapsıyor olmasına dayanmıştır. 2002 yılında Mahkeme, 8. Madde'nin bir şirketin genel merkezi, şubesi veya iş yerine saygı gösterilmesi hakkını içerir bir şekilde yorumlanmasının zamanının geldiğini belirtmiştir. *Stes Colas Est ve diğerleri* davasında müfettişlerin, başvuruca ait yerlere, arama izni olmadan girmelerinin 'haneye' tecavüz teşkil ettiğine karar vermiştir.

Peev davasında Mahkeme, Yargıtay Başsavcılığı'nda uzman olarak çalışan kamu görevlisinin ofisinde yapılan arama çerçevesinde, özel hayatın kapsamını ayrıca belirleme imkânı bulmuştur. Mahkeme'ye göre, bu kamu çalışanı makul bir

şekilde, çalışma alanının veya en azından kişisel eşyalarını sakladığı çalışma masası ve evrak klasörlerinin, özel mülkiyet olarak görülmesini bekleyebilmelidir. Bu sebeple söz konusu arama özel hayata müdahale oluşturmuştur. Benzer şekilde *Copland* davasında Mahkeme'den, bir devlet memurunun telefon, elektronik posta ve internet kullanımının denetlenmesinin haksız olduğuna karar vermesi talep edilmiştir. İş yerinden gönderilen elektronik postaların, iş yerinde kullanılan internetin denetlenmesiyle elde edilen bilgi gibi özel hayat ve yazışma kavramlarına girmesi gerektiğine karar verilmiştir. Telefon görüşmelerinin denetime tabi olacağı yönünde bir uyarı yapılmadığından, başvuruca ile iletişiminin ve iş yerinde bulunan cihazları kullanarak gönderdiği mesajların gizliliğine ilişkin makul bir beklentisi vardı.

Ebeveyn olma hakkı veya yükümlülüğü var mıdır? 8. Madde'nin kürtaj ve üreme haklarına uygulanması

1976 yılında Komisyon 8. Madde'nin kürtaj meselesine uygulanabilmesini tanımıştır:

[...] hamileliği durdurmayı düzenleyen mevzuat, kadın hamile kaldığında özel hayatın gelişen fetüsle sıkı bir şekilde birbirine bağlanmasından ötürü özel hayat alanına temas etmektedir.⁵¹

51 *Brügeman ve Scheuten (dec)*.

İrlanda'ya karşı bir Büyük Daire kararında⁵² Mahkeme, 8. Madde kürtaj hakkı tanımasa da, onun yasaklanmasının açıkça özel hayat kavramına dâhil olan, başvuruçunun fiziksel ve psikolojik bütünlüğüne saygı gösterilmesi hakkının içerisinde yer aldığını açıkça belirtmiştir. Bu demek oluyor ki, 8. Madde, bilinçli karar verilmesi için gereken mevcut bütün teşhis hizmetlerine (böyle hizmetlerin gerçekten mevcut olması gerekir), doğum öncesi bakıma etkin erişim hakkı ile birlikte, zamanında erişim hakkı vermektedir. Bu anlamda devletler, hizmetlerinin sağlık çalışanlarının inanç özgürlüğüne saygısının, söz konusu kadınların böyle hizmetlere erişim hakkının pratikte kullanılmasını engellemeyecek şekilde olmasını garanti etme yükümlülüğü altındadır.⁵³

Ancak hamileliklerin sona erdirilmesi yalnızca anne adaylarının değil, baba adaylarının da haklarını kapsamaktadır. Strazburg hâkimleri, potansiyel babaların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının, onların görüşüne başvurma veya mahkemeye eşinin talep ettiği kürtajla ilgili başvurusunu içerecek genişlikte yorumlanamaz, çünkü hamile kadının -hamilelik, devamı ve sonlanmasıyla ilgili öncelikli alakalı kişi olarak- özel hayatına saygı, babanın her türlü hakkının önüne geçecek şekilde yorumlanacağı sonucuna varmıştır.

52 A, B, ve C-İrlanda [GC].

53 R.R.-Polonya.

Sonuç olarak, *Boso* davasında, karısının kürtaj olma kararını kendisiyle paylaşmamasına ilişkin şikâyeti, Mahkeme açıkça temelsiz bularak reddetmiştir.⁵⁴ İçtihat gösteriyor ki, iki müstakbel ebeveynin menfaati söz konusu olduğunda, anne-baba olmama kararı, olma kararına üstün gelmektedir. Annenin fiziksel bütünlüğü mevzu bahis olduğunda, onun özerklik hakkı otomatik olarak egemen olmaktadır.

Kürtaj davalarında Mahkeme, babaların haklarının annenin kine nazaran daha alt seviyede olduğu kararını verirken, hamileliğin başlaması söz konusu olduğunda bakış açısının değiştiğini ifade etmiştir. *Evans* davası Mahkeme'ye yeni üreme teknolojilerinin insan hakları kurallarına, haklara ve üremeyi çevreleyen ilişkilere uygulanmasını inceleme imkânı vermiştir. Bu ahlaki nitelik taşıyan hassas konuda, Mahkeme 2007 yılında karar vermiştir. Dava, başvuruçunun yumurtalıklarından, laboratuvar ortamında döllenmesi (in vitro fertilizasyon) amacıyla yumurta alınmasına ilişkindir. Başvuruçucu, eski partnerinin embriyosunun saklanması ve kullanımına ilişkin rızasını geri geçmesine, böylelikle genetik olarak bağının olduğu çocuğa sahip olmasını engellemesine ulusal hukukun izin veriyor olmasından şikâyet etmiştir. Mahkeme öncelikli, özel hayat kavramının böyle bir kararla, ebeveyn olma

54 *Boso-İtalya* (dec) hamileliğin sonlandırılması davalarında babanın mağdur kavramı hakkında, *X-Birleşik Krallık* (dec), 13 Mayıs 1980.

hakkına saygı duymayı içerdiğini kabul etmiştir. Daha sonra, kadın ve erkeğin, her ne kadar bu prosedüre katılımları farklı da olsa, tüp bebek uygulamasında eşit muameleyi hak ettiği, böylelikle döllenmiş yumurtaların saklanması ve yerleştirilmesinde, bütün ilgili tarafların devam eden rızasının gerekli olduğunun altını çizmiştir.

Çocuk yapamama, tutuklu olma durumunun kaçınılmaz sonucu olmadığından 8. Madde tutuklulara uygulanırken herhangi bir sınırlamaya tabi olmamaktadır.⁵⁵ Bu madde son zamanlarda nasıl çocuk sahibi olunacağına ilişkin tercihi de kapsar şekilde yorumlanmaktadır: *Tenorszky* davasında başvuru, mahkûmiyet riskinden ötürü sağlık çalışanlarının, kanunlar tarafından kendisine yardım konusunda etkin bir şekilde caydırıldıkları için hastane yerine evde doğum yapamamış olmasından şikâyet etmiştir. Mahkeme şuna dikkat çekmiştir:

kişisel özerklik kavramı 8. Madde'nin güvencelerinin yorumunun altında yatan esas ilkedir. Bu sebeptir ki, ebeveyn olma kararına ilişkin olan hak, ebeveyn olma şartlarını da içermektedir. Mahkeme, doğum koşullarının tartışmasız bir şekilde bu madde anlamında kişinin özel hayatının bir parçasını oluşturduğuna inanmaktadır.

55 *Dickson-Birleşik Krallık.*

Hukuki bağların belirlenmesi 8. Madde'nin kapsamına girer mi?

Hukuki bağların belirlenmesi 8. Madde'nin kapsamına girer mi?

Mahkeme birçok kez⁵⁶ babalık davasının, 8. Madde'nin alanına girdiğini ifade etmiştir. Her ne kadar normalde Strazburg hâkimlerine, evlilik dışı doğan çocukla öz babası arasındaki hukuki ve biyolojik ilişkinin tespiti söz konusu olduğunda, örnekler sorulsa da; 8. Madde'nin uygulanabilirliğine ilişkin yanıt, var olan aile bağlarının⁵⁷ hukuken sona ermesine yönelik davalardan farklı olmayacaktır. Her halükarda, bir kişinin üst soyunu bilme hakkının onun şahsi kimliğinin önemli bir boyutu olduğu ve bundan dolayı özel hayat kavramına girdiği için, tüm bu davalarda Mahkeme davaya aile hayatı yönünden bakmayacaktır.⁵⁸

Devletler tarafından getirilen güvenlik önlemleri özel hayatla ilgili midir?

Devletlerin halkı çeşitli tehlikelere karşı koruma amacıyla aldığı emniyet kemeri takma veya sanayide güvenlik araç gereçlerini kullanma zorunluluğu gibi önlemler, her ne kadar bunlar çoğu durumda istisna maddesiyle haklı bulunacak da olsa, 8. Madde'nin uygulama alanına girecektir.

56 Bakınız, diğerleri arasında, *Backlung-Finlandiya; Mikulić-Hırvatistan; Jäggi -İsviçre.*

57 *Rasmussen-Danimarka.Denmark.*

58 *Anayo-Almanya.*

Fiziki ve Manevi bütünlük hakkı ne demektir?

Daha önce de bahsedildiği gibi, özel hayat kavramı oldukça geniştir. Şartlara bağlı olarak, bu kavram, özellikle 3. Madde'deki durumlarla muhtemel bir örtüşmeye sebebiyet vererek, örneğin bir kişi Sözleşme'nin 5. Maddesi anlamında tutuklandığında veya herhangi bir şekilde özgürlüğünden mahrum edildiğinde; bir kişinin fiziki ve manevi bütünlüğünü de kapsamına alabilmektedir. Rızaya dayalı olmayan veya zorunlu tıbbi tedaviler, ne kadar önemsiz olursa olsun, kesinlikle 8. Madde kapsamındaki özel hayatın koruma alanına girecektir.

Müdahalenin 2. fıkra kapsamında meşru kabul edilip edilemeyeceği ise tabii ki Mahkeme'nin daha sonraki aşamada incelemesi gereken ayrı bir meseledir. 8. Madde açısından fiziki ve manevi bütünlüğe bakılan (veya bakılabilen) durumlara örnekler şunları içermektedir: engelli bir çocuğa, annesinin isteğine karşı gelerek⁵⁹, hastane personeli tarafından ilaç verilmesi; herhangi bir suç işlemiş olma yönünde makul bir şüphe olmaksızın⁶⁰, cezaevine gelen bütün ziyaretçilerin gysilerinin çıkartılarak aranması; şüpheli bir uyuşturucu kaçakçısına, yutmuş olduğu psikotropik maddeyi⁶¹ çıkartması için kusmayı sağlayan ilacın zorla verilmesi; tutukluyla zorla

59 *Glass-Birleşik Krallık.*

60 *Wainwright-Birleşik Krallık.*

61 *Jalloh-Almanya* [GC]. Sonunda dava, muamelenin ağırlığı sebebiyle, 3. Madde'ye başvurulacak karara bağlanmıştır.

jinekolojik muayene yapılması.⁶² Psikolojik bütünlüğe örnek olarak ise şunlar verilebilir: akıl sağlığı yerinde olmayan bir kişiyi hastalığının büyük ölçüde tedavisiz kalacağı bir yere sınır dışı edilmesi⁶³; aynı mahkeme önündeki benzer ceza davalarıyla bağlantılı olarak kısa aralıklarla tekrarlanan psikiyatrik muayeneler.⁶⁴

8. Madde ile 3. Madde arasındaki etkileşim

Mahkeme'den pek çok defa hem 3. Madde hem de 8. Madde'yi harekete geçiren şikâyetler hakkında hüküm kurması talep edilmiştir.

Bu iki madde arasındaki etkileşim, özel hayat kavramının çok geniş bir hak olmasından kaynaklanmaktadır, 3. Madde'nin gerektirdiği yeterli ağırlığa ulaşmayan tutukluluk koşullarına ilişkin konularda, 8. Madde'nin koruma sağladığı düşünülebilen durumlar olabilir.⁶⁵ Buna karşılık bazı durumlarda Mahkeme, 3. Madde altında ihlal bulunması durumlarında, 8. Madde dâhilinde ileri sürülen şikâyeti incelemeyi gereksiz görmüştür.⁶⁶ Ne var ki, *Castello-Roberts* davasında Mahkeme,

62 *Y.F.-Türkiye.*

63 *Bensaid-Birleşik Krallık.*

64 *Worva-Polonya* (dec) 8. Madde kapsamına giren zorunlu psikiyatrik muayeneye örnek *Glass, Y.F., Matter- Slovakya* davasında bulunabilir.

65 *Raninen-Finlandiya. Florea-Romanya* davasında, sigara içen ve içmeyenler için ayrı tesisler öngören ulusal mevzuata aykırı olarak önceden hasta olan sigara içmeyen başvurusunun, tutukluluğu sırasında pasif içiciliğe maruz bırakılmasının, 3. Madde'yi ihlal ettiği tespit edilmiştir.

66 *Jalloh; Yazgul Yılmaz-Yılmaz-Türkiye* kural olarak 8. Madde'nin alanına giren, zorla jinekolojik muayene yapılmasıyla ilgilidir.

8. Madde'nin 3. Madde tarafından sağlanan güvencenin ötesinde bir güvence getirdiğini reddetmemiş, yalnızca ikisinden birini uygulama yoluna gitmiştir.⁶⁷ Ancak 2003 yılından sonra Mahkeme 8. ve 3. Madde şikâyetlerini daha sık birlikte incelemeye başlamıştır. Bu entegre yaklaşımın benimsendiği ilk dava *M.C.-Bulgaristan* davasıdır. 14 yaşındaki⁶⁸ bir kız çocuğu iki erkek tarafından tecavüze uğramıştır. Ceza soruşturmasında, başvurusunun sanıklarla cinsel ilişkiye zorlandığı ve ilişkinin güç kullanımı veya tehdit sonucu olduğuna dair yeterli delil elde edilemediği için, davaya devam edilmiştir. Strazburg makamları önünde başvuru, diğerleri yanında, 8. ve 3. Madde'yi ileri sürmüştür. Başvuru, Bulgar hukukunun ve uygulamasının, mağdurun aktif olarak direndiğine dair delil gösterilmesini zorunlu kılarak, tecavüz ve cinsel istismara karşı etkin koruma sağlamadığından şikâyet etmiştir. Soruşturmanın etkinliği meselesi de sorgulanmıştır. Mahkeme, Sözleşme'nin 3. ve 8. maddelerinin üye devletlere yalnızca ırza geçmeyi suç saymasını değil, aynı zamanda bu kanunun etkin bir soruşturma ve kovuşturma yoluyla uygulanmasını zorunlu tuttuğunu vurgulamıştır. Her ne kadar tarihsel olarak bazı hukuk sistemlerinde suçun ispatı için failin fiziksel güç kullanımı ve mağdurun fiziksel direnişi

⁶⁷ *López Ostra* davasında Mahkeme oy birliğiyle, başvurusunun ve ailesinin birkaç sene yaşamak zorunda kaldığı koşulların çok zor olmasına rağmen (başvuru evinden birkaç metre uzaklıktaki atık arıtma tesisinin yol açtığı rahatsızlıktan şikâyet etti), 3. Madde açısından incelenmesi için asgari eşiğe ulaşmadığı görüşünü benimsemiştir.

⁶⁸ Bu, Bulgaristan'da cinsel ilişki için rıza yaşıdır.

aranıyor olsa da; kanunda veya içtihatla fiziksel güç kullanımına ilişkin bütün atıfların kaldırıldığı Avrupa düzeyinde böyle bir durum söz konusu olmamakla birlikte, kritik olan güç kullanımı değil rızanın olmayışındır. Avrupa Konseyi'ne Üye Devletlerin rızaya dayalı olmayan cinsel ilişkileri⁶⁹ suç sayması yönünde ulaşılan fikir birliğini anımsayarak, Eski Yugoslavya Uluslararası Ceza Mahkemesi'ne göre, uluslararası ceza hukukunda, mağdurun rızasının olmadığı her türlü cinsel birleşme ırza geçme teşkil eder ve cinsel istismar mağdurlarının, özellikle reşit olmayanlarının -terörize olan mağdurun ya pasif bir şekilde teslim olduğu veya kendisini tecavüzdən psikolojik olarak soyutladığı- 'frozen fright' sendromuyla (psikolojik şok, yönelim bozukluğu ve hissizlikten oluşan travmatik psikolojik gelişmemişlik sendromu) karşılık verdiği yönündeki bilimsel düşünciyi kabul ederken Mahkeme, ırza geçmeye ilişkin kanun ve hukuki uygulamanın, bireyin cinsel özerklik ve eşitliğine saygı gösterilmesini gerektiren değişen toplumsal tavrı yansıtmaması gerekliliğinin altını çizmiştir. Netice olarak, Sözleşme'nin 3. ve 8. Maddelerinin üye devletlere, rızaya dayalı olmayan her tür cinsel ilişkiyi, mağdurun tutumu ne olursa olsun, suç sayma ve etkin olarak kovuşturma pozitif yükümlülüğü getirdiği sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca, mağdur ile failin birbiriyle çelişen olay anlatımının varlığı halinde, karşılaştırmalı ve uluslararası hukuktaki ilgili çağdaş standartlar ışığında, taraf

⁶⁹ Kadınların şiddete karşı korunması hakkında Bakanlar Komitesi Tavsiye Kararı Rec (2002)5.

beyanlarının güvenilirliğinin duruma bağlı olarak değerlendirilmesinin ve daha önce incelemesi yapılmamış olan hususların soruşturulmasını gerektirdiğini belirtmiştir. Failin cezai ehliyetinin esasına girmeden Mahkeme, soruşturmanın etkinliğinin, bilhassa soruşturmaların niteliği ve yaklaşımının, Bulgaristan'ın Sözleşme'nin 3. ve 8. Maddeleri kapsamında her tür tecavüz ve cinsel istismarı cezalandıran ceza hukuku sistemini kurma ve faaliyete geçirme yönündeki pozitif yükümlülüklerinin gerisinde kaldığı sonucuna varmıştır.

Benzer sonuçlara *E.S. ve diğerleri* davasında da varılmıştır. Başvurucu, kocasını (daha sonra eşine ve çocuklarına karşı kötü muamele, şiddet ve cinsel istismar sebebiyle 4 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır) müşterek kiracısı oldukları devlet tarafından verilen evden çıkartmak için gerekli kararı elde etmesinin imkânsızlığından şikâyet etmiştir. Ulusal yargıya göre, başvuru müşterek kiracılığı sonlandırma hakkına ancak boşanma davası sonucunda elde edilen kesin karardan sonra sahip olabilmekteydi. Bu süreçte başvuru yalnızca kocasını uygunsuz davranıştan men etme kararı almak için başvuruda bulunabilirdi. Anayasa Mahkemesi, böyle bir karar için başvuru yapmamış olduğundan, başvurunun hakkının ihlal edilmediğine karar vermiştir. Ancak alt derece mahkemelerinin çocukları kötü muameleden korumak için gerekli adımları atmadığına hükmetmiştir. Ne var ki, ihlal bulunmasının yeterli tatmini sağlayacağını kabul ederek, Anayasa Mahkemesi tazminata hükmetmemiştir. Yeni yasa-

nın kabulüyle, başvuru ilki, eski kocasını eve girmekten men eden, ikincisi münhasır kiracılık bahşeden iki koruma kararı almıştır. Ancak bu arada başvuru evlerinden, ailelerinden ve arkadaşlarından ayrılmak, çocuklardan ikisi de okul değiştirmek zorunda kalmışlardır. Boşanma davası kesinleştikten ve kötü muamele ve istismar iddialarının yöneltmesinden ancak bir sene sonra başvuru kiracılık ilişkisini sona erdirmek için başvuru yapabilecek duruma gelmiştir. Mahkeme, Slovak hükümeti tarafından önerilen alternatif tedbirin (başvurucunun eski kocasını uygunsuz davranıştan men etme kararı) başvuru kocası ve babasına karşı yeterli korumayı sağlamayacağı ve bu sebeple bunun etkili bir iç hukuk yolu teşkil etmediğini ifade etmiştir.⁷⁰ Mahkeme'nin görüşüne göre, iddiaların niteliği ve ağırlığı, hükümet tarafından kabul edilen, başvuru ve çocukların acilen korunmasını gerektirmekteydi. Ancak bu vakitli bir şekilde sağlanmamıştır. Çocuklar bakımından ise Mahkeme, yerel mahkemelerce ihlal bulunmuş olmasının, onların uğradıkları zararları giderecek uygun bir yol teşkil etmediğini ayrıca belirtmiştir. Sonuç olarak, Slovakya'nın tüm başvuru sahipleri kötü muameleden koruma yükümlülüğünü, 3. ve 8. Maddelere aykırı olarak, yerine getiremediğine karar verilmiştir.

Dava uzunluğu da Sözleşme'nin 3. ve 8. Maddeleri bir araya geldiğinde sorun teşkil edebilmektedir. *Ebcin* davası 1984 ve 1995 tarihleri arasında Güneydoğu Anadolu'da yaygın olan,

⁷⁰ Bu sebeple, Hükümet tarafından öne sürülen iç hukuk yollarının tüketilmediği itirazı temelsiz bulunmuştur.

devlet memurlarının sokakta saldırılıp PKK'lı teröristlerce öldürüldüğü veya ciddi şekilde yaralandığı vahşi bir uygulamaya Mahkeme'nin dikkatini çekmiştir. Başvurucu, suratına asit fırlatılması şeklinde gerçekleşen böyle bir saldırının mağduru olmuştur. Bu olay başvurucuyu bir buçuk yıl çalışamaz hale getirmiş ve kalıcı boyun tümörü dâhil olmak üzere kendisinde kalıcı zarara yol açmıştır. Mahkeme başvurunun, Sözleşme'nin 3. ve 8. Maddeleri kapsamında, devletin kendisini koruma ve mağduru olduğu insanlık dışı muamelenin sorumlularının hızlı bir şekilde adalete teslim etme yükümlülüğüne ilişkin şikâyetlerini incelemeye karar vermiştir. Makamların, başvurunun bireysel olarak korunması için (teröre maruz olan bir alanda devlet memurlarının tehdit edilmesi, saldırıya uğraması veya öldürülmesi ihtimali yadsınamaz, başvuru kamusal bir figür değildi ve saldırıdan önce taciz veya tehdit edildiğine dair bir delil sunamıştır) gerekli adımları atmasındaki her hangi bir ihmalden sorumlu tutulamayacağı düşünüülürken, Mahkeme davanın soruşturması ve kovuşturulmasındaki usule ilişkin yükümlülük konusunda tam tersi bir karara varmıştır. Ceza davalarında kayda geçen uzun gecikmeler, tazminat için açılmış idari davaların toplam süresi de dikkate alındığında Mahkeme, Türkiye'nin ciddi bir şiddet filine karşı yeterli korumayı sağlayamadığını ve 3. ve 8. Maddelerin ihlal edildiğini tespit etmiştir.⁷¹

71 3. ve 8. Maddeler altındaki tespitlerini göz önünde bulundurarak, Mahkeme 6. Madde'nin 1. fıkrası kapsamındaki şikâyeti ayrı incelemeye gerek olmadığını ifade etmiştir.

Aile hayatının niteliği

8. Madde'nin aile hayatı unsurundan bahsederken, açıklığa kavuşturulması gereken ilk husus 'aile' kelimesine verilen anlamın ne olduğudur. Mahkeme tarafından kullanılan kavram zaman içerisinde, Avrupa toplumunun değişen davranışlarına uygun olarak gelişmiş ve ilerleyen gelenekler ışığında öyle olmaya da devam edebilir. Mahkeme'nin içtihadında da ifade ettiği gibi, 8. Madde'deki aile kavramı:

'sadece evliliğe dayalı ailelerle sınırlı olmamakla birlikte, başka *de facto* birliktelikleri de kapsamına alabilmektedir. Bir ilişkinin aile hayatına dâhil olup olmadığına karar verirken, birkaç faktör önemli olabilir; çiftin birlikte yaşamaması, ilişkinin uzunluğu ve çocuk yaparak veya başka yollarla birbirlerine bağlılıklarını kanıtlamaları gibi.'⁷²

Mahkeme'nin bu esnek yaklaşımı, Avrupa Konseyi üye devletlerinde var olan çeşitli aile düzenlerini, aynı zamanda onların bunalımlarının sonuçlarını ve mevcut gelişimlerdeki yönü de dikkate alır. *De facto* aile hayatı, bu sebeple, resmen kurulmuş olan aile bağlarıyla eşit temelde Sözleşme kapsamında kabul görmektedir.⁷³ Mahkeme'nin aile hayatının varlığını her davanın durumuna göre tarafların arasındaki yakın kişisel bağları değerlendirerek incelemesi, aile hayatını oluşturan tüm ilişkilerin tek tek sayılmasının mümkün olma-

72 X, Y, ve Z- Birleşik Krallık.

73 Schalk ve Kopf-Avusturya.

dığı anlamına gelmektedir. Her halükarda, bir durumun aile hayatı kavramıyla çelişmesi halinde, özel hayat açısından 8. Madde'nin korumasından yararlanılabilir.

8. Madde anlamında aile hayatını ne oluşturur?

Aşağıda sayılan ilişkilerin 8. Madde anlamında özel hayatı oluşturduğu kabul edilmiştir:

- ❖ çocuklar ve büyükanne/babalar arasında,⁷⁴
- ❖ yaşları ne olursa olsun, kardeşler arasında,⁷⁵
- ❖ bir amca/dayı veya teyze/hala ve yeğeni arasında,⁷⁶
- ❖ ikinci ilişkilerde doğan çocuklar ve ebeveynler arasında veya evlilik birliği dışında veya zina sonucu doğan çocuklar, özellikle babalığın tanındığı ve tarafların yakın kişisel ilişkisinin olduğu durumlarda.⁷⁷
- ❖ evlat edinmiş ebeveynler/koruyucu aileler ve çocuklar arasında⁷⁸

Aile hayatı yalnızca sosyal, ahlaki ve kültürel ilişkilerle sınırlı değil, aynı zamanda, bakım yükümlüğü⁷⁹, mirasçılık hakları

74 *Marckx-Belçika.*

75 *Olsson-İsveç, ve yetişkin olarak Boughanemi-Fransa.*

76 *Boyle-Birleşik Krallık.*

77 *X-İsviçre.*

78 *Jolie ve Lebrun-Belçika.*

79 *Velcea ve Mazâre-Romanya. Pla ve Puncernau –Andora* davasında Mahkeme torunlar ile büyük anne- babalar arasındaki miras hakları, her ne kadar miris torunun evlat edinilmesinden önce vefat etmiş dahi olsa 'aile hayatı' kategorisinin içine girdiğini açıklamıştır.

ve kısıtlamaları ve yakın akrabalar arasındaki tasarrufa ilişkin hususlar gibi maddi türde menfaatleri de içerir.⁸⁰ Ancak 8. Madde devletlere dini nikâhı tanıma veya belirli bir grup evli olmayan çifte, miras amacıyla özel bir rejim kurma zorunluluğu yüklenmesi şeklinde yorumlanamaz.⁸¹

İlginç bir şekilde, yukarıda bahsedilen ilişkiler bu el kitabının özel hayat bölümünde de sıralanmıştır. Kişisel bağın kuvveti, düzenlenmesi ve özelliklerine bağlı olarak, 8. Madde'nin yukarıda bahsedilen alanına veya diğer alanlarından birine girdikleri kabul edilecektir. Ancak nihai sonuç (koruma) değişmeyecektir.

Evlilik ve birlikte yaşama, aile hayatı kurmak için gerekli ve yeterli midir?

Yasal ve gerçek bir evliliğin varlığı, 8. Madde'nin korumasını tüm ilgililer için başlatmaya yeterlidir: Bundan dolayı çocuklar, doğdukları andan itibaren böyle bir ilişkinin parçası kabul edileceklerdir.⁸² Demek ki, bunun tersi, para için yapılan kâğıt üzerindeki evlilikler, örneğin göçmenlik kuralarını bertaraf etmek veya vatandaşlık almak için yapılanlar bu maddenin kapsamı dışında kalmaktadır. Yeterli olmakla birlikte, geçerli bir evlilik aile hayatından bahsetmek için şart değildir: bir anneyle çocuğu arasındaki ilişki, kadının medeni

80 *Merger ve Cross-Fransa.*

81 *Şerife Yiğit-Türkiye.*

82 *Berrehab-Hollanda.*

durumuna bakılmaksızın, Sözleşme'nin korumasından yararlanırlar.⁸³ *Jobnston* davasında Mahkeme, sürekli ve sabit olarak çocuklarıyla birlikte yaşayan evli olmayan çiftlerin normalde aile hayatı yaşadıklarının söylenebileceğini, böylelikle, evlilik üzerine kurulu aynı sosyal oluşumdan ayırt edilemez bir hal aldığı belirtilmiştir. Benzer şekilde, birlikte yaşama, aile hayatının varlığı için gerekli değildir.⁸⁴ Mahkeme'nin de ifade ettiği gibi:

'8. Madde üzerine kurulan aile hayatı kavramı, birlikte yaşama söz konusu olmadığında bile, ebeveyn ve çocuğu arasındaki bağı, çocuğun meşru olup olmadığına bakılmaksızın, kapsar. Bu bağ, sonradan ortaya çıkan gelişmelerle kopsa dahi, bu sadece istisnai durumlarda ortaya çıkabilir.'⁸⁵

Demek oluyor ki, babanın çocuğunu tanımada gecikmesi, çocuğa maddi destek vermemesi veya Sözleşme'ye taraf devletlerden birine göç ederken çocuğu bakılmak üzere akrabalarına bırakmaya karar vermiş olması, aile hayatının sona ermesini gerektirmeyen istisnai durumları oluşturduğuna karar vermiştir. 8. Madde aynı zamanda bir veli ile çocuğu arasındaki ilişkinin kurulmasının diğer ebeveynin davranışı

83 *Marckx. Ancak X-v. Birleşik Krallık* (dec), 1 Temmuz 1977 davasında Mahkeme iki sene öncesinde oğlundan, evlatlık vererek vazgeçen anne ile oğlu arasında aile hayatının olmadığına karar vermiştir.

84 *Söderbäck-Isveç*.

85 *Boughanemi*.

sebebiyle zor veya imkânsız olduğu durumlarda da koruma sağlayacaktır. Böyle durumlar ortaya çıktığında Mahkeme, çocuğun ebeveyniyle olan ilişkisinin niteliği, aile planları, aile krizi durumları, çocukla olan duygusal bağ gibi çevreleyen veya evvelki koşulları dikkate alarak söz konusu potansiyel aile hayatını değerlendirecektir.⁸⁶

Aile hayatı kurmak için kan bağı gerekli ve yeterli midir?

Çocukla ebeveyn arasında biyolojik bağı olması *ipso facto* olarak aile hayatını oluşturmayacaktır. Benzer şekilde, kan bağı olmaması, bir ilişkinin aile hayatına girmesini engellemez. Her ne kadar Mahkeme 'biyolojik gerçekten ziyade toplumsal gerçek' yaklaşımını takip etmeme kararı olsa da, doğrusu şudur ki sadece bir defa aralarında kan bağı olmayanlar arasında aile hayatı olduğuna karar vermiştir. X, Y, Z davasında, kadınsın erkek olan bir transseksüel ile, donör tarafından yapay dölllenme (AID) yoluyla doğan çocuğu arasındaki ilişkinin aile hayatı oluşturduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu sonuca, aralarındaki ilişkinin geleneksel ailelerde yaşanan ilişkilerden diğer yönleriyle ayrılmaz olduğu ve transseksüel partnerin AID sürecine çocuğun babası olarak katkıda bulunduğu olgularına dayanarak varmıştır.⁸⁷

86 *Keegan-İrlanda*.

87 *G-Hollanda*.

Aile hayatı ne zaman sona erer?

Aile bağları kurulduğunda, sonradan ortaya çıkan gelişmelerle kopabilir, gerçi bu sadece çok istisnai durumlarda ortaya çıkabilir. Bu özellikle evlat edinme ve sınır dışı edilme durumlarında söz konusu olur. Strazburg içtihatlarına göre, sonradan olan olaylar tek başına ve/veya otomatik olarak aile hayatına son vermez. Bu yalnızca istisnai durumlarda olabilir.⁸⁸

- ❖ boşanma;⁸⁹
- ❖ birlikte yaşamın kesintiye uğraması, ihraç edilmeyi de takiben;⁹⁰
- ❖ çocuğun koruyucu bakım altına alınması kararı;⁹¹
- ❖ çocuğun evlat edinilmesi.⁹²

Evlat edinme yoluyla kurulan aile hayatı

Wagner ve J.M.W.L davası, evli olmayan bir evlat edinen anne lehine verilmiş olan, tamamen geçerli, evlat edinmeye ilişkin verilen yabancı mahkeme kararının tanınması meselesini gündeme getirmiştir. Lüksemburg mahkemelerinin yabancı mahkeme kararını uygulanabilir bulmaması, iç hukukta bekâr ebeveynlerin evlat edinmelerine imkân tanıyan bir yasa mad-

88 *Boughanemi*.

89 *Berrehab; Hendriks-Hollanda*.

90 *Yousef-Birleşik Krallık*.

91 *Margareta ve Roger Andersson-İsveç*.

92 *X-Birleşik Krallık*.

desinin olmamasından kaynaklanmıştır. Mahkeme böyle bir reddin, aile hayatına müdahale oluşturduğunu kabul etmiş ve bu konu hakkında Avrupa'da geniş bir fikir birliğinin olduğunu gözlemlemiştir: Aslına bakılırsa, evli olmayan kişiler tarafından evlat edinilmesine, hiçbir sınırlamaya tabi olmaksızın, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin çoğunluğu tarafından izin verilmiştir. Mahkeme, bu tür durumlarda çocuğun üstün yararının öncelikli olduğunu vurgulayarak, yabancı bir ülkede geçerli bir temele dayanarak yaratılan ve 8. Madde anlamında aile hayatına tekabül eden bir hukuki statünün, mantık çerçevesinde, hiçe sayılmayacağını ifade etmiştir. Başvurucu ile çocuğu arasında tam korunmayı hak eden *de facto* kurulan aile bağının tanınmasını makul bir şekilde reddedememişlerdir.

Konut nedir?

8. Madde kapsamında konut terimi özerk bir kavram olarak yorumlanır: yani, bir yaşam alanının Sözleşme anlamında konut olarak sayılıp sayılmayacağını belirlenmesi için davanın belirli koşullarının incelenmesi gerekir. Genel olarak, konut, kişinin daimi olarak yaşadığı veya kişinin yeterli ve devamlı bağının olduğu yer olarak tanımlanmıştır.⁹³ Mahkeme, Sözleşme'nin iki versiyonunun tam da bu noktada farklılık gösterdiğini düşünerek ('konut' İngilizce versiyonunda kullanılan terimken, Fransızcası daha geniş bir kavram olan

93 *Prokopovich/Prokopovich-Rusya (dec); Gillow-Birleşik Krallık (dec); McKay-Kopecka-Polonya (dec)*

'ikametgâh'a atıfta bulunmaktadır) daha esnek bir yorumu tercih etmiştir.⁹⁴ Kavramın aşağıdaki hususları kapsadığı tespit edilmiştir:

- ❖ tatil konutları, ikinci evler, uzun süreli konaklama sağlayan oteller;⁹⁵
- ❖ bir kişiye ait evde, belirli bir süre için veya yıllık olarak, başka biri tarafından oturulması;⁹⁶
- ❖ başvurucunun kiracı olarak, iç hukuka göre kişinin oturma hakkı sona ermiş olsa dahi, sosyal konutlarda oturması;⁹⁷
- ❖ iş yerleri, bir kişinin ofisi ve özel konutu veya şahsi ve iş faaliyetleri arasında kesin bir ayrımın olmadığı durumlarda;⁹⁸
- ❖ bir şirketin kayıtlı bulunduğu ofisi, şubeleri ve diğer iş binaları;⁹⁹
- ❖ geleneksel olmayan meskenler, karavan ve diğer sabit olmayan evler gibi;¹⁰⁰
- ❖ kişinin yaşam koşulları (toplu olarak özel hayat, aile hayatı ve konut kavramları içine girer)¹⁰¹

94 Niemietz-Almanya.

95 Demades-Türkiye (dec).

96 Mentş ve diğerleri-Türkiye (dec).

97 McCann-Birleşik Krallık.

98 Niemietz.

99 Stş Colas Est ve diğerleri-Fransa.

100 Buckley-Birleşik Krallık; Chapman.

101 Moldovya ve diğerleri-Romanya (no.2).

Buna karşın, aşağıdaki hususların, 8. Madde anlamında konut kavramına dahil edilemeyeceğine karar verilmiştir:

- ❖ müşterek olarak sitenin ortaklarına ait olan ve ara sıra kullanılmak üzere tasarlanmış çamaşırhane;¹⁰²
- ❖ ressamın giyinme odası;¹⁰³
- ❖ sahibinin üzerinde spor yaptığı veya spora izin verdiği arazi, örneğin avcılık gibi.¹⁰⁴

Konutun kullanılmasına ilişkin olan, kamulaştırma veya kira seviyeleri gibi konular, normalde 1 No'lu Protokol'ün 1. Maddesi kapsamında incelenmektedir, dolayısıyla bu el kitabında ele alınmayacaktır.

Mülkiyet bir yerin konut olması için yeterli midir?

Mülkiyet, 8. Madde kapsamında bir şikâyetin incelenmesi için ne gereklidir ne de yeterlidir, ne de bir yerin konut olarak sayılması için hukuki olarak kurulmuş olması gerekir.¹⁰⁵ Ancak mülk anlamında konut ileri sürüldüğünde, başvuru tarafından hiç oturulmadıysa veya çok ender oturulduysa veya çok uzunca bir süre hiç oturulmadıysa, o mülkle olan bağlar 8. Madde kapsamında artık sorun teşkil etmeyecek kadar zayıflar.¹⁰⁶ Bu anlamda Mahkeme, ne bir mülkü miras edinmenin, ne de başvurucunun kökenlerinin olduğunu

102 Chelu-Romanya.

103 Hartung -Fransa(dec).

104 Friend ve Countryside Alliance ve diğerleri-Birleşik Krallık (dec).

105 Buckley, Prokopovich.

106 Andreou Papi-Türkiye (dec).

iddia ettiği belli bir arsada ev inşa etme niyetinin; o mülkün 'konut'¹⁰⁷ olarak görülmesi için yeterince somut bağlar oluşturamayacağı ifade etmiştir.¹⁰⁸

Haberleşme Hakkı: hangi iletişim türleri bu kapsama girer?

Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, özel haberleşmesinin gizliliğini korumayı amaçlamakta ve kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkını garanti eder şekilde yorumlanmıştır.

Müdahalenin gerçekleşmesi için de minimis ilkesi olmadığı için, koruma eşiği yüksektir: bir tane mektubun açılması yeterlidir.¹⁰⁹ Haberleşme kelimesinin evrimsel yorumunu benimseyen Mahkeme, iletişim alanında kaydedilen teknolojik gelişmeleri düzenli olarak göz önünde bulundurmaktadır. Kâğıt formundaki geleneksel mektuba ek olarak, aşağıdakiler de 8. Madde anlamında haberleşme olarak değerlendirilmiştir:

- ❖ teleks gibi eski tür elektronik iletişim,¹¹⁰
- ❖ telefon görüşmeleri,¹¹¹ tarih, süre ve çevrilen numara gibi bilgiler de dâhil olmak üzere;¹¹²

107 Demopoulos ve diğerleri-Türkiye [GC].

108 Loizidou-Türkiye.

109 Narinen-Finlandiya.

110 Christie-Birleşik Krallık.

111 Klass; Malone; Margareta ve Roger Andersson.Anderson.

112 P.G. ve J.H.

- ❖ çağrı cihazı mesajları;¹¹³
- ❖ elektronik mesajlar (elektronik postalar) ve kişisel internet kullanımının denetlenmesinden elde edilen bilgiler;¹¹⁴
- ❖ özel radyo iletişimi,¹¹⁵ kamuya açık dalga boyunda olmadığına, dolayısıyla, herkesin erişimine açık olmadığına;¹¹⁶
- ❖ iş faaliyetleri sırasında veya iş yerlerinde haberleşmeye müdahale;¹¹⁷
- ❖ bir hukuk bürosunun aranması sırasında el konulan elektronik veriler,¹¹⁸
- ❖ gümrük memurları tarafından el konulan paketler.¹¹⁹

Müdahale edilen iletişim için ofis telefonunun kullanılıyor olması, 8. Madde'nin uygulanmasının belirlenmesinde önemsiz bulunmuştur.¹²⁰

Haberleşmede gönderenin veya alıcının kimliğinin bir önemi var mıdır?

Her ne kadar haberleşme hakkı herkes için tanınmış olsa da, haberleşmesine müdahale edilen kişilerin kimliği, müdahale

113 Taylor-Sabori-Birleşik Krallık.

114 Copland-Birleşik Krallık.

115 Camenzind-İsviçre.

116 B.C.-İsviçre (dec). Benzer şekilde Muscio-İtalya davasında Mahkeme, her ne kadar kişinin elektronik posta kutusuna 'spam' (istenmeyen) mesajlar alması, kişinin özel hayatına bir müdahale teşkil etse de, İnternete bağlanan elektronik posta kullanıcılarının kendilerini bilerek böyle mesajlar almaya maruz bıraktıklarına açıklık getirmiştir.

117 Kopp-İsviçre; Halford-Birleşik Krallık.

118 Wieser ve Bicos Beteiligungen GmbH-Avusturya.

119 X-Birleşik Krallık (dec) 12 Ekim 1978.

120 Halford.

lenin 2. fıkraya göre haklı olup olmadığını belirlemek açısından önemli olacaktır. Dolayısıyla konu, metnin ileriki kısımlarında ele alınacaktır. Genel olarak, imtiyazlı iletişimler, avukatla müvekkili arasında olduğu gibi, fazlasıyla güvence altına alınmıştır. Fakat duruma göre, bireyler arasındaki basit mektuplar, gönderenin veya alıcının tutuklu olması halinde bile, aynı seviyede korumadan yararlanacaktır.¹²¹

121 Silver ve diğerleri-Birleşik Krallık.

Haberleşmenin içeriği önemli midir?

Haberleşmenin içeriği, müdahale sorunundan bağımsızdır:¹²² 8. Madde koruması altında olan, haberleşmenin konusundan ziyade, haberleşmenin yol ve yöntemidir. Devlet tarafından öne sürülen, telefon görüşmesinin suç faaliyetlerine ilişkin olduğu, bu itibarla 8. Madde kapsamında korunamayacağı gibi argümanlar, her ne kadar istisna maddesi uygulanırken önemli olabilse de, sürekli olarak reddedilecektir.

122 Frérot-Fransa.

İkinci Bölüm: İstisna maddesi

Söz konusu şikâyet 8. Madde'nin kapsamına giriyorsa, Mahkeme planlı incelemesine devam edecektir. 8. Madde'nin 2. fıkrasının ifade biçimi şikâyetin, ileri seviyelere odaklanarak, adım adım incelenmesine izin vermektedir.

❖ '8. Madde hakkına herhangi bir müdahale var mıydı?' sorusuna verilen olumlu yanıt kaçınılmaz bir şekilde bizi aşağıdaki sorulara götürecektir:

❖ Müdahale kanunlara uygun mu?

❖ Müdahalenin meşru bir amacı var mı?

❖ Müdahale demokratik bir toplumda gerekli mi?

Her ne kadar Mahkeme, 8. Madde şikâyetiyle her karşılaştığında bu testi, davanın olgusal zeminine bağlı olarak uyguluyor olsa da; bu şema her zaman ve zorunlu olarak detaylı bir şekilde tartışılmamaktadır.

Neler 8. Madde'ye müdahale teşkil eder?

Tamamını kapsamasa da, söz konusu hakkın kullanımına müdahale sayılan konular şunlardır:

❖ çocukların ailelerinden alınması ve devlet veya koruyucu aile bakımının altına alınması;¹²³

123 Olsson.

❖ üst ve ev araması;¹²⁴

❖ telefon dinleme¹²⁵ ve, genel olarak, kullanılan araca bakılmaksızın, haberleşmenin izlenmesi;¹²⁶

❖ yerlerinden edilen kişilerin evlerine dönmelerine izin verilmemesi;¹²⁷

❖ tutukluların haberleşmesinin durdurulması veya denetlenmesi;¹²⁸

❖ bireyler hakkında bilgi toplama ve saklama;¹²⁹

❖ imar planı kararları;¹³⁰

❖ ihraç etme kararları;

❖ şikâyetçinin özel hayatına müdahale teşkil eden belirli bir kanuni rejimin yürürlükte kalması;¹³¹

❖ saldırgan bir kişiye karşı koruma sağlamayı amaçlayan mahkeme kararının uygulanmaması;¹³²

124 Murray-Birleşik Krallık; Chappell-Birleşik Krallık; Funke-Fransa.

125 Klass.

126 Bykov-Rusya, uzaktan radyo verici cihaz vasıtasıyla iletişimin kaydedilmesiyle ilgilidir.

127 Kıbrıs-Türkiye [GC].

128 Campbell ve Fell-Birleşik Krallık.

129 Leander.

130 Buckley.

131 Schonenberger ve Durmaz-İsviçre; Norris-İrlanda

132 A-Hırvatistan.

- ❖ bir işçinin özel hayatıyla ilgili sebeplerle işten çıkartılması;¹³³
- ❖ mahkûm edilen bir kişinin, polis in izniyle görüntülerinin yayınlanması;¹³⁴
- ❖ mahkûmun bulunduğu hücrenin civarında, atık alanından yayılan şiddetli bir kokunun olması;¹³⁵
- ❖ yeni doğan bir bebeğin, ebeveyninin izni olmadan fotoğraflarının çekilmesi ve negatiflerinin elde bulundurulması;¹³⁶
- ❖ devlet hastanelerinde tıbbi hata sonucu ortaya çıkan bedensel zararların tazminini sağlayacak bir yolun bulunmaması;¹³⁷
- ❖ gizli servis tarafından tutulan kişisel dosyalara erişim sağlayan prosedürün etkin olmaması;¹³⁸
- ❖ başvuruçunun rızası olmadan veya karşıt kültürel inanışlarına rağmen, etnik kökeninden ötürü kendisine zorla tıbbi tedavi uygulanması;¹³⁹
- ❖ tıbbi bilgiler dâhil, kişisel verilere izinsiz erişim;¹⁴⁰
- ❖ iflas siciline bir isim girme;¹⁴¹

133 Özpınar-Türkiye.

134 Toma-Romanya.

135 Brândușe-Romanya.

136 Reklos ve Davourlis-Yunanistan.

137 Codarcea-Codercea-Romanya.

138 Haralambie.

139 Matter -Slovakya ve V.C.-Slovakya.

140 I.-Finlandiya.

141 Albanese, Vitiello ve Campagnano - İtalya.

- ❖ belli bir yerde dâimi olarak ikamet edenlerin bulunduğu listeden kişinin isminin iptalini elde etmesinin imkânsızlığı,¹⁴²
- ❖ bir kişinin kimlik belgelerinin yenilenmesi¹⁴³ veya iade edilmesi talebinin reddi;¹⁴⁴
- ❖ yerleşik bir göçmenin sınır dışı edilmesi.¹⁴⁵

Bir müdahalenin gerçekleşmiş olduğunu ispat külfeti kimin üzerindedir?

Kural olarak, 8. Madde haklarına bir ihlalin gerçekleştiği yönünde deliller temin ederek, maddi müdahaleyi ispat etme yükümlülüğü başvuruçuya aittir. Fakat delil, olgusal olmak zorunda değildir. Şikâyet edilen müdahalenin uygulanmasına müsaade eden belirli bir kanunun varlığı, başvuruçunun bununla ilgili tam bilgiyi almış olması gerçeğiyle birlikte, maddi olarak ispatlanmasa da Mahkeme'yi bir müdahalenin gerçekleştiğine ikna edebilir. Bir başka deyişle, belli bir rejimin yürürlükte tutulması, uygun seviyede bir ihtimalle, Sözleşme'nin ihlal edildiğini ispatlamaya yeterlidir. Aksi halde, maddi bir zararın olmadığı veya kişinin hakkının ihlal edilmesi şikâyet edilen kanunun uygulanmasının muhtemel sonuçlarından kaynaklı psikolojik bir zarara yol açmadığı

142 Babylonová-Slovakya.

143 M.-İsviçre.

144 Smirnova-Rusya.

145 A.A.-Birleşik Krallık.

Bir müdahalenin gerçekleşmiş olduğunu ispat külfeti kimin üzerindedir?

durumlarda, başvuru ispat külfetini güçlkle taşırdı. Bu durum özellikle, tanımı gereği, en azından o zamanlar, izlenen kişiye bilinmez olan, gizli servis tedbirleri söz konusu olduğunda kendini göstermektedir. Başvurucular haberleşmelerinin ve hareketlerinin izlendiği ve hayatlarının gözlem altında tutulduğu yönünde sadece bir şüphe ileri sürebiliyorlarsa ve bunun tek ispatı da böyle müdahalelere izin veren yasanın varlığı ise, bu durumda Mahkeme, davanın şartları ışığında şikâyetin makullüğünü, yani gizli izleme tedbirlerinin şikâyetçiye uygulanıyor olma riskini, değerlendirecektir. Doğrudan delil elde etmenin zorluğu veya imkânsızlığı sebebiyle, Mahkeme incelemesini yalnızca izlemenin gerçekleştiği yönündeki doğrudan delilin varlığıyla sınırlandırmayacaktır.¹⁴⁶ Değerlendirmesini yaparken Mahkeme, ulusal düzeyde başvurulabilecek yolların mevcut olmasını da göz önünde bulunduracaktır; böyle yolların olmaması, gizli gözetim gücünün kötüye kullanıldığına yönelik halk arasında yaygın bir şüphe ve kaygıyla beraber, gözlenme riskinin az olduğu durumda bile Mahkeme'nin incelemesini tetikleyecektir. Bu sebeple, belirli durumlarda müdahalenin gerçekleşmiş olması olasılığının ispat edilmesi, Mahkeme'nin davayı ele alması için yeterli olacaktır. Bireylerin kanunlara *in abstracto* olarak itiraz etmeleri hakkını reddeden 34. Madde'yle çelişmeyen 'mevcut yasa' argümanı, müdahale iddiaları kişinin hayatın-

¹⁴⁶ *Kennedy-Birleşik Krallık*, Mahkeme ilk başta *Klass ve Malone* davalarından belirttiği yaklaşımını ve ilkeleri tekrar etmiştir.

da özel bir öneme sahip olduğu kabul edilen alanlara, cinsel alan gibi, temas ettiğinde başarılı olmuştur. *Norris* davasında Mahkeme homoseksüel davranışları suç sayan yasanın varlığının dahi 8. Madde anlamında müdahale oluşturduğunu tespit etmiştir –her ne kadar başvuru bu gerekçelerde kovuşturulmamış ya da mahkûm edilmemiş olsa da– çünkü bu ilgili bireyi ya kişiliğinin özellikle kişisel ve önemli parçasına ilişkin hareketlerini değiştirmeye ya da kovuşturulmayı göze almaya mecbur etmektedir.

Müdahale haklı mı? Genel gözlemler

Bir kez kamu otoritelerinin müdahalesi tespit edildiğinde, Mahkeme bunun 2. fıkra kapsamında haklı olup olmadığına karar vermek durumundadır. İstisna maddesi Sözleşme tarafından güvence altına alınan haklara kısıtlama getirebildiği için, uygulama alanı çok kesin bir şekilde çizilmelidir.

Bu sebeple Mahkeme dar bir yaklaşım benimsemiştir: istisnalar, yorumu dikkatle yapılması gereken, kapalı bir liste oluşturur.¹⁴⁷ Strazburg içtihadında oy birliğiyle kabul edilen genel ilke çizgisinde, Sözleşme'nin sağladığı korumaya getirilen her sınırlamaya açık bir şekilde onay verilmiş olması veya Sözleşme'nin kendisi tarafından haklı bulunması gerekir. 18. Madde'ye göre, sınırlamalar yalnızca öngörüldükleri amaç için uygulanabilirler.

¹⁴⁷ *Sidiropoulos-Yunanistan*.

Müdahale kanunlara uygun mudur?

Mahkeme'nin müdahalenin meşrulaştırılmasıyla ilgili planlı yaklaşımının ikinci aşaması sınırlamayı yasal hale getiren hukuki zeminin belirlenmesini gerektirir. Eğer müdahale kanunlara uygunsa, şikâyet edilen davranış 8. Madde'ye uygundur (belki daha sonraki aşamada gerekli veya orantılı görülme bile). Aksi durumda, iddia edilen sınırlama Sözleşme'yi ihlal eder ve Mahkeme'den davayı incelemesini derinleştirilmesi istenmez. Böylesi bir şart tüm nitelikli haklar için ortaktır, her ne kadar resmi metnin İngilizce versiyonunun 9-11 arası maddelerine ilişkin olarak 'kanun tarafından öngörülme' ibaresinden farklı bir ifade şekli tercih edilmiş olsa da. Yine de, Komisyon ve Mahkeme, Fransızca ifadesi hiçbir ayırım yapmadan 'prevue par la loi' şeklinde olduğu için, iki anlatıma da aynı itibarda bulunarak bu farkın somut önemini¹⁴⁸ reddetmiştir. Strazburg Mahkemesi bir müdahalenin kanuna uygun olup olmadığını belirlemek için üç-ayaklı bir test oluşturmuştur. Bu şema Mahkeme'yi aşağıdaki hususları değerlendirmeye yöneltmektedir:

- ❖ ulusal kanunun varlığı,
- ❖ lafzının net ve kesin olması,
- ❖ taşıdığı amaç.

148 *Sunday Times-Birleşik Krallık*.

Sözleşme anlamında kanun nedir?

Kanunilik ilkesine atıf, müdahalenin ulusal hukuk kuralına dayanması gerekliliğini hatırlatmaktadır. Mahkeme kanunu kendi içinde yorumlandığı şekliyle kabul etmelidir, yeter ki ulusal mahkemelerce açıklanan görüş, karşı çıkmak için kuvvetli sebepler ortaya çıkarmasın.¹⁴⁹ Gerekli olan bu öz kısıtlama, Strazburg Mahkemesi nezdinde ulusal kanunların yorumlanması meselelerinin, davanın sadece olaylarına özgü olmasından kaynaklanmaktadır. Mahkeme, bu kriteri geniş yorumlamıştır. Bir müdahalenin meşrulaştırılması ulusal hukuk rejiminde olduğu gibi, başka kaynaklarda da destek bulabilmektedir, örneğin, mesleki davranış kurallarında, yazılı olmayan örf ve adet hukukunda, Avrupa Birliği mevzuatında veya uluslararası-iki veya tek taraflı- sözleşmelerde. Buna karşılık, idari düzenlemeler, talimatlar ve büyük oranda esnekliğe sahip olan veya bağlayıcı etkisi olmayan, ulaşılabilir olmayan nitelikteki diğer hukuk kaynakları genellikle 8. Madde'nin 2. fıkrası anlamında yeterli bir hukuki zemin oluşturmamaktadır.¹⁵⁰

İkinci olarak, Mahkeme kanunun açıklığını ve kesinliğini değerlendirmek için, kanunun metnini, kapsadığı alanı ve yöneltildiği kişilerin durumunu göz önünde bulundurmalıdır. Bu şart, kanununun ulaşılabilirliği olarak da tanımlanabilir. Bu demek oluyor ki, normun davayla ilgili belli bir duruma

149 *Roche-Birleşik Krallık-İngiltere [GC]*.

150 *Shimovolos-Rusya*.

hükmetmesi gerekirken; diğer taraftan, sübjektif bir bakış açısıyla, vatandaşın belli bir durumda, uygulanabilir olan hukuk kuralları hakkında yeterli emareye sahip olması gerekir.¹⁵¹

Kesinlik arayışının, hukuki metinlerin çerçevesinin çizilmesinde aşırı bir katılıkla sonuçlanamayacağı açıktır. Kanunlar genellikle, yorumu ve tatbiki uygulama meselesi olan, az veya çok, soyut bir tabirle ifade edilir. Her halükarda, takdir yetkisi veren bir kanunun, her türlü seçeneğin incelenebilmesi ve potansiyel olarak yetkisi dışında olduğunun (ultra vires) beyan edilebilmesi için, yetkili makamların yapmış oldukları tercihlerle yöneldikleri amacı belirtmesi gerekir. Tarif edilen analiz çocuk bakım önlemleri, tutukluların haberleşmesi, gizli izleme ve yakın zamanda, göç gibi bazı tür davalarda, önemli bir husus olmaktadır.

Hukukilik ilkesinin pratik uygulaması

Aşağıda, Mahkeme'nin dikkatine sunulan bir takım esasa ilişkin problem arz eden alanlarda hukukilik ilkesinin uygulama şeklini gösteren genel açıklamalar yer almaktadır.

Çocukları devletin bakımı altına alma

Devletler geleneksel olarak, çocukları bakım altına almaya ilişkin belirli kanunlarla donatılmıştır. Her ne kadar uygun hukuki zeminin olmadığı yönünde Mahkeme'nin önüne bir

¹⁵¹ Malone.

şikâyet getirilmesine ender rastlanırken; aynı şeyi, mevcut kanun hükümlerinin açıklıktan ve kesinlikten yoksun olduğu yönündeki itirazlar için söyleyemeyiz. Ulusal hukuka karşı getirilen en yaygın itiraz, çocukların ailelerinin yanından alınması veya devlet himayesi altındaki çocuklar hakkında başka kararlar alınması için sosyal hizmetlere verilen yetkinin ve alanın aşırı muğlak oluşudur.¹⁵² *Olsso*n davasında, iç hukukun, 'bakım eksikliği' ve 'evdeki diğer başka koşullar' sebeplerine dayanılarak çocukların devlet himayesine alınmasına izin veriyor olmasından ötürü itiraz edilmiştir. Mahkeme, oldukça genel ifadelerle belirtilen kuralların dahi kanun kavramını sağladığını dikkate alarak, özellikle sosyal hizmet çalışanlarına tevdi edilen geniş çaplı yetkilerin, hem idari hem de hukuki düzeyde, yeterli usuli güvenceler kurarak etkili bir şekilde dengelenebileceğinden ötürü ileri sürülen argümanları kabul etmeye isteksiz olduğunu ortaya koymuştur. *T.P ve K.M* davasında Mahkeme, ayrıca, kamu otoritelerinin müdahalesinden önceki dönemde, çocuğun içinde bulunduğu zarar riski seviyesini de değerlendirmiştir. Mahkeme; yetkili makamların müdahale yetkisi gerçek ve somut zarar durumlarıyla sınırlandırılmış olsaydı, haksız yere etkisiz kalabilecek olan çocuğun etkin korunmasının gerekli üstünlüğünden bahsetmiştir.

Tutukluların haberleşmesinin engellenmesi ve ziyaretlerinin düzenlenmesi

Tutukluların haberleşmesinin engellenmesi, kamu güven-

¹⁵² *Eriksson-Isvec*.

liği ve bireysel temel özgürlükler sorunlarını aynı zamanda gündeme getirir. Haberleşme, özgürlüğünden yoksun kişilerin dış dünyayla iletişiminin temel aracı olduğu için, yapılan müdahalelerin tutukluların kişisel alanları üzerinde önemli sonuçları olabilir. Hukukilik ilkesine ilişkin olarak, Mahkeme'den iki temel hususta hüküm kurması istenmiştir: haberleşme üzerinde kontrol getiren hükümlerin niteliği ve kesinlik dereceleri. Tutukluların haberleşmesinin, cezaevi hizmetleri için devlet bakanı tarafından yayınlanan idari kılavuz yoluyla düzenlenmesini içeren *Silver ve diğerleri* davasında hukukilik ilkesinin ihlal edildiği tespit edilmiştir. Mahkeme, her ne kadar tutuklulara dayatılan kısıtlamaların çoğunluğu resmi hukukun içeriğinden kaynaklanıyorsa da, idarecilere yönelik, dahili ve yayınlanmamış iç tüzük kararları ve genelgelere dayanan müdahalenin ve resmi hukuki otorite eksikliğinin 8. Madde'nin gereklerine uyduğunun düşünülmemeyeceğine karar vermiştir. Buna karşın, *Enea*¹⁵³ davasında Mahkeme, başvuruçunun iletişimine getirilen kontrolün dayandığı Cezaevi Yönetimi Kanunu'nun tedbirin süresini veya onu haklı kılacak nedenleri düzenlememiş olması ve yetkili makamların takdir yetkisinin yeterince açıklıkla ve kullanım şeklinin belirtilmemiş olması, bu yüzden hukuk güvenliği ilkesinin gerektirdiği, keyfiyete karşı asgari düzeyde koruma sağlama-maması sebebiyle, İtalya'nın 8. Madde'yi ihlal ettiğine karar vermiştir. Erişilebilirlik ve öngörülebilirlik hususları söz ko-

153 Ayrıca, bakınız, *William Faulkner-Birleşik Krallık*.

nusu olduğunda, davacılar, bazen bu alanı kapsayan kuralları anlamanın ya da bilmenin dahi imkânsızlığından, bundan kaynaklı olarak da hareketlerini uygun bir şekilde düzenleyememelerinden şikayet etmişlerdir. Yukarıda bahsedilen *Silver* davasında yetkili makamların, temelde tutukluların elinde mevcut olmayan emir ve talimatlara dayanmaları ve tutukluların hareketlerine getirilen sınırlamalara ilişkin yeterli yönlendirmede bulunmamaları sebebiyle, Mahkeme 8. Madde ihlali tespit etmiştir. Ulusal cezaevi kanunlarının haberleşmenin otomatik olarak sansürüne izin veriyor olması ve bu yetkinin nasıl kullanılacağına ilişkin yeterli bilgiyi sağlamaması, Polonya'ya karşı, birkaç başvuruda olduğu gibi, ihlal bulunmasına yol açmıştır.¹⁵⁴ Orada yerel rejim, farklı türdeki yazışanlara göre kontrollerin derinliğinde bir ayırım yapmamıştır. Sonuç olarak, Komisyon'a ve Mahkeme'ye sunulan bireysel başvuru dilekçeleri gibi öncelikli haberleşme dahi, durdurulup okunabilmiştir. Prosedürel garantilerin yokluğu, ayrıca, her türlü iç hukuk yolunu engellemiş ve kamu otoriteleri, engellemeyi, resmi ve gerekçeli bir karara dayandırmaya mecbur tutulmamıştır.¹⁵⁵ 2009 yılında Mahkeme, ilk kez cezaevindeki tıbbi gizliliği irdeleyerek, iletişimin cezaevinin tabip subayı tarafından engellendiği ve kontrol edildiği durumda, bu ilkeyi hükümlü bir hasta ile doktor arasındaki haberleşmeye de genişletmiştir.¹⁵⁶

154 *Niedbala-Polonya; Mianowski-Polonya*.

155 *Salapa-Polonya*.

156 *Szuluk-Birleşik Krallık*.

Gülmez davasında Daire oybirliğiyle, başvuruçunun ziyaret hakkını kısıtlayan bir kararın temelini oluşturabilen, kesin ifadelerle suçları ve cezaları tanımlamayan yasa maddelerinin, bir tutukluyu aile hayatına yönelik haksız müdahaleden korumak için yeterince açık ve detaylı sayılmayacağını, bu nedenle 8. Madde'nin ihlaline sebebiyet verdiğini ifade etmiştir.

Gizli gözetim tedbirinin uygulanması

Gizli gözetim tedbirleri artan sayıda başvurunun konusu olmaktadır. Bu alanda, teknolojik gelişmeler Mahkeme'yi 8. Madde'nin 2. fıkrasındaki geleneksel ilkeleri, özel hayata müdahalenin sofistike metotlarına uymaya zorlamıştır. 2010 yılında Mahkeme, ceza soruşturması bağlamında, GPS gözetimiyle ilgili ilk kararını vermiştir.¹⁵⁷ Hüküm kurarken Mahkeme söz konusu tedbirle, diğer daha az zorlayıcı korumanın uygulandığı, daha az müdahale teşkil eden, görsel veya akustik gözetim yolları arasındaki farka vurgu yapmıştır.

Genel olarak Strazburg içtihadı keyfi müdahaleleri önlemek için acil ihtiyaca vurgu yapmaktadır. Bu sebeple, bu konu hakkında herhangi bir yerel hükmün, bireylere kamu otoritelerinin hangi durumlarda bu yollara başvuracağına ilişkin yeterli emareyi verecek açıklıkta olması gerekir. Bu ortak şartın yanında, Mahkeme ayrıca asgari garantileri belirtmiştir. Yerel rejimler; hangi suçların bir engelleme kararını, belli ka-

¹⁵⁷ *Uzun -Almanya*.

tegorideki insanlara getirilen subjektif sınırlamaları, izleme-ye getirilen kronolojik sınırlamaları meşru kılacabileceğini; elde edilen verilerin incelenmesi, kullanılması, paylaşılması ve saklanmasına ilişkin izlenmesi gereken prosedürü; bu verileri üçüncü kişiye iletirken alınması gereken tedbirleri, bilginin silinebileceği veya yok edilebileceği¹⁵⁸ koşulları, bir hâkimden veya olgusal veya hiyerarşik olarak bu tedbirleri uygulayan birimden bağımsız, kayıtların gerçek ve güvenilir olduğunu onaylamaya yetkili olan başka gerçek tarafsız (objektif veya subjektif) bir makamdan önceden veya *ex post facto* olarak izin alınması hususlarını açıkça belirtmelidir.

Ulusal hukukun yukarıda sayılan unsurları belirtmede ihmali halinde, Mahkeme değerlendirmesini, bireylerin korunmasına ilişkin yerel içtihadı genişletecektir. Ancak her koşulda, ulusal hukukun tek tarafı uyumlu hale getirilmesi ilgili kanuni hükümlerin tüm boşluklarını dolduramamasından ötürü, Mahkeme'nin yaklaşımı gayet katı olmaktadır.¹⁵⁹

Polisin durdurma ve arama yetkisini yerine getirmesi

Gillan ve Quinton davasında Mahkeme'den, anti-terör yasasıyla polise tanınan zorlayıcı güç kullanımı hakkında ilgili karar vermesi istenmiştir. Kanuna göre polis, hukuka aykırı

¹⁵⁸ *Weber ve Saravia -Almanya (dec); Association for European Integration and Human Rights and Ekimdzhev- v. Bulgaristan; Liberty ve diğer organizasyonlar- Birleşik Krallık*.

¹⁵⁹ *P.G.ve J.H.*

bir durum olduğuna dair makul şüpheye bakılmaksızın, üniformalı memurun söz konusu fiilin ‘terör faaliyetlerinin engellenmesi için yerinde’ olduğunu düşünmesi kaydıyla, herhangi bir kişiyi, herhangi bir yerde, uyarıda bulunmaksızın durdurup arayabilirdi. Mahkeme, hem durdurma ve arama yetkisine izin verilmesi ve hem de onun pratikte uygulanması bakımından kanun tarafından verilen geniş takdir yetkisinin, bireyi keyfi müdahalelere karşı yeterli şekilde koruyacak gerekli hukuki güvencelerle sınırlandırılmamış olduğunu ifade etmiştir. İlk olarak Mahkeme, izin aşamasında müdahalenin gerekliliği şartının aranmadığını, sadece yerindelik hususunun söz konusu olduğunu görmüştür. Her ne kadar onay önce teyide sonra yenilenmeye tabi olsa da, gerçekte, anti-terör yasasının kabulünden bu yana, bu izin devamlı olarak yenilenmekteydi. Bağımsız denetçinin olması; yetkilerinin kanun maddelerinin genel uygulamasına ilişkin rapor vermeye sınırlı olması ve izinleri iptal etme veya değiştirme gibi bir yetkisinin olmaması sebebiyle önemsiz bulunmuştu. Fakat her şeyden önemlisi, bir bireyi durdurma ve arama kararının sadece ‘önsezi’ veya ‘profesyonel sezgi’sine bırakılan polisin şahsına kanun, aşırı takdir yetkisi vermiş olmaktadır. Memurlar, makul bir şüphenin varlığını veya durdurulan ya da aranan kişiyle ilgili herhangi bir sübjektif şüpheye sahip olduklarını ispat etmek zorunda değillerdi.

Kanun maddesi tarafından getirilen tek şart, maksadı terörizmle bağlantılı olarak kullanılmış eşyaları alıkoymak olan,

Göç davaları

aramanın amacına ilişkindi: yani durdurmanın amacı böyle eşyaları (tanımı, sokaktaki insanların normalde taşıyacakları eşyaları da içine alabilecek geniş ifadelerde yapılmıştır) aramak olarak öngörüldüğünde, onların varlığından şüphe duyulması gerekli bile değildi. Ayrıca, polise kanun tarafından verilen durdurma ve arama yetkilerine başvurduğunu gösteren istatistiksel kanıt ışığında, Mahkeme kanun maddesinin yeterince çerçevesinin çizilmediği ya da suiistimale karşı yeterli hukuki korumaya tabi olmadığı, bu sebeple 8. Madde’de öngörülen hukukilik şartını karşılamadığı değerlendirmesinde bulunmuştur.

Göç davaları

Son yıllarda Mahkeme’den, göç kararlarının hukukiliği ve prosedürel uygunluğu hakkında karar vermesi talep edilmiştir. Eğer ulusal kanun rejimi, idarecilerin, duruma göre önemli prosedürel garantileri uygulamasına veya reddetmesine izin veriyorsa, bu durumda söz konusu düzenleme kanuna uygunluk şartını karşılamaz. Bu ilke, kamu otoritelerine bir yabancıyı sınır dışı etme prosedürüne ilişkin olarak aşırı geniş yetki tanındığı *Lin ve Lin* davasında teyit edilmiştir. Mahkeme dolayısıyla 8. Madde’nin 2. fıkrasındaki şartlar ile göç kanunu arasındaki esas bağı, idareciler tarafından alınan kararlara yönelik anlamlı bir yargı denetiminin varlığı olarak belirlemektedir. Tedbirlerin gerekçesi ve kanuni çareler arama yetkisi hukukilik ilkesinin karşılanmasında zaruri olmaktadır. Bu

yaklaşım, sınır dışı etme kararının olayın arka planına hiçbir atıfta bulunmadan, sadece şikâyetçinin mevcudiyetinden kaynaklanan ‘ulusal güvenliğe ciddi tehlike’ gerekçesine dayanılarak verildiği *G.C.* davasında benimsenmiştir.

Müdahalenin meşruluğu

Mahkeme müdahalenin kanuna uygun olduğu konusunda ikna olduğunda izlenen amacın meşruluğunu inceleyecektir. 2. fıkrada sayılan amaçlar kapalı bir liste oluşturur. Fakat Mahkeme’nin açıkça belirtilenler haricindeki amaçları da dikkate aldığı görülmüştür. Nyanzi davasında Mahkeme göç kontrollerinin sürdürülmesi ve uygulanmasının, davacının Birleşik Krallık’tan Uganda’ya gönderilmesi için meşru bir gerekçe olduğuna ikna olmuştur. İstisnalara rağmen, ne var ki, Sözleşme’nin lafzının, potansiyel olarak risk altında olan, her biri geniş anlamda ifade edilen, temel menfaatleri kapsamına aldığı görülmektedir. Bunların hepsi, tek istisnası olan bir ülkenin ekonomik refahı hariç, nitelikli haklar kapsamına girmektedir. Prosedürel manada, müdahaleyle izlenilen amacı açıklamak davalı devlete düşmektedir: genellikle Mahkeme bununla tatmin olacaktır. Bu demek oluyor ki, gerçek mücadele, alınan tedbirlerin izlediği amacın gerekliliği ve orantılılığı üzerinde yaşanmaktadır.

Meşru amaçlar, 8. Madde’de sıralandığı ve Mahkeme tarafından yorumlandığı şekliyle şunlardır:

Milli güvenlik

Bu, devleti, iç veya dış düşmanların hareketlerinden kaynaklanan, örneğin ulusal hükümetin yıkılması veya demokratik sisteme şiddetli saldırılar gibi, zarar tehlikesinden korumaya ilgilidir. Bu hüküm, bir birey hakkında gizli bilgi toplama veya karmaşık biçimlerdeki casuslukla ilgili birkaç tane davada harekete geçirilmiştir.¹⁶⁰ İngiliz silahlı kuvvetlerindeki homoseksüel personele olumsuz davranışta bulunulması ile ilgili olan *Smith ve Grady* davasındaki gerekçe kabul görmüştür.

Kamu güvenliği

Bu amaç nadiren tek başına ileri sürülmüştür. Öyle olduğunda bile, Mahkeme aynı zamanda, milli güvenlik veya suçun önlenmesi ve düzenin korunması gibi mevcut olan diğer sebeplere de dayanma eğilimindedir. Cezaevinde aile hayatına getirilen sınırlamalarla ilgili olan *X ve Y- İsviçre* Komisyon kararının temelinde kamu güvenliği vardır. Benzer şekilde *Buckley* davasında, davacının, arazisinin üzerindeki karavânlarında yaşamasına İngiliz makamlarının izin vermemesinde Mahkeme, kamu güvenliğini, gerekçelerden biri olarak kabul etmiştir. Başvurucuya izin verilmesi durumunda; araziye erişim bir kamu otoyolundan sağlanacağı için, yol trafiğine tehlike oluşturabilirdi.

¹⁶⁰ *Klass; Leander.*

Ülkenin ekonomik refahı

Kamu maliyesinin dikkatli yönetilmesi hususu, iskân ve nüfusa ilişkin yerel politikaları ilgilendiren bazı davalarda önemli bir kaygı halini almıştır. Örneğin, davalı devlet tarafından meşru amacın ileri sürüldüğü *Gillow* davasında: halkı, bölgenin dengeli ekonomik kalkınmasına izin verecek sınırlar içinde tutma acil ihtiyacına dayanarak Guernsey'deki iskân sınırlamaları haklı bulunmuştur. İş piyasalarının kentsel alanların nüfus yoğunluğuyla bağlantılı olarak düzenlenmesi gerekçesi, Fas vatandaşının Hollanda uyruklu¹⁶¹ kişiden boşanması üzerine sınır dışı edilmesinde haklı sebep olarak değerlendirilmiştir. Her halükarda, özel ve kamusal ekonomik menfaat arasındaki sınırı çizmek her zaman kolay olmamaktadır. Örneğin, *Hatton ve diğerleri* davasında artan sayıdaki gece uçuşları, ulaşım sisteminin iyileştirilmesinden kaynaklanan olumlu genel ekonomik sonuçlarla gerekçelendirilmiş ancak kolektif yararlar hava yollarınıninkiyle ister istemez ve yoğun bir şekilde içiçe geçmiştir.

Düzenin korunması ve suçun önlenmesi

Bu amaç, iki farklı kavramı içerdiği için iki boyutludur. En çok öne sürülen meşru sebeplerden biri olan düzenin korunması hususunun, huzurlu toplumsal hayatı tehdit eden bireysel veya kolektif hareketlerden kaynaklı kaygı verici durumları kapsadığı görülmektedir. Amacın 'suç' ögesine iliş-

¹⁶¹ Berrehab.

kin olarak, suçun önlenmesi ve ortaya çıkarılması arasında önemli bir ayırım yapılmalıdır. Devlet tarafından alınan önlemler yalnızca, bir suçun işlenmesini engellemeye yöneldiği müddetçe haklı kabul edilebilir. Suçun işlenmesinden sonra, devlet başka gerekçelere dayanmalıdır. Ancak, pratikteki ayırım hassas olabilir. Örneğin, S. ve Marper davasında Mahkeme DNA örneklerinin ve parmak izlerinin toplanma sistemini suçun önlenmesi amacına hizmet etmesine rağmen, izlenen amaca kıyasen orantısız bulmuştur. Ceza soruşturmaları durumunda, Mahkeme, uygun tedbirlerle makul bir şekilde önlenilecek olan veya önlenmesi gereken, polis memurlarının hatalı kaniya veya açıkça yanlış muhakemeye dayanan hareketlerinin meşruluğunu kabul etmeyi genel olarak reddetmektedir.¹⁶²

Sağlık ve ahlakın korunması

Önceki maddede olduğu gibi, bu amaç da iki bağımsız menfaati birleştirir. Sağlık, kişisel alana atıfta bulunurken, ahlakın korunması cinsel ahlakın eş anlamlısı olarak yorumlanmıştır. İçtihatta açık bir şekilde görülmektedir ki, ahlak ya toplumun bir bütün olarak etik standartlarını veya okul çocukları gibi belirli sosyal sınıfların hassasiyetini ifade etmektedir. *Dudgeon*¹⁶³ davasında Mahkeme, yetişkin erkeklerin özel alanlarında gerçekleştirdikleri rızaya dayalı cinsel faaliyetlerin

¹⁶² Keegan-Birleşik Krallık.

¹⁶³ Aynı yaklaşım daha sonra ADT-Birleşik Krallık davasında teyit edilmiştir.

cezalandırılmasını ele alırken, böyle hareketleri cezalandırma tercihinin ahlaki standartları koruma ihtiyacını karşılayabileceğini reddetmiştir. *Laskey, Jaggard ve Brown* davasında farklı bir sonuca varmıştır: orada, sadomazoşist faaliyetlerin muhtemel bedensel sonuçlarını göz önünde bulundurarak, ilgili kişilerin sağlığının korunmasına öncelik vermiştir.

Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması

Bu amaç aşırı geniş manada ifade edilmekte ve çok çeşitli durumları kapsamaktadır. Çoğu kez, çeşitli sınırlamaların sayesinde meşrulaştırıldığı, (potansiyel olarak henüz açık bir şekilde tanımlanmamış) açık bir hüküm meydana getirmiştir. *Chappell* davası, Mahkeme'nin, 2. fıkrada yer alan istisna sebeplerini fikri mülkiyet haklarının korunmasına genişlettiği için emsal niteliktedir. Üçüncü kişilerin hak ve özgürlüklerinin korunması, çocukları ebeveynlerinden ayırma kararını meşrulaştırmak için de başarılı bir şekilde ileri sürülmüştür¹⁶⁴. Mahkeme, özellikle, 'çocuğun üstün menfaati' formülünü, her ne kadar bu ifade 8. Madde'de bulunmuyor da olsa, kararında temel unsur olarak benimsemiştir.

Gereklilik şartı

Müdahalenin hukukiliği ve meşruluğu, 8. Madde'deki istisna şartlarıyla uygun olmasını garanti etmemektedir. Tedbirin,

¹⁶⁴ *Margareta ve Roger Andersson*.

çok yönlü incelemeyi zorunlu kılan gereklilik testinden de geçmesi gerekecektir. Sözleşme'de kullanılan 'gereklilik' terimi, birey ve toplum arasındaki çatışmanın yarattığı gerilimi simgeler. Orantılılık testini kaçınılmaz olarak gerektiren gereklilik şartını değerlendirirken Mahkeme, değerlendirmesinin kapsamını davalı devletin demokratik esaslarına; çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik, eşitlik, özgürlük, adil yargılanma hakkı, ifade, toplanma ve din özgürlüğü gibi birkaç göstergeye doğru genişleterek, incelemesini söz konusu hakkın sınırlarının ötesine götürebilir.¹⁶⁵ Gerekliliğin ne anlama geldiğine ilişkin olarak, her zaman ki gibi Mahkeme kesin ve net bir tanımla ortaya çıkmamıştır; onun yerine, ne gerekliliğin zorunlulukla aynı anlama geldiği ne de; makul, yararlı veya arzu edilen gibi ifadelerle aynı esnek anlamı taşıyan; karma ve dengeli bir ifade kullanmaktadır.¹⁶⁶ Mahkeme'nin içtihadına gözetildiğinde görülmektedir ki, Sözleşme şemasında hakların önemi ne kadar fazla ise, onlara getirilen sınırlamaların meşrulaştırılması için gerekli sebeplerin de o kadar ikna edici olması gerekmektedir. Zamanın geçmesi de gerekliliğin devamına karar vermek için bir etken olarak düşünülmektedir. *Luordo* davasında Mahkeme, on dört sene sonra bir müflisin alacaklısına ödeme yapılmasındaki genel yarar ile başvuruçunun haberleşme hakkı arasındaki dengenin bozulmuş olduğunu ve bu nedenle artık ona gönderilen mektupların iflas-

¹⁶⁵ *Refah Partisi (The Welfare Party)-Türkiye*.

¹⁶⁶ *Handyside-Birleşik Krallık*.

taki kayyımın incelemesine tabi tutulmasına gerek olmadığını ifade etmiştir. Her ne kadar Sözleşme tarafından oluşturulan tali sistemde Sözleşmeciler Devletler amaçlarına ulaşmak için kullandıkları yollarda, değişken bir takdir hakkından yararlanıyor olsa da, nihayetinde, müdahalenin toplumdaki acil ihtiyacı karşılayıp karşılamadığı ve onun izlenilen meşru amaç ve yöneltildiği toplumsal ihtiyaçla orantılı olup olmadığının değerlendirilmesini yapmak Mahkeme'ye düşmektedir.

Orantılılık ve takdir hakkı

Takdir hakkı doktrini orantılılık ilkesini bünyesinde barındırır. Ancak ilki, sonrakinden daha geniştir ve içerisinde farklı seviyelerdeki yoğunlukta yargı denetimini mümkün kılan bir 'referans çerçevesi'ni ifade eder. Bu yoğunluk seviyeleri, ulusal düzenleyicinin tartışmalı kanunu yasama sürecinden geçirirken mantıklı bir neden göstermesinin yeterli olduğu 'rasyonellik denetimi'nden¹⁶⁷; ulusal bir tedbiri meşrulaştırmak için 'zorlayıcı devlet menfaati' veya 'önemli nedenler'in gösterilmesini gerektiren daha sıkı inceleme düzeylerine kadar sıralanmaktadır.¹⁶⁸ Ulusal düzenleyicinin hareket alanının genişliği hem Avrupa Mahkemesi'ne hem de ulusal yargı makamlarına bağlıdır. Mahkeme tarafından; ilgili kültürel ve sosyo-ekonomik bağlamda belirli tedbirlerin gerekliliğini ve orantılılığını normalde en iyi değerlendirecek durumda olan-

ların Sözleşmeciler Devletler olduğunun düşünüldüğü Sözleşme'nin ikincil şemasının temelinde takdir hakkı anlayışı yatar, özellikle tartışmalı ahlaki sorunlar veya yerel ekonomik kalkınmayla ilgili politikalar söz konusu olduğunda.¹⁶⁹ Avrupa Konseyi'ne üye devletler arasında, söz konusu menfaatin göreceli önemi veya onu en iyi koruma yolları konusunda fikir birliği olmadığında ve özellikle dava hassas ahlaki ve etik sorunlar ortaya çıkardığında, bu hak daha geniş olacak, düzenleyici amacın veya politikanın varlığı 'ortak' veya 'Avrupa'ya özgü' görüldüğünde ise, bunun takdir hakkını daraltan bir etkisi olacaktır. Çoğu durumda, takdir hakkını kullanırken, devletlerden, çakışan kişisel/kamusal yararları ile Sözleşme hakları arasında denge kurması istenir.

Orantılılık, gereklilik şartının ve takdir marjının temel unsuru olduğundan, 8. Madde haklarına herhangi bir müdahale bu temelde ölçülecektir: kural olarak, eğer söz konusu müdahale uygulanması ve etkisiyle sınırlandırıldıysa ve gerektiği gibi ulusal hukukta bireyin keyfi müdahaleye tabi olmaması için güvenceler bulunuyorsa, müdahalenin orantısız olduğu düşünülmeyecektir.¹⁷⁰ *Ernst ve diğerleri*¹⁷¹ davası orantılılık ilkesi üzerine kurulmuş bir davaya ilginç bir örnek arz etmektedir. Dava, yargı üyeleri hakkındaki gizli bilgilerin basına ifşa edilmesi şüphesiyle ilgili olarak dört gazetecinin ofisinin

¹⁶⁷ Rasmussen -Danimarka.

¹⁶⁸ Abdulaziz, Cabales ve Balkandali -Birleşik Krallık.

¹⁶⁹ Handyside; Rees-Birleşik Krallık.

¹⁷⁰ M.S.-İsviç.

¹⁷¹ Ernst ve diğerleri-Belçika.

ve evlerinin aranması hakkındaydı. Arama kararlarına ilişkin olarak, Mahkeme onların geniş ifadelerle (soruşturmaya yardımcı olacak her türlü belgeyi veya eşyayı ara ve onlara el koy) yazıldığını ve söz konusu soruşturma, aranması gereken yerler veya el konulması gereken eşyalarla ilgili bilgi vermediğini belirtmiştir. Ayrıca, herhangi bir suç isnat edilmemiş başvuruçular, aramalar hakkında bilgilendirilmemiş, bu nedenle, meşru amaçla orantılı olduğu kabul edilemeyecek aramalara sebebiyet vermiştir.

Yeni ahlaki veya etik sorunlar ileri sürüldüğünde, Mahkeme davalı devlete önemli derecede bir takdir hakkı tanımayaz hazır olmuştur. Daha önce tartışılan *Evans* davasında, Sözleşme'nin ihlaline engel olacak şekilde takdir hakkı geniş tutulmuştur. Bunun tersine, Birleşik Krallık tarafından kabul edilen, DNA verilerinin toplanması ve saklanması hakkında, istisnai genişlikteki kanun tasarısına itiraz edildiği *S. ve Marper* davasında devlete verilen takdir hakkının aşırı olduğu tespit edilmiş, bu nedenle dava ihlalle sonuçlanmıştır. *Elli Polubas Dödsbo* davasında Mahkeme, başvuruçunun kocasının küllerini kendi ailesinin defin arsasına taşımasına, kanunda belirtilen 'rahat uyuma' kavramına dayanılarak izin verilmemesini; ulusal makamların, bireyin menfaatini, toplumun mezarların kutsallığını temin etme rolü karşısında dengeleme hususunda kendilerine tanınan geniş takdir hakkı içinde hareket ettikleri sonucuna varmıştır. Takdir hakkının sınırları fazlasıyla söz konusu menfaatlere bağlıdır: ne kadar

çok temel değerleri ve özel hayatın önemli yönlerini içeriyorsa, Mahkeme o kadar az geniş takdir yetkisi tanımaktadır.

Takdir hakkı doktrininin pratik uygulaması

Aşağıdakiler Mahkeme'nin dikkatine sunulmuş bir takım maddi problem alanlarında takdir yetkisini yorumlama ve uygulama şekline ilişkin açıklamalardır.

Mahkûmun özel ve aile hayatına müdahale edilmesinde

Mahkeme mahkûmların dış dünya ile olan iletişimleri üzerinde, hangi şekilde olabilirse, belli derecede bir kontrolün gerekli olduğunu kabul etmektedir. O yüzden bu anlamda müdahaleler, otomatik olarak ihlal teşkil etmemektedir. Yine de, kişinin içinde bulunduğu durum temel haklarını tamamen yitirmesini haklı gösteremez ve çatışan menfaatler arasında uygun bir dengenin kurulması gerekir. *Dickson* davasında, mahkûmun destekli üremeye erişimine getirilen sınırlamalar, başvuruçunun çocuk sahip olma menfaatine getirilen yersiz kısıtlamalar olarak değerlendirilmiştir. Aile ile iletişim söz konusu olduğunda, Mahkeme sürekli olarak herhangi bir sansürü, tedbirin orantılılığını gösteren objektif faktörlere tabi kılmıştır: işlenen suç¹⁷², müdahalenin kapsamı,¹⁷³ ilgili

¹⁷² *Messina (No.2)-İtalya*.

¹⁷³ *Jankauskas -Litvanya*, mahkûmların iletişimlerinin yaygın bir şekilde denetlenmesi hakkında.

mahkûm için söz konusu olan şeyin önemi.¹⁷⁴ Bu bağlamda, sadece istisnai durumlarda kısıtlanabilen mahkûmun avukatıyla iletişim hakkına, savunma hakkının özel bir yönü olarak, önemli bir ayrıcalık tanınmıştır.¹⁷⁵ Aynısı, hayatı tehdit eden bir hastalıktan muzdarip mahkûmun tıp uzmanıyla olan, adı geçen uzmanın açık adresi, vasfı ve iyi niyeti (bona fides) söz konusu değilken, iletişimi için de geçerlidir.¹⁷⁶ Büyük bir cezaevinde, kolinin işlemden geçirilmesindeki lojistik problemlerin yol açtığı, posta dağıtımının her altı haftayla sınırlandırılması, güvenliğin korunması ve mahkûmların dış dünya ile iletişim hakkına saygı gösterilmesi arasındaki olması gereken dengeye riayet ettiği ve böylece 8. Madde'nin gereklerine uygun olduğu sonucuna varılmıştır.¹⁷⁷

Bir kişinin görüntüsü ve itibarına müdahale edilmesinde

Kamu otoriteleri tarafından fotoğraf çekilmesinde gereklilik ve orantılılığı test ederken, ağırlık kişinin veya durumun, kişisel veya kamusal özelliğine ve onların kullanımına verilecektir, sokak eyleminde çekilen fotoğrafların meşruluğuyla ilgili olan *Friedl* davasında olduğu gibi. Kamu otoritelerinin elinde

174 *Ploski-Polonya*. Sözleşme'nin ihlali başvuruca ebeveynlerinin cenazesine katılması için geçici izin verilmemesinden kaynaklandı.

175 *Erdem-Almanya*, Mahkeme terörle mücadele tedbirlerinde devletlere geniş takdir payı verilmesini tanıdı.

176 *Szuluk*.

177 *Poltoratskiy, Kuznetsov, Nazarenko, Dankevich, Aliev, Khoklich -Ukrayna*.

bulunan fotoğraflar yalnızca soruşturma amacıyla üçüncü kişilere gösterilebilir.¹⁷⁸ Davacının özel hayatını ilgilendiren materyallerin usulsüz olarak medyaya ifşası, *Craxi* davasında, izlenen telefon iletişimi bağlamında sansürlenmiştir. Basım, televizyon yayını veya diğer tür yayınlar, ilgili kişinin izin vermesi veya kimliğinin gizlenmesi halinde kabul edilebilir.¹⁷⁹ Tıbbi kayıtlar gibi hassas verilerin söz konusu olması halinde, bu bilgilerin gizliliği hastanın özel hayat hakkının önemli bir boyutunu oluşturması sebebiyle, Mahkeme'nin incelemesi daha dikkatli olacaktır. Bunların adli kovuşturma sırasında hukuka aykırı olarak ifşa edilmesi 8. Madde'yi ihlal eder.¹⁸⁰

Petrina davasında Mahkeme'den, yerel yargı mercilerinin başvuruca'nın itibarına karşı, ifade özgürlüğüne öncelik verdiği bir dava hakkında karar vermesi istenmiştir. Şikâyet, hiciv gazetecisinin, başvuruca'yı, eski devlet güvenlik servisi Securitate'in işbirlikçisi olarak gösteren bir politikacı tarafından ileri sürülmüştür. İddialar bir hiciv gazetesinde yayımlanan makalelerde daha da ileriye gitmiştir. Yerel mahkemeler, yayımdan sorumlu gazetecilerin, yorumlarını 'genel ve belirsiz' bularak beraatına karar vermiştir. Mahkeme, söz konusu tartışmanın konusunun; Romen halkı için büyük önemi olan, medyada önemli ölçüde yer alan ve halk tarafından yakından takip edilen bir konu olan, eski Secu-

178 *Doorson-Hollanda*

179 *Peck*.

180 *L.L-Fransa*.

ritate işbirlikçilerinin isimlerinin deşifre edilmesine olanak sağlayan yasanın çıkarılması olduğunu ifade etmiştir. Politikacıların Securitate'le işbirliği etmesi, Romanya'nın tarihsel bağlamında çok hassas toplumsal ve ahlaki bir sorundur. Yayımlandıkları gazetenin hicvi mahiyetine rağmen, söz konusu makalelerin başvuruçuyu rencide etmesi kaçınılmazdır çünkü başvuruçunun o organizasyona dâhil olduğuna dair hiçbir delil yoktur (ve nitekim daha sonraki aşamada, deliller başvuruçunun Securitate ile hiçbir zaman işbirliği yapmadığını göstermiştir). Makalelerdeki mesajın, ironik veya esprili bir anlatım olmaksızın, açık ve direkt olması sebebiyle, böylelikle gazetecilere normalde basın özgürlüğü bağlamında müsaade edilen 'abartma payı' veya 'provokasyon' aksettirmeden, Mahkeme makalenin hiçbir olgusal temeli olmadan gerçeği çarpıtıldığını ifade etmiştir. Başvuruçuyu, eski düzeni baskı ve terör kullanarak siyasi kontrol aracı olarak kullanan bir gruba ait olmakla suçlayarak ve Securitate dosyalarının erişimine izin veren yasal çerçevenin olmadığı bir durumda, Mahkeme, yerel yargı mercilerinin gazetecilere kabul edilebilir sınırları aşmasına izin verdiği sonucuna varmıştır.

Kimlik belgelerinin çıkartılmasının reddine ilişkin olarak

Daire, *M.-İsviçre* davasında oy birliğiyle, Tayland'da yaşayan bir İsviçre vatandaşının, hakkındaki ceza soruşturması için

ülkeye geri dönmeye mecbur etmek amacıyla İsviçre otoriteleri tarafından, yeni pasaport çıkartılması talebinin reddedilmesinin, başvuruçunun 8. Madde haklarını ihlal etmediği değerlendirilmesinde bulunmuştur. Taylandlı partneri ve üç çocuğuyla uzun yıllardır Tayland'da yaşamakta olan başvuruçucu, İsviçre Büyükelçiliği'nden, evlenebilmek ve çocuklarını kaydettirebilmek, maluliyet aylığı yanında çocuk yardımı talep edebilmek ve hastaneye ameliyat amacıyla kabul edilebilmek için pasaportunun yenilenmesini talep etmiştir. İsviçre'de, sahteciliğe ilişkin hakkındaki ceza soruşturması derdest olduğundan, başvuruçunun yenileme talebi reddedilmiştir. Onun yerine, kendisine, İsviçre'ye doğrudan dönmesine izin veren 'laissez-passer' önerilmiştir. Böyle bir müdahalenin 'gereklilik şartı'na ve orantılılığına karar verirken, Mahkeme, İsviçre'ye dönmeyi reddederek başvuruçunun kasıtlı olarak kovuşturmadan kaçtığını gözlemlemiştir. Her ne kadar devletler, suç işlemiş olma şüphesi olan birini kovuşturup kovuşturmamasına ve ne tür soruşturma ve kovuşturma tedbirleri alınması gerektiğine karar verirken geniş bir takdir hakkına sahip olsa da, Mahkeme, Bay M'nin İsviçre'de bulunmasının ceza davasının düzgün bir şekilde yürütülmesi açısından neden önemli olduğunu açıklayarak ve Bay M. tarafından ortaya konan sağlık raporlarının başvuruçunun İsviçre'ye bir şekilde neden seyahat edemeyeceğine yönelik zorlayıcı hiçbir sebep gösteremediğini ilgili argümanlarla

kanıtlayan İsviçre otoritelerinin kararlarını dayandırdıkları gerekçeleri ifade etmesini dikkate almıştır. Buna ek olarak, Mahkeme İsviçre otoritelerinin, Bay M'yi ceza soruşturmasıyla ilgili olarak işbirliği yapmaya zorlayacak başka adımlar atmak yerine, örneğin bir süre başvurunun Tayland'da tutukluluğuna sebep olabilecek sınır dışı etme talepli uluslararası arama kararı çıkartmak gibi, daha ılımlı adımlar attığını gözlemlemiştir. Kamu menfaati açısından, suçluları adalete teslim etmenin önemi düşünüldüğünde ve İsviçre yetkili makamlarının detaylı kararlarının ışığında Mahkeme 8. Madde anlamında adil bir denge kurulduğu sonucuna varmıştır.

Çocukların devlet korumasına alınmasında

Çocukların korunmasında, tarihsel olarak, devletin takdir yetkisi oldukça geniş olmuştur. Tekrar söylemek gerekirse, bunun sebebi, bu hususların, devlet makamlarının çoğu kez daha iyi çözebilecek durumda olduğu karmaşık ve hassas doğasıdır¹⁸¹. Strazburg Mahkemesinden sıklıkla bakım kararlarının uygulanması ve ilgili kişilere tanınmış usuli garantiler hakkında karar vermesi istenmiştir. Mahkeme'nin görüşüne göre, bu tarz tedbirler geçici çözümler olarak görülmeli ve öz ebeveynlerle çocuğun yeniden bir araya getirilmesi nihai amacına uygun olmalıdır¹⁸². Bu açıdan devletler, çocuğu devlet koruması altında tutmak için gereken şartları, aile birimi

durumunun değerlendirmesinin güncelliğini sağlamak amacıyla düzenli kontroller yapma yükümlülüğü altındadır.¹⁸³ Aile birleşimi nihai hedefi, aile üyeleri arasındaki iletişime getirilecek herhangi bir sınırlamanın kuvvetli sebeplere dayanmasını ifade etmektedir.¹⁸⁴ Katı kısıtlamalar, ancak çocuğun üstün yararıyla ilgili acil ihtiyaç nedeniyle haklı görülebilir.¹⁸⁵

Kürtaja getirilen kısıtlamaların orantılı olup olmadığının belirlenmesinde

A.B. ve C-İrlanda davası, bir kürtaj davasında uygulanan orantılılık testi ve takdir yetkisiyle ilgili ilginç bir bakış açısı ileri sürmektedir. Kürtaj sorununun ortaya çıkardığı ahlaki ve etik hususların şiddetli hassasiyeti ve söz konusu kamusal menfaatin önemi düşünülerek, Büyük Daire, üye devletlerin kamusal yarar -özellikle İrlanda hukukunda henüz doğmamışların yaşam hakkına tanınan koruma- ile birinci ve ikinci başvurunun 8. Madde kapsamında özel hayatlarına saygı duyulmasındaki çelişen hakları arasında denge kurulması konusunda geniş bir yetkiye sahip olduğunu kabul etmiştir. Avrupa'da, kürtajın İrlanda hukukunda kabul edilenden daha geniş sebeplerle (kürtajın gerçekleştirilebilmesi için kendine zarar verme dâhil olmak üzere annenin hayatına tehlike oluşturduğunun gösterilmesi gerekir) izin verilmesine yönelik belirgin bir fikir birliğinin olması, takdir yetkisini da-

181 *Scozzari ve Giunta -İtalya* [GC].

182 *Olsson*.

183 *K.A.-Finlandiya*.

184 *Kutzner-Almanya*.

185 *Gnahoré-Fransa*.

raltmak için bir gerekçe olarak görülmemiştir, her ne kadar Mahkeme, ilk başvurusunun Sözleşmeci Devletlerden yaklaşık kırk tanesinde sağlık ve refah sebeplerine dayanarak ve ikinci başvurusunun takriben otuz beş Sözleşmeci Devlette refah gerekçesiyle kürtaj olabileceğini belirtmiş de olsa. Bu sonuca varırken Mahkeme, öncelikle *Vo* davasındaki, yaşam hakkının ne zaman başladığı sorunu devletlerin takdir alanına girdiği çünkü yaşamın başlangıcının bilimsel ve hukuki tanımına ilişkin Avrupa'da fikir birliğinin bulunmadığı ve doğmamış çocuğun 2. Madde anlamında bir kişi olup olmadığı sorusuna cevap vermenin imkânsız olduğu tespitine atıfta bulunmuştur. Ceninin ve annenin hakları birbirine geçmektedir; doğmamış çocuğun haklarını korurken devlet, takdir yetkisini annenin de çelişen haklarına uygulamalıdır. Mahkeme'nin çoğunluğuna göre, her ne kadar atıfta bulunulan kanunlardan, çoğu Sözleşmeci Devletin kanunlarında bu çelişen haklar ve menfaatleri daha çok kürtaja erişim lehine çözmüş oldukları görülüyorsa da, Mahkeme'nin, İrlanda'da sağlık ve refah sebepleriyle söz konusu kürtaj yasağının, çelişen hak ve menfaatler arasında adil bir denge kurup kurmadığının incelemesinde, Sözleşme'nin evrimsel yorumuna bakılmaksızın, bu fikir birliğinin belirleyici bir faktör olamayacağı ifade edilmiştir. Kürtaj amacıyla kanunen yurt dışına seyahat hakkı, uygun bilgiye ve İrlanda'daki tıbbi tedaviye ulaşma dikkate alındığında, Mahkeme, İrlanda'daki sağlık ve refah sebepleriyle kürtajın yasaklanmasını İrlandalıların

yaşamın doğası ve buna bağlı, doğmamış çocuğun yaşam hakkına tanınan koruma konusundaki derin ahlaki görüşlerine dayanarak, İrlanda devletine o anlamda tanınan takdir yetkisini aştığını düşünmemiştir. Üçüncü başvuru, İrlanda devletinin anayasa hükmünü kanun yoluyla uygulamadığını, özellikle, İrlanda'da hamileliğinin hayatına tehlike oluşturması sebebiyle kanunen kürtaja hak sahibi olup olmadığını tespit edebileceği bir sistemin getirilmemiş olmasından şikâyet etmiştir. Mahkeme, Anayasa'nın yasal uygulamasının olmamasından kaynaklı belirsizliğin, İrlanda'da kadının hayatına önemli risk oluşturması gerekçesine dayanarak kanunen kürtaj olma teorik hakkı ile pratik uygulamasının gerçekliği arasında dikkat çekici bir uyumsuzluğa sebep olduğu, böylelikle, 8. Madde'nin ihlaline yol açtığı sonucuna varmıştır.

S.H. ve diğerleri davasında önce Daire ve sonrasında Büyük Daire anne-baba adaylarının suni üreme teknolojilerine başvurularında uğradıkları kısıtlamalarla karşı karşıya gelmiştir. Başvuru, sırasıyla donör yumurta ve donör sperm kullanılarak, suni döllemeye (IVF) başvurmak isteyen iki Avusturyalı tarafından getirilmiştir. Geçerli yasaya göre, spermin doğrudan kadının rahmine yerleştirilmesi (*in vivo* suni dölleme) durumunda sperm bağışına izin verilirken, böyle bir bağış her koşulda yasaklanmıştır. 2010 yılında Daire kararı, 8. Madde ile bağlantılı olarak 14. Madde ihlali tespit etmiştir. 2011 yılında Büyük Daire, 13'e 4 oyla kararı bozmuştur. Kararın büyük bir kısmı, devletlerin suni üreme konularını

düzenlemelerine ilişkin kullandıkları takdir yetkisini belirlemeyle geçmiştir. Mahkeme, her ne kadar Avrupa Konseyi üye devletlerinin kanunlarında IVF (in vitro fertilisation) amacıyla gamet (üreme hücresi) bağışına izin veren açık bir eğilim olsa da, bu ortaya çıkan fikir birliğinin yerleşik ilkelere dayandığının söylenemeyeceğini ifade etmiştir. Daha ziyade, takdir yetkisinin alanını etkilemeyen, özellikle dinamik bir hukuk alanındaki gelişim aşamasını yansıtmaktadır. Bu IVF tedavisinin Avusturya toplumunda hassas bir etik sorun olmaya devam ettiği düşünüldüğünde daha da geçerlilik kazanmaktadır. Sorunla ilgili yorumunu desteklerken, Mahkeme aynı zamanda, ovum bağışıyla ilgili olarak, Avrupa düzeyindeki bütün ilgili hukuki belgelerin ya sessiz kaldığını ya da –insan hücrelerinin bağışına ilişkin güvenlik standartlarına dair Avrupa Birliği direktiflerinde durum böyledir- açıkça germ hücrelerinin kullanılıp kullanılmaması kararını ilgili devlete bıraktığını gözlemiştir. Bir yandan devletin destekli tıbbi üremeyi mümkün kılma isteği, diğer yandan modern üreme tıbbının rolü ve imkânlarıyla ilgili olarak geniş kitleler arasında mevcut olan tedirginliği uzlaştırma tercihinin değerlendirerek, Mahkeme, Avusturya'nın suni üreme üzerine toplu bir yasak koymadığı gibi (söz konusu prosedür tek başına ele alındığında aslında Avusturya'da izin verilmekteydi), kendi hukuk çerçevesinde izin verilmeyen yöntemlere başvurmak isteyen çiftlerin yurt dışına gidip farklı kısırlık tedavileri aramalarına da engel olmadığını belirtmiştir. Ba-

ğışlanan sperm ve yumurtanın IVF için kullanılmasını yasaklarken, Avusturya'nın *in vivo* suni dölleme için sperm bağışına izin vermeyi seçmesi; toplumsal gerçeklerle kendi kurala yaklaşımı arasında uzlaşma arayarak, konuya dikkatli yaklaştığını göstermektedir. Son olarak Mahkeme, Avusturya'nın IVF için sperm ve yumurta bağışını yasaklarken dikkate almış olduğu kamu yararı argümanlarını takdir etmiştir:

- ❖ kadının korunması, çünkü yumurta bağış, kadının, özellikle ekonomik olarak dezavantajlı çevreden gelenler bakımından, sömürülmesi ve aşağılanması gibi problemleri geliştirmeye yol açabilir;
- ❖ bölünmüş annelik, çünkü IVF, toplumsal koşulların biyolojik olandan saptığı yani anneliğin 'biyolojik' ve 'çocuğu taşıyan' boyutu ve belki bir de sosyal boyut olarak bölündüğü sıra dışı ilişkilerin yaratılmasına sebep olabilir;
- ❖ çocukların refahı; ve
- ❖ selektif üremeyi önleme ihtiyacı.

Sonuç olarak,

Mahkeme, Sözleşme'nin daima mevcut şartlar ışığında yorumlandığını anımsatır [...]Mevcut davada her ne kadar 8. Madde ihlali tespit etmemiş olsa da, Mahkeme sürekli gelişen ve tıpta ve hukuktaki dinamik gelişmelere tabi olan bu alanın sözleşmeciler devletler tarafından dikkate izlenmesi gerektiği görüşündedir.

Gizli izleme tedbirlerine ilişkin olarak

Vatandaşların gizlice izlenmesi yetkilerine ancak bunların demokratik kurumları korumada kati bir biçimde işlevsel olmaları durumunda müsaade edilir. Mahkeme; mektup, posta ve telekomünikasyon üzerinden yapılan denetimin, istisnai koşullar altında, milli güvenlik yararına ve/veya düzenin korunması ya da suçun önlenmesi için demokratik toplumda gerekli olduğuna inanmaktadır. Fakat bu önlemlerin Sözleşme'ye uygun olması için, kötüye kullanıma karşı etkin garantilerle donatılmış olması gerekmektedir. Devlet hangi yöntemin kullanılmasını gerektirdiğine ilişkin geniş bir takdir yetkisi kullanırken, işleyişleri denetime tabidir. 8. Madde'ye uygunluğu sağlayacak gerekli garantiler davanın şartlarına göre çeşitlilik gösterir; örneğin bunlar, muhtemel tedbirlerin niteliği, alanı ve süresi, bu tedbirlere başvurulmasını gerektirecek sebepler, izin vermeye, yürütülmesine ve denetlemeye yetkili makamlar ve ulusal hukukta sağlanan kanun yoludur. *Klas* davasında, milli güvenliğin ve düzenin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi amacıyla mektupların açılmasına ve tel bağlayarak telefon dinlenmesine izin veren Alman kanununun, muhtemel kötüye kullanıma karşı gerekli güvencelerin mevcut olmamasından ötürü, başvurunun haklarını ihlal edip etmediğine Mahkeme'nin karar vermesi gerekiyordu. Nasıl bir korumanın gerekli olduğuna ilişkin olarak Mahkeme, prensipte arzu edilen yargı denetiminin altını çizerek, bir

Parlamento kuruluna verilen adli olmayan gözetimsel kontrolün ve kurul tarafından atanan bir komisyonun, kötüye kullanıma karşı yeterli garantileri sağladığını tespitinde bulunmuştur. Bu, her iki kurumun da denetimi gerçekleştiren makamlardan bağımsız olması ve etkili ve devamlı kontrol yürütmek için yeterli yetkinin verilmiş olmasından dolayıdır. Casusluk ve izleme yöntemlerindeki teknik gelişmeleri ve Avrupa'da terörizmin ilerlemesini dikkate alarak Mahkeme, gizli izlemenin kontrol edilmesine yönelik Alman sisteminin 8. Madde'nin gereklerini karşıladığı sonucuna varmıştır.

Kişinin kökenini bilme hakkına ilişkin olarak

Kişinin kökenini bilme hakkı, biyolojik deliller ışığında değerlendirilen babalığa ilişkin hukuki olasılığa sahip olma hakkı ile dengelenmek zorundadır. *Mizzi* davasında Mahkeme, başvurucuya babalığa itiraz etmesi için, -çocuğun doğumundan hemen sonra ve kanuni değişikliği takiben elde edilen bir hak- dava açmasına izin verilmesini sağlayacak 6 aylık zamanaşımı süresinin yeniden başlatılmasının mümkün olmamasının aşırı radikal bir kısıtlama olduğunu ve demokratik bir toplumda gerekli olmadığını ifade etmiştir. Y'nin, başvurunun kızı olma sosyal gerçeğinden yararlanmadaki potansiyel menfaati, başvurunun, elinde bulunduğunu iddia ettiği bilimsel delillere göre kendisine ait olmayan bir çocuğun babalığını reddetmek için en az bir fırsatın verilmesi

meşru hakkına sahip olmasına ağır basamaz. Aile ilişkilerinin hukuki kesinliğinin korunması genel yararı ile başvurucunun arasında kurulan denge adil değildir. *Mikulic* davasında, babalığın kurulması için bir başvuruyu karara bağlarken, ulusal makamların çocuğun yararı temel ilkesini dikkate alması gerektiğinin altı çizilmiştir. Davada mevcut olan ulusal prosedür, başvurucunun kökenini zamanında öğrenme hakkı ile farazi babasının DNA testine girmeme hakkı arasında, başvurucuyu kişisel kimliğiyle ilgili uzun süre belirsizlikte bırakarak adil bir denge kurmamıştır.

Odievre davasında Mahkeme'den, başvurucunun -annesinin meçhul kalma isteği sebebiyle devletin bakımına bırakılan-öz ailesi hakkında bilgi edinmesini engelleyen, doğumdaki gizliliği düzenleyen kuralları incelemesi istenmiştir. Öz kardeşlerinin varlığını öğrenen başvurucu, doğumuyla ilgili gizli bilgilerin ifşa edilmesi ve her türlü belgenin, devlet kayıtlarının veya tam doğum belgesinin kopyalarını almak amacıyla başvuruda bulunmuştur. Ulusal mevzuata uygun olarak, doğum sırasında gizliliğe karar verilmiş olması halinde, öz annenin kimliğini tespit edecek detayların ifşasına yönelik başvuru kabul edilemez olduğu için, başvurucu hiçbir bilgi elde edememiştir. İlk defa bu tür bir başvuruyla karşılaşan Mahkeme, birçok yarışan menfaati uzlaştırmak zorundaydı. Şikâyeti muhakeme ederken Mahkeme her ne kadar sözleşmecî devletlerin çoğunda Fransa'dakine benzer, kimliğini ifşa

etmeyi reddettiyse, öz anneye olan aile bağının kurulmasını engelleyen bir kanun olmasa da, bazı ülkelerin, çocuklarının doğumunda öz ebeveynlere kimliklerini açıklama yükümlülüğünü empoze etmediğine ve diğer çeşitli ülkelerde, anonim olarak çocuk doğurma hakkıyla ilgili tartışmalara sebep olan, çocukların terk edilmesi vakalarının olduğuna işaret etmiştir. Hukuk sistemleri ve gelenekleri arasında bulunan uygulama çeşitliliği ve çocukların terk ediliyor olması gerçeği ışığında, Mahkeme devletlere Sözleşmede garanti edilen hakları temin etmek için hangi tedbirlerin uygun olduğuna karar vermesi yönünde takdir yetkisi tanınması gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme ayrıca, başvurucunun talebinin tamamen göz ardı edilmediğini de gözlemlemiştir çünkü üçüncü kişilerin menfaatlerinin korunması sağlanırken, başvurucunun kökenlerinin bir kısmının izini sürmesine imkân veren, annesi ve öz ailesiyle ilgili kimliğe dair bilgileri içermeyen verilere erişimi mümkündü. Son olarak, ulusal mevzuatın, annelerin anonim olarak çocuk doğurmaya hakları olduğu ilkesini korurken, bir kişinin biyolojik kökenleriyle ilgili bilgi almak için yapılan araştırmaları, başvurucunun annesinin kimliğinin ifşa edilmesini, annenin rızasına bağlı olarak, talep edebileceği Kişisel Kökenle İlgili Bilgiye Erişim Hakkında Ulusal Komisyonu kurarak kolaylaştırdığı dikkate alınmalıdır. Bu sebeple, Mahkeme Fransız kanunlarının yarışan menfaatler arasında bir denge kurduğu ve bu konuda yeterli orantıyı sağladığına ikna olmuştur. Sonuç olarak, 8. Madde ihlali bulunarak,

Mahkeme, kişinin kökeniyle ilgili bilgiye erişimi sorununun ki bu sorun kişinin şahsi geçmişini bilme, öz ebeveynlerin tercihi, mevcut aile bağları ve evlat edinen ebeveynleri ilgilendirmektedir, karmaşık ve hassas niteliğini göz önünde bulundurarak Fransa'nın takdir yetkisini aşmadığını ifade etmiştir.

Evlat edinmeye ilişkin olarak

Negrepointis-Giannisis davasında Mahkeme, Yunanistan'ın, bir yetişkinin amcası tarafından-amcasının dini statüsü sebebiyle- tamamen evlat edinilmesini tanımamasına ilişkin kullandığı geniş takdir yetkisini eleştirmiştir. 8. Madde ihlali bulunurken Mahkeme, tam yetkili olarak görev yapan Yargıtay'ın davayı reddetmek için dayandığı metinlerin tamamen dinsel nitelikte olduğu ve yedinci ve dokuzuncu yüzyıla dayandığını gözlemlemiştir. Yunanistan'da rahiplerin evlenmesine 1982 yılından sonra izin verilmekteydi, ve evlat edinmelerine engel olan herhangi bir yasal düzenleme mevcut değildi. İncelenmekte olan davada, evlat edinme kararı başvuruca reşit olduktan sonra 1984 yılında elde edilmişti. Bu karar yirmi dört sene boyunca geçerliydi ve evlat edinen baba, onun mülkünü miras edinebilecek, yasal bir oğlunun olması isteğini açık bir şekilde dile getirmiştir. Mahkeme'nin görüşüne göre, Yunanistan'da başvuruca hakkında verilmiş evlat edinme kararının uygulanmasının reddedilmesi hiçbir toplumsal ihtiyacı karşılamamış ve izlenen amaçla orantılı olmamıştır

Kişisel verilerin elde tutulmasında

Bir kişinin bilgilerinin suç işleyenlere ilişkin ulusal veritabanına dâhil edilmesi, veri otomatik işlemde geçse ve emniyet amaçlı kullanılsa bile, tek başına Sözleşme'ye aykırı olmaz. *Gardel* davasında Mahkeme, başvuruca, reşit olmayana tecavüz suçundan on beş yıl hüküm giymesini takiben bilgilerinin girildiği cinsel suçlara ilişkin veritabanının önleyici amacının, devletin savunmazsız grupları özellikle kınanmayı gerektiren suç faaliyetlerinden koruma yükümlülüğünü yerine getirmek için bir yol teşkil edebileceğine ikna olmuştur. Veri saklanması uzunluğu izlenen amaçla orantılı bulunmuş ve başvuruca verinin silinmesine ilişkin etkin bir imkânın olması ve başvuruca gizlilik yükümlülüğüne tabi olması ve açık bir şekilde belirlenen şartlarla sınırlı olması gerçeği ışığında Mahkeme, oy birliğiyle, bireysel ve kamusal menfaatler arasında kurulan dengenin adil olduğu, böylelikle 8. Madde'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Büyük Daire oy birliğiyle, yukarıda bahsedilen *S. ve Marper* davasında, İngiltere'nin kabul edilebilir her türlü takdir yetkisini aşarak, adil dengeyi kuramadığı sonucuna varmıştır. Dava hakkında karar verirken Mahkeme, incelemesini, takdir yetkisinin 'önemlilik' unsuruna yoğunlaştırmıştır. Avrupa Konseyi üye devletlerinin mevzuatlarında yaptığı kapsamlı incelemenin sonunda, Mahkeme, yalnızca İngiltere, Galler ve Kuzey İrlanda'nın parmak izi, hücrel örnekler ve kayıt

altına alınmış bir suçtan şüpheli olan (fakat hükümlü değil) her yaşta, herhangi bir kişinin DNA profillerini süresiz olarak elde tutulmasına izin verdiğine dikkat çekmiştir. Eğer modern bilimsel tekniklerin ceza adalet sisteminde ne pahasına olursa olsun, ve yaygın kullanımının potansiyel yararları ile önemli özel hayat menfaatleri dikkatli bir şekilde dengelemeden kullanılmasına izin verilseydi, 8. Madde tarafından sağlanan koruma kabul edilemez bir şekilde gücünü yitireceği için; Mahkeme bu alanda öncü olduğunu iddia eden her devletin bu anlamda dengenin kurulması için sorumluluk taşıdığını gözlemlemiştir. Mahkeme elde bulundurma yetkisinin genel ve ayrımcı niteliğinden etkilenmiştir çünkü söz konusu veri, şüphelenilen suçun niteliğine veya ağırlığına, kişinin yaşına bakılmaksızın tutulabilir, süre sınırı yoktur ve beraat halinde verinin silinmesi veya yok edilmesi için çok kısıtlı bir imkân mevcuttur. Strazburg hâkimleri söz konusu tedbirle masumiyet karinesi arasındaki ilişkiyi de araştırmıştır: her ne kadar böylesine kişisel verilerin tutulması, şüphenin dile getirilmesiyle aynı anlamı taşımasa da, yine de, başvuru-cuların suçluymuş gibi davranıldığına yönelik algıları, onlarla ilgili verilerin mahkûm olan kişilerin verilerinde olduğu gibi süresiz olarak tutulduğu gerçeğiyle kuvvetlenmiştir. Bu durumun, küçükler (ilk başvuru gibi) söz konusu olduğunda, onların özel durumları ve gelişimleri ve topluma entegrasyonlarının önemi göz önünde bulundurularak, kaygı verici olduğu düşünülmüştür. Bu sebeple, gençlerin, bir ceza ko-

vuşturmasında beraat etmelerini takiben, makamların onların kişisel verilerini ellerinde bulundurmasından doğabilecek zararlardan korunmasına özel bir önem verilmelidir. Yukarıda sayılan sebeplerin kümülâtif etkisi, Mahkeme'nin söz konusu muhafazanın, başvuru-cuların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına orantısız bir müdahale teşkil ettiği ve bundan ötürü demokratik bir toplumda gerekli kabul edilemeyeceği tespitinde bulunmasına yol açmıştır.

İstihdam bağlamında

2010 yılında Mahkeme, bireylerin özel hayatlarıyla ilgili sebeplere dayanılarak işten çıkarılmasına ilişkin birkaç durumla karşılaşmıştır. *Obst* davasında başvuru Mormon Kilise'sinin Halkla İlişkiler Yöneticisi görevindeydi; *Schüth* davasında şikâyetçi Katolik kilisesinde orgcu ve koro şefiydi; *Özpinar* davasında başvuru bir hâkimdi. İlk iki davada işten çıkarma zina sebebine dayanıyordu; sonuncusunda kişisel ve mesleki boyutlara (başvuru iddiaya göre, müvekkilli lehine kararlar verdiği bir avukatla yakın ilişki kurması, işe tekrar eden geç kalmaları ve uygunsuz giyim ve makyajı gerekçeleriyle suçlanıyordu) dayanıyordu. Bütün bu davalara, orantılılık ve bir yandan başvuru-cuların 8. Madde kapsamında özel hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı, diğer yandan Katolik ve Mormon kilisesinin sözleşme hakları arasında adil bir denge kurulması temelinde karar verilmiştir.

Her iki davada da Federal İş Mahkemesi, Mormon Kilisesi ve Katolik Kilisenin, ayrı ayrı, evlilikte sadakate ilişkin şartlarının, hukukun temel ilkeleriyle çatışmadığını tespit etmiştir. Zınayı kendi inisiyatifıyla kiliseye bildiren Bay Obst'la ilgili olarak, Mahkeme, işten çıkarmanın, özellikle görevin niteliği göz önünde tutularak, kilisenin güvenilirliğini korumak için gerekli bir tedbir olduğu yönündeki iç hukukta verilen karara katılmıştır. Ayrıntılı bir dengeleme çalışmasından sonra, Alman mahkemelerinin Mormon Kilisesi'nin menfaatlerine Bay Obst'unkinden daha fazla önem vermiş olması, Sözleşme kapsamında sorun teşkil etmemiştir. Bay Obst'un kabul edilmez yükümlülüklerle tabi olmadığı yönündeki mahkemenin tespiti yerindeydi çünkü Mormon Kilisesi'nde yetişen biri olarak başvurucunun, iş sözleşmesini imzalarken işveren için evlilikte sadakatin öneminin ve evlilik dışı ilişkisinin, halkla ilişkiler departmanının Avrupa yöneticisi olarak kiliseye yönelik artan bağlılık yükümlükleriyle bağdaşmayacağını farkındaydı veya farkında olmalıydı. Buna karşın Bay Schüth'e ilişkin olarak Mahkeme, ulusal makamların kendilerini, başvurucu ciddi bir görevi suiistimal durumunda işten çıkartılması gereken çalışan grubuna, -yani danışmanlık, sözlü olarak dini bilginin verilmesi veya liderlik işlerinde- dâhil olmamakla beraber, başvurucunun görevleri, Katolik Kilisesi'nin güvenilirliğini yitirmeden onu istihdam etmeye devam edemeyeceği, halka duyurma misyonuyla yakından bağlantılıydı. Ayrıca,

Bay Schüth'ün *de facto* aile hayatına veya ona tanınan hukuki korumadan söz etmemişlerdir. Bu sebeple Mahkeme, kilise işverenin menfaatlerinin Bay Schüth'ün özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkıyla değil, yalnızca onun işini koruması menfaatiyle dengelendiği izlenimine kapılmıştır. Mahkeme, iş sözleşmesini imzalarken başvurucunun kendi özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını belli bir dereceye kadar sınırlayan Katolik Kilisesi'ne karşı sadakat yükümlülüğü altına girdiğini kabul etmekle beraber, Sözleşmedeki bu imza, ayrılık ve boşanma hallerinde, perhiz hayatı yaşama konusunda tartışmasız bir taahhüt olarak yorumlanamaz. Alman iş mahkemeleri, Bay Schüth'ün davasının medyada yer almamış olmasını ve kiliseye on dört yıllık hizmetinden sonra Katolik Kilisesi'nin tutumuna itiraz etmemesini çok az dikkate almıştır. Kilise işvereni tarafından işten çıkartılan bir kimsenin başka bir iş bulmak için sınırlı imkâna sahip olması gerçeği de ayrı bir öneme sahiptir. Bu, işten çıkarılan kişinin kilise dışında iş bulmasını zorlaştıran hatta imkânsız kılan özel vasıfları şu an yarı zamanlı olarak Protestan kilisesinde çalışan Bay Schüth'ün durumunda olduğu gibi, daha da geçerli olmaktadır. Bu bağlamda Mahkeme, Protestan Kilisesinin kilise müzisyenlerine ilişkin kurallarının, Protestan kilisesine mensup olmayanların ancak istisnai durumlarda ve sadece ek iş bağlamında istihdam edilebileceği şartını getirdiğini belirtmiştir. Yukarıdakiler ışığında Mahkeme oy birliğiyle, Almanya'nın Bay Schüth'ün

haklarını, Kilise işverenininkiyle Sözleşme'ye uygun bir şekilde dengeleyemediği sonucuna varmıştır.

Bayan Özpınar'ın davasında ise, başvurunun itibarına saygı gösterilmesi hakkının tehlikede olduğu bir durumda, işten çıkarma kararı alınmıştır. Her ne kadar müdahalenin (işten çıkarmayla gösterilen, hâkim olarak davranışlarına yönelik olarak getirilen eleştirilerle değil) hâkimlerin bağımsızlığını ve kararlarının itibarını korumak amacıyla sınırlama getirme yükümlüğüne ilişkin olarak meşru bir sebebinin olduğu söylenebilse de, Mahkeme, yapılan soruşturmanın kendisine yönelik suçlamaları desteklemediğini ifade etmiştir. Ayrıca, Bayan Özpınar'ın mesleki faaliyetleriyle ilgisi olmayan birçok hareketini dikkate almıştır. Dava sırasında tanınacak güvencelerin olmaması, başvurunun işten çıkarılmasıyla birlikte hukuk alanında çalışma hakkını otomatik olarak yitireceğinden, daha da büyük önem arz etmekteydi. Başvurucu Kurul önüne sadece işten çıkarılmasına itiraz ettiği sırada çıkabildiği ve müfettişlerin raporları veya görgü tanıklarının ifadeleri önceden eline geçmediği için, Mahkeme, başvurunun özel hayatına yapılan müdahalenin izlenen amaçla orantılı olmadığı sonucuna varmıştır.

Özel hayatın korunmasında

Hatton ve diğerleri davasında Mahkeme, başvuruların gece dinlenme ve uyuma haklarının, 8. Madde kapsamında mah-

Takdir hakkı doktrinin pratik uygulaması

remiyetin ayrılmaz yönünü oluşturan başlıca haklardan olduğu değerlendirmesinde bulunmuştur. Büyük Daire, 8. Madde kapsamında ihlal tespit eden Daire kararını bozmuştur zira, 1993 tasarısını gece uçuşları için uygulayarak, devlet, Birleşik Krallık'ın ekonomik refahı ile başvurucuların konutlarına, özel ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi hakkından etkin bir şekilde yararlanmaları arasında adil bir denge kuramamıştır. Şu gözlemi yapmıştır:

Başvurucular tarafından iddia edilen uyku rahatsızlıkları, *Dudgeon* davasındaki gibi devletin takdir yetkisini gerektirecek ceza tedbirleriyle kıyaslanacak şekilde başvurucuların özel hayat boyutuna müdahalede bulunmamaktadır.

Mahkeme, çevre sorunlarını etkileyen devlet kararlarıyla ilgili davalarda araştırılması gereken iki hususun altını çizmiştir. İlk olarak, hükümetin kararının, 8. Madde'yle uyumunu temin etmek için, davanın maddi esaslarının değerlendirmesi yapılmalıdır. İkinci olarak, bireyin menfaatlerine yeterli önemin verilmesini sağlamak için karar verme süreci mercek altına alınmalıdır. Takdir yetkisindeki görüş çatışması, sadece belirli bir davanın şartlarına atıfta bulunularak çözülebilir: 8. Madde kapsamına giren çevre sorunlarına ilişkin olarak Mahkeme; ilgili çevre politikaları veya kararları, karar sürecinde bireylerin (başvurucular dâhil olmak üzere) ne dereceye kadar görüşlerinin dikkate alındığı ve mevcut usuli garantiler dâhil olmak

üzere bütün usule ilişkin hususları değerlendirmiştir. Somut olayda Mahkeme; devletin politikasını şekillendirirken ülkenin ekonomik menfaatlerini bir bütün olarak hesaba katma konusundaki meşru hakkını, uygulamadaki uçuş planının gece gürültü ortamında gerçekten kötüleşmeye sebebiyet verip vermediğini belirlemedeki zorlukları, etkilenen kişilerin kaygılarına gösterilen dikkati, planın etkisini denetlemek için kurulan mekanizmayı, gece uçuşlarının genel ekonomiye yaptığı katkı ve inkâr edilemeyecek şekilde genel tedbirden etkilenen bireylerin alanı terk etme imkânını değerlendirmiştir. Mahkeme, esasen makamların bu düzenlemelerden etkilenen bireylerin özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ile diğerlerinin ve bir bütün olarak halkın çatışan menfaatleri arasında adil denge kuramayarak takdir yetkilerini aşmadığı ve sonuç olarak 8. Madde'nin ihlal edilmediği sonucuna varmıştır.

Çevre haklarına ilişkin olarak

Genel olarak çevre hakkı ve sağlıklı bir çevreye sahip olma hakkı ele alınırken devletlerin kullandıkları takdir yetkisinin sınırı, esas olarak müdahalelerden etkilenen hakkın niteliği ve başvurucu için önemine bağlıdır. İki etken de, devletler yarışan menfaatler arasında (adil) bir denge kurduklarında, 8. Madde'deki istisna maddesinin uygulanmasında merkezi bir rol oynar. Başka bir deyişle, Mahkeme, şikâyetin genel alanı (konut hakkına saygı gösterilmesi gibi) ilişkin olduğunu

yoksa bir bireyin daha özel alanını mı (fiziksel veya zihinsel sağlık gibi) etkilediğini inceleyecektir. Mahkeme her ne kadar ilk grup davalarda bireyi, daha geniş insan topluluğuna karşı gözetme hususunda isteksiz davranırken, ikinci türde bir ihlalle karşı karşıya geldiğinde sadece ulusal makamların takdir yetkisini daraltmakla kalmayacak, aynı zamanda ulusal makamların 8. Madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerine nasıl uyduğunu dikkatle inceleyecektir. Ülkenin ekonomik refahı gibi genel gerekçeler pek çok durumda müdahaleye izin vermek için yeterli olmayacaktır, meğer ki devletler daha az zararlı ve mütecaviz başka müdahalelerin mümkün olmadığını ispat edebilsinler. *Powell ve Rayner* davasında başvuru Heathrow Havaalanı'nın işletilmesiyle bağlantılı olarak aşırı gürültü seviyesinden şikâyet etmişlerdi. Resmi ölçümlere göre, ilk başvurusunun evi düşük-gürültü rahatsızlığı derecesinde kabul edilen gruba dahildi. İkinci başvurusunun, gün içinde ve belli bir dereceye kadar geceleyin de düzenli olarak üzerinden geçilen çiftliği, oturanlar için yüksek-gürültü rahatsızlığı alanı olarak sayılmaktaydı.

Sözleşme'nin 8. Madde'sini ileri sürerek başvuru Heathrow Havaalanı'nın içerisindeki ve dışarısındaki hava trafiğinden kaynaklanan aşırı gürültü sebebiyle, her biri, Birleşik Krallık tarafından 8. Madde kapsamında temin edilen haklara yapılan haksız müdahalelerin mağduru olduklarından şikâyet etmişlerdir. Mahkeme şuna ikna olmuştur:

[...] Her bir davada, geniş ölçüde değişen seviyelerde de olsa , başvuruçunun özel hayat kalitesi ve evinin imkânlarını kullanma alanı, Heathrow Havaalanı'nı kullanan uçaklardan kaynaklanan gürültüyle olumsuz olarak etkilenebilmektedir.

Ülkenin geniş uluslar arası havaalanlarına sahip olma ekonomik menfaati ışığında, yoğun nüfuslu kentsel alanlarda dahi, ve Heathrow Havaalanı ve etrafındaki uçak gürültülerini kontrol etme, azaltma ve tazmin etmekle sorumlu makamlar tarafından, katılımcı bir şekilde sürekli olarak kabul edilen bir takım tedbirlerin getirildiği dikkate alınarak, Avrupa Mah-

kemesi oybirliğiyle Birleşik Krallık hükümetinin kendilerine tanın takdir yetkisini aştığının veya 8. Madde kapsamında kurulması gereken adil dengeyi bozduğunun söylenemeyeceğine karar vermiştir. Buna karşın, *López Ostra* davasında Mahkeme, devletin şehrin ekonomik refahı ile başvuruçunun haklarını etkin şekilde kullanması arasında adil dengeyi kuramamasından dolayı 8. Madde'nin ihlal edildiğini tespit etmiştir: başvuruçunun şikâyetçi olduğu atık arıtma tesisini kurma kararı alırken Kurul, başvuruçunun konutuna ve aile hayatına saygı gösterme yükümlüğünden habersiz olamazdı. Ayrıca, duyulan rahatsızlığı telafi etmemiştir.

Üçüncü Bölüm- Pozitif Yükümlülükler

8. Madde'nin amacı öncelikle , bireyi kamu otoritelerinin keyfi müdahalelerine karşı korumaktır. Fakat bu, devleti sadece böyle müdahalelerden kaçınmaya zorlamaz: bu başlıca negatif tahhüde ek olarak, yerine getirilmesi, etkin bir aile ve özel hayata saygı için işlevsel olan pozitif yükümlülükler de söz konusu olabilmektedir. Bu, halkın devlete karşı sahip oldukları haklar ve kamu otoritelerinden yasal olarak neyin beklenebileceğiyle ilgili artan bilincin sonucu olarak, daha da sık olmaktadır, özellikle çeşitli konularda bilginin gittikçe artan ulaşılabilirliği sokaktaki adamın bilimsel ve teknolojik buluşlardan haberdar olmasını daha kolay hale getirmektedir. 8. Madde kapsamındaki pozitif yükümlülükler ilk defa 1997 yılında *Marckx* davasında tartışılmıştır. Sonra Mahkeme, 8. Madde'nin 1. fıkrasında yer alan 'saygı' kelimesinin devletler üzerindeki pozitif yükümlülüklerin varlığını belirttiğini gözlemlemiştir. Fakat maddenin niteliği itibarıyla, böyle yükümlülüklerin tanımlanması, devletlerin istisna maddesi kapsamında sahip oldukları geniş takdir yetkisinden zarar görmektedir. 8. Madde hakları 2. fıkrada öngörülen şartlar mevcut olduğunda kısıtlamalara tabi olabileceği gibi, aynı zamanda, özellikle pozitif yükümlülüklerin kaynağı olarak bakıldığında 'saygı' kavramı bir şekilde

soyuttur. Sonuncu olarak, 8. Madde şikâyetlerinin çoğunluğu, devletten, muhalif bireyler veya birey grupları arasında çıkan ihtilafların karara bağlanmasının istendiği durumlara ilgilidir. Bu başvurular hakkında karar verirken Mahkeme, çoğu zaman, sadece, devletin söz konusu menfaatler arasında adil bir denge kurmadığına, böylelikle Sözleşme'nin ihlaline neden olduğuna karar verecektir. Yalnızca istisnai durumlarda, hakkını kullanırken başvurucuyu korumak için hangi uygun tedbirlerin alınması gerektiğini gösterecek kadar ileri gidecektir. Yine de , Sözleşmeciler Devletlerin, bireysel ilişkilerden (bireyler ve devlet arasında oluşan ilişkinin aksine) kaynaklanan tehlikelere karşı koruma sağlama yükümlülüğünü kapsamına alarak içtihat geliştirdiği için, 8. Madde'nin koruma alanı daha da karmaşık bir hal almıştır. Yukarıdakiler ışığında, bu sebeple, aşağıdaki analizler 8. Madde'nin dört alanını da kapsamaktadır.

Özel hayatın korunmasında

Bir kişinin cinsel alanının ve kişiler arası ilişkilerinin korunması yükümlülüğü 8. Madde'den doğan pozitif yükümlülüklerden bir tanesidir. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi, ilk olarak, temel değerlere ve kişinin özel hayatının esası un-

surlarına müdahale teşkil eden özel kişilerin hareketlerinin cezalandırılmasını gerektirir.¹⁸⁶ Ancak bu yükümlülük ceza hukuku yaptırımlarının yürürlükte olduğu durumlarda sınırsız medeni hukuk yollarının sağlanmasını dışlar şekilde yorumlanamaz, çocukların ve korunmasız bireylerin haklarının söz konusu olduğu durumlarda dahi.¹⁸⁷

Fiziksel ve psikolojik bütünlük özel hayat kavramının içindedir ve pozitif korumadan da yararlanır. Başvurucuya fiziksel ve sözlü olarak saldırıdan sorumlu olduğu iddia edilenler hakkında takipsizlik kararı verilmesi, şahsi dava açmasının fiili imkânsızlığı ile birlikte, *Janković* davasında, devletin 8. Madde'den doğan pozitif yükümlülüklerini yerine getirmemesi, ihlal için yeterli görülmüştür. *Tysiac* davasında Mahkeme, hamileliğin annenin hayatına ve sağlığına tehdit oluşturduğu durumlar hariç, kürtajı yasaklayan bir kanunun uygulanmasının sonuçları ile karşı karşıya gelmiştir. Hastane departman şefinin hamileliği sonlandırmayı tedavi sebepleriyle reddetmesini takiben, başvuru doğum sonrasında görme yetisini kaybetmiştir. Mahkeme 8. Madde'nin ihlal edildiğini tespit etmiştir zira Polonya, başvurunun tedavi amaçlı kürtaja hak sahibi olup olmadığına ilişkin ihtilaf bağlamında özel hayata saygı gösterilmesi hakkını koruma pozitif yükümlüğünü

¹⁸⁶ *X ve Y-Hollanda*, mağdurun reşit olmayan, akli engeli sebebiyle isteklerini belirleyemeyen, on altı yaşından (rıza yaşı) büyük bir kıza karşı cinsel saldırıda bulunan zanlıya karşı ceza davası açamamasıyla ilgilidir.

¹⁸⁷ *Stubbings-Birleşik Krallık*.

yerine getirememiştir. Bu koruma yükümlülüğü, Sözleşmeciler Devletlere hem özel hem devlet hastanelerini, operasyonun sonuçlarını tamamen anlama ve bilmeye, herhangi bir tıbbi müdahale gerçekleşmeden önce alınması gereken rızaya dayanan, hastalarının fiziksel bütünlüğü için gerekli tedbirleri almaya zorlayacak düzenlemeler getirme görevi yüklemektedir.¹⁸⁸

Belirli bir korunmasız gruba (Romanlar) ait kişilerin üreme sağlığına özel önem veren hukuki korumaların olmaması *V.C.* davasında pozitif yükümlülüğün ihlaline sebebiyet vermesi için yeterli olmuştur. Dava, aynı deneyimlerden geçmiş kadınlar tarafından getirilen bir dizi davanın ilki olarak, bir Roman kadının ikinci çocuğunu devlet hastanesinde doğururken zorla kısırlaştırılmasıyla ilgiliydi. Tıbbi kayıtların ortaya koyduğu gibi, sezaryen bölümünde doğumdan kısa bir süre önce, doğum sancısı çekerken ve her üç dakikada bir kasılmaları varken, tıbbi personel başvurucudan tıbbi dosyasındaki 'kısırlaştırma için talep' şeklindeki bir cümleyi imzalamasını istemiştir. Kadına, kendisi ve çocuğu risk altında olduğu için, imzanın gerekli olduğu söylenmiştir. Başvurucu kısırlaştırmanın ne demek olduğunu anlamamasına ve sonuçlarının ne olduğunu bilmemesine rağmen imza atmıştır. Zarara ilişkin talepleri yerel mahkemeler tarafından reddedilmiştir. 3. Madde kapsamında bulunan ihlale ek olarak –başvurucunun ma-

¹⁸⁸ *Codarcea*.

ruz kaldığı muamele, şikayetin o maddenin kapsamı altında getirilebilmesi için gerekli ağırlık eşiğine ulaştığından- Mahkeme ayrıca Slovakya'nın, bir Roman olarak başvurusunun üreme sağlığına yeterli dikkatin gösterilmesini temin etmediği için, 8. Madde kapsamındaki yükümlülüğünü yerine getirmediğini tespit etmiştir. Bu sonuca ulaşırken Mahkeme, hem Avrupa Konseyi İnsan Hakları Komiseri hem de Irkçılık ve Hoşgörüsüzlüğe karşı Avrupa Komisyonu'nun, Slovakya'da genel olarak kısırlaştırmaya ilişkin kanunlarda ve uygulamada ciddi eksiklikler tespit ettiğini hatırlatmış ve hayatın pek çok alanında ciddi şekilde dezavantajlı olan Roman halkının, bu eksikliklerden en çok etkilenmesi muhtemel grup olduğunu ifade etmiştir. Hükümet tarafından atanan Slovak uzmanlar benzer sonuçlara ulaşmışlar ve tıbbi personelin Romanlarla ilgili eğitimi konusunda belirli tavsiyelerde bulunmuşlardır. Başvurucuya ilişkin olarak, Mahkeme, tıbbi kayıtlarında yalnızca başvurusunun etnik kökenine göndermede bulunmanın, daha fazla bir bilgi olmaksızın, tıbbi personeldeki başvurusunun sağlığıyla, bir Roman olarak, ne şekilde ılgilenebileceğine dair belli bir zihniyeti gösterdiğini tespit etmiştir.

Cinsel Kimlik

Kişisel kimliğin pozitif korunması, esas olarak transeksüellerin cinsel kimliğiyle ilgili önemli gelişmelere sebebiyet vermiştir. Mahkeme'den ilk defa, *Rees* davasında, yeni statüsü

tanınmayan (kadından erkeğe) bir transeksüelin taleplerini değerlendirmesi istenmiştir. Başvurucu 8. Madde'nin, Hükümetin, medeni durum kayıtlarını onun cinsiyet değişikliğini içerir şekilde değiştirmesini veya en azından şerh düşmesini ve yeni cinsiyetini yansıtan bir doğum belgesi düzenlemesini gerektirdiğini iddia etmiştir. Konu hakkındaki bilimsel belirsizliklere ve Üye Devletlerdeki kanun ve uygulamadaki farklılıklara dayanarak, Mahkeme şöyle ifade etmiştir:

‘şu an için, hangi dereceye kadar transeksüellerin arta kalan taleplerini karşılayabileceğine karar vermeyi davalı devlete bırakmak gerekir’

ve her halükarda, 8. Madde Sözleşmeciler Devletlerin, medeni durum kayıtlarını kısmen de olsa değiştirmelerini gerektirecek şekilde yorumlanamaz. Birçok ülke (Birleşik Krallık dâhil olmak üzere) uygulamada, kişilerin kendi cinsel kimliklerini belirlemesini kabul etmiş ve yasal tanıma eksikliğinin sakıncalarını en aza indirmek için, Mahkeme tarafından da bir şekilde itibar gören adımlar atmışlardır.

Yetkili makamların medeni durum kayıtlarını başvurusunun yeni cinsiyetine uygun olarak değiştirmeyi reddetmesinin; medeni durum belgelerinin çıkarılması için tekrar eden ihtiyaç ve Fransız sisteminin ilgili kişinin hayatı boyunca bilgilerini güncel tutmayı amaçlaması sebebiyle başvurusunun günlük hayatta karşılaştığı zorluklar ışığında, 8. Madde'yi

ihlal ettiğinin tespit edildiği *B.-Fransa* davasındaki durumun farklı olduğu kabul edilmiştir.

Ancak Sözleşme yaşayan bir belgedir. Bu sebeple Mahkeme'nin böylesi hassas ve tartışmalı konular hakkındaki tutumunu değiştirmesi sürpriz değildir. *I.-Birleşik Krallık* ve *Goodwin* davalarında Mahkeme, bilimsel bilginin ve uluslararası uygulamanın gelişimini, hukuk sistemleri arasında uyum sağlama ihtiyacıyla birlikte dikkate alarak ve ayrıca yeni cinsiyetlerinin kanunen tanınmamasının bireyleri gittikçe güç duruma düşürdüğünü de göz önünde bulundurarak, artık devletlerin transeksüellerin statülerinin tanınmasıyla ilgili olarak takdir haklarının olmadığı sonucuna varmıştır. Bir tek manevra alanı olarak tanıma prosedürü kalmıştır. Böyle bir durumda dahi, cinsiyet değiştirme ameliyatı için yapılan tıbbi harcamaların karşılanması hakkının tanınması, ameliyatın tedavi açısından gerekliliği şartına bağlı tutulamaz.¹⁸⁹ Her halükarda, böyle bir ameliyata hak kazanmak için cinsiyet değiştirmeden önce bekleme süresi gibi sınırlamalar getirmek mekanik olarak uygulanamaz. Bu sebeple, başvurunun yaşıyla ilgili olarak, düşünme süresinin çok uzun olması halinde, bunun genel uygulaması pratikte cinsiyet belirleme ve kimlik özgürlüğüne zarar verebilir.¹⁹⁰

8. Madde'den doğan pozitif yükümlülüklerin transeksüellerin haklarına karşı ihlal edilmesi, ilgili kanundaki boşluktan

¹⁸⁹ *Van Kück-Almanya*.

¹⁹⁰ *Schlumpf-Isviçre*.

da kaynaklanabilir. Litvanya kanunlarının yalnız cinsiyet değişikliğini değil aynı zamanda medeni durumlarındaki değişikliği de tanıyor olmasına rağmen, tam cinsiyet değiştirme ameliyatını düzenleyen bir kanunun olmadığı *L.-Litvanya* davasında tartışılan esas mesele buydu. O zamana kadar, söz konusu bireylere uygun tıbbi olanaklar makul bir şekilde erişilebilir veya kullanılabilir durumda değildi. Sonuç olarak, başvuru kendisini bir transeksüelin ameliyat öncesindeki ara durumunda bulmuştur: bazı önemli medeni durum belgeleri değiştirilerek, kısmi ameliyat olmuştur, ancak tam ameliyat gerçekleşmeden kişisel kodu değiştirilmeyecektir; ve bu sebeple iş imkânları veya yurtdışına seyahat gibi özel hayatındaki belli bir takım durumlarda kadın olarak değerlendirilecektir. Mahkeme, cinsiyet değiştirme ameliyatıyla ilgili yasal boşluğun başvuruçuyu, özel hayatı ve gerçek kimliğinin tanınması arasında sıkıntılı bir belirsizlikte bıraktığını ifade etmiştir. Kamu sağlık hizmetlerindeki bütçe kısıtlamaları, transeksüellerin medeni kanundaki haklarının uygulanmasında başlangıçtaki gecikmeleri haklı gösterebilirken, gerekli kanun kabul edilmeden dört senenin geçmesinin aşırı olduğuna hükmetmiştir. Özellikle, söz konusu birkaç kişi olduğu düşünülürse, Mahkeme devletin üzerindeki mali yükün gereğinden fazla ağır olduğunun kabul edilemeyeceği değerlendirmesini yaparak, 8. Maddenin ihlal edildiğini tespit etmiştir.

Kişinin kökenini bilme hakkı

Gaskin davasında Mahkeme kişinin kökeniyle ilgili bilgiye ulaşmasını düzenleyen yol gösterici ilkeyi belirtmiştir:

Herkes, bireysel insanlar olarak, kimliklerinin ayrıntılarını saptayabilmelidir.

Söz konusu dava, devlet bakımı altındayken görmüş olduğu kötü muameleyle ilgili olarak, başvurusunun yerel otoritelere karşı ihmalleri sebebiyle tazminat davası açma isteğinden doğmuştur. Başvurucunun, bakım altında geçirdiği süreyi kapsayan olay kayıtlarının, yerel makamlar tarafından açığa çıkartılmasına yönelik yapmış olduğu başvuru, bu kayıtların özel ve gizli olması sebebiyle reddedilmiştir. Bu karar temyiz aşamasında onandıktan sonra, yetkili makamlar başvurusunun dosyasındaki bilgilerin, ancak, o dosyaya katkıda bulunan kişilerin ifşa edilmeye ilişkin rıza göstermeleri halinde -ki bu reddedilmiştir- kendisinin kullanımına sunulmasını öngören bir karar almıştır. Makamların meşru bir amaç izlediğini kabul ederken, Mahkeme şöyle ifade etmiştir:

başvurucunun durumundaki kişilerin, çocukluklarını ve erken gelişimlerini bilmek ve anlamak için gerekli bilgiyi alma hususunda, Sözleşme tarafından korunan hayati bir menfaati vardır.

‘Muhbir’lerin anonimliğinin sağlanmasındaki menfaatlerini dengeleyerek, böyle talepler hakkında karar vermeyle görev-

lendirilmiş bağımsız bir birim kurulması, Birleşik Krallığın 8. Madde’den kaynaklanan sorumluluklarını yerine getirmesinin yollarından biri olabilirdi. Fakat 8. Madde kapsamındaki erişim hakkı mutlak değildir. Gerçekten de, *Gaskin* davasında Mahkeme ancak derinlemesine bir araştırma yaptıktan ve söz konusu kamu menfaatlerini değerlendirdikten sonra başvuru lehine bir karara varmıştır.

Hukuki bağların belirlenmesi

Krušević davasında Mahkeme, kanuni ehliyetini kaybetmiş olması sebebiyle, başvurusunun babalığının tanınmasının imkânsızlığı durumuyla karşı karşıya gelmiştir. 8. Madde ihlali bulurken Mahkeme, ulusal mevzuata göre, ilgili makamların o dönemde, babalığın tanınmasına rıza göstermesi için başvurusunun vasisini çağırabileceğini gözlemlemiştir. Buna alternatif olarak, başvurusunun tamamen bağımlı olduğu yardım kurumu, babalığının tanınmasındaki teşebbüslere yardım etmek için girişimde bulunabilirdi. Yukarıda bahsedilen seçeneklerin hiçbirini izlenmediği için, başvuru hukuk yardım kurumu tarafından açılması gerekliydi ve başvuru her ne kadar aslında babalık sıfatının tanınmasını isteyen kendisiyse de, davalı sıfatını alacaktı. Sosyal hizmetlerin ulusal hukuka göre bu tür davalar açma yasal zorunluluğu yoktur ve belli bir süre sınırı da belirlenmemiştir ve böylece bu

olasılık, başvuruçunun bu yönde yazı işlerine verdiği beyana rağmen hiçbir zaman hayata geçmemiştir. Bu sebeple, iki buçuk yıl boyunca başvuruçucu, talepleri reddedildiği için hukuکی bir boşluk içerisinde kalmıştır. Mahkeme bu durumun, ne özel hayatının önemli bir unsurunu teşkil eden biyolojik bir gerçeği tespit etme hususunda hayati bir menfaati olan babanın, ne de çocuğun menfaatine olduğunun kabul edilebileceği sonucuna vararak 8. Madde ihlali bulmuştur.

Toplumsal özel hayatın korunması

*Von Hannover*¹⁹¹ davasında Mahkeme'den, kamusal figürlerin (Prenses Caroline, Monaco'yu yöneten ailenin üyesi) resmi sebeplerin dışında çekilen fotoğraflarının yayınlanmasının 8. Madde'yi ihlal edip etmeyeceği hususunda karar vermesi istenmiştir. Sonuç ise, kendi yargı yetkisindeki kişilerin görüntü haklarına, gazeteciler dâhil olmak üzere, üçüncü kişiler tarafından saygı gösterilmesini sağlama görevinin devletlere düştüğü yönündeydi. Başvuruçunun Monaco Prensiği'nde veya onu temsilen hiçbir resmi görevinin olmadığını, her ne kadar kamuya açık yerlerde görüntülenmiş olsa da çekilen resimlerin daha çok başvuruçunun özel hayatıyla ilgili olduğunu; ve onun bilgisi veya rızası olmadan paparazziler tarafından çekil-

¹⁹¹ Alman mahkemelerinin başvuruçucu ve ailesini tatilde görüntüleyen iki resmin yayınlanmasının yasaklamasıyla ilgilitalalebinyasaklamayı reddetmesiyle ilgili aynı başvuruçunun diğer iki davası, bu elkitabının yazımı aşamasında Büyük Daire önünde derdesttir.

miş olduğu gerçeğini de göz önünde bulundurarak, Mahkeme özel hayatın korunmasının aile hayatı çemberinin ötesine geçip, sosyal boyutu da içine aldığı tespit etmiştir. Bir kişi, halk tarafından tanınsa bile, özel hayatına saygı gösterilmesi ve özel hayatının korunması yönünde meşru bir beklentiye sahip olabilmelidir. Sonuç olarak Mahkeme, Almanya'nın, özel hayatları sadece özel alanlarında korunması gereken 'mükemmel çağdaş toplum figürleri' ile başvuruçucu gibi daha geniş korumayı hak eden 'görece halk figürleri' arasında yaptığı ayrımına ilişkin kanunlarını netleştirme yükümlüğünün olduğunu ifade etmiştir. Ancak *Mosley* davasında Mahkeme, başvuruçunun cinsel faaliyetleriyle ilgili basılı ve internet makalelerinin, görüntü ve videoların yayımlanması sebebiyle 8. Madde ihlali bulmamış ve bu maddenin, medyayı, planlanan yayınlara ilişkin olarak ilgili kişilere önceden haber vermeye zorlayacak şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir.

Özel sanayinin düzenlenmesinde

8. Madde kapsamında devletler yalnızca bireylerin hakkına ileriye etkili koruma sağlamakla değil aynı zamanda hakkın kullanımının üçüncü kişilerin hareketleri veya faaliyetleri tarafından engellenmemesini temin etmekle de yükümlüdürler. Mahkeme tarafından bu bakımdan incelenen 8. Madde davalarının çoğu, sanayi bölgelerinin, iddia edilen zararlı faaliyetleri ve sonrasında, isteyerek veya kazayla tehlikeli mad-

delerin çevreye yayılmasıyla ilgilidir. *Fadjevva* davasında, çelik fabrikasının etrafındaki sağlıklı güvenlik bölgesinde yer alan bir belediye konutunda oturan başvuru, sanayinin evine yakın bir yerde faaliyet gösteriyor olması sebebiyle, hayatını ve sağlığını tehlikeye sokmasından ve yetkili makamların onu başka bir yere yerleştirmemesinin 8. Madde kapsamında devletlerin taşıdığı pozitif yükümlülükleri ihlal ettiğinden şikâyet etmiştir. Mahkeme yetkili makamların beyanlarına dayanarak, tehlikeli maddelerin Rus kanunu tarafından belirlenen ‘izin verilen maksimum seviye’yi fazlasıyla aştığını belirtmiştir. Başvuru tarafından bu bölgenin dışında bir yere yerleştirilmek için açtığı dava, başvuru Mahkeme tarafından başvuru hakkı olduğu saptanan ‘öncelikli bekleme listesi’nin aksine, ‘genel bekleme listesi’ne alınmasıyla sonuçlanmıştır. Bu sebeple, Strazburg hâkimleri davalı devletin, toplumun menfaatleri ile başvuru konutuna ve özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını etkin bir şekilde kullanması arasındaki adil dengeyi kuramaması itibarıyla Sözleşme’nin 8. Madde’sinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Her ne kadar demir fabrikasını kontrol eden veya işleten devlet olmasa bile, Mahkeme, devletlerin çevre davalarındaki sorumluluğunun özel sanayi düzenleyememesinden kaynaklanabileceğini gözlemlemiştir.

Kirlenmeye neden olan faaliyetin ulusal kanunları ihlal etmesi durumunda, işletmenin kanuna aykırı olarak faaliyete

devam etmesinde, devletin veya genel ekonominin yararını ileri sürmek zorlaşır.¹⁹² Çevresel etki değerlendirmesinin geç uygulanması devletin sorumluluğunu gerektirebilir.¹⁹³ Ancak Mahkeme, bilimsel ve teknik çevrelerde söz konusu faaliyetlerle ilgili kesinliğin olmamasını, çevreye yönelik ciddi risk oluşturan ve geri dönüşü olmayan zararları engellemeyi amaçlayan etkin ve orantılı tedbirlerin kabul edilmesini ertelemek için gerekçe olarak kullanılmasını kabul etmeye istekli değildir. Bu bakımdan, Strazburg hâkimleri, amacı, sağlığın, tüketici güvenliğinin ve çevrenin yüksek düzeyde korunmasını sağlamak olan önleme ilkesinin¹⁹⁴ üstün gelmesi gerektiğini açıkça belirtmiştir.¹⁹⁵

Çevre ve sağlık tehlikeleriyle ilgili bilgi sağlanmasında

Guerra ve diğerleri davasında Mahkeme, İtalya’nın, yakınlarındaki kimya fabrikasında bir kaza olması halinde ne şekilde hareket edileceği ve risk faktörleri hakkında yerel halka bilgi vermemesinin, özel hayat ve aile hayatı açısından 8. Madde’yi ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Bu bilgi, başvuru

¹⁹² *Guerra ve diğerleri ve -López Ostra*.

¹⁹³ *Giacomelli-İtalya*.

¹⁹⁴ 1992 Rio Deklarasyonunda açıkça yer alan ilke *acquis communautaire*’in bir parçası olarak görülmektedir. Maastricht Anlaşması’na dâhil edilmesi, ilkenin felsefiden hukuki alana evrimini göstermiştir.

¹⁹⁵ *Tatar -Romanya*. Dava, değerli metallerin çıkarılması için kullanılan tehlikeli kimyasal maddelerin çevreye yayılmasıyla ilgilidir.

tarafından açık bir şekilde yetkili ulusal makamlardan istenmiştir. En sonunda, bilgi ancak endüstriyel üretim sona erdiğinde verilmiştir. Yaşam alanlarıyla ilgili riskler hakkında çevresel bilgi isteme ve alma boyutlar-arası hakkı, hem Daire hem de Büyük Daire'nin, şikâyeti 2. Madde açısından incelenmesi yönünde ikna olduğu *Öneryıldız-Türkiye* davasının da konusunu oluşturmuştur.

Askerlerin maruz kaldıkları kimyasal deneylerin neden olduğu sonuçlara ilişkin bilgilerin ifşa edilmemesi, 8. Madde'nin ihlal edilmesiyle ilgili değişik kararların alınmasına yol açmıştır. *McGinley ve Egan* davasında başvuruçuların Christmas Adası'ndaki radyasyona ilişkin kayıtların ifşa edilmemesinin, onların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiğine dair şikâyeti reddedilmiştir. Strazburg hâkimleri, devletin, 8. Madde'den kaynaklanan tehlikeli faaliyetlerde (örneğin nükleer deneyler) yer alanların tüm ilgili ve uygun bilgiye erişimlerini sağlayan uygun mekanizmaların kurulması pozitif yükümlülüğüne uyduğunu gözlemlemiştir. Başvuruçuların söz konusu mekanizmaları harekete geçirmedeki herhangi bir kusuru devletin, 8. Madde'nin pozitif yönünü ihlal ettiği sonucuna varılmayarak, bu madde altındaki sorumluluğunu harekete geçirememiştir. *L.C.B.* davasında, Christmas Adası'ndaki askerler ve onların çocuklarının sağlıkları üzerindeki etkileri ele alan Mahkeme, kural olarak, başvuruçunun, devletin ebeveynlerine re'sen tavsiyede bu-

lunmaması ve annesine lösemi teşhisi konmadan önce sağlığının izlenmemesine yönelik şikâyetini 8. Madde açısından incelemeye açık olduğunu belirtmiştir. Ancak, şikâyet daha önce 2. Madde kapsamında incelenmiş olduğu için, incelemeye devam edilmemiştir. *Roche* davasında eski bir asker, Britanya Silahlı Kuvvetleri gözetiminde yürütülen hardal ve sinir gazı testlerine katılımı sonucu kendisinde yüksek kan basıncı, hipertansiyon, bronşit ve astım bronşit geliştiğini iddia etmiştir. Maluliyet aylığı için, testler ve başvuruçunun iddia ettiği tıbbi durum arasındaki illiyet bağıını ortaya koyacak güvenilir delil olmadığı tespitinde bulunan Maaşlar İtiraz Mahkemesi'ne başvurmuştur çünkü başvuruçudan hareketle geçirilen tüm tıbbi ve siyasi yollar yalnızca kısmi açıklama ile sonuçlanmıştır. Bilgi eksikliğinin sebebi aynı zamanda, konu üzerine yapılan büyük çaplı epidemiyolojik çalışmaların ancak başvuruçudan kayıtlar için yaptığı araştırmasına başladıktan neredeyse on sene sonra ve Mahkeme'ye başvuru yaptıktan sonra başlamış olmasıydı. Başvuruçunun kimyasal deneylere katılımıyla bir risk altına girip girmediğine ilişkin belirsizliğin, kendisinde kaygıya ve strese yol açmış olması makul bir şekilde kabul edilebilirdi. İlgili bireylere açıklama yapma ve bilgi verme yükümlülüğünün olmaması, açıklamanın parça parça yapılması ve dört yıldan fazla bir süre sonra hala tamamlanmamış olması durumu, yukarıda anlatılan diğer durumlarla birlikte ele alındığında, Birleşik Krallık'ın, başvuruçunun deneylere katılımı sırasında maruz

kaldığı herhangi bir riski, başvuruçunun ve aylağa ilişkin talebi ele alan mahkemenin değerlendirmesine izin verecek, tüm ilgili ve yeterli bilgiye ulaşmasına olanak veren etkin ve ulaşılabilir bir yol sağlama pozitif yükümlüğünü yerine getiremediğinden dolayı, Mahkeme'nin 8. Madde ihlalini tespit etmesine yol açmıştır.

Tehlikeli faaliyetlerle ilgili yeterli bilgi verme pozitif yükümlülüğü, tutuklular gibi belirli bir yerde yaşamaya zorla mecbur edilen bireylere ilişkin de uygulanır. *Brândușe* davasında Mahkeme, cezaevinden 20 metre uzakta bulunan, eskiden evsel atıkların boşaltılması için kullanılan bölgeden gelen kirli hava ve kötü kokuyla ilgili şikâyetle ilgilenmek durumunda kalmıştır. Atık alanı, Belediye Meclisi tarafından yönetilen bir şirketin idaresi altındaydı. Başvuruçunun sağlığının kötüye gitmesi ile cezaevinin eski çöplüğe yakın olması arasında illiyet bağı bulunmamasına rağmen, Mahkeme şikâyeti 8. Madde kapsamında incelemeye karar vermiştir. Çevresel çalışmaların sonuçları ve başvuruçunun söz konusu rahatsızlıklara tahammül etmek zorunda kaldığı sürenin uzunluğu ışığında, başvuruçunun hayat kalitesi, refahı ve son olarak özel hayatının, yalnızca özgürlüğünden yoksun kalmasına bağlanamayacak şekilde olumsuz olarak etkilendiği belirtilmiştir. 8. Madde'nin uygulanabilirliği aynı zamanda, şikâyetin boyutlarının-tutukluluk koşullarından farklı olarak, başvuruçunun mahkûmiyetini çektiği uzun yıllar boyunca, kendisinin kullanımında olan tek yaşam alanını etkilemiş ol-

ması durumuna dayandırılmıştır. Romanya'nın sorumluluğu beş temel noktada gerekçelendirilmiştir:

- ❖ çöplüğü idare eden şirket, Belediye Meclisi tarafından yönetiliyordu, bu sebeple ortaya çıkardığı kötü kokudan doğrudan sorumlu olduğu kabul edilebilirdi;
- ❖ her ne kadar çöplük, resmi olarak sadece beş sene kullanımında kalmış olsa da, ortaya çıkan deliller, makamların etkin bir şekilde alanın kapatılmasını sağlayamadığı için, oranın daha sonra özel kişiler tarafından kullanıldığını ortaya koymaktadır.
- ❖ işletilmesi ve kapanmasıyla ilgili uygun bir iznin olmaması, otoriteler tarafından göz yumulan çöplüğün faaliyetlerini illegal hale getirmiştir;
- ❖ kirliliğin etkileriyle ilgili, alana ruhsat verilmeden önce yapılması gereken ön çalışmalar, ancak çöplük terk edildikten üç sene sonra ve ancak alandaki şiddetli bir yangından sonra yapılmıştır;
- ❖ kötü kokuların neden olduğu, bölge sakinlerine kabul edilmez derecede rahatsız verilmesine yol açan faaliyetin ulusal kanunların öngördüğü şartlara uymadığına yönelik deliller.

Sağlıksız yaşam alanlarına alternatif getirilmesinde

Belirli bir yerin olumsuz çevre koşullarının, şiddetli kirliliğe,

orada yaşayan kişilerin sağlık problemlerine veya evlerinin zarar görmesine sebep olması durumunda, devletlerin durumdan etkilenen herkesi, özel ve aile yaşamlarının korunmasını temin etmek için başka bir yere yerleştirme yükümlülüğü vardır. Alternatif olarak, kirliliği zararlı seviyelerin altına indirmek için devletler değişik tedbirler belirlemelidir. Kişileri başka bir yere yerleştirmemesi veya düzeltici önlemleri uygulamaması 8. Madde'nin ihlal edilmesine sebep olacaktır.¹⁹⁶

Aile hayatının korunmasında

Aile hayatına gelindiğinde, içtihat 8. Madde'den kaynaklanan başlıca iki tür sorumluluğa işaret etmektedir: ilki, aile bağlarına hukuki tanıma sağlama, ikincisi ise aile hayatını korumak için harekete geçme. Aşağıdakiler bu iki alanda devletlerin taşıdığı pozitif yükümlülüklerle genel bir bakıştır.

Aile bağlarının tanınmasında

Belçika'daki gayrimişruluk kanununun belli yönlerinin aile hayatı üzerindeki etkileriyle ilgili bir şikâyeti ele alırken, Mahkeme şunları açıklama fırsatı bulmuştur:

Devlet, iç hukuk sisteminde, evli olmayan anne ve çocuğu arasında olduğu gibi, belirli aile bağlarına uygulayacak rejimi belirlediğinde, söz konusu kişilerin normal

¹⁹⁶ Dubetska ve diğerleri-Ukrayna.

bir yaşam sürmelerine izin vermelerini hesaplamış şekilde hareket etmelidir. 8. Madde'de öngörüldüğü gibi aile hayatına saygı gösterilmesi, Mahkeme'ye göre, özellikle, doğum anından itibaren çocuğun ailesine entegrasyonunu mümkün kılan, iç hukuktaki yasal güvencelerin var olmasını gerektirir. Bu bağlamda devletin çeşitli yol seçenekleri vardır, fakat bu şartı karşılamayan bir kanun, 2. fıkra altında incelemeye gerek kalmaksızın, 8. Madde'nin 1. fıkrasını ihlal eder.¹⁹⁷

Aile hayatının normal ilişkilerin ve meşru düzenlerin ötesine geçtiğini ifade ederken, Mahkeme 8. Madde'deki şartları karşılayan bir kanun çıkartmanın yeterli olmadığını zira uygulamasının ve yorumunun da bir o kadar önemli olduğunun altını çizmiştir. Yerel mahkemelerin iç hukuku Sözleşme'ye uygun olarak yorumlama yükümlüğü varken, devletin sorumluluğu ancak açık bir yorum hatası yaptıklarında doğacaktır: sorumluluğu başlatabilmek için bu sebeple ulusal mahkemelerin olayları veya iç hukuku yorumlaması açıkça mantıksız veya keyfi veya bariz bir şekilde Sözleşme'nin temel ilkeleriyle bağdaşmaz olması gerekir. Buna karşılık, 8. Madde müdahaleleri, toplumsal gerçekliği, boş ve tamamıyla teorik biyolojik gerçeklik karşısında koruma ihtiyacına dayandırıldığı zaman, ihlal bulunmayacaktır.¹⁹⁸ Ancak, Strazburg içtihadı istisnalara yer bırakmaktadır, bunlardan en

¹⁹⁷ Marckx.

¹⁹⁸ Yousef-Hollanda.

önemlisini oluşturan 1997 tarihli karar, ‘AID bir çocuk’ (suni dölllenme yoluyla doğan) ile annenin partneri olan, kadından erkeğe transseksüel sosyal babası arasındaki babalık bağının yasal tanınmasının olmamasının 8. Madde’yi ihlal etmediğine hükmetmiştir.¹⁹⁹ Sözleşme’nin yaşayan karakteri ve transseksüellelikle ilgili meselelerde değişen sosyal algı dikkate alındığında, bu tutumun çok geçmeden değiştirilmesi bir sürpriz olmayacaktır. Gerçekten, *I ve Goodwin* kararlarında Mahkeme, yalnızca doğum anında kaydedilen biyolojik cinsiyeti kabul eden ulusal yasaların, evlenme hakkının özünü ihlal ettiği sonucuna vararak, evlenme amaçlı olarak cinsiyet değişikliklerinin kaydedilmesiyle ilgili tutumunu çoktan değiştirmiştir.

Aile hayatına saygı gösterilmesi pozitif yükümlülüğü yalnızca aile bağlarının tanınmasının mümkün olmasını gerekli kılmaz, aynı zamanda bunun tersine, ilgili şahısların hiçbirinin böyle bir tanıma zorlanmamasını da gerektirir. Bu demek oluyor ki, bir çocuğun babalığına itiraz etmek isteyen gayri meşru çocuğun babası sayılan kişi, hukuki varsayımlara veya önceki tanıma (örneğin tanıma zamanında mevcut veya ulaşılabılır olmayan, yeni bir biyolojik delil sebebiyle) meydan okuyarak, bunu yapma imkânına sahip olmalıdır.²⁰⁰

Aile hayatının korunmasında

Bir kez kurulduğunda, aile hayatı ancak istisnai durumlarda

199 X, Y ve Z-Birleşik Krallık [GC].

200 Phinikaridou-Güney Kıbrıs; Shofman- Rusya.

kesintiye uğrayabilir. Tabi ki, bu Sözleşme’nin ayrılığı veya boşanmayı yasakladığı anlamına gelmemektedir. Onun yerine, demek istediği, ebeveynle çocuk arasındaki ilişkinin kopmasına sebebiyet veren olaylara son verilmesidir. İlgili içtihat, devletlere bu anlamda, taşıdığı pozitif olanlar dâhil, çeşitli yükümlülükler öngörmüştür. Bunlar esasen usule ilişkindir ve aile üyelerini ayıran süreç, velayet ve ziyaret haklarıyla ilgili kararların nasıl uygulandığının yanı sıra, ayrılma gerçekleştirildikten sonra aile bireylerinin bir araya gelmesini kolaylaştıran tedbirlerle de ilgilidir.²⁰¹ Usule ilişkin yükümlülükler aynı zamanda velayet yetkilerinin verilmesinin esasına ilişkin yasal denetim talep etme hakkını da kapsamaktadır.²⁰²

Yerleştirme ve evlat edinilmek üzere, çocukların ailelerinin yanından alınma kararları 8. Madde anlamında aile hayatına ciddi bir müdahale teşkil eder, özellikle, sonuçları geri dönülmez olduğunda. Bu, Mahkeme’nin neden karar verme sürecine özel bir önem verdiğini açıklamaktadır her ne kadar Sözleşme’de böyle bir usuli gereklilik belirtilmemiş de olsa. Artık, ebeveynlerin idari ya da adli olabilen bu tür süreçlere dâhil edilmesi yerleşik bir kuraldır. Önemli olan, menfaatlerinin düzgün bir şekilde dikkate alınması ve çatışan menfaatlerin dengelenmesidir. Katılım şekilleri veya dâhil olma seviyeleri henüz belirlenmemiştir, zira bunlar

201 Olsson.

202 Zaunegger-Almanya.

fazlasıyla söz konusu tedbirin ciddiyetine bağlı olacaktır.²⁰³ Yalnızca istisnai durumlarda, örneğin eylemin, acil durumda çocuğu korumak için yapılması veya çocuğun velayetini elinde bulunduranların çocuğa karşı ani tehdidin kaynağı olarak görülmesi halinde, Mahkeme küçüğün velayetini elinde bulunduranların karar verme sürecine dâhil edilmemelerinin 8. Madde'ye uygun olduğunu kabul edecektir. Ancak bu gibi durumlarda, Mahkeme'nin, çocuğun ebeveynlerinin bakımı altından önceden iletişime geçilmeksizin veya danışılmaksızın ani bir şekilde alınmasını meşru kılan durumların olduğunu değerlendirmeye ulusal makamların hakkı olduğuna ikna olması gerekir. Dava hakkında karar verirken, devletin önerilen koruma tedbirinin ebeveynler üzerindeki etkisi hakkında bir değerlendirme yapıp yapmadığına ve imkân dâhilindeki diğer alternatifleri araştırıp araştırmadığına özel bir ağırlık verilecektir.²⁰⁴

Her halükarda, yol gösterici kural, koruma kararlarının şartlar izin verir vermez sona erdirilmesi gereken geçici önlemler olarak görülmesi gerektiğidir ve geçici korumayı uygulayan tedbirlerin öz ebeveyn ve çocuğun bir araya getirilmesi nihai amacına uygun olmasıdır. Aile birleşimini kolaylaştıran önlemler alma pozitif yükümlülüğü, makul bir şekilde mümkün olur olmaz, koruma sürecinin başlamasından itibaren gittikçe artan bir şiddetle yetkili makamlar üzerinde yük ola-

203 *SahinŞahin- Almanya [GC]*.

204 *Venema-Hollanda*.

caktır, daima çocuğun üstün yararını göz önünde bulundurma yükümlülüğüyle dengelenmesi koşuluyla.²⁰⁵

Aile hayatını koruma pozitif yükümlülüğü aynı zamanda adli bir kararlar ayrılmış olan kardeşlerin iletişimini kolaylaştırma görevini de kapsar. Bu karar yerel mahkemeler tarafından re'sen alınmışsa, daha da geçerlilik kazanır. *Mustafa ve Armağan Akın* davasında Mahkeme, çocukların arasındaki bağı muhafazaya yönelik amacın ebeveynlerin takdirine bırakılmayacak kadar önemli olduğunu gözlemlemiştir, özellikle ebeveynde engelleyici bir davranışa yönelik açık belirtilerin olması durumunda. Sonuç olarak, kardeşlerin neden ayrıldığına ve ebeveyn tarafından yapılan görüşlerin düzenlenmesi taleplerinin neden reddedildiğine ilişkin yerel mahkemelerce verilen kararların gerekçeden yoksun olması davayı ele alan hâkimlerin, kardeşlerin birbirlerini düzenli olarak görmelerini temin edecek uygun alternatif düzenlemeler bulamamasıyla birlikte, Mahkeme'nin 8. Madde ihlali tespit etmesine yol açmıştır. Dava hakkında karar verirken Mahkeme, yalnızca velayet davalarında çocuğun üstün yararına büyük önem verilmesine değil, fakat aynı zamanda çocukların sesinin duyulması gerektiğine de vurgu yapmıştır:

Ödemiş Mahkemesi yalnızca çocukların görüşlerini almamakla kalmamış, bir de, başvuruçular tarafından durumun onlar üzerinde psikolojik problemlere yol açtı-

205 *Kve T.- Finlandiya [GC]*.

ğının bildirilmesine rağmen, kararını psikolojik ve diğer uzman değerlendirmeleri gibi herhangi bir delile dayanmamıştır.

Velayeti tanıyan veya görüşme haklarını düzenleyen adli kararların uygulanmaması aynı zamanda devletin uluslararası sorumluluğunu da gündeme getirebilmektedir. Tipik durum, velayet hakkını elinde bulunduranlardan veya büyük anne/babadan birinin bu hakkın diğer ebeveyn tarafından kullanılmasına itiraz etmesi ve devletin mahkeme kararının uygulanmasını temin etmemesi halinde ortaya çıkar. Mahkeme'nin bu husustaki tutumu oldukça ılımlıdır: devletler üzerindeki pozitif yükümlülüğün varlığını kabul ederken, bu görevin mutlak olmadığını, özellikle çocuğun üstün yararı ve 8. Madde kapsamındaki haklarıyla dengelenmesi gerektiğini belirtmiştir. Her davada, yerel otoritelerin adli kararları icra ederken ebeveynlerle işbirliğini sağlamak için, her davanın kendi özel koşulları içerisinde makul bir şekilde talep edilebilecek gerekli asgari hususları yapmış olmaları koşuluyla, Mahkeme 8. Madde ihlali tespit etmemektedir. İlgililer için gecikmenin sonuçlarının geri dönülmez²⁰⁶ olması itibarıyla, özellikle aile bireylerinin bağları kuvvetlendirme fırsatının olmamasıyla birleşince, örneğin sosyal yardım kurumlarının, yeniden birleşmeyi kolaylaştırma yönünde ciddi ve devamlı çabalarının olmaması veya vasinin erişim hakkına getirilen sınırlamalar

206 Pawlik-Polonya; Zwadka-Polonya; Bove -İtalya; Reigato Ramos- Portekiz.

sebebiyle, yukarıda bahsedilen durumların tamamında zaman unsuruna özel bir önem verilmiştir. Bunlar, 8. Madde'den kaynaklanan pozitif yükümlülüklerle açıkça ters düşecek şekilde, ulusal organların çocuğun ilişkisini öz ailesinden ziyade, ikame bakıcıyla güçlendirmeye yönelik niyetlerinin bir göstergesi olabilir.²⁰⁷ Buna karşılık, ayrılmanın üzerinden epey bir süre geçtikten sonra, bir çocuğun *de facto* aile durumunun tekrar değiştirilmemesindeki menfaati, ebeveynlerin ailelerinin tekrar birleşmesi menfaatlerine ağır basabilir.²⁰⁸

Devletler 8. Madde'nin uygulanabilir olduğu her durumda aile hayatını korumakla yükümlüdürler. *Moretti ve Benedetti* davasında, doğumundan hemen sonra beş ay süreyle başvuruçuların ailesinin yanına yerleştirilmiş olan evlatlık çocuk hakkında, özel evlat edinme kararı için başvuruçuların yapmış olduğu talebin, bebeğin evlat edinilmeye müsait olduğu ilan edilmeden ve başka bir çift seçilmeden önce, dikkatli ve hızlı bir şekilde incelenmemesinden dolayı, Mahkeme devletin pozitif yükümlülüğünü ihlal ettiği sonucuna varmıştır. Mahkeme kendi gerekçelerinin, çocuğun refahını sağlamak için alınması gereken tedbirlerle ilgili ulusal makamların dayandığı gerekçelerin yerine geçmeyeceğini kabul ederken, Strazburg hâkimleri ulusal yargılamadaki eksikliklerin başvuruçuların aile hayatı üzerinde doğrudan etkisi olduğunu gözlemlemiştir.

207 R.-Finlandiya.

208 K.A.

Pozitif yükümlülükler, uluslararası çocuk kaçırmaya ve göçmenleri ilgilendiren durumlara ilişkin 8. Madde davalarında da sıkça söz konusu olmaktadır. Bunların kaygı verici artışının yanı sıra uluslararası hukuk açısından taşıdıkları karmaşık anlamları ışığında, aşağıda IV. Bölümde, Bölüm IV-seçilmiş problem alanları, sayfasında incelenmektedir.

Dış tehditlerden korunmasında

8. Madde, otoritelere, potansiyel tehditlerin aile içerisinden geldiği ve bu nedenle ‘özel mesele’²⁰⁹ olarak sayılabildiği zamanlarda dahi, bireylerin özel ve aile hayatının ihtiyacı olan korumayı sağlama yükümlülüğünü kapsamaktadır. *Bevacqua ve S.* davasında başvuruçular, Bulgar makamlarının Bayan Bevacqua’yı taciz eden, başvuruçunun tecavüze ilişkin suçlamaların soruşturulmasını talep etmesiyle saldırganlığı artan eşinden boşanmasının yol açtığı güç durumda, onların özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini temin edememesinden şikâyet etmiştir. Mahkeme, ihtilafın ‘özel-kişisel- mesele’ olarak görülmesinin, otoritelerin başvuruçuların aile hayatını koruma yükümlülüğüne aykırı olduğunun altını çizmiştir. Ulusal mahkemelerin, çocuğun refahını olumsuz olarak etkileyen bir durumda gecikmeden geçici velayet tedbiri alamamış olması gibi, başvuruçunun eski eşinin davranışlarına karşılık yetersiz tedbirlerin alınmış olması, aile hayatı açısından 8. Madde’nin ihlal edildiğinin tespit edilmesine yol açmıştır.

209 E.S. ve diğerleri-Slovakya.

Bir takım ceza davalarında başvuruçuyu kocasından (post-travmatik stres, paranoya, anksiyete ve epilepsiden muzdarip eski bir asker) korumak için, mahkemeler tarafından alınan tedbir kararlarının çoğunu ulusal makamların uygulamaması veya saldırgan hareketlerinin sebebi olarak görünen psikiyatrik problemleriyle ulusal makamların ilgilenmemesinden dolayı Mahkeme’nin 8. Madde’nin özel ve aile hayatı açısından ihlal edildiğini tespit ettiği *A.- Hırvatistan* davasında, 8. Madde’nin özel hayat ve aile hayatı boyutları birlikte ele alınmıştır. Ulusal mahkemelerin, başvuruçunun hayatına ani bir riskin olduğunu gösterememiş olmasına dayanarak, eski kocasının kendisine yaklaşmasını veya kendisini taciz etmesini önleyecek yeni bir koruma tedbiri almayı reddetmesini, bahsi geçen hükmün ihlali olarak görmüştür. Başvuruçunun eski kocası tarafından saldırılması ve ölümlü tehdit edilmesinin ardından çocuğuyla birlikte barınakta sığınma talep ettiği *Hajduová* davasında, makamların, taciz eden aile bireylerinin psikiyatrik tedavi için gözetim altına alınmasını temin edememesinin Sözleşme’nin ihlalinin oluşturduğu sonucuna varmıştır. Kocasının hastaneden gerekli tedaviyi almadan çıkmasının ardından, tehditler tekrar etmiştir. Ulusal yargı mercileri, daha sonra, adamın hastanede tedavi edilmediğine yönelik başvuruçunun şikâyetini reddetmiştir. Slovakya’nın, özellikle savunmasız durumda olan bireylerin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü koruma yükümlülüğü altında olduğunu yineleyerek Mahkeme, özel ve aile hayatı açısından ihlal tes-

pit etmiştir: her ne kadar başvuruçunun eski kocası, hastaneden çıkmasının ardından aslında herhangi bir saldırıda bulunmamış olsa da, tehditlerin gerçekleştirilebilmesi korkusu temellidir ve makamlar psikiyatrik tedavi için onun gözetim altına alınmasını garanti edememiştir.

İnternetin, anonim karakterinden dolayı suçla ilgili amaçlarla kolayca kullanılabilir olması göz önünde bulundurulduğunda ve cinsel çocuk istismarı vebası dikkate alındığında, Mahkeme reşit olmayanları, internet aracılığıyla pedofilinin hedefi olmalarından koruyacak bir sistem getirilmesinin devletin 8. Madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerinden biri olduğunu açıklamıştır. *K.U.-Finlandiya* davasında, internet hizmet sağlayıcılarının gizliliği ile düzenin korunması ve suçu önlenmesi ve bireylerin haklarının korunmasını bağdaştıran yasal çerçevenin olmadığı durumda, küçüğün fiziksel ve ahlaki esenliğine karşılık, üstünlüğü, hizmetin mahremiyetine vermesi sebebiyle, devletin başvuruçunun özel hayatını koruyamadığı sonucuna varmıştır.

Konutun korunmasında

Mahkeme'den, 'konut'a ilişkin Sözleşme'nin 8. Madde'sinden doğan pozitif yükümlülüklerle makamların uymamasıyla ilgili az sayıda şikâyetle ilgili karar vermesi istenmiştir. Çoğu durumda, şikâyetler, bir kişinin meskenine başka bireyler

veya kamu görevlileri tarafından tecavüz edilmesine ilişkindir. Kişinin konutuna kamu otoritelerinin zorla girmesine ilişkin olarak Mahkeme'nin görüşü nettir: ulusal hukuku ve politikaları soyut olarak incelemek Mahkeme'nin alanına girmemektedir, uygulaması, etnik azınlıklara mensup olanların geleneksel yaşam tarzını engellemesi durumunda dahi.²¹⁰ Bunun sonucu olarak, devletlerin belli bir konut politikasını uygulamaya mecbur edilemeyeceği söylenebilir. Ancak Mahkeme, kişinin konutunu kullanımının üçüncü kişiler tarafından engellenmesine ilişkin davaları ele alırken, aşağıdaki hususları, 8. Madde kapsamında öngörülen pozitif yükümlülüklerin ihlaline sebep olabilecek durumlar olarak belirleyebilmiştir. Bunlar:

❖ Kanunun özensiz bir şekilde uygulanması. *Novoseletskij* davasında Mahkeme, davadan sorumlu yerel yargı mercilerinin, kullanım hakkına ilişkin üç sene süren yargılamada başvuruçunun özel ve aile hayatını korumak için mevcut olan tüm yolları kullandığına ikna olmamıştır. Mahkeme, başvuruçunun mahkemelerden uzun süre dairesini kullanamamasından kaynaklanan zararını ele almasını talep etmesi sebebiyle, talebinin sıkı ev sahibi-kiracı ilişkisinin ötesine geçerken, ulusal yargı mercilerinin başvuruçunun tazminat talebini 'ev sahibi-kiracı ihtilaflarında manevi tazminat kanun tarafından öngörülmemiştir' gerekçesiy-

210 Chapman.

le reddedilmesinden özellikle etkilenmiştir. Mahkeme, yerel mahkemelerin kararını detaylı olarak incelediğinde, ulusal hâkimin, başvurunun yokluğunda evin kullanıma açılmasının hukukiliğini araştırmadığını tespit etmiştir, her ne kadar o sorunun önemi açık ve inkâr edilemez olsa, ya da takibat birimi olaya ilgi göstermese de.

- ❖ Mülkiyet hakkı veya kullanım hakkı ile ilgili bir kararın uygulanmasında uzun ve gerekçesiz gecikme. *Surugin* davasında Mahkeme, başvurunun konutunu kullanma hakkının ihlal edilmesi günlük bir vaka halini almışken, üçüncü kişinin tapusunun iptalinden ancak bir buçuk sene sonra idari cezaya çarptırılmış olmasını dikkat çekici bulmuştur.
- ❖ Ulusal mevzuatta tanımlanan konut stokları üzerinde devlet denetiminin olmaması. Yukarıda alıntı yapılan *Novoseletskij* davasında, başvuru en sonunda, insan yerleşimine uygun olmayan bir daire geri alabilmiştir. Devletin konut stokuna sahip çıkmak ve idare etmekle görevli olan birimi, ne zararları gidermek için mümkün olduğunca çabuk bir şekilde gerekli çalışmayı yapmış ne de olan olayları tespit edip, konut stokuna ciddi zararı olanların yargılanması için gerekli adımları atmıştır.

Moreno Gómez davasında, *López Ostra* ve *Hatton ve diğerleri* davalarından farklı olarak, başvuru, konutuna saygı göste-

Konutun korunmasında

rilmesi hakkının, yakındaki gece kulüplerinin sebep olduğu geceleyin devamlı gürültüden kaynaklı evinin huzurunu ağır bir şekilde yitirmesine karşılık devletin pasif kalması sebebiyle ihlal edildiğinden şikâyet etmiştir. Bu eylemsizlik, birkaç yıl boyunca başvurunun uykusunda ciddi rahatsızlığa sebep olmuştur. Burada Mahkeme yalnızca 8. Madde ihlali bulmakla kalmayıp, ayrıca, bir ilkeyi de açıklamıştır; 8. Madde tarafından korunan kişinin konutuna saygı gösterilmesi hakkı, sadece somut ve fiziki tecavüzlerle değil fakat aynı zamanda gürültü, emisyon (salınım), koku veya diğer tür müdahalelerle de engellenebilen, ‘sadece fiili fiziksel alana ilişkin hakkı değil fakat aynı zamanda bu alandan gürültüsüz bir şekilde yararlanma hakkı’ şeklinde anlaşılmalıdır. Mahkeme, yasal sınırların üzerine çıkan gürültü seviyesinden kaynaklı akustik bir yoğunluğun olduğu sonucuna varan, belediye tarafından yetkilendirilen uzmanların raporlarına rağmen gece kulüplerine onay verildiğini gözlemlemiştir. Bu sebeple, belediyenin 8. Madde’den kaynaklanan pozitif yükümlülüklerini ihlal ettiğini tespit etmiştir.

Sözleşmecî devletlerin 8. Madde kapsamındaki pozitif yükümlülüklerini yerine getirebilmeleri için sarf etmeleri gereken çaba, davaların belirli koşullarına fazlasıyla bağlıdır. Bu nedenle, her durumda geçerli olan bir sınır belirlemek zordur. Gürültüye veya kokuya maruz kalmanın yoğunluğu

ve sürenin uzunluğunun, davanın karmaşıklığı düşüncelerine üstün gelerek, devletlerin sorumluluğunun belirlenmesinde kritik öneme sahip olduğu ortaya konmuştur; örneğin altyapı sorunlarını ilgilendiren ve belli bir kentsel alanda yolu kullananlar ile oranın sakinleri arasındakine benzer eşit öneme sahip menfaatler arasında denge kurulmasıyla ilgili davalarda olduğu gibi.²¹¹

2005 yılında Romanlarla ilgili önemli bir kararda,²¹² Mahkeme, özel hayat, aile hayatı ve konut kavramları kapsamında başvuruçuların yaşam koşullarını değerlendirmiş ve vahşi bir saldırıyla bağlantılı olarak adaleti sağlayamaması sebebiyle, Romanya'nın, diğer maddeler yanında, 8. Madde'yi ihlal ettiğini tespit etmiştir. Dava, üç tane Roman erkeğin bir çete (yerel polisin de içinde olduğu) tarafından öldürülmesi ve sonrasında evlerinden ve mülklerinden on dört tanesinin yıkılmasının yanı sıra, olay sonrasında mağdurların yaşamak zorunda bırakıldıkları onur kırıcı koşullarla ilgiliydi. Köylerinde ve evlerinde takip edilmeleri sebebiyle, başvuruçular kalabalık ve uygunsuz koşullarda (kilerler, kümesler ve ahırlar) yaşamaya mecbur edilmiş, bazıları halen bu koşullarda yaşamaya devam etmektedir ve aşırı kalabalık koşullarda arkadaşlarının veya ailelerinin yanına taşınarak sürekli adres değiştirmişlerdir.

211 *Deés-Macaristan.*

212 *Moldovan ve diğerleri.*

Başvuruçuların hak ihlallerine son vermek için, ulusal makamların gerekli adımları atıp atmadığını değerlendirirken, Mahkeme, diğerleri arasında, şunlara dikkat etmiştir:

- ❖ başvuruçuların evlerinin yakılmasında devlet görevlilerinin de yer almasına rağmen, savcılığın, memurların sorumluluğunun yerel mahkemeler tarafından tespit edilmesine ve cezalandırılmalarına engel olarak, onlara karşı ceza davası açmaması;
- ❖ yerel mahkemeler, uzun yıllar başvuruçuların eşyalarının ve mobilyalarının yok edilmesi sebebiyle uğranılan maddi zarara ilişkin tazminata hükmetmeyi reddetmiştir;
- ❖ olaylardan ancak on beş sene sonra yıkılan evler için tazminata hükmedilmiştir, her ne kadar eşyaların yitirilmesi için olmasa da;
- ❖ zanlı köylüler aleyhine açılan ceza davasında, kararda, başvuruçuların Roman kökeniyle ilgili ayrımcı ifadeler kullanılmıştır;
- ❖ hukuk mahkemeleri olayların -evlerinin yakılması ve bazarlarının aile fertlerinin öldürülmesi- manevi zarara yol açacak nitelikte olmadığını belirterek, ilk derecede, başvuruçuların manevi tazminat talepleri de reddedilmiştir;
- ❖ bir başvuruçunun, babası olaylar sırasında yangında ölen küçük çocuğu için geçim aylığı talebini ele alırken, bölge mahkemesi asgari ücretin dörtte birine tekabül eden bir miktara hükmetmiş ve ölen mağdurların suçların işlen-

mesini tahrik etmelerinden dolayı bu meblağı yarıya indirmeye karar vermiştir;

- ❖ üç tane ev tekrar inşa edilmemiştir ve yetkili makamlar tarafından tekrar inşa edilen evler oturulabilir durumda değildir; ve
- ❖ başvuruçuların çoğu köylerine geri dönmemiş, Romanya ve Avrupa'da dağınık bir şekilde yaşamışlardır.

Mahkeme'nin görüşüne göre, bu unsurlar birlikte ele alındığında, Romen makamlarında, başvuruçulara baskını takiben oluşan güvensizlik hissini devam ettiren ve onların özel ve aile hayatlarına ve konutlarına saygı gösterilmesi hakkını etkileyen bir tutuma işaret etmiştir. Devlet görevlilerinin eylemlerinin, başvuruçuların hakları üzerindeki doğrudan etkisini göz önünde tutarak, Mahkeme başvuruçuların daha sonraki hayat koşullarıyla ilgili hükümetin sorumluluğunun ortaya çıktığını belirtmiştir. Mahkeme, o tutumun ve makamların başvuruçuların hak ihlallerine son vermeye ilişkin tekrar eden ihmallerinin, ciddi ve devam eden bir şekilde, 8 Madde'nin ihlalini teşkil ettiği sonucuna varmıştır.

Haberleşmenin korunmasında

Tutukluların haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkının özünde, Sözleşme'nin 8. Madde'si tarafından güvence altına da alındığı gibi, yeterli yazı materyallerinin tedarik edilmesi

Haberleşmenin korunmasında

hakkı yer almaktadır. Bir tutuklunun, Strazburg Mahkemesi'yle yazışması için ihtiyacına yeterli olmadığı anlaşılan, her ay iki adet ücretsiz zarf hakkının olduğu *Cotlet* davasında kural gayet açık bir şekilde düzenlenmiştir. Ashına bakıldığında Mahkeme, başvuruçunun diğer mahkûmlardan zarf alırken karşılaştığı güçlükleri anlattığı birkaç mektup almıştır. Davanın yukarıda açıklanan özel koşulları ışığında ve başvuruçunun sistematik olarak geri çevrilen talepler sunmuş olduğunu da göz önünde bulundurarak Mahkeme, makamların başvuruçuya Mahkeme'yle yazışması için gerekli tüm materyalleri sağlama yükümlülüğünü yerine getirmediği ve böylece 8. Madde'yi ihlal ettiğini tespit etmiştir. Ancak bu, tutukluların yazı materyallerini seçmede sınırsız bir hakkının olduğu veya tüm mahkûmların yazışma masraflarının devlet tarafından karşılanması gerektiği anlamına gelmemektedir. Fakat kısıtlamalar, haberleşme hakkının kullanılmasını engeller şekilde olmamalıdır. Pozitif yükümlülükler, bu tür şahsi değiş tokuşların ifşa edilmesini önlemeyi de kapsamaktadır.²¹³

²¹³ *Craxi-İtalya* (no.2).

IV. Bölüm- Seçilmiş problem alanları

Bu bölüm 8. Madde'nin üç problem alanına -yani çevre, uluslar arası çocuk kaçırma ve göç- uygulanmasıyla ilgili genel bir bakış sunmaktadır. Bunlar, önüne gelen ilgili davaların artan sayısı sebebiyle Mahkeme için büyüyen bir kaygı halini almaları sebebiyle seçilmişlerdir.

Sözleşme kapsamında çevresel koruma

8. Madde ve çevre hakkı

8. Madde çevresel kaygıları içeren çeşitli davalarda ileri sürülmüştür, ne var ki, her çevresel bozulma meydana geldiğinde, bu madde ihlal edilmiş olmaz: doğanın korunması hakkı gibi bir hak, Sözleşme tarafından güvence altına alınan hak ve özgürlüklere dâhil değildir. *Kyrtatos* davasında Mahkeme şöyle ifade etmiştir:

Ne 8. Madde ne de Sözleşme'nin diğer bir maddesi doğanın genel olarak korunmasını sağlamak için özel olarak tasarlanmış değildir; o bakımdan, diğer uluslararası belgeler ve iç mevzuat, bu özel hususu ele almak için daha uygundur.

Bu hala geçerli olan önerme, bireyin çevre hakkının Sözleşme kapsamında korunmasını ele alırken temkinli bir yaklaşımın benimsenmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu konu hakkındaki içtihadın incelenmesi, bir yandan ve ilk olarak, çevrenin korunmasının, bazı hak ve özgürlüklerin kullanılmasına getirilen müdahaleleri meşru kılan kamu yararı teşkil ettiğini ortaya çıkarmaktadır. Ancak, diğer yandan, Sözleşme'nin çoğunlukla 8. Madde'si kapsamında getirilen güvencelerin, kötü çevresel koşullar sebebiyle ihlal edildiği durumlara yol açan bireysel yararı ifade etmektedir.

İlk hususa ilişkin olarak Mahkeme, devletlerin, toplumun kamu yararı talepleri ile bireyin temel haklarının korunması gerekliliği arasındaki dengeyi kurmada geniş bir takdir yetkisi kullandıklarını kabul etmektedir.

Çevre üzerindeki kolektif yarar bu sebeple, 8. Madde tarafından güvence altına alınan haklara getirilen kısıtlamaları haklı kılan, meşru bir amacı ifade etmektedir. *Buckley* davasında, Çingene kökenli Britanya vatandaşı olan başvuru, üç çocuğuyla beraber kendi arazisi üzerine yerleştiği karanında yaşamaktaydı. Başvurucunun kız kardeşinin aile-

si, yakınlardaki bir yerde, iki karavandan oluşan tek yaşam üniteli alanda, şahsî, geçici imar izni aldığı için, başvuru geriye dönük olarak, kendi arazisi üzerindeki üç karavan için belediye meclisine imar izni başvurusunda bulunmuştur. Başvurusu, diğerler gerekçeler arasında, arsanın planlanan kullanımının, kırsal yerleri temel imar haricindeki her türlü oluşumdan koruması gereken yerel kalkınma planının amacına ters olarak, manzaranın kırsal ve açık niteliğini bozacağı gerekçesiyle reddedilmiştir. Şehir ve ülke imar projelerinin, halkın yararına kabul edilen politikaların uygulanmasında takdir yetkisinin kullanımını içerdiğini belirterek, Mahkeme ulusal makamların, -tercihin içinde var olan birçok yerel faktörün ve imar politikalarının uygulanmasının arasından- en iyi imar politikasının veya imar konularında en uygun bireysel tedbirin belirlenmesinde geniş bir takdir yetkisinin olduğunu kabul etmiştir.

8. Madde ve sağlıklı bir çevre hakkı

Sözleşme’de açıkça, temiz ve gürültüsüz çevre hakkı tanımlanmamıştır ancak bir bireyin doğrudan veya ciddi bir şekilde gürültüden veya başka tür kirlilikten etkilenmesi durumunda, 8. Madde kapsamında sorun doğabilmektedir. Bunun olabilmesi için, müdahalenin doğrudan başvuru ev, aile ve özel hayatını etkilemesi gerekir. *Fadeyeva* davasında Mahkeme, çevre kirliliğinin 8. Madde’nin alanına girebilmesi için, olum-

suz etkilerinin belirli bir asgari seviyeye ulaşması gerektiğini tekrarlamıştır. Asgarinin ne olduğunun belirlenmesi görecelidir ve rahatsızlığın yoğunluğuna, fiziksel ve ruhsal etkilerine göre olayın şartlarına bağlıdır. Genel çevresel durum da dikkate alınmalıdır. Her modern şehirde olan, hayatın içinde var olan çevresel felaketlere kıyasla, şikâyet edilen hasar cüzi ise, 8. Madde kapsamında tartışılabilir bir iddianın varlığından bahsedilemeyecektir. Öyleyse çevresel rahatsızlıklara ilişkin şikâyetlerin 8. Madde’nin kapsamına girmesi için, ilk olarak, başvuru özel alanına gerçek bir müdahalenin olduğunu ve ikinci olarak, belli bir ağırlık düzeyine ulaşmış olduğunu göstermesi gerekir. *Moreno Gómez* kararında başvuru, gece uyuma hakkının yıllar boyunca, gece rahatsızlıklarına son veremeyen Valencia’daki belediye otoritelerinin eylemsizliğiyle çignenmesinden dolayı, özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, başvuru tartışmasız bir şekilde özellikle hafta sonları gece rahatsızlıklarına maruz kalan bir alanda yaşadığını belirtmiş ve başvuru günlük hayatına devam ettiği için düzenini bozan, geceleyin izin verilen seviyenin üzerinde gürültü yoğunluğuyla, belediyenin kendi koyduğu kuralların devamlı olarak hiçe sayılmasına göz yumduğu ve hatta buna katkıda bulunduğunu gözlemlemiştir. İspanya’nın, 8. Madde’yi ihlal ederek, başvuru konutuna ve özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını güvence altına alma pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediği sonucuna varmıştır.

Çevrenin genel olarak bozulması, tek başına, devletin 8. Madde kapsamındaki sorumluluğunu harekete geçirmek için yeterli değildir. Yetkili makamların evlerinin yakınındaki binaların yapımı için verilmiş olan iki izni iptal eden iki adli karara uymamasıyla, -böylelikle fiziki çevrenin yok edilmesi ve hayatlarının etkilenmesine yol açarak- ilgili olan *Kyrtatos* davasında, Mahkeme iki unsuru birbirinden ayırmıştır. Kentsel gelişimin evlerine bitişik olan bataklığı ortadan kaldırdığı ve evlerinin olduğu alanın doğal güzelliğini yitirdiği argümanını reddederken, ağır çevresel kirliliğin, ciddi bir sağlık tehdidi olmadan da, bireylerin refahını etkileyebileceğini ve özel ve aile hayatlarını olumsuz yönde etkileyecek şekilde evlerini kullanmalarını engelleyebileceğini belirtmiştir. Ancak, 8. Madde'nin devreye girmesi için, bir kişinin özel veya aile alanına zararlı bir etkisinin olması gerekir: bahsedilen şartlarda Mahkeme, başvuruçuların civarında çevredeki kentsel gelişim sebebiyle oluşan rahatsızlıkların, 8. Madde anlamında dikkate alınabilmesi için yeterli ciddiyet seviyesine ulaşmadığına karar vermiştir.²¹⁴

Ulusal makamların başvuruçunun özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını koruyan adli kararlara uymayı reddetmesi, başvuruçuları koruyucu usuli güvencelerin tüm yararlı

²¹⁴ Başvuruçunun dairesinin yanında işletilen gürültülü bir bilgisayar kulübünün kapatılması kararının uygulanmaması *Mileva ve diğerleri-Bulgaristan* davasında, 8. Madde kapsamında ihlale neden olmuştur.

etkilerinden mahrum etmesi sebebiyle 8. Madde sorumluluğunu tetikleyebilir.

Bu husus özetle, şikâyetin zehirli bir yöntemle altın madeni işletme izni verilmiş olan bir limited şirketin faaliyetlerine ilişkin olduğu *Taşkın* davasının kilit noktasıydı. Sağlık tehditleri, yer altındaki su kaynaklarının kirlenmesi tehlikesi ve yerel ekosistemin tahrip edilmesi gerekçelerine dayanarak izinleri iptal eden idare mahkemesi kararlarının, Çevre ve Orman Bakanlığı'nın doğrudan talimatıyla uygulanmaması sebebiyle ihlal tespit edilmiştir.

8. Madde'nin göç davalarına uygulanması

8. Madde'nin göç davalarına uygulanması, özel bir öneme sahiptir: kıta Avrupası, özellikle sınırları son yıllarda ekonomik ve zorunlu göçmenlerin kitlesel akın yeri haline gelmiştir ki bunların gittikçe artan sayıda kısmı Mahkeme'ye durumlarıyla ilgili şikâyette bulunmakta ve böylelikle insan hakları hukukunun gelişmesini teşvik etmektedir. Bir takım uzun süreli yabancı mükimlerin statüsüne ilişkin önemli davalarla karşı karşıya kalan Mahkeme, gittikçe böyle durumların 8. Madde'nin uygulama alanının belirlenmesinde insan hakları sonuçlarının olduğunu kabul etmektedir. Bunun, Avrupa Konseyi üye devletlerinde yaşayan yasal veya yasadışı göçmenlerin koşulları üzerinde açık bir etkisi olmuştur. Son yıl-

larda pek çok Avrupa ülkesinin sadece erişim hakkına değil fakat en önemlisi, kişinin yabancı topraklardaki durumunu yasallaştırma hakkına sınırlar getirmeye çalıştıkları göz önünde bulundurulacak olursa, yeni aktörlerin devreye girmesiyle toplumların geçirdikleri büyük değişimi yansıtması sebebiyle, Mahkeme'nin tutumu özel önem arz etmektedir. Komisyon'un ilk uygulamasında, yabancıların aile hayatlarını, kabul eden ülke yerine anavatanlarında kurmaları beklendiği için, ev sahibi ülkede aile birleşiminin reddiyle ilgili bir iddianın kabul edilemeyeceği çok açıktı.²¹⁵ Ancak, Sözleşme'nin yaşayan bir belge olmasına uyumlu olarak, aile hayatı kavramı, ilk başlarda politik sebeplerle Sözleşme'nin dışında bırakılan pek çok göçle alakalı davayı içine alarak yıllar içerisinde gelişmiştir.²¹⁶ Bu çalışma amacıyla, aile hayatı kavramının uygulamasındaki süratli gelişim, Sözleşme'nin özellikle anne babalarının Avrupa'daki varış ülkesinde dünyaya gelen veya çocukken Avrupa'ya gelip bir daha hiç ana vatanlarına dönmeyen ikinci nesil göçmenlerin uzun-sürelili mukim statülerine koruma sağlayan bir araç haline gelmesi bakımından ilginçtir.

İhraç ve sınır dışı etme

Göç davalarını ele alırken Mahkeme'nin normalde yaptığı ön açıklama, devletlerin, 'yerleşik uluslararası hukuk kuralları ve sözleşmesel yükümlülükleri gereği, yabancıların ül-

²¹⁵ *X ve Y-Liechtenstein (dec.)*

²¹⁶ Buradaki atif sığınma hakkına yapılmıştır.

keye girişini, oturumunu ve ihraç edilmesini kontrol etme hakkı²¹⁷ nın tanınmasıyla ilgilidir. İçtihadın analizi, özellikle de aşağıda incelenen yakın tarihli içtihat göstermektedir ki, özellikle oturum ve ihraç hususları söz konusu olduğunda Mahkeme, pratikte bu hakkın kullanılmasında söz sahibi olma konusunda ısrar etmektedir. 1991 yılında Mahkeme'den ilk defa, bir yabancı'nın ihraç edilmesini 8. Madde açısından ele alması talep edilmiştir.²¹⁸ Strazburg hâkimleri ancak on yıl sonra, bu maddeden, devletlerin yurtdışında yaşayan bir aile ferdiyle yabancıların aile birleşimine rıza gösterme yükümlülüğü olduğu sonucunu çıkarmıştır.²¹⁹ Yakın tarihli kararlar, Mahkeme'nin, göçmenlerin haklarına gittikçe daha çok koruma sağladığı yeni bir döneme girdiğini göstermektedir. Bu eğilimin ilk ortaya çıkışı, Baltık ülkelerindeki Rusça konuşan azınlığın zor durumuna ilişkin olan *Slivenko ve diğerleri* davasında olmuştur. Sovyetler Birliği'nin eski bir subayı ve onun ailesi olan başvurucular, hayatlarının büyük bir kısmını Litvanya'da geçirmişlerdir. Oturum haklarıyla ilgili taleplerinin reddedilmesinden sonra, sınır dışı edilmelerine Avrupa Mahkeme'si önünde itiraz etmişlerdir. O za-

²¹⁷ Bu standart formül ilk kez *MoustaquimMoustaquim-Belçika* davasında kullanılmıştır.

²¹⁸ *Moustaquim*. Başvurucunun önemli sayıdaki mahkûmiyetlerine rağmen, Mahkeme başvurucunun ebeveynleri ve kardeşleriyle-hepsi Belçika'da doğmuş olan-olma hakkına haksız bir müdahale olduğu sonucuna varmıştır. Neredeyse aynı zamanlarda, *Cruz-Varas/Isveç* davasında Mahkeme *Soering* davasında karar verdiği 3. Madde'nin sınır ötesi uygulamasını suçluların idasinden yabancıların ihracı ve sınır dışı edilmesine genişletmiştir.

²¹⁹ *Sen-Hollanda*.

8. Madde'nin göç davalarına uygulanması

mana kadar Strazburg'a gelen başvurulardan farklı olarak, tüm aile sınır dışı edildiği için, Mahkeme'nin önceki yerleşik içtihadına dayanarak başvuruların müşterek aile hayatının etkilenmiş olduğu söylenemezdi. Mahkeme yine de, başvuruların özel hayatının ve konutunun dağılmasını teşkil ettiği için, sınır dışı etmenin 8. Madde'nin ihlaline yol açtığı sonucuna varmıştır.

Başvuruların özel hayatlarını oluşturan kişisel, sosyal ve ekonomik ilişki ağlarını doğumlarından itibaren kesintisiz olarak geliştirdikleri ülkelerinden uzaklaştırılmaları sebebiyle [...], Mahkeme başvuruların Litvanya'dan uzaklaştırılmalarının Sözleşme'nin 8. Madde'sinin 1. fıkrası anlamında 'özel hayat' ve 'konut'larına müdahale oluşturduğuna karar vermekten başka bir şey yapamazdı [...]. çekirdek aileye dâhil olmayan ve başvuruların ailesinin bağımlı üyeleri olduğu gösterilmeyen ilk başvurucunun yaşlı ebeveynlerine ilişkin olarak, başvurular tarafından 'aile hayatı'nın varlığı iddia edilemezdi; başvuruların bu husustaki argümanları yeterince desteklenmemiştir.

Karar bir yandan, eşler ve reşit olmayan çocuklardan oluşan, her zaman 'öz' veya 'çekirdek aile' olarak tanımlanan kavramı sınırlamıştır. Fakat diğer yandan, 8. Madde'nin sağladığı korumayı, bir kişinin hayatını oluşturan tüm sosyal, kişisel ve ekonomik ilişkiler ağını içine alacak şekilde genişletmiştir.

Sınır dışı etme kararları, yalnızca, başvurucuya ifşa edilmiş örneğin 'gizli' olarak sınıflandırılmış bilgilere dayandırılabilir ya da, sınır dışı etme tedbirlerinin gerekçelerini gerçek anlamda etkin bir şekilde incelemeye ve ilgili delilleri -gerektiğinde sınıflandırılmış bilgilerin kullanımını uygun sınırlamalarla- değerlendirebilecek bağımsız bir makam veya mahkeme önünde, bir tür çekişmeli yargıya tabi olmayabilir. Bu gibi örneklerde Mahkeme muhtemelen, kanunun kamu otoritelerinin keyfi eylemlerine karşı koruma sağlamaması sebebiyle, 8. Madde'nin 1. fıkrasında düzenlenen hukukilik ilkesinin ihlal edildiğine karar verebilir.²²⁰ Aynı sonuçlara, bir yabancı sınır dışı edilmesi kararının, ulusal mahkemeler tarafından tamamen biçimsel olarak incelenmesiyle kendini sınırladığı durumlarda da varılacaktır.²²¹

Mahkûmiyeti takiben sınır dışı etme: Boultif kriterleri ve evrimi

Birçok kez Mahkeme bir yabancı, özellikle mahkûmiyeti takiben ihracının veya sınır dışı edilmesinin, aile fertlerinin birlikte yaşamasını engelleyerek kişinin aile hayatını ihlal edip etmeyeceği sorununu ele almıştır.²²² 2003 yılına kadar

²²⁰ Yürütmeye tanınan takdir yetkisinin sınırsız olmasında, *Musa ve diğerleri-Bulgaristan; Lupsa-Romanya; Kaya-Romanya; C.G. ve diğerleri-Bulgaristan* davalarında, ulusal mevzuatın hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı düştüğü tespit edilmiştir.

²²¹ *Kaushal-Bulgaristan*.

²²² *Moustaqim. Cruz-Varas* davasında Mahkeme sonuçta oluşan ailenin dağılmasının sorumluluğunun devlete değil başvurucunun kendisine yükleneyeceğini ifade etmiştir.

Mahkeme sadece belirli bir dereceye kadar, sınır dışı edilme-ye asıl engelin, eşlerin bir arada kalmalarındaki ve özellikle, bir eşin ve/veya çocuğun diğerinin menşe ülkesinde yaşama-sındaki güçlüklerin olduğu davalar hakkında karar vermiş-tir. Bu tartışmalı noktanın açıklığa kavuşturulması fırsatını, Mahkeme'nin bir suçtan mahkûm edilen yabancının ihraç edilmesinin aile hayatı haklarını ihlal edip etmeyeceğinin be-lirlenmesinde kullanılması gereken yol gösterici ilkeleri or-taya çıkardığı *Boultif* davası vermiştir. 'Boultif kriterleri' de-nen bu kriterler, Mahkeme tarafından, sınır dışı etme kararı karşısında önemli unsurlar olarak tespit edilmiştir. Şunları içermektedir:

- ❖ suçun ciddiyeti;
- ❖ ev sahibi ülkede kalma süresi;
- ❖ suçun işlenme tarihinden itibaren geçmiş olan süre ve başvurunun bu süre içerisindeki davranışları;
- ❖ çeşitli ilgili kişilerin vatandaşlığı;
- ❖ başvurunun ailevi durumu;
- ❖ ilişkiye girdiği zaman eşin suçu bilip bilmediği;
- ❖ çocukların yaşları;
- ❖ eşin menşe ülkesinde karşılaşması muhtemel ciddi du-rumlar ve güçlükler.

Mahkeme öncelikle başvuru tarafından işlenen suçun kamu düzenine ve güvenliğine ne dereceye kadar tehdit oluşturdu-ğunu dikkate almıştır. Bu anlamda, başvurunun hapis cezasını

çekmeye başlamadan önce, garson olarak mesleki eğitim almış ve boyacı olarak çalışmış olduğunu belirtmiştir. Ceza evindeki davranışları kusursuzdu ve gerçekten de erken salıverilmiştir. Topluma tekrar uyumu üzerine, başvuru, devam eden iş im-kânıyla, iki sene çalışmıştır. Sonuç olarak, işlenen suç (cebrin soygun ve mala zarar verme) ileride bu kişinin kamu düzenine ve güvenliğine tehlike teşkil edebileceğine dair bazı korkulara yol açarken davanın *de facto* koşulları bu kaygıları azaltmıştır. İnceleme başvurusunun ve İsviçre vatandaşı eşinin, başka bir yerde aile hayatı kurma olanacağının değerlendirilmesiyle devam etmiştir. Mahkeme ilk olarak, çiftin Cezayir'de (başvurunun menşe ülkesi) birlikte yaşayıp yaşayamayacağını incelemiştir. Her ne kadar, eşi Fransızca konuşabilse ve Cezayir'deki ka-yın validesiyle telefonda görüşebilse de, hiçbir zaman orada yaşamamıştı, o ülkeyle başka bir bağı yoktu ve Arapça ko-nuşmuyordu. O yüzden, bu şartlar altında, kocasıyla birlikte Cezayir'e gitmesi makul bir şekilde beklenemezdi. Başka bir yerde yaşama alternatifinde ise, özellikle başvurunun İsviç-re'ye gelmeden önce yasa dışı da olsa kalmış olduğu ve oturdu-ğu İtalya'da, Mahkeme başvurunun ve eşinin, Strazburg'da davanın incelendiği sırada, her ikisinin de orada oturma izni alabileceğinin, sonuç olarak orada aile hayatlarını sürdürebileceğinin ispatlanmadığını belirtmiştir. Bu sebeple, Mahkeme, pratikte başvurunun İsviçre dışında aile hayatını yaşaması mümkün olmadığı için, başvurunun aile hayatını kurmak

için ciddi bir engele maruz kalmış olduğu sonucuna varmıştır, her ne kadar o zamanlar makamlar onun ülkede devam eden ikametini reddetse de, kamu düzenine yalnızca, görece sınırlı bir tehlike oluşturuyordu. İsviçre makamlarının kararı, bu yüzden, başvurunun aile hayatı üzerinde Sözleşme'nin 8. Madde'sini ihlal eden, orantısız bir müdahale teşkil etmiştir.

Ailevi durumun, sınır dışı etme kararı/yasağı ile Mahkeme'nin davayı karara bağlaması arasında geçen sürede değişikliğe uğraması durumunda, Mahkeme değerlendirmesini yasağın kesinleştiğinde mevcut olan durumun ışığında yapacaktır. *Onur* davasında Mahkeme, yağma suçundan hüküm giyen Türk vatandaşı başvurunun sınır dışı edilmesinin, kendisi, partneri (İngiliz) ve küçük çocuklarının olağanüstü zorluklarla karşılaşmadan Türkiye'de yerleşebileceklerine ikna olunması sebebiyle 8. Madde'ye ters düşmediğine karar vermiştir. Bu açıdan, her ne kadar Mahkeme başvuru ve partnerinin Türkiye'ye taşınmalarının yol açtığı pratik zorlukları göz ardı etmek istemese de, bu durumun onlar için imkânsız veya olağanüstü zor olduğunu gösteren hiçbir delil sunulmamıştır.

Ancak *Omojudi* davasında Mahkeme şöyle ifade etmiştir:

Başvurucunun eşi Nijerya'dan ayrıldığında yetişkindi ve bu yüzden, başvuruyla yaşamak için geri dönmesi gerekirse, oradaki hayata yeniden alışması kuvvetle muhtemel-

dir. Ne var ki, başvuru Birleşik Krallık'ta yirmi altı sene yaşamıştır ve Birleşik Krallık'la olan bağları kuvvetlidir. En küçük iki çocuğu Birleşik Krallık'ta dünyaya gelmiştir ve hayatları boyunca orada yaşamıştır. Uyum sağlayabilir bir yaşta değildirler ve Nijerya'ya taşınmaları gerekirse, ciddi güçlüklerle karşılaşmaları muhtemeldir. En büyük çocuk için Nijerya'ya dönmek adeta mümkün değildir.

Başvurucuya sınırsız oturma verilmesinden sonra işlenen, cinsel saldırı fiiliyle (Mahkeme'nin görüşüne göre, cinsel suçlar spektrumunun en ağır ucunda değildir) suçlanan başvurunun sınır dışı edilmesinin, izlenen meşru amaçla orantılı olduğu kabul edilemezdi. Gereğesi, daha önce *Beldjoudi* davasında detaylı olarak ele alınanları takip etmiştir. *A.W. Khan* davasında Mahkeme, suçun ağırlığının daima başvurunun genel davranışı ve sabıka kaydıyla,-konunun topluma arz ettiği riskin tespit edilmesinde esaslı olan ve diğer kriterler kadar önem verilmesi gereken durumlar- dengede tutulması gerektiğini açıkta belirtmiştir.

Vatandaş olmayanların sınır dışı edilmesine ilişkin içtihat Büyük Daire tarafından 2006 yılında *Üner* davasında yeniden gözden geçirilmiştir. Böyle bir kararın başvurunun aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal edip etmediğine karar verirken, Büyük Daire, *Boultif* davasında örtülü olan kriterlerden ikisini detaylı olarak incelemiştir:

Çocukların üstün yararı ve refahı, özellikle başvurucunun çocuklarından herhangi birinin, başvurucunun ihraç edileceği ülkede karşılaşması muhtemel olan güçlüklerin ciddiyeti; ve ev sahibi ülke ve menşe ülkeleriyle olan sosyal, kültürel ve aile bağlarının sağlamlığı.

İlk noktaya ilişkin olarak Mahkeme şöyle ifade etmiştir:

Bu daha önceden mevcut olan içtihatla yansıtılmıştır [...] ve aile birleşimi için kabul edilen kişilerin hukuki statüsüne dair Bakanlar Komitesi'nin Tavsiye Kararı Rec (2002) 4 ile aynı çizgidedir.²²³

İkinci noktayla ilgili olarak:

Her ne kadar Boultif kararındaki başvurucu İsviçre'ye girdiğinde çoktan erişkin idiye de, Mahkeme Boultif kriterlerinin başvurucuların ev sahibi ülkede doğan veya oraya erken yaşta gidenlere ilişkin davalara daha da uygun bir şekilde (à plus forte raison) uygulanacağına karar vermiştir.

Böyle bir yaklaşımın sebebi, bir kişi bir ülkede ne kadar uzun süre oturursa o kadar o ülkeyle bağları kuvvetlenirken, va-

²²³ Avrupa Konseyi Parlamenter Meclisi, Bakanlar Komitesi'nin üye devletleri ev sahibi ülkede doğan veya yetişen uzun süreli göçmenlerin hiçbir koşul altında ihraç edilememesini güvence altına almaya davet etmesini tavsiye etmiştir. Strazburg Mahkemesi, 8. Madde altında denge kurulması gerektiğini kabul ederek mutlak koruma kavramını reddederken, çocukluklarından itibaren ev sahibi ülkede olan kişilerin özel durumunun doğru değerlendirilmesinin gerekliliğine vurgu yapmıştır.

tandaşı olduğu ülkeyle de zayıflar varsayımında yatar, özellikle yabancı erken çocuklukta oraya yerleştiyse veya orada eğitim gördüyse. Bu yüzden, özellikle, göçmenlerin tamamının, ev sahibi ülkede ne kadar süre yaşarlarsa yaşasınlar, 8. Madde anlamında mutlaka aile hayatı yaşıyor olmadıkları dikkate alınarak, özel hayatın daha kuvvetli bir şekilde korunması ihtiyacı gerekli addedilmektedir, Bu sebeple davaların özel şartlarına bağlı olarak mahkûmiyetlerini takiben sınır dışı edilmenin Sözleşme'ye uygun olup olmadığını belirlemek için, Mahkeme ayrıca yerleşik göçmenlerin bireysel toplumsal kimliklerine odaklanabilmektedir.

Bir başka Büyük Daire kararında²²⁴ Mahkeme konuyu daha detaylı olarak ele almıştır ve gözlemlemiştir ki, her ne kadar içtihatlarından çıkan ve *Boultif* ve *Üner* kararlarında ifade edilen kriterler, 8. Madde'nin sınır dışı etme davalarına uygulanmasını kolaylaştırmak içinse de, ilgili kriterlere verilmesi gereken ağırlık her davanın özel koşullarına göre kaçınılmaz olarak değişecektir [...] Mevcut davadaki gibi, sınır dışı edilecek kişinin henüz kendine aile kurmamış genç bir yetişkinin olduğu bir davada, ilgili kriterler şunlar olacaktır: başvurucu tarafından işlenen suçun niteliği ve ciddiyeti; tarafından sınır dışı edilecek olduğu ülkede kalma süresi; suçun işlenmesinden sonra geçen zaman ve başvurucunun bu süre içerisindeki davranışları; ev sahibi ülke ve varış yeri ülkesiyle

²²⁴ *Maslov-Avusturya* [GC].

olan sosyal, kültürel ve aile bağlarının sağlamlığı.²²⁵

İncelenmekte olan davada başvuru altı yaşında yasal bir şekilde Avusturya'ya girmiştir. Üç yıldan biraz az bir süre hapis cezasını çektikten sonra sınır dışı edilmiştir. Her ne kadar başvuru suçları işlediği genç yaşa (on dört-on beş yaşları arası) ve bunların şiddet içermeyen niteliğinin altını çizse de, Mahkeme, sınırlı süre için dahi olsa giriş yasağının konmasını, 'düzenin korunması ve suçun önlenmesi' meşru amacıyla orantısız olduğu sonucuna varmadan önce bütün kriterleri detaylı bir şekilde incelemiştir.

Başvurucunun, reşit olmadan önce işlemiş olduğu bir suç takiben rehabilitasyon ve yeniden entegrasyona işaret eden bir hareketine dair kesin bir delilin varlığı halinde, Mahkeme devletten, sınır dışı etmeyi demokratik bir toplumda gerekli kılacak şekilde, başvuru dirlilik ve düzenin bozulmasına sebep olacağı veya suç faaliyetlerine gireceğinin makul bir şekilde beklenebileceği iddiasını destekleyen maddi argümanlar sunmasını talep edecektir.²²⁶

Yukarıda bahsedilen davalar, suç işleyen kişi hakkındaki sınır dışı etme veya giriş yasağı kararlarının Sözleşme'ye uygun olup olmadığı değerlendirilirken, bütün unsurlara gerekli

²²⁵ Çocukların davalarında daha hoşgörülü bir tutum benimsenmesi gerektiği için, söz konusu kişinin yaşı, kriterlerin uygulanmasında tamamen önemsiz değildir, özellikle suçların niteliğini ve ciddiyetini değerlendirirken. Bakınız *Jakupovic-Avusturya*.

²²⁶ A.A.*

önem verilmesi ve adil bir dengenin sağlanması gerektiğini ortaya koymaktadır. Sonuç olarak karar fazlasıyla olaya bağlıdır. Bir örnek olarak, *Benbebba* davasında, Mahkeme, şikâyet edilen tedbirin elde edilmek istenen amaçla orantılı olması sebebiyle başvuru iddiasını reddetmiştir. Gerçekten de, başvuru sekiz yıllık bir mahkûmiyet üzerine yaklaşık yedi yıl hapis cezasına çarptırılmış olan ciddi bir sabıkalıdır. Her ne kadar Fransa'ya iki yaşındayken gelmiş olsa ve vatan-dışlık haricinde menşe ülkesiyle hiçbir bağı olmadan, sosyal ve ailevi bağlarının çoğunu kurarak orada yaşamış, çalışmış ve eğitim görmüş de olsa, Mahkeme, normal duygusal bağların ötesine geçen ek bağımlılık şekillerine yönelik bir delil olmaması halinde, yetişkinler arasındaki ilişkilerin 8. Madde tarafından korunmasının zorunlu olmadığı sonucuna varmıştır. Ev sahibi ülkeyle olan bağlarının kuvvetine rağmen, tedbirin geçici niteliğini ve işlenen suçların ciddiyetini (uyuşturucu kaçakçılığı) göz önünde bulundurarak Mahkeme, başvuru hakkında verilen geçici giriş yasağı kararının düzenin korunması ve suçun önlenmesi için gerekli olduğunun meşru bir şekilde kabul edilebileceği sonucuna varmıştır. Benzer biçimde, *Grant* davasında, her ne kadar başvuru yetişkinlik döneminde işlediği suçlar özel olarak ağır olmasa da Mahkeme, ciddi bir suç işleme şekli göstermesine özel bir önem atfetmiştir. Buna karşılık *Nunez* davasında Mahkeme, başvuru sınır dışı edilmesi ve ülkeye giri-

şinin iki yıl süreyle yasaklanması halinde 8. Madde'nin ihlal edildiğini tespit ederken, çocukların refahına kayda değer bir öncelik tanımıştır. Bu dava 22 yaşında Norveç'e gelen bir Dominik Cumhuriyeti vatandaşıyla ilgiliydi. Sonrasında sınır dışı edilen başvuru dört ay sonra Norveç'e dönerek iki senelik ülkeye giriş yasasını ihlal etmiştir. Tekrar girişini sağlamak amacıyla kimliği, Norveç'teki önceki kalışı ve eski mahkûmiyetleri hakkında bilerek yanıltıcı beyanda bulunmuş ve böylelikle, hak kazanmadığı oturum ve çalışma iznini elde etmeyi başarmıştır. Ülkeye tekrar girişinden itibaren, Norveç'te yasa dışı olarak yaşamış ve çalışmıştır. Norveç'te başka bir Dominik Cumhuriyeti vatandaşı ile ilişkisi olmuş ve iki çocuk dünyaya getirmiştir. Başvurucunun çocuklarının üstün yararını inceleyen Mahkeme, 2007 yılında velayetleri babalarına verilene kadar, başvuru onlara esasen bakan tek kişi olduğuna dikkat etmiştir. Bundan başka, yerel mahkemelerin kararlarına göre çocuklar, tüm hayatları boyunca yaşadıkları ve yerleşik bir göçmen olarak babalarının yaşadığı yer olan Norveç'te kalacaklardır. Ayrıca ebeveynlerinin ayrılmasının sonucu olarak, çocukların annelerinin evinden babalarınınkine taşınmalarından ve annelerinin sınır dışı edilme tehdidinden kesinlikle muzdarip olmuşlardır. Annelerinden ayrılmaları halinde bunun sebeplerini anlamaları onlar için zor olacaktır. Üstelik, her ne kadar Bayan Nunez polise Norveç'e yasa dışı bir şekilde girdiğini itiraf

8. Madde'nin göç davalarına uygulanması

etmiş de olsa, makamlar sınır dışı edilmesine, süratli ve etkin bir göç kontrolü olarak görülemeyecek olan dört sene sonra hükmetmiştir. Çocukların anneleriyle olan uzun süreli ve kuvvetli bağını, velayetlerinin babalarına verilmesi kararı, yaşadıkları stresi ve makamların Bayan Nunez'in sınır dışı edilmesi ve ülkeye tekrar girişinin yasaklanması kararı uzun sürede almasını göz önünde bulundurarak, Mahkeme, davanın somut ve istisnai koşulları içerisinde, Bayan Nunez'in sınır dışı edilmesi ve ülkeye girişinin iki sene boyunca yasaklanması halinde, bunun çocukları üzerinde aşırı olumsuz bir etkisinin olacağı sonucuna varmıştır. Bu sebeple, böyle bir karar, 8 Madde'nin düzenlediği gibi, etkin göç kontrolünün sağlanmasındaki kamu yararı ile Bayan Nunez'in çocuklarıyla iletişimini devam ettirebilmesi için Norveç'te kalması gerekliliği arasındaki adil dengeyi yansıtmayacaktır.

Göçmenlerin aileleriyle tekrar birleşme hakkı

Sözleşme ne açık bir şekilde aile birleşimi hakkını içermekte ne de devletleri, evli çiftlerin ikametgâh seçimlerine saygı göstermeye, kendi toprakları üzerinde aile birleşimine izin vermeye ya da bireylere aile hayatlarını kurabilecekleri en uygun yeri seçme hakkını güvence altına almaya zorlamaktadır.²²⁷ Fakat sınırlı durumlarda, yukarıda bahsedilen aile hayatının belirli boyutlarını sağlama yükümlülüğü doğmakta-

²²⁷ *Gül-İsviçre*.

dır. Devletlerin, göçmenlerin aile üyelerini bir araya getirme hakkına saygı gösterilmesini sağlama pozitif yükümlülüğü, başvurusunun aile hayatını başka bir yerde kurmasını engelleyen üstesinden gelinemez, objektif engellerin olduğunu kanıtlayabilmesi durumunda daha katı olacaktır. Bu bağlamda Mahkeme, bir kişinin menşe ülkesinden veya ikamet ettiği ülkeden diğer aile fertleri olmaksızın ayrılma sebeplerini de dikkate alacaktır: savaştan kaçma ve/veya sığınma talebi genellikle güçlü argümanlar olarak ortaya çıkmıştır.²²⁸ Yeterli bağımsız ve uzun süreli gelirin ispat edilmesi veya aile birleşiminin istendiği aile fertlerinin geçimi için temel masrafları karşılaması gerekliliği 8. Madde altında Mahkeme tarafından mantıksız görülmemiştir.²²⁹

Mahkeme tarafından karar verilen ilk aile birleşimi davası *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali*'dir. Başvuru, erkek eşlerin veya nişanlıların Birleşik Krallık'ta ikamet eden partnerlerine katılmak veya onlarla kalmak amacıyla ülkeye girişine veya oturumuna İç İşleri Bakanlığı tarafından getirilen daha sıkı göçmenlik kuralları sebebiyle, onlarla birlikte kalmasına izin verilmeyen veya Birleşik Krallık'ta onlara katılmasına izin verilmeyen, Birleşik Krallık'ta daimi ve yasal olarak yerleşik olan üç kadın tarafından yapılmıştır. Önceden, herhangi bir erkek başvurusunun normalde, bekleme süresinden

228 *Tuqabo-Tekle ve diğerleri-Hollanda.*

229 *Haydarie ve diğerleri-Hollanda (dec.).*

sonra yerleşmesine izin verilmekteydi. Fakat yeni kuralın kabul edilmesinin ardından giriş ve kalma izinleri, normal şekilde yalnızca Birleşik Krallık vatandaşlarının eşlerine ve Birleşik Krallık'ta daimi şekilde yerleşik olan yabancı erkek göçmenlerin eşlerine verilecektir. Hükümetin Mahkeme nezdindeki temel argümanı, üç başvurusunun tamamının Portekiz, Filipinler ve Türkiye'de kocalarıyla tekrar yerleşebilecek durumda olmaları sebebiyle, aslında ikamet edecekleri ülkeleri seçme hakkı talep ediyor olmalarıydı. Netice olarak Mahkeme, Britanya Hükümeti tarafından yürütülen kadın ve erkek eşler arasındaki ayrımcı uygulamayı teyit etmiş fakat 8. Madde kapsamında bizzat bir ihlal tespit etmemiştir. Ancak Mahkeme, 8. Madde'nin devlete, davanın özelliğine göre vatandaşı olmayan kişinin aile birleşimi amacıyla ülkeye girişine izin verme yükümlülüğü getirebileceğini tamamen göz ardı etmemiştir. Bu sebeple, görünen odur ki, 8. Madde'nin bir başvurucuya aile birleşimini talep etme hakkı verip vermediği, davanın özel koşullarına, yani bireylerin aile hayatlarını ev sahibi ülke dışında kurarken karşılaştıkları zorluklara bağlı olacaktır. Genellikle Mahkeme'nin ülkeye girişten ziyade, sınır dışı edilme/ihraçla ilgili aile haklarını korumaya daima daha istekli olduğu söylenebilir. 'Başka yer' olarak tabir edilen (ailenin makul olarak başka bir yerde aile hayatına devam etmesinin beklendiğini ima eden) yaklaşım, İsviçre'de insani sebeplerden ötürü ikamet eden

bir Türk vatandaşıyla ilgili olan *Gül* davasında çok katı bir şekilde uygulanmıştır. Başvurucunun iki oğlunun İsviçre’de ona katılması için yapmış olduğu birleşim talebi, evinin uygun olmaması ve gelirinin ailesini geçindirmeye yeterli olmaması sebepleriyle reddedilmiştir. Mahkeme, oğullarından biri üç aylıkken ülkeyi terk ederek aile ilişkisinin kesintiye uğramasının kişisel sorumluluğunu başvurucunun taşıdığı değerlendirmesinde bulunmuştur. Onu görmek için yakın zamanda yaptığı ziyaretler, varış ülkesine politik sığınma başvurusu sırasında başlangıçta var olan sebeplerin artık geçerli olmadığını göstermiştir. Buna ek olarak, Hükümete göre, İsviçre ve Türkiye arasında imzalanan sosyal güvenlik anlaşmasına göre, başvurucu kendi ülkesine dönmesi halinde normal maluliyet aylığını almaya devam edebilmektedir. Başvurucunun eşinin, Türkiye’ye, eşiyile birlikte ziyaret etmekte olduğu bir ülkeye, yeniden yerleşmesi daha problemlidir fakat onun tıbbi tedavi almaya orada devam edemeyeceği tespit edilmemiştir. Ayrıca, başvurucu ve eşi yasal olarak İsviçre’de mukimlense de, daimi oturma izinleri yoktu. Açıkçası, reşit olmayan oğullarının daima yaşamış olduğu menşe ülkesinde, onları aile kurlmalarından alı koyan hiçbir engel yoktu. İnsani açıdan bakıldığında Gül ailesinin durumunun çok zor olduğunu kabul ederken Mahkeme, İsviçre’nin başvurucunun aile hayatına müdahale etmediğine karar vermiştir. Bu sebeple, 8. Madde ihlali gerçekleşme-

miştir. *Ahmut*²³⁰ davasında Mahkeme, bir babanın çocuğunu, orada yatılı okul ayarlayarak menşe ülkesinde bırakma kararının, velinin çocuğun tamamen orada bakılmasını planladığını göstermekte, böylelikle ulusal makamların reşit olmayan çocuğa oturma izni vermemesinin 8. Madde ihlali ortaya çıkarmadığı sonucuna varmıştır. *Gül* davasından beş yıl sonra, Strazburg Mahkemesi, Sözleşmeciler Devleti, menşe ülkesinde yaşayan aile bireyiyle aile birleşimini kabul etmeye mecbur ederek yaklaşımını yumuşatmıştır. *Sen* davasında başvurucular kızları için yaptıkları oturma izni başvurusunun reddedilmesinden, bu sebeple ailenin geri kalanına ev sahibi ülkede kendilerine katılmasının engellenmesinden şikâyet etmektedir. Mahkeme, Hollanda makamlarının, kızın, ebeveynleriyle birlikte toprakları üzerinde yaşamasına izin vermesi pozitif yükümlülüğünün olduğunu kabul etmiştir: her ne kadar başvuru yapıldığında kız çok genç bile olsa ve bütün hayatını Türkiye’de geçirmiş bile olsa ve hala akrabalarının olduğu ülkesinin dilsel ve kültürel çevresiyle kuvvetli bağları da olsa, ailenin geri kalanının Türkiye’ye dönmesinde büyük bir engel vardı. İlk iki başvurucu, yasal olarak senelerdir mukim oldukları Hollanda’ya çift olarak yerleşmişlerdi ve üç çocuklarından iki tanesi daima Hollanda’da yaşamış ve orada okula gitmişti. Dolayısıyla, başvurucunun ailesini birleştirme menfaatine, devletin göçü kontrol etmedeki yarışan menfaati karşısında öncelik verilmeliydi.

230 *Ahmut-Hollanda*.

Yetişkinler ve çocuklar arasındaki aile birleşimi söz konusu olduğunda, Avrupa Mahkemesi ilgili çocukların yaşını, menşe ülkelerindeki durumlarını ve ebeveynlerine ne derece bağımlı olduğunu dikkate alacaktır. *Tuquabo-Tekle* davasında Mahkeme, ev sahibi ülke dışında aile hayatına 'üstesinden gelinemez' bir engelin mevcut olduğunu tespit etmiştir zira menşe ülkesinde kalan çocuğuyla aile birleşimi talep eden annenin varış ülkesinde de orada yetişmiş olan ikinci bir çocuğu vardır. Menşe ülkesinde ailenin tamamının yerleşmesinin ikinci çocuğa yol açacağı zorlukları göz önünde bulundurarak Mahkeme, varış ülkesinde birleşimin, aile hayatını geliştirmek için en uygun çözüm olacağı sonucuna varmıştır.

Bir mültecinin veya uluslararası korunmaya ihtiyacı olan bir kişinin aile birleşimi talep etmesi halinde, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi başvuruların 'olumlu, insani ve ivedi bir şekilde' ele alınmasını ve çözüm getiren, tarafsız ve bağımsız bir denetim mekanizmasının kurulmasını tavsiye etmektedir.²³¹ Ekonomik sebeplerle mültecilerin eşit dağılımına dayanan, iki mülteci arasındaki aile bağlarının korunmasını önemli ölçüde engelleyen, ülkenin belirli bir bölgesinde zorunlu ikamet tahsis eden sığınma programlarının 8. Madde kapsamında aile hayatı hakkını ihlal ettiği tespit edilmiştir.²³²

231 Bakanlar Komitesi'nin Tavsiyesi R(99) 23.

232 *Mengesha Kimfe-Isviçre*.

Oturma izni verilme şartları ve uzun süreli yasadışı mukimlerin durumunun düzenlenmesi: 8. Madde uygulanabilir mi?

Oturma izni verilme şartları ve uzun süreli yasadışı göçmenlerin durumunun düzenlenmesi Mahkeme'nin 8. Madde'nin göçmenlere pratik uygulanmasını ele alırken keşfettiği nihai sınırları ifade etmektedir. 8. Madde'nin uygulanmasını bu yönde genişlettiği ilk dava *Aristimuño Mendizabal* tarafından sunulmuştur. Başvurucu, Fransa'da 1976 yılında mülteci statüsü tanınmış olan bir İspanyol vatandaşıdır. Anavatanındaki politik değişimleri takiben bu statü geri alınmıştır. Başvurucu sonrasında, süresi birkaç haftayla bir yıl arasında değişen geçici oturma izinleri almaya devam etmiştir. Mahkeme'nin dikkatine sunulan on dört yılı aşkın bir sürede, altmış dokuz uzatım yapılmıştır. Nihayetinde, kendisine Topluluk-ıçi işçi olarak 'carte de séjour' (oturma kartı) verilmiştir. Mahkeme'nin dikkatine sunulan şikâyet ne aile hayatının ihlali (ETA terör örgütü üyesi olduğu iddia edilen kocası İspanya'ya iade edilmişti) ne de Fransa'da kalma hakkı ile ilgiliydi. Bunun yerine, oturma izni verilmesindeki şartlara odaklanmıştır. 1980'lerde ve 1990'larda, şikâyet *rati-one materiae* olması sebebiyle muhtemelen reddedilirdi. Ancak 2006 yılında, Mahkeme değişik bir tutum benimsemiştir. Her ne kadar, karar Mahkeme'nin bu konulardaki yinelenen sözünü (*leitmotiv*) anımsatsa da, -ki bu, makamların önerdiği

çözümler onların özel hayat ve aile hayatı haklarını etkin bir şekilde kullanmalarına izin verdiği sürece, 8. Madde'nin kişilerin belirli bir tür oturma izni (sınırsız, geçici veya diğer) alma hakkını güvence altına almadığıdır-, şikâyet başvurusunun uzun bir süre maruz kaldığı, kendisi üzerinde maddi ve psikolojik anlamda önemli sonuçları olan istikrarsız ve belirsiz durumun etkileri (istikrarsız ve belirsiz iş, sosyal ve maddi güçlükler, ticari bir faaliyete başlamanın imkânsızlığı gibi) açısından incelenmeye değer bulunmuştur. Dava, Fransız sisteminin kötü işleyişini ortaya koyduğu için (oturma kartı talebinin reddedilmesi Topluluk Hukukuna aykırıdır), her ne kadar Mahkeme orantılılık testi altında kapsamlı bir argüman analizi yapmamış da olsa, bu kararın sonuçları ve olası etkileri açıktır.

Ancak *Sisojeva* davasında Büyük Daire, Letonya makamları tarafından uzatılabilir geçici oturma izni yoluyla getirilen düzenlemenin yetersiz olduğu iddiasını reddetmiştir.²³³

8. Madde belirli türde bir oturma izni hakkını temin eder şekilde yorumlanamaz. Ulusal hukukun birkaç değişik tür öngörmesi durumunda, Mahkeme, belirli türde bir oturma izni tanzim etmenin hukuki ve pratik sonuçlarını incelemelidir. Eğer, onu elinde bulundurana, ev sahibi ülkenin topraklarında oturmasına, özel ve aile hayatına

²³³ Başvurucular Rus-Letonya askeri birliklerin geri çekilmesine dair anlaşmaya göre, koşulsuz oturma haklarının olduğunu iddia etmişlerdir.

saygı gösterilmesi hakkını orada özgürce kullanmasına izin veriyorsa, böyle bir iznin verilmesi bu maddenin gereklerini karşılamak için, kural olarak, yeterli bir tedbiri teşkil eder. Bu gibi durumlarda, ilgili bireye belirli bir hukuki statüden başka bir statü verilip verilmemesi yönündeki tercih sadece ulusal makamlara ait bir konu olmakla, Mahkeme bu hususta karar vermeye yetkili değildir.

8. Madde'nin, uzun süreli mukimlerin durumlarının yasallaştırılması hakkını güvence altına alma potansiyeli *Rodrigues da Silva ve Hoogkamer* davasında vurgulanmıştır. Dava, yasa dışı göçmeliğin tipik durumuyla ilgiliydi: ilk başvuru ülkeye, süresinden fazla kaldığı turist vizesiyle giriş yapmıştır. Daha sonra ona oğlu katılmıştır. Bir Hollanda vatandaşıyla ilişkisi sonucunda bir kız çocuğu (ikinci başvuru) dünyaya gelmiştir. Babası tarafından tanınan kızı Hollanda vatandaşlığını almıştır. İlişkinin kötüye gitmesini takiben, Hollanda'dan koparılmasının ve babasından ve baba tarafındaki büyük annesi ve babasından ayrılmasının çocuk için travmatik bir deneyim olacağını belirten bilirkişi raporuna dayanılarak, çocuğun velayeti babasına verilmiştir. Başvurucu, ilişki içerisindeyken özensiz davranarak, durumunu yasallaştırmayı ihmal etmiş; ve oturma izni almak için sonraki tüm girişimleri, yasa dışı olarak çalışmakta olan başvurusunun vergi ve sosyal güvenlik katkı paylarını ödemediği gerekçeleriyle reddedilmiştir. Ulusal mahkemeler, ülkenin ekonomik refahı men-

faatinin, başvurucunun Hollanda'da oturma hakkına üstün geldiği kanaatine varmıştır. Ülkeyi terk etmesi emredilmesine rağmen ilk başvuru, kızına babasının ebeveynleriyle değişimli şekilde ortak olarak bakarak, Hollanda'da oturma ve çalışmaya devam etmiştir. Oturma izni talebinin reddedilmesinin, diğerler hususlar arasında, kızından ayrılmasına böylelikle 8. Madde'nin ihlaline sebebiyet verebileceği iddiasıyla Strazburg'daki Mahkeme'ye başvurmuştur. Mahkeme, çocuğun gerçek bakımının anne tarafından yapılıyor olmasını, aile hayatı kavramının şekilden ziyade (çocuğun velayeti) esası olarak, duruma 8. Madde kapsamında koruma sağlanması için yeterli olabildiğini belirtmiştir. Davanın esasına ilişkin olarak Mahkeme, başvurucunun sınır dışı edilmesinin küçük yaşta (o zamanlar 3 yaşında olan) çocuğuyla birlikte aile hayatı üzerinde çok geniş kapsamlı sonuçlarının olacağını ve annesinin Hollanda'da kalmasının çok açık bir şekilde çocuğun üstün menfaatine olduğunu tespit etmiştir. Bu sebeple Mahkeme, ülkenin ekonomik refahının, ilk başvurucunun kızı doğduğunda Hollanda'da yaşa dışı olarak ikamet ediyor olsa dahi, başvurucunun 8. Madde kapsamındaki haklarına üstün gelmediğine karar vermiştir. Gerekçelerinde Mahkeme, yabancılara ihracı ve sınır dışı edilmesiyle ilgili olarak oluşturulan 'Boultif kriterleri'ne benzer, aile birleşimi için genel standartlar belirlemiştir. Standartlar, ilgili kişilerin, içlerinden birinin göçmen statüsünün ev sahibi ülkede aile

hayatının devamlılığının başından beri istikrarsız olacağı farkında oldukları bir zamanda aile hayatını kurup kurmadıkları değerlendirmesini içermektedir.

Durum böyleyse, o zaman, vatandaş olmayan aile üyesinin uzaklaştırılması sadece çok istisnai durumlarda 8. Madde kapsamında ihlal oluşturabilir.

Yürürlükteki düzenlemelere uymadan, Sözleşmeciler Devlet'in makamlarıyla ülkedeki varlığını oldubittiyeye getiren kişiler, kendilerine oturma hakkı verilmesini bekleme haklarının olmadığını hatırlatarak, Mahkeme bir miktar açık kapı bırakmıştır. Söz konusu olan menfaatleri dengelemede, Strazburg hâkimleri özellikle çocuğun annesi, ve baba tarafından büyük anne ve babası tarafından ortak yetiştirilmiş olduğuna ve onlarla çok yakın bağlarının olmasına dikkat çekmiştir. Dolayısıyla annesinin sınır dışı edilmesi, çok ciddi bir problem olarak, onunla düzenli görüşmesini imkânsız kılacaktır. Başvurucunun aile hayatı üzerindeki geniş kapsamlı sonuçları, ulusal makamlar tarafından değerlendirilen sebeplere açıkça ağır basarak, oy birliğiyle annesinin Hollanda'da kalmasının net bir biçimde çocuğun menfaatine olduğu sonucuna varan Mahkeme tarafından dikkatlice ele alınmıştır.

8. Madde ile Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine İlişkin Lahey Sözleşmesi Arasındaki Etkileşim

Çocukların, genellikle ebeveynlerinden biri tarafından, tek taraflı olarak sınır ötesi alınıp götürülmelerinin yanı sıra, uluslararası sınır ötesinde alıkonmaları, gittikçe artan şekilde Mahkeme'nin gündemine getirilen ve büyüyen bir kaygının sebebi haline gelen küreselleşmenin bir boyutudur. Avrupa Konseyi devletlerinin çoğunun 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine İlişkin Lahey Sözleşmesi'ne (Layeh Sözleşmesi) taraf olmaları sebebiyle, Mahkeme'den gittikçe daha sık bir şekilde, Lahey yükümlülüklerine göre uygulamaya konan eylemlerin ve/veya eylemsizliklerin, Sözleşme'ye uygunluğuna dair karar vermesi istenmektedir. Lahey Sözleşmesi esas olarak usuli hükümler içermekte olup, velayete ilişkin maddi düzenlemeler getirme amacı taşımamaktadır. Temel amacı, çocukların yurtdışına yasadışı olarak götürülmesi ve iade edilmemesiyle mücadele etmek, hukuka aykırı olarak alıkonan veya haksız olarak alınıp götürülenlerin süratli bir şekilde geri dönüşünü sağlamak, statükoyu yeniden kurmak ve Lahey Sözleşmesi'ne taraf tüm devletlerde velayet ve erişim haklarının tam olarak yaşama geçirilmesini sağlamaktır. Yarışan yargılama yerlerini önleyerek, Lahey Sözleşmesi aynı zamanda ebeveynler için caydırıcı bir işlev görmektedir. Her ne kadar Strazburg organlarının Lahey Sözleşmesi üzerinde yargı yetkisi yoksa da, gerçek şudur ki, Sözleşme'nin meka-

nizması, Lahey Sözleşmesi'ne göre alınan yerel kararların Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne de uygun olup olmadığını belirleyecek bir durumdadır. Çoğu durumda şikâyetler yerel kararların ve ebeveynin bir çocuğu kaçırmasının sonrasında atılan adımların 8. Madde'ye uygunluğuyla ilgilidir. Çocukların bakım altına alınması ve müdahalelerin meşruluğuna ilişkin Avrupa düzeyinde bir fikir birliğinin olmaması, devletlerin bu tür davalarla ilgilenirken normalde kullandıkları geniş bir takdir yetkisi tanınmasına sebep olmuştur. Yalnız, manevra payı durumunun ciddiyeti ve söz konusu menfaatlerle çelişmektedir: görülen odur ki, bir çocuğun devlet bakımına alınmasını gerektiren durumlar söz konusu olduğunda takdir payı daha geniş olurken, aile hayatı hakkını korumak için gerekli olan erişim hakkı veya diğer hukuki teminatlar söz konusu olduğunda daha dardır. 1980 yılından dağıldığı tarihe kadar Komisyon, Lahey Sözleşmesi'ni ilgilendiren sadece altı tane dava incelemiştir. Komisyon tarafından sınırlı sayıda davanın incelenmiş olması, bir eğilimin belirlenmesine olanak vermemiştir. O dönemin içtihatlarından ortaya çıkan şudur ki Komisyon oldukça geniş takdir hakkı yorumu yapmış ve böylelikle hiçbir zaman Sözleşme'nin ihlal edildiği tespitinde bulunmamıştır. Buna karşılık, tam zamanlı Mahkeme'nin, ağırlıklı olarak iade kararlarının icrası, velayet ve erişim haklarıyla ilgili tespit ettiği ihlaller, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'ne ilişkin, dinamik bir içtihadın ortaya çıkmasına katkıda bulunmuştur. Mahkeme'nin, Sözleşme'nin 8. Madde'sinin, 1980 tarihli Lahey

Sözleşmesi (sözleşmeyi onaylamış olmak kaydıyla²³⁴) ışığında yorumlanması gerektiğini açıkça ifade ettiği *Ignaccolo-Zenide* davasını takiben, *Bianchi* davasında, küçük bir çocuğun annesi tarafından kaçırılmasının, bu nedenle küçüğün babasıyla bir araya gelmesine engel olmasının ardından, 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin amaç ve hedeflerini uygulamaya koyacak gerekli tedbirleri almaması sebebiyle Mahkeme, İsviçre'nin 8. Madde'yi ihlal ettiği sonucuna varmıştır. *Monory* davasında Mahkeme, Lahey Sözleşmesi'nin yerel makamlar tarafından kötüye kullanıldığını Sözleşme'nin 8. Maddesi kapsamında teyit ederek, yerel uygulamaya müdahale edecek kadar ileriye gitmiştir. Mahkeme tarafından Lahey Sözleşmesi'ne öyle bir önem atfedilmiştir ki, Lahey Sözleşmesi yerel düzeyde ileri sürülmemiş olsa dahi Mahkeme onu dikkate alacaktır.²³⁵

Son zamanlarda Mahkeme'nin hem çocuk kaçırma hem de sınır ötesi irtibat davalarında, 8. Madde'den doğan pozitif yükümlülüklerle vurgu yapmak için pek çok fırsatı olmuştur. Devletlerin, Lahey Sözleşmesi iade kararlarının icra edilmesini kolaylaştıracak gerekli tüm adımları atmadıkları veya bir iade kararını süratle uygulamaya koymayı kabul etmedikleri durumlarda ihlal tespit edilmiştir. Bunun tersine, ebeveynlerin zorlayıcı adımlar dâhil uygulama tedbirlerinin aile hayatı haklarına müdahale ettiği yönündeki itirazları, Strazburg içtihatlarında kesin bir şekilde kabul edilmiş bir ilke olan çocuğun üstün yararının korunmasına öncelik verilmesi amacıyla

234 *Bajrami-Arnautluk*.

235 *Iglesias Gil ve A.U.I-Ispanya*.

reddedilmiştir.²³⁶ Mahkeme'nin tetkiki prosedürün *a posteriori* incelenebilecek olan boyutuna yoğunlaşmaktadır, örneğin makamların özeni, ilgili kişilere menfaatlerini korumak için verilen imkânlar, prosedürel hakkaniyet, aile hayatına saygı gösterilmesine yapılan müdahalelerde yeterli ve uygun gerekçelerin verilmesi. Sadece ender durumlarda, Mahkeme ulusal makamlar tarafından esasa ilişkin alınan kararları doğrudan eleştirmiştir.²³⁷

Bu hususta yol gösterici kural, Mahkeme'nin üstün yarar ilkesine çok detaylı ve kapsamlı bir tanım getirdiği, Büyük Daire'nin yakın zamandaki *Neulinger ve Shuruk* kararında açıklanmıştır. Dava, İsrail'de doğan ve yasa dışı olarak annesi tarafından iki yaşındayken uzaklaştırılan, anne ve oğlu tarafından getirilmiştir. İsviçre'ye dönmelerinin ardından baba, çocuğun iadesini talep etmiş fakat anne, kendisinin, kaçırma eyleminden dolayı kovuşturma ve mahkûmiyet riskiyle karşı karşıya kalabileceğinden ötürü İsrail'e dönemediğini iddia etmiştir. Dolayısıyla, çocuğun iade edilmesi gerekseydi, bu yalnız bir şekilde gerçekleşecekti. Babasını iki senedir görmediği için ve babanın davranışları, en kibar şekliyle, problemli olduğu için, bu çocuğun üstün yararına aykırı olacaktır. Netice olarak Federal Mahkeme önceki kararlarını bozarak dokuz gün içerisinde iadeye hükmetmiştir. Karar

236 *Hokkanen-Hokkaken/Finlandiya; Pini ve Bertani ve Manera ve Atripaldi-Romanya; Voleski- Çek Cumhuriyeti; Bove*, ihlal bulunması ya iç hukuktaki eksikliklere ya da yerel makamların 25 Ekim 1980 tarihli Lahey Sözleşmesi'nin mekanizmasını kullanmamaları sebeplerine dayandırılmıştır.

237 *Haase-Almanya*.

verirken Federal Mahkeme, Lahey Sözleşmesi'nde iadeye getirilen istisnaların dar bir şekilde yorumlanması gerektiğini ve annenin, kovuşturmayla ve İsrail'de geçim kaynaklarının olmamasıyla ilgili iddialarını temellendirmeyerek ispat külfetinden kurtulmamış olduğunu düşünmüştür. Ocak 2009'da Mahkeme'nin bir Dairesi, 4'e 3 oy çokluğuyla 8. Madde ihlali olmadığını tespit eden bir karar vermiştir. Temmuz 2010'da davanın yeniden görüşülmesi için gönderildiği Büyük Daire, Daire'nin kararını bozmuştur. Büyük Daire doğrudan davanın olaylarını gözden geçirmiş ve çocuğun İsrail'e iadesini etkin bir şekilde engellemiştir. Bu davada zaman hayatı bir faktördü. Sınır dışı etme kararlarını ele almasına benzer şekilde, Mahkeme başvuru karar zamanındaki durumlarını ve menfaatlerini göz önünde bulundurarak, Federal Mahkeme'nin hükmünden neredeyse üç yıl ve çocuğun yasa dışı olarak alınıp götürülmesinden beş yıl sonra gelen çağdaş bir perspektif kabul etmiştir. Mahkeme, aslına bakılırsa, çocuk kaçırma durumlarında zamanın geçmesinin negatif ve çoğunlukla telafi edilmez öneminin bilincinde olarak, Lahey Sözleşmesi'nde dile getirilen hız ve özeni 8. Madde içtihadının bünyesinde toplamıştır.²³⁸ Ancak *Neulinger ve Shuruk* davalarında İsviçre veya İsrail makamlarında özen eksikliğine dair bir emare söz konusu değildi. Aslında, bekleme zamanının çoğu Strazburg'daki Daire ve Büyük Daire tarafından

²³⁸ *Sylvester-Avusturya. Maire-Portekiz* davasında Mahkeme, harekete geçilmemesi halinde gecikme sebeplerinin açıklamasının istenmesine sebep olan altı haftalık bir süre sınırını belirleyecek kadar ileri gitmiştir.

davanın ele alındığı dönemde geçmişti. Mahkeme, açıkça, bunun sonuçlarına başvuru katlanmalarının, durum kendilerinin suçu olmaması sebebiyle adaletsiz olacağı kanaatine varmıştır. Çocuğun üstün yararıyla, Büyük Daire çocuğun şu anki durumunu ve iadesinin sebep olacağı sonuçları değerlendirmiştir. Menfaatler dengesine diğer taraftan bakıldığında ise, annesi olmadan İsrail'de oldukça belirsiz bir aile ortamına iade edilmesinin çocuğa yararları sınırlıydı. 16'ya 1 oy çokluğuyla Büyük Daire, çocuğun İsrail'e iadesinin onun üstün yararına olmayacağı, dolayısıyla Federal Mahkeme kararının icra edilmesi durumunda, Sözleşme'nin 8. Madde'sinin ihlal edileceği sonucuna varmıştır. Mahkeme ayrıca böyle durumlarda yerel mahkemelerin bütün aile durumu ve tüm faktörler dizisi, özellikle olgusal, duygusal, psikolojik, maddi ve tıbbi niteliği hakkında detaylı bir inceleme yürütmesi gerektiğini vurgulamış ve kaçırılan bir çocuğun menşe ülkesine iadesi için yapılan bir başvuru bağlamında onun için en iyi çözümün belirlenmesinde devamlı bir kaygıyla, her bir kişinin ayrı ayrı menfaatlerinin dengeli ve makul değerlendirilmesini yapmıştır. *Neulinger ve Shuruk* davasıyla aynı doğrultuda, Mahkeme *Raban*²³⁹ davasında, yerel mahkemenin çocukların annelerinin ülkesindeki yeni çevreye başarılı bir şekilde entegrasyonlarını dikkatli bir şekilde değerlendirerek doğru kararı vermiş olduğunu düşünmüş ve ihlal tespit etmemiştir.

²³⁹ Başvurucunun, olağandışı bir şekilde diğer iki devlet (davanın pozitif yükümlülüklerin Lahey Sözleşmesi ile muhtemelen çelişkili olması anlamında önemli sonuçlarının olduğunu düşünen Almanya ve Birleşik Krallık) tarafından desteklenen, davanın Büyük Daire'ye gönderilmesi talebi reddedilmiştir.

Dava Endeksi

Davalar karar tarihi veya, uygun olan durumlarda, hüküm tarihi ile birlikte belirtilmiştir. Metinde her ikisine birden atıfta bulunulması durumunda her iki tarih de endekse girilmiştir. Yazılma tarihinde henüz kesinleşmemiş davalar yıldızla işaretlenmiştir. Ayrıntılı bilgi için lütfen HUDOC çevrimiçi veri tabanına bakınız, <http://hudoc.echr.coe.int/>.

A, B, ve C - İrlanda (GC), 16 Aralık 2010
A. - Hırvatistan, 14 Ekim 2010
A.A. - Birleşik Krallık, 20 Eylül 2011*
A.W. Khan - Birleşik Krallık, 12 Ocak 2010
Abdulaziz, Cabales ve Balkveali - Birleşik Krallık, 28 Mayıs 1985
ADT - Birleşik Krallık, 31 Temmuz 2000
Ahmut - Hollanda, 28 Kasım 1996
Albanese, Vitiello ve Campagnano - İtalya, 23 Mart 2006

B. - Fransa, 25 Mart 1992
B.C. - İsviçre (dec.), 27 Kasım 1995
Babylonova - Slovakya, 20 Haziran 2006
Backlung - Finlandiya, 6 Temmuz 2010

A

Aliev - Ukrayna, 29 Nisan 2003
Amman - İsviçre, 16 Şubat 2000
Anayo - Almanya, 21 Aralık 2010
Vereou Papi - Türkiye (dec.), 26 Eylül 2002
Aristimuno Mendizabal - Fransa, 17 Ocak 2006
Association 21 Aralık 1989 ve diğerleri - Romanya, 24 Mayıs 2011
Association for European Integration ve Human Rights ve Ekimdzhiev - Bulgaristan, 28 Haziran 2007

B

Bajrami - Arnavutluk, 12 Aralık 2006
Beard - Birleşik Krallık (GC), 18 Ocak 2001
Beldjoudi - Fransa, 26 Mart 1992
Benhebba - Fransa, 10 Temmuz 2003

Bensaid - Birleşik Krallık (dec.), 25 Ocak 2000
 Berrehab - Hollanda, 21 Haziran 1988
 Bevacqua ve S. - Bulgaristan, 12 Haziran 2008
 Bianchi - İsviçre, 22 Haziran 2006
 Bigaeva - Yunanistan, 28 Mayıs 2009
 Boso - İtalya (dec.), 5 Eylül 2002
 Botta - İtalya, 24 Şubat 1998
 Boughanemi - Fransa, 24 Nisan 1996

C.G. ve diğerleri - Bulgaristan, 24 Nisan 2008
 Camenzind - İsviçre, 27 Şubat 1985
 Campbell ve Fell - Birleşik Krallık, 28 Haziran 1984
 Chapman - Birleşik Krallık (GC), 18 Ocak 2001
 Chappell - Birleşik Krallık, 30 Mart 1989
 Chave nee Jullien - Fransa (dec.), 9 Temmuz 1991
 Chelu - Romanya, 12 Ocak 2010
 Christie - Birleşik Krallık (dec.), 27 Haziran 1994
 Ciubotaru - Moldova, 27 Nisan 2010

Dadouch - Malta, 20 Temmuz 2010
 Dankevich - Ukrayna, 29 Nisan 2003
 Dees - Macaristan, 9 Kasım 2010
 Demades - Türkiye (dec.), 24 Ağustos 1999
 Demopoulos ve diğerleri - Türkiye (GC), 1 Mart 2010

Boultif - İsviçre, 2 Ağustos 2001
 Bove - İtalya, 30 Haziran 2005
 Boyle - Birleşik Krallık, 9 Şubat 1993
 Brveuşe - Romanya, 7 Nisan 2009
 Bruggeman ve Scheuten - Almanya (dec.), 19 Mayıs 1976
 Buckley - Birleşik Krallık, 26 Ağustos 1996
 Burghartz - İsviçre, 22 Şubat 1994
 Bykov - Rusya(GC), 10 Mart 2009

C

Codarcea - Romanya, 2 Haziran 2009
 Coplve - Birleşik Krallık, 3 Nisan 2007
 Costello-Roberts - Birleşik Krallık, 25 Mart 1993
 Coster - Birleşik Krallık (GC), 18 Ocak 2001
 Cotlet - Romanya, 3 Haziran 2003
 Craxi - İtalya (no. 2), 17 Temmuz 2003
 Cruz-Varas - İsveç, 20 Mart 1991
 Kıbrıs - Türkiye (GC), 10 Mayıs 2001

D

Dickson - Birleşik Krallık, 18 Nisan 2006
 Doorson - Hollanda, 26 Mart 1996
 Dubetska ve diğerleri - Ukrayna, 10 Şubat 2011
 Dudgeon - Birleşik Krallık, 22 Ekim 1981

E.B. - Fransa, 22 Ocak 2008
E.S. ve diğçerleri - Slovakya, 15 Eylül 2009
Ebcin - Türkiye, 1 Şubat 2011
Elli Poluhas Dodsbo - İsveç, karar 2 Eylül 2004, hüküm 17 Ocak 2006
Enea - İtalya (GC), 17 Eylül 2009

Fadeyeva - Rusya, 9 Haziran 2005
Florea - Romanya, 14 Eylül 2010
Foka - Türkiye, 24 Haziran 2008
Frerot - Fransa, 12 Haziran 2007

G. - Hollanda, 8 Şubat 1993
G.C. - Bulgaristan, 24 Nisan 2008
Gardel - Fransa, 17 Aralık 2009
Gaskin - Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1989
Genovese - Malta, 11 Ekim 2011*
Georgi Nikolaishvili - Gürcistan, 13 Ocak 2009
Giacomelli - İtalya, 2 Kasım 2006
Gillan ve Quinton - Birleşik Krallık, 12 Ocak 2010
Gillow - Birleşik Krallık, karar 9 Aralık 1992, hüküm 24 Kasım 1986

E

Erdem - Almanya, 5 Temmuz 2001
Eriksson - İsveç, 22 Haziran 1989
Ernst ve diğçerleri - Belçika, 15 Temmuz 2003
Estate of Kresten Filtenborg Mortensen - Danimarka (dec.), 15 Mayıs 2006
Evans - Birleşik Krallık (GC), 10 Nisan 2007

F

Frette - Fransa (dec.), 12 Haziran 2001
Friedl - Avusturya, 26 Ocak 1995
Friend ve Countryside Alliance ve diğçerleri – Birleşik Krallık (dec.), 24 Kasım 2009
Funke - Fransa, 25 Şubat 1993

G

Girard - Fransa, 30 Haziran 2011
Glass - Birleşik Krallık, 9 Mart 2004
Gnahore - Fransa, 19 Eylül 2000
Goodwin - Birleşik Krallık (GC), 11 Temmuz 2002
Grant - Birleşik Krallık, 8 Ocak 2009
Guerra ve diğçerleri - İtalya (GC), 19 Şubat 1998
Guillot - Fransa, 24 Ekim 1996
Gul - İsviçre, 19 Şubat 1996
Gulmez - Türkiye, 20 Mayıs 2008
Gurgenidze - Gürcistan, 17 Ekim 2006

Haas - İsviçre, 20 Ocak 2011
 Haase - Almanya, 8 Nisan 2004
 Hadri-Vionnet - İsviçre (dec.), 2 Mayıs 2006
 Hajduova - Slovakya, 30 Kasım 2010
 Halford - Birleşik Krallık, 25 Haziran 1997
 Hveyside - Birleşik Krallık, 7 Aralık 1976

I. - Finlandiya, 17 Temmuz 2008
 I. - Birleşik Krallık, 11 Temmuz 2002
 Iglesias Gil ve A.U.I - İspanya, 29 Nisan 2003
 Ignaccolo-Zenide - Romanya, 25 Ocak 2000
 Jaggi - İsviçre, 13 Temmuz 2006
 Jakupovic - Avusturya, 6 Şubat 2003

K. ve T. - Finlandiya (GC), 12 Temmuz 2001
 K.A. ve A.D. - Belçika (dec.), 15 Eylül 2003
 K.A. - Finlandiya, 14 Ocak 2003
 K.U. - Finlandiya, 2 Aralık 2008
 Karassev - Finlandiya (dec.), 12 Ocak 1999
 Kaushal - Bulgaristan, 2 Eylül 2010
 Kaya - Romanya, 12 Ekim 2006
 Keegan - İrlanda, 26 Mayıs 1994

H

Haralambie - Romanya, 27 Ekim 2009
 Hartung - Fransa (dec.), 13 Kasım 2009
 Hatton ve diğerleri - Birleşik Krallık (GC), 8 Temmuz 2003
 Haydarie ve diğerleri - Hollanda (dec.), 20 Ekim 2005
 Hendriks - Hollanda, 8 Mart 1982
 Hokkanen - Finlandiya, 24 Ağustos 1994

I, J

Jalloh - Almanya (GC), 11 Temmuz 2006
 Jane Smith - Birleşik Krallık (GC), 18 Ocak 2001
 Jankauskas - Litvanya, 24 Şubat 2005
 Janković - Hırvatistan, 5 Mart 2009
 Johnston - İrlanda, 18 Aralık 1986
 Jolie ve Lebrun - Belçika, 14 Mayıs 1986

K

Keegan - Birleşik Krallık, 18 Temmuz 2006
 Kennedy - Birleşik Krallık, 18 Mayıs 2008
 Kerkhoven ve Hinke - Hollanda, 19 Mayıs 1992
 Khokhlich - Ukrayna, 29 Nisan 2003
 Klass - Almanya, 22 Eylül 1993
 Kopp - İsviçre, 25 Mart 1998
 Krušković - Hırvatistan, 21 Haziran 2011
 Kutzner - Almanya, 26 Şubat 2002

Kuznetsov - Ukrayna, 29 Nisan 2003

L. - Litvanya, 11 Eylül 2007

L.C.B. - Birleşik Krallık, 9 Haziran 1998

L.L. - Fransa, 10 Ekim 2006

Laskey, Jaggard ve Brown - Birleşik Krallık (dec.), 18 Ocak 1995

Leveer - İsveç, 26 Mart 1987

Lee - Birleşik Krallık (GC), 18 Ocak 2001

M. - İsviçre, 26 Nisan 2011

M.C. - Bulgaristan, 4 Aralık 2003

M.S. - İsveç, 27 Ağustos 1997

Maire - Portekiz, 26 Haziran 2003

Malone - Birleşik Krallık, 2 Ağustos 1984

Marckx - Belçika, 13 Haziran 1979

Margareta ve Roger Veersson - İsveç, 25 Şubat 1992

Maslov - Avusturya (GC), 23 Haziran 2008

Matter - Slovakia, 5 Temmuz 1999

McCann - Birleşik Krallık, 13 Mayıs 2008

McGinley ve Egan - Birleşik Krallık, 9 Haziran 1998

McKay-Kopecka - Polonya(dec.), 19 Eylül 2006

Mengesha Kimfe - İsviçre, 29 Temmuz 2010

Menteş ve diğerleri - Türkiye (dec.), 9 Ocak 1995

Merger ve Cross - Fransa, 22 Aralık 2004

Kyrtatos - Yunanistan, 22 Mayıs 2003

L

Liberty ve diğer kurumlar - Birleşik Krallık, 1 Temmuz 2008

Liu ve Liu - Rusya, 6 Aralık 2007

Loizidou - Türkiye, 18 Aralık 1996

Lopez Ostra - İspanya, 9 Aralık 1994

Luordo - İtalya, 17 Temmuz 2003

Lupsa - Romanya, 8 Haziran 2006

M

Messina (No. 2) - İtalya, 28 Eylül 2000

Mianowski - Polonya, 16 Aralık 2003

Mikulić - Hırvatistan, 7 Şubat 2002

Mileva ve diğerleri - Bulgaristan, 25 Kasım 2010

Mizzi - Malta, 12 Ocak 2006

Moldovan ve diğerleri - Romanya (no. 2), 12 Temmuz 2005

Monory - Romanya ve Macaristan, 5 Nisan 2005

Moreno Gomez - İspanya, 16 Kasım 2004

Moretti ve Benedetti - İtalya, 27 Nisan 2010

Mosley - Birleşik Krallık, 10 Mayıs 2011

Moustaquim - Belçika, 18 Şubat 1991

Murray - Birleşik Krallık, 28 Ekim 1994

Musa ve diğerleri - Bulgaristan, 11 Ocak 2007

Muscio - İtalya (dec.), 13 Kasım 2007

Mustafa ve Armagan Akin - Türkiye, 6 Nisan 2010

Narinen - Finlandiya, 1 Haziran 2004
 Nazarenko - Ukrayna, 29 Nisan 2003
 Negrepontis-Giannisis - Yunanistan, 3 Mayıs 2011
 Neulinger ve Shuruk - İsviçre (GC), 6 Temmuz 2010
 Niedbala - Polonya, 4 Temmuz 2000

Obst - Almanya, 23 Eylül 2010
 Odievre - Fransa (GC), 13 Şubat 2003
 Olsson - İsveç, 24 Mart 1988
 Omojudi - Birleşik Krallık, 24 Kasım 2009

P.G. ve J.H. - Birleşik Krallık, 25 Eylül 2001
 Panullo ve Forte - Fransa, 30 Ekim 2001
 Pawlik - Polonya, 19 Haziran 2007
 Peck - Birleşik Krallık, 28 Ocak 2003
 Peev - Bulgaristan, 26 Temmuz 2007
 Petrina - Romanya, 14 Ekim 2008
 Pfeifer - Avusturya, 15 Kasım 2007
 Phinikaridou - Kıbrıs, 20 Aralık 2007
 Pini ve Bertani ve Manera ve Atripaldi - Romanya, 22 Haziran 2004
 Pla ve Puncernau - Veorra, 13 Temmuz 2004

N

Niemetz - Almanya, 16 Aralık 1992
 Nnyanzi - Birleşik Krallık, 8 Nisan 2008
 Norris - İrlanda, 26 Ekim 1988
 Novoseletskiy - Ukrayna, 22 Şubat 2005
 Nunez - Norveç, 28 Haziran 2011

O

Oneryıldız - Türkiye, 30 Kasım 2004
 Onur - Birleşik Krallık, 17 Şubat 2009
 Özpınar - Türkiye, 19 Ekim 2010

P, Q, R

Ploski - Polonya, 12 Kasım 2002
 Poltoratskiy - Ukrayna, 29 Nisan 2003
 Powell ve Rayner - Birleşik Krallık, 21 Şubat 1990
 Pretty - Birleşik Krallık, 29 Nisan 2002
 Prokopovich - Rusya(dec.), 8 Ocak 2004
 R. - Finlandiya, 30 Mayıs 2006
 R.R. - Polonya, 26 Mayıs 2011
 Raban - Romanya, 26 Ekim 2010
 Rainys ve Gasparavicius - Litvanya (dec.), 22 Ocak 2004
 Raninen - Finlandiya, 16 Aralık 1997
 Rasmussen - Danimarka, 28 Kasım 1984

Rees - Birleşik Krallık, 17 Ekim 1986
Refah Partisi (the Welfare Party) - Türkiye, 13 Şubat 2003
Reigato Ramos - Portekiz, 22 Kasım 2005
Reklos ve Davourlis - Yunanistan, 15 Ocak 2009

S. ve Marper - Birleşik Krallık (GC), 4 Aralık 2008
S.H. ve diğerleri - Avusturya (GC), 3 Kasım 2011
Sahin - Almanya (GC), 8 Temmuz 2003
Salapa - Polonya, 19 Aralık 2002
Schalk ve Kopf - Avusturya, 24 Haziran 2010
Schlumpf - İsviçre, 8 Ocak 2009
Schonenberger ve Durmaz - İsviçre, 20 Haziran 1988
Schuth - Almanya, 23 Eylül 2010
Sciacca - İtalya (dec.), 4 Eylül 2003
Scozzari ve Giunta - İtalya (GC), 13 Temmuz 2000
Segerstedt-Wiberg ve diğerleri - İsveç, 6 Haziran 2006
Sen - Hollanda, 21 Aralık 2001
Şerife Yiğit - Türkiye, 2 Kasım 2010
Shimovolos - Rusya, 21 Haziran 2011
Shofman - Rusya, 25 Kasım 2005

T.P. ve K.M. - Birleşik Krallık (GC), 10 Mayıs 2001
Taşkın ve diğerleri - Türkiye, 10 Kasım 2004
Tatar - Romanya, 27 Ocak 2009

Roche - Birleşik Krallık (GC), 19 Ekim 2005
Rodrigues da Silva ve Hoogkamer - Hollanda, 31 Ocak 2006
Rodriguez da Silva ve Hoogkamer - Hollanda, 31 Ocak 2006
Rotaru - Romanya (GC), 4 Mayıs 2000

S

Sidabras ve Džiautas - Litvanya (dec.), 21 Ekim 2003
Sidiropoulos - Yunanistan, 10 Temmuz 1998
Silver ve diğerleri - Birleşik Krallık, 25 Mart 1983
Sisojeva ve diğerleri .v Letonya (GC), 15 Ocak 2007
Slivenko ve diğerleri - Letonya, 9 Ekim 2003
Smirnova - Rusya, 24 Temmuz 2003
Smith ve Grady - Birleşik Krallık, 27 Eylül 2009
Soderback - İsveç, 28 Ekim 1998
Soering - Birleşik Krallık, 7 Temmuz 1989
Stes Colas Est ve diğerleri - Fransa, 16 Nisan 2002
Stubbings - Birleşik Krallık, 22 Ekim 1996
Sunday Times - Birleşik Krallık, 26 Nisan 1979
Surugiu - Romanya, 20 Nisan 2004
Sylvester - Avusturya, 24 Nisan 2003
Szuluk - Birleşik Krallık, 2 Haziran 2009

T, U, V

Taylor-Sabori - Birleşik Krallık, 22 Ekim 2002
Ternovszky - Macaristan, 14 Aralık 2010
Toma - Romanya, 24 Şubat 2009

Tuquabo-Tekle ve diğerleri - Hollanda, 1 Aralık 2005
 Turek - Slovakya, 14 Şubat 2006
 Tysiãc - Polonya, 20 Mart 2007
 Uner - Hollanda (GC), 18 Ekim 2006
 Uzun - Almanya, 2 Eylül 2010
 -C. - Slovakya, karar 16 Haziran 2009, hüküm 8 Kasım 2011*

Wagner ve J.M.W.L - Lüksemburg, 28 Haziran 2007
 Wainwright - Birleşik Krallık (dec.), 13 Aralık 2005
 Wakerfiel - Birleşik Krallık, 1 Ekim 1990
 Weber ve Saravia - Almanya (dec.), 29 Haziran 2006
 Wieser ve Bicos Beteiligung GmbH - Avusturya, 16 Ekim 2007
 William Faulkner - Birleşik Krallık, 4 Haziran 2002
 Wisse - Fransa, 20 Aralık 2005
 Worva - Polonya(dec.), 16 Mayıs 2002
 X ve Y - Liechtenstein (dec.), 14 Temmuz 1977
 X ve Y - İsviçre (dec.), 3 Ekim 1978
 X ve Y - Hollanda, 26 Mart 1985
 X - Belçika (dec.), 7 Aralık 1982
 X - Almanya (dec.), 10 Mart 1981
 X - İzlanda, 4 Mart 1976

Van Kuck - Almanya, 12 Haziran 2003
 Velcea ve Mazãre - Romanya, 1 Aralık 2009
 Venema - Hollanda, 17 Aralık 2002
 Vo - Fransa, 8 Temmuz 2004
 Voleski - Çek Cumhuriyeti, 29 Haziran 2004
 Von Hannover - Almanya, karar 8 Temmuz 2003, hüküm 24 Haziran 2004

W, X, Y, Z

X - İsviçre, 10 Temmuz 1978
 X - Birleşik Krallık (dec.), 1 Temmuz 1977
 X - Birleşik Krallık (dec.), 12 Ekim 1978
 X - Birleşik Krallık (dec.), 13 Mayıs 1980
 X - Birleşik Krallık (dec.), 6 Ekim 1982
 X, Y ve Z v Birleşik Krallık (GC), 22 Nisan 1997
 Y.F. - Türkiye, 22 Temmuz 2003
 Yazgul Yılmaz - Türkiye, 1 Şubat 2011
 Yousef - Hollanda, 5 Kasım 2002
 Yousef - Birleşik Krallık, 30 Haziran 1992
 Z - Finlandiya, 25 Şubat 1997
 Zaunegger - Almanya, 3 Aralık 2009
 Znamenskaya - Rusya, 2 Haziran 2005
 Zwadka - Polonya, 23 Haziran 2005

Avrupa Konseyi İnsan Hakları ve Hukukun Üstünlüğü Genel Müdürlüğü F-67075 Strasbourg Cedex

www.coe.int/justice

Ivana Roagna ceza avukatı ve insan hakları/hukukun üstünlüğü uzmanıdır. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Avrupa Konseyi ve Bosna - Hersek’de Avrupa Güvenlik ve İşbirliği Teşkilatı’nda görev yapmıştır.

Birleşmiş Milletler Bölgelerarası Suç ve Adalet Araştırmaları Enstitüsü’nde (UNICRI) Kıdemli Eğitim Uzmanı olarak çalışan Roagna insan hakları hukuku ve Avrupa standartları konularında eğitim programı geliştirerek İtalya, Mısır, Brezilya ve Angola’daki profesyonellerin yanı sıra BM ve AB barışı koruma operasyonlarının üyelerine bu alanda eğitimler vermiştir.

Bu kitap Avrupa Birliği, Türkiye Cumhuriyeti ve Avrupa Konseyi tarafından birlikte finanse edilen ve Avrupa Birliği ile Avrupa Konseyinin Ortak Programı olan “Yüksek Yargı Kurumlarının Avrupa Standartları Bakımından Rollerinin Güçlendirilmesi Projesi” kapsamında basılmıştır. Projenin ihale makamı Merkezi Finans ve İhale Birimidir.