

Özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı

Avrupa
İnsan Hakları Sözleşmesi'nin
8. Maddesi'nin
uygulanmasına ilişkin
kılavuz

Ursula Kil Kelly

İnsan hakları el kitapları, No. 1

Bu yayında belirtilen görüşler yazara aittir ve Avrupa Konseyi'ni sorumlu kılmaz. Yayında belirtilen yasal belgelerin, üye ülkelerin hükümetlerini, Avrupa Konseyi'nin yasal organlarını veya Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne dayanarak kurulan herhangi bir organı bağlayabilecek herhangi bir resmi yorumu olarak değerlendirilmemelidir.

Kapak fotoğrafı: ww.gdis.org/Fondacci

İnsan Hakları Genel Müdürlüğü
Avrupa Konseyi
F-67075 Strasbourg Cedex
© Avrupa Konseyi, 2001
İlk baskı, Kasım 2001
Almanya'da basılmıştır.

İçindekiler

Giriş	7
1. Bölüm: 8. Madde'ye giriş ve söz konusu maddenin uygulanmasında kullanılan test ...	9
<i>8. Madde</i>	9
<i>Giriş</i>	9
<i>Takdir hakkı</i>	10
<i>8. Madde – Uygulanan testler</i>	13
8. Madde testinin 1. aşaması	15
<i>1.1. Şikayet, 8. Madde 1. fıkrada korunan hakların birinin kapsamına giriyor mu? .</i>	<i>15</i>
8. Madde 1. fıkra kapsamındaki ilgili hakkı belirlemek kimin görevidir?	15
8. Madde 1. fıkranın uygulanabilirliği konusunda AİHM'nin yaklaşımı nedir?	16
1.1.1 Özel hayat	16
1.1.2 Aile hayatı	25
1.1.3 Konut	32
1.1.4 Haberleşme	33

1.2	<i>Devletin 8. Madde hakkına saygı göstermesi konusunda pozitif bir yükümlülüğü var mıdır ve bu yükümlülük yerine getirilmiş midir?</i>	35
8.	Madde testinin 2. aşaması	39
2.1	<i>8. Madde hakkına herhangi bir müdahale olmuş mudur?</i>	39
2.2	<i>Bir 8. Madde hakkına müdahale edildiye:</i>	42
2.2.1	<i>Müdahale kanunlara uygun mu?</i>	43
2.2.2	<i>Müdahalenin meşru bir amacı var mı?</i>	52
2.2.3	<i>Müdahale demokratik bir toplumda gerekli midir?</i>	53
II.	Kısım: Maddi hukuk	58
	<i>Özel Hayat</i>	58
	<i>Hangi bilgiler polis tarafından toplanabilir ve saklanabilir?</i>	59
	<i>Daha önceki ceza davaları hakkında kayıtlar</i>	60
	<i>Terörist faaliyetler konusunda bilgi</i>	60
	<i>Ulusal güvenliği korumak amacıyla kişisel bilgi toplamak</i>	61
	<i>Ne tür usul önlemlerine ihtiyaç vardır?</i>	62
	<i>Devletin elindeki kişisel verilere erişim</i>	65
	<i>Bir suçun soruşturulması ve yargılanması sırasında bilgilerin ifşası</i>	67
	<i>Polis tarafından basına ifşa</i>	67
	<i>Tıbbi verilerin ifşası ve gizlilik</i>	68

<i>Adlar</i>	71
Soyadı değiştirme	71
Önadların kaydedilmesi.....	72
<i>Fiziksel ve manevi şahsiyet</i>	72
<i>Özel hayat ve haberleşme</i>	77
Ne tür önlemlere gerek vardır?.....	82
<i>Aile hayatı</i>	84
Aile hukuku davalarının süresi 8. Madde açısından önemli midir?	97
Bir çocuğun ebeveyn rızası olmadan evlat edinilmesi 8. Madde'yi ihlal eder mi?... 97	
Bir çocuğun anne veya babasının bilgisi olmadan evlat edinilmesi 8. Madde'yi ihlal eder mi?	99
Kasıtlı hasara karşı korunma.....	104
Rahatsızlıktan korunma	105
Çevresel rahatsızlıktan korunma.....	106
Mülkiyetin düzenlenmesi	107
8. Madde kendi konutunda yaşama hakkını da içerir mi?.....	108
Arama ve mallara el konması	110
Yargı kontrolü 8. Madde haklarının yeterince korunmasını sağlar mı?	113
8. Madde'ye uygunluk için mahkemeden alınmış bir arama emri yeterli midir? .	114
Terörizm soruşturmalarında arama ve el koyma uygulamaları	115

Giriş

Rusya Federasyonu'ndaki hakimlerin bildiği gibi, Sözleşme'nin Rus iç hukukuna dahil edilmesi, hakimlerin bu Sözleşme'nin hükümlerinde teminat altına alınan hakların himayesine girmek isteyen bireylerle sık sık karşılaşacakları anlamına gelmektedir. Bu durumda hakimlerin kendilerine soracakları iki bariz soru vardır.

Birincisi, bir hakkı düzenleyen iç hukuk ve Sözleşme hükümleri arasında çatışma varsa hangi kanun, üstün kanun olarak uygulanmalıdır Bu sorunun yanıtı açıktır; genel olarak Sözleşme'nin teminat altına aldığı haklar, iç hukuktan üstündür. Böylece Sözleşme'nin ve iç hukukun hükümleri arasında bir çatışma varsa, Sözleşme'nin hükümleri uygulanmalıdır. Ancak Sözleşme'den kaynaklanan hakların iç hukuktaki konumunun, Anayasa'nın altında olduğu da önemlidir. Rusya

Federasyonu Anayasası ile AİHS arasındaki herhangi bir çatışma, Anayasa'nın lehine çözülmelidir.

İkincisi, Sözleşme'deki maddelerin çok kısa ve özet hükümler olduğu gerçeğinden yola çıkarak, Sözleşme'nin maddeleri (ve söz konusu maddeler kapsamında teminat altına alınan haklar) nasıl uygulanmalıdır? Bu sorunun yanıtı, hakimlerin önlerine getirilen Sözleşme'yle ilgili şikayeti, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadındaki ve söz konusu içtihadta başvurulabilecek ilgili bir prensip olmaması durumunda, eski Avrupa Komisyonu ve İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadındaki prensipleri uygulamaya geçirerek değerlendirmeleri gerektiğidir. (Bu iki kurum, Sözleşme'nin 11. no'lu Protokolü'nün Kasım 1998'de yürürlüğe girmesiyle dağıtılmıştır.)

Bu içtihat ne açıdan yararlıdır? Bir hakimin, Sözleşme maddelerinden birine dayandırılarak mahkemeye getirilen şikayetin geçerli bir şikayet olup olmadığını belirlemesi için uygulanabilecek kesin testler geliştirmiştir. Söz konusu testler, ilgili Sözleşme maddesine göre değişkenlik gösterir. Bu

raporda, bireylerin 8. Madde kapsamında getirdiği şikayetlerde Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafında uygulanan ve böylece Sözleşme'nin 8. Madde'sine dayanan bir şikayetle karşı karşıya olan Rusya Federasyonu hakimlerinin de uygulaması gereken testler özetlenmiştir.

1. Bölüm: 8. Madde'ye giriş ve söz konusu maddenin uygulanmasında kullanılan test

8. Madde

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, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

Giriş

8. Madde'nin iki bölüme ayrıldığı hemen göze çarpmaktadır. 8. Madde'nin 1. fıkrası olan birinci bölümde, devletin bir birey için teminat altına aldığı hakların tam olarak hangileri olduğu belirtilir: özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı. 8. Madde'nin 2. fıkrası olan ikinci bölümde, bazı şartlarda kamu yetkililerinin 8. Madde'deki haklara müdahale etmesinin kabul edilebileceği belirtilerek, söz konusu hakların mutlak olmadığı ifade edilir. 8. Madde 2. fıkrada, aynı zamanda 8. Madde 1. fıkrada belirtilen haklara kamu yetkililerinin hangi şartlarda yasal olarak müdahale edebileceği de belirtilmiştir; sadece kanunlara uygun olan ve 8. Madde 2. fıkrada belirtilen meşru hedeflerin birine veya birden fazlasına ulaşmak için demokratik bir toplumda gerekli olan

müdahaleler, bireyin 8. Madde haklarının devlet tarafından kabul edilebilir bir biçimde sınırlandırılması olarak kabul edilecektir.

Takdir hakkı

Alınan önlemlerin 8. Madde'yle uyumlu olup olmadığı değerlendirilirken, ilgili Devlete takdir hakkı adı verilen belirli bir takdir yetkisi verilmiştir. Bu prensip ilk olarak, 10. Madde kapsamındaki bir anlaşmazlıkla ilgili olan ancak kararı aynı şekilde 8. Madde davaları için de geçerli olan *Handyside*¹ davasında oluşturulmuştur. Verilen karar göre:

(d)evlet yetkilileri, ülkelerindeki önemli güçlerle doğrudan ve sürekli temasları nedeniyle, uluslararası hakimlere kıyasla...

¹ *Handyside-Birleşik Krallık* davası, 7 Aralık 1976 tarihli karar, para. 48-49.

bir “sınırlama” veya “cezanın” “gerekliliği”... konusunda daha iyi karar verebilecek durumdadır... bu bağlamdaki “gereklilik” kavramında ima edilen acil toplumsal ihtiyacın gerçeklik düzeyi konusunda, ilk değerlendirmeyi ulusal yetkililer yapmalıdır.

Bu nedenle Madde 10 (2) taraf devletlere belirli bir takdir hakkı bırakmaktadır. Söz konusu pay, hem ulusal kanun koyucuya... hem de yürürlükteki kanunları yorumlama ve uygulama durumunda olan adli veya diğer kurumlara verilmiştir.

Ancak Mahkeme, **bu doktrinin âkit devletlere sınırsız bir takdir hakkı vermediğini belirtmiş** ve Mahkeme'nin devletlerin Sözleşme'nin yükümlülüklerini yerine getirmesini sağlamaktan sorumlu

olduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle, 8. Madde söz konusu olduğunda, Sözleşme haklarından birine müdahalenin 8. Madde 2. fıkra kapsamında haklı olup olmadığını belirleme konusunda **nihai karar** verme rolünü Mahkeme üstlenmiştir ve böylece **ulusal takdir hakkı, Avrupa denetlemesiyle “el ele” düşünülmelidir.** Mahkeme, söz konusu takdir hakkına iki temel durumda başvurmuştur:

1. **8. Madde’ye yapılan bir müdahalenin**, 2. fıkrada belirtilen kamu çıkarı dayanağına göre yerinde olup olmadığını belirlerken,
2. Bir devletin, bu hüküm kapsamındaki **pozitif yükümlülüklerine** uymak için yeterince çaba sarf edip etmediğini değerlendirirken.

Yetkili ulusal mercilere verilen takdir hakkı **mevcut şartlara, konuya ve**

konunun geçmişine göre değişiklikler gösterecektir. 8. Madde çerçevesinde takdir hakkının kapsamını belirlerken göz önünde bulundurulması gereken faktörler şunlardır:

- **Sözleşme Devletlerinin kanunlarının bir ortak zemini** olup olmadığı²: Ortak uygulamaların bariz olduğu durumlarda, takdir hakkı az olacaktır ve söz konusu uygulamalardan ayrılmayı açıklamak zor olacaktır. Diğer yandan, yaygın bir ortak yaklaşım yoksa, Mahkeme’nin Devletlere vereceği takdir hakkı daha geniş olacaktır.³
- Takdir hakkının kapsamı, bağlama göre değişir ve örneğin **çocukların korunması gibi konularda söz konusu pay özellikle geniş**

² *Rasmussen-Danimarka* davası, 28 Kasım 1984 tarihli karar, para. 40.

³ *Pozitif yükümlükler* konusunda Bkz 1.2

tutulmuştur. Mahkeme, çocuk bakımı ve aileye devletin müdahalesi konusunda taraf devletlerde çok değişkenlik olduğunu kabul etmektedir ve Sözleşme kapsamında davaları incelerken bu durumu göz önünde bulundurarak, bu konuda hareket eden Devletlere belirli bir takdir hakkı bırakır. Mahkeme ayrıca **ulusal yetkililerin, ulusal düzeyde belirlenen hassas ve karmaşık konulara daha yakın oldukları için, her bir davanın şartlarını daya iyi değerlendirebileceklerini ve en uygun çözüm yolunu belirleyebileceklerini** kabul etmektedir. Örneğin çocukların bakımı söz konusu olduğunda ulusal yetkililer, bakım konusunda önlem alma aşamasında veya alınan önlemler uygulandıktan hemen sonra ilgili kişilerle doğrudan temasa geçebilir.⁴

⁴ *Ollson (No.2)-İsveç* davası, 30 Ekim 1992 tarihli

Böylece Devlet, 8. Madde kapsamında özel hayat ve aile hayatının korunma yönteminde belirli bir takdir hakkına sahiptir ve bu durum, yapılan müdahale ve müdahalenin amacının dengelenmesi değerlendirilirken de ortaya çıkmaktadır.

- Taraf devletler arasında geleneklerin, politikaların ve uygulamaların önemli ölçüde değişkenlik gösterebildiği gerçeği, bazen takdir hakkının varlığını desteklemek için kullanılabilir.
- Mahkeme, *Handyside* davasında farklı Taraf Devletlerin iç hukukuna göre **Avrupa çapında tek bir ahlak kavramı** oluşturmanın mümkün olmadığına karar vermiştir. Mahkeme ayrıca şunları belirtmiştir:

(a)hlakın gerekleri konusunda ilgili kanunların benimsediği görüşler, özellikle bu konudaki görüşlerin hızla ve kapsamlı bir biçimde

karar. para.

değiştiği günümüzde, zamana ve mekana göre değişkenlik göstermektedir.

Ancak *Dudgeon*⁵ ve *Norris*⁶ davalarında Mahkeme, takdir hakkının sırasıyla Birleşik Krallık ve İrlanda'da homoseksüelliğin suç sayılmasına devam edilmesine izin verecek kadar geniş olduğu görüşünü reddetmiştir. Bu nedenle Mahkeme ahlaki kuralların korunması konusunda, takdir hakkının bir genel kural olarak geniş olduğunu kabul etmemiştir.

8. Madde – Uygulanan testler

Bir bireyin Sözleşme'nin 8. Madde'si çerçevesindeki şikayeti konusunda karara verme, iki aşamalı bir test yapılmasını gerektirmektedir. Birinci aşama, 8.

Madde'nin uygulanabilirliği ile ilgilidir; bir başka deyişle, bir bireyin müdahale edildiği için şikayette bulunduğu hak, gerçekten de Sözleşme'nin 8. Madde 1. fıkrasında teminat altına alınan bir hak mıdır? Bu konu, genellikle 8. Madde 1. fıkradaki anlamıyla örneğin nelerin özel hayat veya konut kapsamına girdiğinin tartışılmasını içerir. Hakim, AİHM'nin içtihadına dayanarak bir bireyin başvurduğu hakkın (örneğin parasız konut hakkı) aslında 8. Madde 1. fıkradaki teminatlar kapsamına girmediğine karar verirse, 8. Madde uygulanmaz ve şikayet sona ermiş olur. Ancak eğer 8. Madde'nin uygulanabilir olduğuna karar verilirse, Mahkeme değerlendirmenin ikinci aşamasına geçer. En sık rastlanan durum, davacının devletin 8. Madde haklarını ihlal edecek biçimde bir harekette bulunduğu iddiasında olmasıdır; bu durumda Mahkeme, 8. Madde'ye müdahalenin 8. Madde 2. fıkranın şartlarına göre açıklanıp açıklanamayacağını değerlendirir. Çok

⁵ *Dudgeon-Birleşik Krallık* davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar.

⁶ *Norris-İrlanda* davası, 26 Ekim 1988 tarihli karar.

daha az rastlanmakla beraber bazen davacı, 8. Madde haklarına gerekli “saygının” gösterilmesi için Devletin veya kamu yetkililerinin *atmış olması gereken ancak atmadığı adımlar* konusunda da şikayette bulunabilir. Bu durumda Mahkeme, Devletin 8. Madde’nin “saygı” unsuruna uyma konusunda adım atma yönünde pozitif yükümlülüğü olup olmadığını değerlendirmelidir. 8. Madde’nin analizindeki ikinci aşama konusundaki her iki yaklaşım, aşağıda detaylı biçimde ele alınmıştır.

1. Aşama: 8. Madde 1. fıkra

- 1.1 Şikayet, 8. Madde 1. fıkroda korunan hakların birinin **kapsamına** giriyor mu?
- 1.2 Giriyorsa, Devletin bireyin haklarına saygı gösterme konusunda **pozitif yükümlülüğü** var mı ve söz konusu yükümlülük yerine getirilmiş mi?

2. Aşama: 8. Madde 2. fıkra

- 2.1 8. Madde hakkına **müdahale** edilmiş mi?
- 2.2 Edilmişse,
 - 2.2.1. Bu müdahale **kanunlara uygun** mu?
 - 2.2.2. **Meşru bir amacı** var mı?
 - 2.2.3. **Demokratik bir toplumda gerekli** mi?

Mahkeme, 8. Madde’yi her uyguladığında bu testi kullanmaktadır. Doğal olarak birçok durumda, her bir noktayı detaylı tartışmaya gerek olmaz ancak Mahkeme karar vermeden önce testin her bir aşamasını yine de ele alır. Bu elkitabının bundan sonraki iki bölümünde, bu testin iki aşamasıyla ilgili konular ele alınacaktır. Son bölümde, 8. Madde’ye uyma konusundaki içeriğe ilişkin konular ele alınacaktır.

8. Madde testinin 1. aşaması

1.1. Şikayet, 8. Madde 1. fıkrada korunan hakların birinin kapsamına giriyor mu?

Bir şikayet, 8. Madde'nin koruması kapsamına girmesi için, hükmün kapsamına girmelidir, yani söz konusu hükümde korunan özel hayat, aile hayatı, konut veya haberleşme kişisel haklarından birini veya birden fazlasını ilgilendirmelidir.

8. Madde 1. fıkra kapsamındaki ilgili hakkı belirlemek kimin görevidir?

Korumaya çalışılan hakkı belirlemek ve 8. Madde 1. fıkraya göre söz konusu hakkı Mahkeme'ye sunmak, davacının sorumluluğudur. Örneğin *Gaskin-Birleşik Krallık* davasında, devlet

aracılığıyla koruyucu ailelerde yetiştirilmesi konusunda bir kamu kurumunun elinde olan bilgilere erişim hakkının, 8. Madde'nin kapsamı dışında kalan bilgiye erişim konulu genel bir hak olmaktan çok, özel ve aile hayatını ilgilendiren bir konu olduğu konusunda Mahkeme üyelerinin çoğunu başarılı bir biçimde ikna etmiştir.⁷ Ayrıca bir birey mahkemeye yaptığı başvuruda birden çok 8. Madde hakkını ileri sürerse ve bunlardan hepsi de geçerli haklar ise, Mahkeme tam olarak hangi hakkın söz konusu olduğunu belirtmeyebilir. Örneğin haberleşmeye (mektup ve telefon) müdahale konulu şikayet içeren *Klass-Almanya*⁸ davasında, Mahkeme söz konusu durumun özel hayat, aile hayatı ve

⁷ *Gaskin-Birleşik Krallık* davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, Series A no. 160.

⁸ *Klass-Almanya* davası, 22 Eylül 1993 tarihli karar, Series A no. 269, para. 41.

haberleşme haklarına müdahale olduğunu belirtmiştir.

8. Madde 1. fıkranın uygulanabilirliği konusunda AİHM'nin yaklaşımı nedir?

8. Madde 1. fıkra kapsamında korunan dört kavramın anlamı bariz değildir ve Mahkeme, bu kavramların yorumu konusunda kesin kurallar belirlemekten kaçınmıştır. Özellikle 8. Madde'nin uygulanabilir olup olmadığını ve böylece bir şikayetin korunan hakların kapsamına girip girmediğini belirlerken Mahkeme'nin yaklaşımı, söz konusu kavramlara Sözleşme'ye özgür özerk birer anlam yüklemekle beraber, davanın durumuna göre karar vermek olmuştur. Mahkeme'nin esnekliği Avrupa Konseyi çapındaki toplumsal, yasal ve teknolojik gelişmeleri göz önünde bulundurabilmesini sağlamakla beraber, bu yaklaşım özel

hayat, aile hayatı, konut veya haberleşmenin kapsamına nelerin girdiğini kategorik olarak tanımlamayı zorlaştırmaktadır. Bu dört hakkın içeriğiyle ilgili genel bir yönlendirme aşağıda sunulmuştur. Ancak anlamları evrim içinde olduğu için, bu kavramların dinamik olduğunu ve bazıları birbiriyle bağlantılı ve bazıları birbiriyle çakışan çok farklı konuları içerme potansiyeline sahip olduğunu unutmamak gerekir.

1.1.1 Özel hayat

Özel hayatın anlamı

AİHM'ye göre, özel hayat **bütün unsurlarıyla tanımlanamayacak** geniş

bir kavramdır.⁹ Ancak bu kavram, açık bir biçimde mahremiyet hakkından daha geniştir ve herkesin özgür olarak kişiliğini oluşturmasını ve geliştirmesini sağlayan bir alan içerir. Mahkeme'nin 1992'de ifade ettiği gibi:

...[özel hayat] kavramını, bireyin kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir "iç alan"la kısıtlamak ve bu alanın dışında kalan dış dünyayı bu alandan tamamen hariç tutmak aşırı sınırlayıcı bir yaklaşımdır. Özel hayata saygı, başka insanlarla ilişki kurmak ve söz konusu ilişkileri geliştirmek hakkını da bir dereceye kadar içermelidir.¹⁰

⁹ Costello Roberts- Birleşik Krallık davası, 25 Mart 1993 tarihli karar, para.36.

¹⁰ Niemietz-Almanya davası, 16 Aralık 1992 tarihli karar.

Yani özel hayat, **diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki geliştirmek** hakkını da kesinlikle içerir.

Hangi ilişkiler özel hayatı oluşturur?

Aile hayatı kapsamına girmeyen ilişkiler

8. Madde'ye göre aile hayatının kapsamına girmeyen ilişkiler, özel hayatı oluşturduğu durumlarda yine de bu hükmün koruması altına girebilir. Bu kategoriye dahil olan durumlar:

- **Koruyucu ebeveynler ve baktıkları çocuklar** arasındaki ilişkiler;¹¹
- Henüz evli olmayan taraflar arasındaki ilişkiler;¹²
- **Homoseksüeller ve partnerleri** arasındaki, çocuklu olsun veya olmasın, ilişkiler;¹³

¹¹ Appl. No. 8257/78, 10 Temmuz 1978, 13 DR 248.

¹² Appl. No.15817/89, 1 Ekim 1990, 66 DR 251.

Özel hayat, bir evcil hayvan ve sahibi arasındaki ilişkiyi kapsamamaktadır.¹⁴

Cinsel faaliyetler ne dereceye kadar özel hayat kapsamına girer?

Bir bireyin cinsel hayatı, özel hayatının önemli bir unsurunu oluşturmaktadır. Bir bireyin **cinsel ilişkiler dahil çeşitli tür ilişkiler oluşturabileceği** ve bir bireyin cinsel kimliğini belirleme ve benimseme tercihi 8. Madde'nin koruma kapsamına girmektedir. *Dudgeon-Birleşik Krallık*¹⁵ davasında Mahkeme, davacının kişisel şartlarını göz önünde bulundurarak, homoseksüel davranışları yasadışı sayan kanunların varlığının, söz konusu bireyin özel hayatını sürekli olarak ve doğrudan

¹³ Appl. No. 15666/89, *Kerkhoven-Hollanda* davası, 19 Mayıs 1992, yayımlanmamıştır.

¹⁴ Appl. No. 6825/75, 4 Mart 1976, 5 DR 86.

¹⁵ *Dudgeon-Birleşik Krallık* davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar.

etkilediğine karar vermiştir. Söz konusu dönemden sonra da birkaç defa cinsel tercih ve faaliyetlerin özel hayatın kişisel bir unsurunu oluşturduğunu ifade etmiştir. Ancak **kapalı kapılar ardında yapılan her türlü cinsel faaliyet mutlaka 8. Madde kapsamına girmemektedir.** *Laskey, Jaggard & Brown-Birleşik Krallık* davasında¹⁶, davacılar cinsel tatmin amacıyla rızaya dayalı sado-mazoşist aktivitelerde bulunmaktaydı. Mahkeme, davacıların davranışlarının özel hayat kapsamına girip girmediğini resmi olarak belirlemek zorunda olmamasına rağmen, 8. Madde'nin koruma kapsamının oldukça çok sayıda birey, özel ekipmanlı odalar, yeni üyelerin bulunması ve daha sonra üyelere dağıtılmak üzere film çekilmesi unsurlarını içeren faaliyetleri içine alacak biçimde genişletilmesi konusunda bazı çekinceleri olduğunu ifade etmiştir.

¹⁶ *Laskey, Jaggard & Brown-Birleşik Krallık* davası, 19 Şubat 1997 tarihli karar.

Sosyal faaliyetler ne derecede özel hayat kapsamına girer?

İçtihat hukukunda, kişisel ilişkilerin “iç alan”ın ötesinde özel hayat kavramı tarafından korunan bir alan olduğuna dair bazı kanıtlar vardır.

- *McFeeley-Birleşik Krallık*¹⁷ davasında Komisyon, başkalarıyla ilişki kurmanın öneminin mahkumlar için de geçerli olduğunu ve böylece **cezaevlerindeki kişilerin** belirli derecede **bir araya gelme hakkına** sahip olması gerektiğini belirtmiştir. Yani başkalarıyla görüşme hakkı, özel hayatın bir başka sosyal unsurudur.
- Mahkeme'nin bazı yargıçları, **aktif bir sosyal hayata sahip olmanın** özel hayatın bir unsuru olduğunu belirten

¹⁷ Appl. No. 8317/78, *McFeeley & Ors-Birleşik Krallık*, 15 Mayıs 1980, 20 DR 44.

görüşler ifade etmişlerdir. Bu görüşler, kültürel veya dilsel yakınlıktan dolayı başkalarıyla sosyal ilişkiler kurabilmeyi içerir ve özellikle göç vakalarında geçerlidir.¹⁸

İş ilişkileri özel hayata girer mi?

*Niemietz-Almanya*¹⁹ davasında Mahkeme, **iş bağlamındaki** bazı kişisel ilişkilerin özel hayat kapsamına girebileceğini değerlendirmeye yatkın olduğunu belirtmiştir.

Hangi faaliyetler veya önlemler özel hayatla ilgilidir?

Telefon dinlemek her zaman özel hayatla ilgili midir?

¹⁸ Bkz. Göç konusundaki aşağıdaki bölüm.

¹⁹ *Niemietz-Almanya* davası, 16 Aralık 1992 tarihli karar.

Özel haberleşmeye müdahale amaçlı gizli teknolojik aletlerin kullanılması özel hayatın kapsamına girmektedir. Ayrıca bu hüküm, yapılan telefon konuşmasının içeriği ne olursa olsun geçerlidir.

- *A-Fransa*²⁰ davasında hükümet, bir cinayetin planlanmasıyla ilgili görüşmelerin kaydedilmesinin özel hayat kapsamına girmediğini iddia etmiştir. Komisyon, **bir görüşmenin kamu çıkarını ilgilendirmesinin, görüşmenin özel olma özelliğini yitirmesine neden olmadığını** belirtmiştir. Mahkeme de bu görüşü kabul etmiştir.
- *Halford-Birleşik Krallık*²¹ davasında, bu hakkın kapsamına, **amacı iş ya da özel olsun**, bütün telefon görüşmeleri

²⁰ *A-Fransa* davası, 23 Kasım 1993 tarihli karar.

²¹ *Halford-Birleşik Krallık*, 25 Haziran 1997 tarihli karar.

ve iş telefonlarının kullanılması sokulmuştur.

- Diğer yandan davacının sivil havacılıkta kullanılan bir radyo kanalını kullandığı durumda, söz konusu görüşme diğer kullanıcıların da erişebileceği bir dalga boyunda yapıldığı için, haberleşmeye yapılan müdahale özel hayata müdahale sayılmamıştır ve **özel haberleşme olarak nitelendirilmemiştir**.²²

Devletin kişisel veri toplaması özel hayatla ilgili midir?

Bir devletin yetkili temsilcileri tarafından bir birey hakkında rızası alınmaksızın bilgi toplanması her zaman söz konusu kişinin özel hayatını ilgilendirir ve bu nedenle 8. Madde 1. fıkranın kapsamına girer. Bu konudaki örneklerden bazıları:

²² Appl. No. 21353/93, 27 Şubat 1985.

- Cinsiyet, medeni hal, doğum yeri ve diğer kişisel bilgilerle ilgili yanıtlanması zorunlu sorular içeren resmi **nüfus sayımı**²³;
- Polis kayıtları gizli olsa bile²⁴, polis tarafından **parmak izi, fotoğraf** ve diğer kişisel bilgilerin kaydedilmesi;²⁵
- **Tıbbi verilerin** toplanması ve tıbbi kayıtların tutulması;²⁶
- Vergi makamlarının **kişisel harcamaların** detaylarını (ve böylece özel hayatın detaylarını) açıklama zorunluluğu getirmesi;²⁷

²³ Appl. No.9072/82, *X-Birleşik Krallık* davası, 6 Ekim 1982, 30 DR 229.

²⁴ *Leander-İsveç* davası, 26 Mart 1987 tarihli karar, Series A no. 116.

²⁵ *Murray-Birleşik Krallık* davası, 28 Ekim 1994 tarihli karar, Series A no.300-A.

²⁶ Appl. No. 14661/81, 9 Temmuz 1991, 71 DR 141.

²⁷ Appl. No. 9804/82, 7 Aralık 1982, 31 DR 231.

- Sağlık, sosyal hizmetler ve vergi gibi idari ve sivil konuları ele alan **bireysel kimlik belirleme** sistemi.

Kişisel verilere erişim

Devletin kayıtlarına erişememe durumu, kaydedilen bilginin türüne göre özel hayat kapsamına girebilir. *Gaskin-Birleşik Krallık*²⁸ davasında Mahkeme, davacı hakkındaki dosyaların söz konusu kişinin çocukluğu, gelişimi ve geçmişi hakkında çok kişisel boyutları içerdiği için ve böylece “geçmişi ve çocukluk yılları konusunda temel kaynak” olduğu için, söz konusu dosyalara erişememenin 8. Madde çerçevesinde sorun yarattığına karar vermiştir.

Adların düzenlenmesi özel hayatı ilgilendirir mi?

²⁸ *Gaskin-Birleşik Krallık* davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, para. 89.

8. Madde’de adlardan sarıh bir biçimde bahsedilmemesine rağmen, bir bireyin adı kişisel kimlik belirleme yöntemi olduğu için, bireyin özel ve aile hayatını ilgilendirmektedir. Adların düzenlenmesinde kamusal bir fayda olması, bir bireyin adının özel ve aile hayatının kapsamından çıkartılması için yeterli değildir.²⁹ Soyadları bireylerin ailelerini ve ait oldukları toplulukları belirleme yöntemi olduğu için, özel hayat ve aile hayatının kapsamına girer; yani aynı prensip soyadları için de geçerlidir.³⁰

Basın müdahaleleri özel hayatı ilgilendirir mi?

²⁹ *Stjerna-Finlandiya* davası, 25 Kasım 1994 tarihli karar, Sri A. no. 299-B.

³⁰ *Guillot-Fransa* davası, 24 Ekim 1996, RJD 1996-V., No. 19.

Basının müdahaleleri veya özel hayatın aşırı kişisel, şöhrete hanel getirici olmayan detaylarının medya tarafından açıklanması konularında koruma olmaması, Strasburg’da henüz yeterli düzeyde sorgulanmamıştır. Davacının, bir sigorta şirketinin evinin önünde fotoğraflarını çekmesinin özel hayatını ihlal ettiği konusunda şikayetçi olduğu İrlanda davası³¹ ve Kont ve Kontes Spencer’in basında özel hayatları hakkında çıkan haberler konusunda açtıkları dava³² gibi bazı şikayetlerde, iç hukuk yolları tükenmediği için söz konusu davaların Mahkeme tarafından ele alınamayacağına karar verilmiştir. Basın müdahalesinin söz konusu olduğu durumların özel hayat kapsamında ortaya çıkıp çıkmayacağına belirlenmesi, söz konusu kişinin ne kadar

³¹ Appl. No 18760/91 *İrlanda* davası, 1 Aralık 1993.

³² Appl. Nos 28851/95 ve 28852/95, *Spencer-Birleşik Krallık* davası, 16 Ocak 1998.

ilgi çekmeye çalıştığı, özel alana yapılan müdahalenin doğası ve derecesi ve çeşitli ulusal yöntemlerin etkin ve yeterli telafi etme özelliğine sahip olması gibi konulardan etkilenebilir.

Yasal bağların belirlenmesi

Babalık davaları

Bir babanın kızıyla yasal bağlarının belirlenmesinin, babanın açmak istediği babalık davasının mevcut aile bağlarını hukuken feshetmeye yönelik olmasına bakılmaksızın, babanın özel hayatıyla ilgili olduğuna karar verilmiştir.³³ Ancak birçok durumda söz konusu yasal bağlar, aile hayatını oluşturmaktadır.

Transseksüeller

³³ *Rasmussen-Danimarka* davası, 25 Kasım 1984 tarihli karar, Series A no. 87.

Bir transseksüelin, ismini ve cinsiyet değişimini yansıtacak biçimde resmi evraklarını değiştirmesine izin verilmemesi ile ilgili konuların, 8. Madde 1. fıkra kapsamındaki özel hayata saygı hakkını ilgilendirdiğine karar verilmiştir.³⁴

Fiziksel ve manevi şahsiyet

*X & Y-Hollanda*³⁵ davasında Mahkeme, özel hayatın bir bireyin cinsel hayatı dahil fiziksel ve manevi şahsiyetini kapsayan bir kavram olduğunu karar vermiştir. Bu davada 16 yaşında zihinsel özürlü bir kızın, kendisine cinsel saldırıda bulunan bir kişiye karşı ceza davası açılması için başvuramamasının, 8. Madde 1. fıkra kapsamında bir konu olduğuna karar verilmiştir. Yani biri tarafından bir başka

³⁴ *B-Fransa* davası, 25 Mart 1992 tarihli karar, Series A no.232-C.

³⁵ *X & Y-Hollanda* davası, 26 Mart 1985 tarihli karar, para. 22.

kişiyeye yapılan ve söz konusu kişi tarafından istenmeyen bir saldırı, ikinci bireyin özel hayatını ihlal durumu olabilir.

Fiziksel şahsiyetle ilgili bütün müdahaleler özel hayatla ilgili midir?

Bir kişinin fiziksel şahsiyetiyle ilgili bazı müdahaleler, özel hayatına tecavüz olabilmesine rağmen, bu durum bütün müdahaleler için geçerli değildir. *Costello Roberts-Birleşik Krallık*³⁶ davasında küçük bir çocuğa verilen **bedensel cezanın** 8. Madde'yle uyumluluğu ele alınmıştır. Bu davada Mahkeme şunu belirtmiştir:

bazı şartlarda eğitim konusunda alınan önlemler, özel hayata saygı hakkını etkileyebilir ancak bir bireyin fiziksel veya manevi şahsiyetini olumsuz yönde

³⁶ *Costello Roberts-Birleşik Krallık* davası, 25 Mart 1993 tarihli karar.

*etkileyebilecek bütün hareketler veya önlemler, mutlaka böyle bir müdahale durumu olduğu anlamına gelmemektedir.*³⁷

Ancak bu davada verilen karara göre:

*Mahkeme, bir bütün olarak Sözleşme'nin amacını ve hedefini inceledikten sonra ve bir çocuğun okula gönderilmesinin bir dereceye kadar özel hayatına müdahale edilmesi anlamına geldiğini göz önünde bulundurarak, davacının şikayet ettiği muamelenin, fiziksel veya manevi şahsiyetini 8. Madde çerçevesindeki yasağın kapsamına girecek kadar olumsuz yönde etkilemediğini düşünmektedir.*³⁸

³⁷ *Costello Roberts-Birleşik Krallık* davası, 25 Mart 1993 tarihli karar, para 36.

³⁸ *Costello Roberts-Birleşik Krallık* davası, 25 Mart 1993 tarihli karar, para 36.

Mahkeme'nin bu davada verdiği kararda, hem verilen cezanın hafifliği, hem de cezanın okulun kurumsal ortamında verilmiş olması önemli bir rol oynamıştır.

Zorunlu tıbbi tedavi özel hayatla ilgili midir?

Ne kadar hafif olursa olsun, zorunlu tıbbi tedavi 8. Madde 1. fıkrada belirtilen özel hayatın kapsamına girmektedir. Örneğin:

- Mahkumlarda uyuşturuğu için, şoförlerde alkol kontrolü için ve babalık davalarına taraf olanlara zorla yaptırılan kan ve idrar testleri,³⁹

³⁹ Appl. No. 8278/78, 13 Aralık 1979 18 DR 154 (kan testi); Appl. No. 21132/93, *Peters-Hollanda* davası, 6 Nisan 1994, 77-A DR 75 (idrar testi).

- Çocuklarda zorunlu aşılama, diş tedavisi, tüberküloz testleri veya röntgen;⁴⁰
- Zorla besleme.⁴¹

Devletin empoze ettiği güvenlik önlemleri özel hayatla ilgili midir?

Örneğin **emniyet kemeri takmayı veya sanayide güvenliğe ilişkin önlemler alınmasını** zorunlu kılmak gibi, Devlet tarafından halkı çeşitli tehlikelere karşı korumak için alınan önlemler, ikinci fıkrada kapsamında neredeyse kesinlikle hukuken caiz olmakla beraber, 8. Madde 1. fıkrada kapsamında incelenecektir.

1.1.2 Aile hayatı

⁴⁰ Appl. No. 10435/83, 12 Temmuz 1978, 14 DR 31.

⁴¹ *Herczegfalvy-Avusturya*, 24 Eylül 1992 tarihli karar.

AİHS hazırlandığından beri aile hayatı kavramında hızlı bir evrim yaşanmıştır ve bu kavram, sosyal ve yasal değişiklikleri göz önünde bulunduracak biçimde gelişmeye devam etmektedir. Bu nedenle Mahkeme özel hayat konusunda olduğu gibi, modern aile düzenlerinin çeşitliliğini, boşanmanın sonuçlarını ve tıbbi gelişmeleri göz önünde bulundurarak, aile hayatının yorumuna karşı esnek bir yaklaşım benimsemektedir. Hükümde kullanılan ifadeye göre aile hayatı, devletin keyfi müdahalesinden serbest bir biçimde, özgür olarak devam edebileceği, tamamen özel bir alanın içindedir. Ancak 8. Madde evlenerek veya çocuk sahibi olma fırsatını elde ederek aile kurma hakkını içermemektedir.⁴²

Aile hayatına neler dahildir?

⁴² AİHM'nin 12. Maddesi evlenme ve aile kurma hakkını teminat altına almaktadır.

Mahkeme kural olarak, her bir davadaki bilgilere dayanarak aile hayatının var olup olmadığına karar verir; bu konuda uygulanan genel prensip, ilgili taraflar arasında **yakın kişisel bağlar** olup olmadığıdır. Mahkeme'nin her bir davayı ayrı değerlendiren yaklaşımı aile hayatını oluşturan ve oluşturmayan ilişkileri saymanın her zaman mümkün olmadığı anlamına gelse bile, giderek daha çok sayıda ilişki 8. Madde'nin otomatik koruması kapsamına girmektedir.

Evliliğe dayalı aile

- 8. Madde'nin koruması **yasal ve gerçek** olduğu gösterilebilen evlilikleri her zaman kapsamaktadır. Böylece örneğin göçmenlerle ilgili kurallardan kaçınmak için veya bir ülkenin vatandaşı olma amacıyla yapılan, esası olmayan veya sadece kağıt üstünde olan evlilikler 8. Madde'nin kapsamına girmeyebilir.

- **Yasal olarak ve gerçekten evli ebeveyni olan bir çocuk, çocuğun doğduğu andan itibaren ve doğmuş olmasından dolayı söz konusu ilişkinin ipso iure parçasıdır.**⁴³ Böylece evli ebeveyn ve çocukları arasındaki ilişki her zaman 8. Madde 1. fıkranın kapsamına girmektedir.

Aile hayatı olması için evlilik şart mıdır?

- 8. Madde, annenin medeni hali ne olursa olsun, bir **anne ve çocuğu arasındaki ilişkide** otomatik olarak geçerlidir.⁴⁴ Bu yüzden bu tür ilişkiler mutlaka 8. Madde'nin korumasına girmektedir.
- **Çocuklarıyla beraber yaşayan evli olmayan çiftler** normalde aile hayatı

⁴³ *Berrehab-Hollanda* davası, 21 Haziran 1998 tarihli karar.

⁴⁴ *Marckx-Belçika* davası, 13 Haziran 1979 tarihli karar.

yaşıyor sayılmaktadır. Mahkeme bu durumu belirleyen *Johnston*⁴⁵ davasında karar verirken, söz konusu ilişkinin istikrarlı olma özelliğinden ve diğer yönleriyle evliliğe dayalı bir aileden ayırt edilememesinden dolayı ikna olmuştur.

Aile hayatı olması için birlikte yaşamak şart mıdır?

Birlikte yaşamak, ebeveynlerin medeni durumu ne olursa olsun, aile yaşamı için *sine qua non* (olmazsa olmaz) değildir.⁴⁶ Böylece boşanma veya ayrılma veya istek üzerine bir arada yaşamayan aile üyeleri yine de 8. Madde'nin koruması kapsamına girebilir.

⁴⁵ *Johnston-İrlanda* davası, 18 Aralık 1986 tarihli karar.

⁴⁶ Örneğin *Berrehab-Hollanda* davası, 21 Haziran 1998 tarihli karar (boşanmış baba) ve *Kroon ve Ors* davası, 27 Ekim 1994 tarihli karar (evli olmayanlar).

Bir arada yaşamadan veya evlilik olmadan aile hayatı var olabilir mi?

*Boughanemi-Fransa*⁴⁷ davasında Mahkeme'nin belirttiği gibi:

*8. Madde'nin dayandığı aile hayatı kavramı, bir arada yaşanmadığında bile, çocuk meşru olsun veya olmasın, bir anne veya baba ve çocuğu arasındaki bağı kapsar. Söz konusu bağ ortaya çıkan olaylardan dolayı bozulsa bile, bu sadece istisnai şartlarda gerçekleşebilir.*⁴⁸

Bu prensipten yola çıkarak, davacının evlilik dışı doğmuş olan ve çok az temas

⁴⁷ *Boughanemi-Fransa* davası, 24 Nisan 1996 tarihli karar.

⁴⁸ *Boughanemi-Fransa* davası, 24 Nisan 1996 tarihli karar, para. 35.

kurmuş olduğu oğlu ile arasındaki ilişkinin, söz konusu hüküm kapsamında aile hayatı oluşturduğuna karar verilmiştir.

Ne bir babanın çocuğunu kabul etmekte gecikmesi veya çocuğa maddi destek vermemesi, ne de Sözleşme'ye taraf bir Devlete göç ederken çocuğu bakılmak üzere akrabalarına bırakmaya karar vermiş olması, bu bağlamda istisnai şart olarak değerlendirilmiştir.⁴⁹ 8. Madde'nin, aralarındaki ilişkinin doğası ne olursa olsun anne veya baba ve çocuk arasındaki ilişkide otomatik olarak geçerli olması varsayımı, evlat edinmeyle ilgili *Söderbäck* davasında da uygulamaya geçirilmiştir.⁵⁰ Bu davada evli olmayan baba ve kızının, hiç bir arada yaşamamış olmalarına ve düzenli temas halinde

⁴⁹ Bkz. *C-Belçika* davası, 7 Ağustos 1996 tarihli karar ve *Ahmut-Hollanda* davası, 28 Kasım 1996 tarihli karar.

⁵⁰ Bkz. *Söderbäck-İsveç* davası, 28 Ekim 1998 tarihli karar.

olmamalarına rağmen, aile hayatı yaşadıkları kararı verilmiştir.

Aile hayatı engellenmişse 8. Madde uygulanabilir mi?

Bir anne veya babanın bir çocukla aile bağlarının gelişmesini engellediği durumlarda, 8. Madde'nin korumasına girmek için **aile hayatı kurma potansiyeli olması yeterli olabilir**. Davacının kızının, kendisinin rızası olmadan veya kendisine bilgi verilmeden çocuğun annesi tarafından evlatlık olarak verildiği ve böylece babanın çocukla yakın kişisel bağlar kurmasının engellendiği *Keegan-İrlanda*⁵¹ davasında, bu durum ortaya çıkmıştır. Ancak çocuğun anne ve babasının arasındaki ilişkinin doğasından dolayı (birlikte yaşamış, gebeliği planlamış ve evlenmeye niyetlenmişlerdir) Mahkeme, baba ve

⁵¹ *Keegan-İrlanda* davası, 26 Mayıs 1994 tarihli karar.

çocuk arasındaki potansiyel aile hayatının, daha önce sadece bir defa görüşmüş olmalarına rağmen, aralarındaki ilişkinin 8. Madde kapsamına girdiği anlamına geldiğine karar vermiştir.

Kan bağı olmadan aile hayatı var olabilir mi?

Mahkeme, aile hayatının olup olmadığını belirlerken durumun biyolojik gerçeğinden çok toplumsal gerçeğine açık bir biçimde ağırlık vermesine rağmen, sadece bir defa aralarında **kan bağı olmayanlar arasında aile hayatı** olduğuna karar vermiştir. *X, Y & Z-Birleşik Krallık*⁵² davasında, kadıncık erkek olan bir transseksüel ile donör tarafından yapay dölllenme (AID) yoluyla doğan çocuğu arasındaki ilişkinin aile hayatı oluşturduğuna karar vermiştir. Mahkeme bu sonuca ulaşırken, birincisi

⁵² *X, Y & Z-Birleşik Krallık* davası, 22 Nisan 1997 tarihli karar.

öncelikle aralarındaki ilişkinin geleneksel ailelerde yaşanan ilişkilerden diğer yönleriyle ayrılamaz olduğu ve ikinci olarak transseksüelin AID sürecine çocuğun babası olarak katkıda bulunduğu olgularını önemli bulmuştur.

Mahkeme, aynı cinsiyetten kişilerin ilişkilerinin aile hayatı oluşturup oluşturmadığını henüz değerlendirmemiştir. Komisyon, *Kerkhoven-Hollanda* davasında iki kadın ve birinin AID yöntemiyle doğurduğu çocuk arasındaki istikrarlı bir ilişkinin aile hayatı oluşturduğu sonucuna ulaşmamıştır.⁵³ Bir aile olarak beraber yaşamalarına ve çocuk konusundaki ebeveynlik görevlerini paylaşmalarına rağmen, yasal olarak tanınma taleplerinin sadece özel hayat kapsamına girdiğine karar verilmiştir. Mahkeme konuyu

⁵³ Appl. No. 15666/89, *Kerkhoven, Hinke & Hinke-Hollanda*, 19 Mayıs 1992, rapor edilmemiştir.

değerlendirmiş olsaydı, X, Y & Z davasında kendi oluşturduğu emsale uymayı, yani kan bağı olmasa bile aile hayatının aynı cinsiyetten kişilerin ilişkilerini de içerdiğini kararlaştırabilirdi.

Kan bağı tek başına yeterli midir?

Biyolojik bağ olmaması bir ilişkinin aile hayatı oluşturmamasına neden olmazken, bu amaç için sadece **kan bağı veya genetik bağ** olması da yetersizdir. Bu nedenle bir sperm donörü ve bu yöntemle doğan çocuk arasındaki ilişki, kan bağına ek olarak yakın kişisel ilişkileri olduğuna dair yeterli kanıt olmadığı sürece, normalde 8. Madde kapsamında aile hayatı oluşturmamaktadır.⁵⁴

Başka hangi ilişkiler aile hayatı oluşturmaktadır?

⁵⁴ Appl. No. 16944/90, *G-Hollanda* davası, 8 Şubat 1993, 16 EHRR 38.

Mahkeme, diğler ilişkilerin söz konusu olduğu durumlarda, aile hayatının olup olmadığını her davanın özel durumuna göre değerlendirmektedir. Geniş aile ve diğler düzenlemeler konusunda, mevcut içtihat şöyledir:

- **Çocuklar ve büyükanne ve büyükbabalar arasında**, büyükanne ve büyükbabalar “aile hayatının önemli bir parçasını” oluşturdukları için aile hayatı vardır.⁵⁵
- Hem çocuk⁵⁶, hem de yetişkin⁵⁷ **kardeşler** de aile hayatı kapsamına girer.
- Bir **amca/dayı veya teyze/hala ve yeğeni** arasındaki ilişki, özellikle yakın

⁵⁵ *Marckx-Belçika* davası, 13 Haziran 1979 tarihli karar, para 45.

⁵⁶ *Olsson-İsveç* davası, 24 Mart 1988 tarihli karar.

⁵⁷ *Boughanemi-Fransa* davası, 24 Nisan 1996 tarihli karar.

bağlar olduğuna dair kanıt olduğü durumlarda aile hayatı kapsamına girebilir. Böylece *Boyle-Birleşik Krallık*⁵⁸ davasında, bir amca/dayı ile yeğeni arasında, yeğen hafta sonlarını amcasının evinde geçirdiğı ve ulusal yetkililerin amca/dayıyı çocuk için “iyi bir baba modeli” olarak değerlendirdiğı için, aile hayatı olduğuna karar vermiştir.

- **İkinci ilişkilerde doğan çocuklar** veya, özellikle çocukların babasının belirlendiğı ve ilgili taraflar arasında yakın kişisel bağların olduğü durumlarda, evlilik dışı veya zina sonucu doğan çocuklar ve ebeveynler arasında da aile hayatı olabilir.⁵⁹
- Prensip olarak **evlat edinmiş ebeveynler ve çocukları** arasındaki

⁵⁸ Appl. No. 16580/90, *Boyle-Birleşik Krallık* davası, Comm. Rep., 9 Şubat 1993.

⁵⁹ Appl. No. 11418/85, *Jolie & Lebrun-Belçika* davası, 14 Mayıs 1986, DR 47, s. 243.

ilişki 8. Madde'nin korumasına girmektedir.⁶⁰

- Bir **çocuk ve koruyucu aile olan ebeveynleri** arasındaki bağların aile hayatı oluşturup oluşturmadığı, özellikle çocuğun doğal ebeveynleriyle yakın kişisel ilişkileri olup olmadığına ve çocuğun bakımını üstlenen ailenin yanında ne süredir bulunduğuna bağlı olarak, durumun şartlarına göre belirlenir.⁶¹

Aile hayatı sona erebilir mi?

Aile hayatı, bir defa oluştuktan sonra boşanmayla⁶² veya tarafların birlikte

⁶⁰ Appl. No. 9993/82, *X-Fransa* davası, 5 Ekim 1982, DR 31, s 241, 5 EHRR 302; *Söderbäck-İsveç* davası, 28 Ekim 1998 tarihli karar.

⁶¹ Appl. No. 8257/78, *X-İsviçre* davası, 10 Temmuz 1978, DR 13, s 248.

⁶² Appl. No. 8427/78, *Hendriks-Hollanda* davası, Comm. Rep. 8 Mart 1982, DR 29, s. 5; 5 EHRR 223.

yaşamamaya⁶³ başlamasıyla **sona ermez**. Çocuğun koruyucu bakım altına alınması kararıyla⁶⁴ da sona ermez. Çocuğun evlat edinilmesi⁶⁵ veya reddedilmesi⁶⁶ gibi daha sonra ortaya çıkan gelişmeler aile hayatı bağını kırabilmesine rağmen, Mahkeme bunun sadece istisnai durumlarda ortaya çıkabileceğini belirtmiştir.⁶⁷

1.1.3 Konut

Konutun anlamı

⁶³ *Berrahab-Hollanda* davası, 21 Haziran 1988 tarihli karar.

⁶⁴ *Andersson-İsveç* davası, 25 Şubat 1992 tarihli karar, para. 72.

⁶⁵ Appl. No. 7626/76, *X-Birleşik Krallık* davası, 11 Temmuz 1977, DR 11 s. 160.

⁶⁶ Appl. No. 14830/89, *Yousef-Birleşik Krallık* davası, Comm. Rep., 30 Haziran 1992, para. 43.

⁶⁷ *Boughanemi-Fransa* davası, 24 Nisan 1996 tarihli karar.

Genel olarak 8. Madde'deki anlamına göre konut, bir kişinin yerleşik olarak yaşadığı yerdir; bu nedenle 8. Madde 1. fıkradaki anlama göre **yaşanan bütün yerler konut olabilir**. Tatil evleri ve iş yurtları veya diğer geçici uzun süreli konaklama yerleri istisna olabilir.

Mülkiyet bir yerin konut olması için yeterli midir?

*Gillow-Birleşik Krallık*⁶⁸ davasında Mahkeme, 19 yıldır sahip oldukları evde hiç yaşamamış olan davacıların, söz konusu yeri 8. Madde kapsamında konutu sayabileceklerine karar vermiştir. Bunun nedeni, uzun süre uzak olmalarına rağmen, hep söz konusu yere dönme niyetleri olması ve söz konusu **gayri menkulle ilişkilerini**, konutları sayılabilecek düzeyde **devam ettirmiş olmalarıdır**.

⁶⁸ *Gillow-Birleşik Krallık* davası, 24 Kasım 1986 tarihli karar, para. 46.

İşyerleri konut sayılır mı?

Mahkeme 1992'de, 8. Madde kapsamında bu tür yerlerin aranması bağlamında, *konut* kavramını bazı işyerlerini de kapsayacak biçimde genişletmiştir. *Niemietz-Almanya*⁶⁹ davasında Mahkeme, konutun örneğin meslek sahibi bir kişinin bürosunu da kapsayabileceğine karar vermiştir. Bir kişinin mesleğine veya işine ait faaliyetlerin kişinin özel konutunda yapılabileceğinden ve işle o kadar ilgili olmayan faaliyetlerin de bir ofiste veya ticari mekanda yapılabileceğinden yola çıkarak, bu konuda kesin ayrımlar yapmak her zaman pek mümkün olmayabilir. Bu tür durumlarda, işyerleri 8. Madde'nin korumasına alınmıştır.

1.1.4 Haberleşme

⁶⁹ *Gillow-Birleşik Krallık* davası, 24 Kasım 1986 tarihli karar, para. 46.

Bir kişinin haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkı, **kesintiye uğramadan ve sansür edilmeden başkalarıyla iletişim kurma hakkıdır.**

Neler haberleşme kapsamına girer?

Haberleşme açıkça posta yoluyla gönderilen malzemeleri içermekle beraber Mahkeme, bu kavrama telefonla iletişim⁷⁰ ve teleksi⁷¹ de katmıştır. Konutun kelime anlamı genişletildiği gibi, bu **kavramın yorumunun da teknolojideki gelişmelere ayak uyduracak** ve e-posta gibi diğer haberleşme yöntemlerini de koruma altına alacak biçimde yapılacağı tahmin edilmektedir. Ancak uygun koruma düzeyi, söz konusu haberleşme yöntemine göre değişebilir.

⁷⁰ *Klass-Almanya* davası, 6 Eylül 1978 tarihli karar, para. 41.

⁷¹ Appl. No. 21482/93, *Campbell Christie-Birleşik Krallık*, 27 Haziran 1994, DR 78A, s. 119.

Haberleşmenin içeriği önemli midir?

8. Madde'nin sunduğu koruma, genellikle haberleşmenin içeriğinden çok haberleşme yol ve yöntemleriyle ilgilidir ve bu yüzden Devlet, örneğin **suç teşkil eden faaliyetlerle ilgili telefon görüşmelerinin** 8. Madde 1. fıkranın kapsamına girmediğini iddia edemez.⁷² *Halford-Birleşik Krallık*⁷³ davasında, **iş telefonu veya özel telefondan yapılan telefon görüşmelerinin** ve ofis telefonunun kullanımının bu madde kapsamına girdiğine karar verilmiştir.

Haberleşmede gönderenin veya alıcının kimliği önemli midir?

⁷² *A-Fransa* davası, 23 Kasım 1993 tarihli karar.

⁷³ *Halford-Birleşik Krallık* davası, 25 Haziran 1997 tarihli karar.

Haberleşmede gönderenin veya alıcının kimliği, 8. Madde'nin şart koştuğu şeylerin belirlenmesinde rol oynar. Örneğin Mahkeme, avukatlar ve müvekkileri, özellikle de göz altındaki kişiler arasındaki mektuplara ve diğer haberleşme yöntemlerine sağlanan korumanın çok büyük olduğunu açıkça ifade etmiştir.

1.2 Devletin 8. Madde hakkına saygı göstermesi konusunda pozitif bir yükümlülüğü var mıdır ve bu yükümlülük yerine getirilmiş midir?

8. Madde'nin esas amacı “bireyi kamu otoritelerinin keyfi uygulamalarına karşı korumak” olmasına rağmen Mahkeme, bu maddenin içindeki değerlere etkili bir biçimde saygı gösterilmesinin tabiatında yatan pozitif yükümlülükler de

olabileceğini belirtmiştir.⁷⁴ Böylece Devletin bir bireyin aile ve özel hayatına keyfi olarak negatif müdahale etmemesi konusundaki yükümlülüğün yanı sıra, **bu hükümde belirtilen çok çeşitli kişisel haklara saygı göstermek için pozitif davranması zorunluluğu da olabilir.** 8. Madde'nin bu yorumunun dayanağı, bireyin özel hayatına, aile hayatına, vs. saygı gösterilmesi hakkından bahsedilmesidir ve bu sayede Mahkeme, yükümlülükleri rahat bırakılmak hakkının ötesine genişletmiştir. *X & Y-Hollanda*⁷⁵ davasında Mahkeme'nin belirttiği gibi:

(8. Madde) sadece devleti ... müdahale etmekten kaçınmaya zorlamaz: bu aslen negatif taahhüdün yanı sıra, özel hayata ve aile hayatına etkin biçimde saygı

⁷⁴ *Kroon-Hollanda* davası, 27 Ekim 1994, para. 31.

⁷⁵ *X & Y-Hollanda* davası, 26 Mart 1985 tarihli karar.

gösterilmesinin doğasında olan pozitif yükümlülükler de olabilir... Bu yükümlülükler, bireylerin kendi aralarındaki ilişkiler alanında bile, özel hayata saygı gösterilmesini sağlayacak önlemler almayı içerebilir.

Bu nedenle Sözleşme, bazı şartlar altında Devletin bireylere 8. Madde'nin öngördüğü hakları sağlamak için bazı önlemler almasını, ayrıca bir özel kişinin bir başkasının haklarını etkin biçimde kullanmasını önleyecek faaliyetlerine karşı koruma sağlamasını şart koşabilir.

Pozitif yükümlülükler ne zaman geçerlidir?

8. Madde'ye uyumun ne zaman pozitif adımlar atılmasını gerektireceğini bilmek zordur. Mahkeme, “saygı” kavramının kesin tanımı olmadığını belirtmiştir ve Taraf Devletlerdeki şartlar ve durumlar değişkenlik gösterdiği için, aile hayatına

saygı gösterilmesi için yapılması gerekenler her durumda oldukça değişik olabilir. Belirli bir başvurunun şartlarına göre “saygı”nın neler gerektirdiği belirlenirken Devlete oldukça geniş bir takdir hakkı verilmiştir. Mahkeme'ye göre pozitif bir yükümlülüğün olup olmadığını belirlemek için Devlet, **toplumun genel çıkarları ve bireyin çıkarları arasında adil bir dengenin kurulup kurulmadığına** bakmalıdır. Mahkeme korunan bir hakkın içeriğini belirlerken, 8. Madde'nin ikinci fıkrasında sayılan hedeflere başvurulabileceği görüşünü belirtmiştir; böylece buradaki test, daha önce verilmiş olan hak ile Devletin korumaya çalıştığı karşı haklar arasında denge oluşturmanın gerekli olduğu 8. Madde 2. fıkradakinden farklıdır. Birçok durumda, pozitif yükümlülüklerle dayalı bir yaklaşım benimsemek ile davayı 8. Madde 2. fıkra kapsamında normal biçimde ele almak arasındaki fark, Mahkeme'nin yürüttüğü mantıkta belli olur ancak

sonucunda belli olmaz.⁷⁶ Pratik düzeyde, söz konusu dengede genel toplumsal çıkarları için başında daha ağır gelmektedir ve birey kendi çıkarlarının bariz olarak daha baskın olduğunu gösterme yükünü belirli düzeyde taşımaktadır. Örneğin içtihadı göre, önemli bir bireysel hakkın söz konusu olduğu ve davacının büyük bir dezavantajla karşılaşmış olduğu durumlarda, pozitif bir yükümlülük söz konusu olabilir. Diğer yandan dezavantajın o kadar büyük olmadığı veya bunun yerine devletin önemli bir çıkarı söz konusu olduğu durumlarda, böyle bir yükümlülüğün söz konusu olması daha düşük olasılıktır.

Örneğin *Marckx-Belçika* davasında Mahkeme, evli olmayan bir anne ve çocuğu arasındaki aile hayatına saygı gereği, çocuğun doğum anından itibaren

ailesine entegre olmasını sağlamak için Devlet tarafından önlemler alınması konusunda Devlete pozitif yükümlülük vermiştir.⁷⁷ Bu durumda evli olmayan anne ve kızının maruz kaldığı dezavantaj, Devletin evliliğe dayalı bir aileyi koruma konusundaki ikincil çıkarına göre daha önemlidir.

Ayrıca Taraf Devletlerdeki yasal ve toplumsal şartlar evli olmayan annelere ve çocuklarına yapılan eşit olmayan muameleyi ortadan kaldırma yönünde genel bir eğilimi yansıttığından dolayı, Devlete tanınan takdir hakkı kısıtlıydı. Bu durum, Evlilik Dışı Doğan Çocukların Yasal Statüsü Konulu Avrupa Sözleşmesi'nin⁷⁸ kabulüne de yansımıştır. Böylece aile hayatına saygı gösterme konusundaki pozitif yükümlülüğün,

⁷⁶ Bkz. örneğin *Gaskin-Birleşik Krallık* davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, para. 42.

⁷⁷ *Marckx-Belçika* davası, 13 Haziran 1979 tarihli karar.

⁷⁸ ETS No. 85.

çocuğun ailesine entegrasyonunu sağlayacak önlemlerin alınmasını gerekli kıldığı sonucuna ulaşmıştır.

Ancak Mahkeme *X, Y & Z-Birleşik Krallık* davasında farklı bir sonuca ulaşmıştır. Öncelikle Sözleşme'ye taraf Devletler arasında bu konuda ortak bir yaklaşım olmamasının, AID ile doğan bir çocuk ve transseksüel babası olan tarafların aile hayatına saygı göstermek konusunda Devletin geniş bir takdir hakkına sahip olduğu anlamına geldiğine karar verilmiştir. Bunun sonucu olarak, aile hayatına saygı göstermek konusundaki pozitif yükümlülük *Marckx* davasından farklıydı ve 8. Madde'ye uyacak biçimde bu yükümlülüğü yerine getirmek için daha az adım atılması gerekiyordu. Mahkeme daha spesifik olarak, aile hayatına saygının şartı olarak, çocuğun doğum sertifikasına babası olarak transseksüelin adının yazılmasına Devletin

izin vermesi gerektiğini reddetmiştir.⁷⁹ AID yoluyla doğan bir çocuğun babasının tanınmasının toplumun çıkarlarına karşı olduğu kanıtlanmamış olmasına rağmen, bunun çocuğun iyiliği için gerekli olduğu da ortaya çıkmamıştır.

⁷⁹ *X, Y & Z kararı*, 26 Mart 1985 tarihli karar.

8. Madde testinin 2. aşaması

2.1 8. Madde hakkına herhangi bir müdahale olmuş mudur?

Bir anlaşmazlığın özel hayat veya aile hayatı, konut veya haberleşme ile ilgili olduğuna karar verildikten sonra Mahkeme, 8. Madde 2. fıkra kapsamında şikayetin içeriğini inceler. 8. Madde 2. fıkraya göre:

(b)u hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzeninin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş

olmak koşuluyla söz konusu olabilir.

Neler müdahale sayılır?

Bir anlaşmazlığın 8. Madde kapsamındaki bir hakkı ilgilendirdiği belirlendikten sonraki test aşaması, şikayet edilen önlemin söz konusu hakka müdahale edip etmediğinin belirlenmesidir. Bazı örnekler:

- Çocukları ebeveynlerinden almak ve devletin bakımına vermek;⁸⁰
- Tutukluların haberleşmesini durdurmak;⁸¹
- Bir kişinin evinde arama yapmak;⁸²

⁸⁰ *Olsson-İsveç* davası, 24 Mart 1988 tarihli karar.

⁸¹ *Campbell & Fell-Birleşik Krallık* davası, 28 Haziran 1984 tarihli karar.

⁸² *Chappell-Birleşik Krallık* davası, 30 Mart 1989 tarihli karar.

- Gizli bir polis dosyasında bilgi toplamak ve saklamak.⁸³

Davacı neleri kanıtlamalıdır?

Müdahale olduğunu kanıtlamak davacının sorumluluğudur. Örneğin *Campbell-Birleşik Krallık*⁸⁴ davasında hükümet, başvuruda bulunan tutuklu herhangi bir mektubunun açılmış olduğunu gösteremediğinden, haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiği iddiasını kanıtlayamadığı görüşünü ileri sürmüştür. Ancak özellikle davacı ve avukatının dikkati çekildiği üzere, mevcut cezaevi uygulaması mektupların açılmasına ve okunmasına izin verdiği için Mahkeme, Sözleşme kapsamında bir müdahale olduğu sonucunu ulaştırmıştır. Bu tür durumlarda davacı, 8. Madde

⁸³ *Leander-İsveç* davası, 26 Mart 1987 tarihli karar.

⁸⁴ *Campbell-Birleşik Krallık* davası, 25 Mart 1992 tarihli karar.

kapsamında haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına müdahale edildiği için mağdur durumda olduğunu iddia edebilir. Böylece davacının müdahaleyi oluşturan maddi hasarın kesinliğini kanıtlayamadığı durumlarda, söz konusu **müdahalenin gerçekleşmiş olma olasılığını gösterebilmesi yeterli olacaktır.**

Kanunların varlığı yeterli midir?

*Dudgeon-Birleşik Krallık*⁸⁵ davasında davacı, homoseksüel davranışları suç sayan kanunların, 8. Madde kapsamında özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına haksız bir müdahale olduğu konusunda şikayette bulunmuştur. Kanunlar kapsamında rızası olan erişkin erkekler uzun süredir dava edilmediği için ve davacı herhangi bir suçtan dolayı mahkum

⁸⁵ *Dudgeon-Birleşik Krallık* davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar.

edilmediği veya aleyhinde dava açılmadığı için, hükümet davacının özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına sadece söz konusu kanunun varlığı nedeniyle müdahale edilmiş olduğu görüşüne itiraz etmiştir. Ancak Mahkeme, böyle bir davanın başlatılabilmesi tehlikesinin ne hayali, ne de teorik olduğuna ve bu yüzden davacının içinde bulunduğu kişisel şartlarda, bu **kanunun varlığının söz konusu kişinin özel hayatını sürekli ve doğrudan etkilediğine** karar vermiştir.

Gizli gözetim kanunlarının varlığı ne zaman özel hayata müdahale olması için yeterlidir?

Yetkililerin amaçladığı biçimde, gizli gözetime tabi olanların birçoğu söz konusu müdahalenin farkında değildir. Bazıları bu durumdan şüphelenebilir ancak ellerinde yeterli kanıt olmayabilir. Davacının, haberleşmesine müdahalede bulunulduğunu kanıtlamada zorlanması

sonucu, bu konudaki kanunların varlığının, 8. Madde kapsamında özel hayatına ve haberleşmesine müdahale olduğunu iddia etmesine neden olabilir. Bu iddia, ancak bazı şartlarda başarıya ulaşabilir.

- *Klass-Almanya*⁸⁶ davasında Mahkeme, bireyin söz konusu önlemlerin kendisine karşı kullanıldığını iddia etmek zorunda kalmadan, sırf **gizli önlemler** veya gizli önlemlere izin veren kanunlar olması nedeniyle, **ihlale mağdur olduğunu** iddia edebileceğine karar vermiştir. Ancak Mahkeme, bu durumun **sadece belirli şartlar altında** gerçekleşebileceğini açıkça ifade etmiştir. İlgili şartlar, çığnendiği iddia edilen Sözleşme'den kaynaklanan hakka, itiraz edilen önlemlerin gizlilik özelliğine ve davacı ile söz konusu

⁸⁶ *Klass-Almanya*, 6 Eylül 1978 tarihli karar, para. 34.

önlemler arasındaki bağına göre belirlenecektir.

- *Malone-Birleşik Krallık*⁸⁷ davasında, davacının telefonunun gerçekten dinlenip dinlenmediği konusunda bir anlaşmazlık Mahkeme'ye getirilmiştir. Hükümet, bir telefon görüşmesine polis tarafından müdahale edildiğini kabul etmek dışında, söz konusu kişinin telefon görüşmelerine ve mektuplarına başka zamanlarda da müdahale edilip edilmediğini, edildiyse ne derecede müdahale edildiğini açıklamayı kabul etmemiştir. Ancak şu durum kabul edilmiştir:

Söz konusu kişi, çalıntı malları aldığından şüphelenildiği için, posta ve telefon müdahalelerinin

⁸⁷ *Malone-Birleşik Krallık*, 2 Ağustos 1984 tarihli karar.

*yapılma olasılığı olanların oluşturduğu sınıfın bir üyesidir.*⁸⁸

Mahkeme sonuç olarak, “bu kişiye karşı gerçekten alınan önlemlerden ayrı olarak”, haberleşmenin gizli gözetimine izin veren ve gözetimi mümkün kılan kanunların ve uygulamaların olmasının başlı başına, davacının 8. Madde kapsamındaki haklarını kullanmasına müdahale oluşturduğuna karar vermiştir.

2.2 Bir 8. Madde hakkına müdahale edildiyse:

- 2.2.1 Müdahale kanunlara uygun mudur?
- 2.2.2 Meşru bir amacı var mıdır?
- 2.2.3 Demokratik bir toplumda gerekli midir?

⁸⁸ *Malone-Birleşik Krallık* davası, 2 Ağustos 1984 tarihli karar, para. 64.

8. Madde 1. fıkrada tarafından korunan haklara yapılan herhangi bir müdahale, Sözleşme'yle tutarlı olması için, hükmün 2. fıkrasında belirtilen bütün kriterlere uymalıdır. Özellikle müdahale kanunlara uygun olmalı, ikinci fıkrada belirtilen meşru amaçlardan birini gütmeli ve demokratik bir toplumda gerekli olmalı veya söz konusu amaçla oranlı olmalıdır.

2.2.1 Müdahale kanunlara uygun mu?

8. Madde'den kaynaklanan haklara müdahale eden bir önlem, sadece kanunlara uyulan durumlarda bu hükme uygun olabilir. Şikayet edilen önlem kanuna uygunluk şartına uymuyorsa, 8. Madde'yi ihlal eder ve dava sona erer. Bu konuda gizli gözetim, çocukların korunması ve tutukluların haberleşmesine müdahale edilmesi gibi bazı yasal alanlar özellikle hassastır.

“Kanunlara uygun” ne demektir?

Şikayet edilen müdahalenin “kanunlara uygun” olması için, **yasal bir dayanağı** olmalıdır ve söz konusu kanun, **yeterince kesin** olmalı ve kamu otoritelerinin **keyfi uygulamalarına karşı koruyucu bir önlem** içermelidir.

Müdahalenin yasal dayanağı olmalıdır

Yasalarla özel olarak yetki verilmemiş ve idari uygulamalarla veya bağlayıcı olmayan rehber kurullarla düzenlenen önlemler bu açıdan sorunludur. Ne kadar sıkı uyulursa uyulsun, idari bir uygulama “kanunen” şart koşulan teminatı sağlamamaktadır.

- Mahkeme, *Malone-Birleşik Krallık*⁸⁹ davasında telefon görüşmelerine müdahale etme yetkisinin yasal

⁸⁹ *Malone-Birleşik Krallık* davası, 2 Ağustos 1984 tarihli karar.

dayanağı olup olmadığını değerlendirmiştir. O dönemde telefonların dinlenmesi, detayları yayınlanmamış olan idari uygulamalarla özel olarak yasalarla verilmiş yetki olmadan düzenleniyordu. Mahkeme, **kamu otoritelerinin telefon görüşmelerini gizli olarak dinleme yetkisini kullanmasının kapsamı veya yöntemi konusunda yeterince açıklık olmadığını belirtmiştir**: bu bir idari uygulama olduğu için, herhangi bir zamanda değiştirilebilirdi, bu da 8. Madde'nin ihlali anlamına geliyordu.

- Daha yakın zamanda Mahkeme, *Khan-Birleşik Krallık*⁹⁰ davasında, gizli dinleme cihazlarının kullanımını düzenleyen yasal bir sistem olmadığı için ve söz konusu cihazların kullanımı yasal olarak bağlayıcı olmayan ve

halkın doğrudan ulaşamadığı İç İşleri Bakanlığı Rehber Kuralları tarafından düzenlendiği için, Birleşik Krallık otoriteleri tarafından bu tür bir gizli dinleme cihazının kullanılmasının 8. Madde anlamında kanunlara uygun olmadığını belirtmiştir.

Tahmin edilebilirlik şartı

8. Madde'nin yasaya uygunluk şartını karşılamak için, söz konusu kanun ilgili kişiler tarafından **ulaşılabilir olmalı** ve **gerekirse uygun tavsiyeler aldıktan sonra, ilgili kişilerin mevcut şartlar altında belirli bir hareketin ne tür sonuçlar doğurabileceğini makul bir düzeyde tahmin etmelerini mümkün kılacak düzeyde açıkça ifade**

⁹⁰ *Khan-Birleşik Krallık* davası, 12 Mayıs 2000 tarihli karar.

edilmelidir.⁹¹ Buna **tahmin edilebilirlik** şartı denir ve takdirin kapsamı ve uygulanma yöntemi bireyleri keyfi müdahaleden koruyacak düzeyde açıklıkla yazıldığı sürece, takdir yetkisi veren bir kanun 8. Madde ile tutarsız olmaz.⁹² Ayrıca idari otoritelerin takdir yetkisini kullanması, mahkemelerin değerlendirmesine tabi olduğu sürece 8. Madde'nin şartlarını da karşılayabilir.

Kaçınılmaz olarak hukukun bazı alanlarında kamu yetkililerine, diğer alanlara kıyasla daha çok takdir yetkisi verilmektedir ve bu kanunların 8. Madde ile uyumluluğu AİHM tarafından ele alınmıştır.

Çocukların korunması kanunu

⁹¹ *Andersson-İsveç* davası, 25 Şubat 1992 tarihli karar, para. 75.

⁹² *Olsson-İsveç* davası, 24 Mart 1988 tarihli karar, para. 62.

*Olsson-İsveç*⁹³ davasında davacılar, devletin çocuk bakımı alanında sosyal hizmet yetkililerine verdiği takdir yetkisi üzerine, ilgili kanunlar tarafından belirlenmediğini ve söz konusu kanunların ortaya çıkaracağı sonuçların tahmin edilemeyecek derecede muğlak ifadelerle hazırlandığını ileri sürmüştür. Mahkeme, İsveç'in konuyla ilgili kanununun genel ifadeler kullandığını kabul etmekle beraber, 8. Madde 2. fıkranın yasal şartlarına uyduğuna karar vermiştir. Mahkeme, özellikle **bir çocuğun devlet bakımı altına alınması ve bakım konusundaki bir kararın uygulanmaması gereğini ortaya çıkarabilecek şartların, her türlü olasılığı ele alacak bir kanun yazmayı neredeyse imkansız kılacak derecede**

⁹³ *Olsson-İsveç* davası, 24 Mart 1988 tarihli karar. Ayrıca bkz. *Andersson-İsveç* davası, 25 Şubat 1992 tarihli karar, para. 62.

değişken olduğunu belirtmiştir. Ayrıca yetkililerin harekete geçme hakkını çocuğun zaten zarar görmüş olduğu durumlarla sınırlamak, çocuğun ihtiyaç duyduğu korumanın etkinliğini gereksiz biçimde azaltabilir. Daha da önemlisi Mahkeme, kanunlar kapsamındaki takdir yetkisi konusunda, yasalardan kaynaklanan neredeyse bütün yetkilerin kullanılması ya **idari mahkemeye** verildiği ya da söz konusu mahkemelerin **birkaç düzeyde gözetimine tabi** olduğu için, **kanunun keyfi müdahaleye karşı önlemler içerdiğine** dikkat çekmiştir.

Gizli gözetim

Gizli gözetim konusundaki kanunlar, bariz nedenlerle, tahmin edilebilirlik şartı açısından sorun çıkarmaktadır. Bu yüzden, söz konusu şartın bu konuda nasıl uygulamaya geçirildiği sorusu düşünülmelidir.

Malone-Birleşik Krallık davasında Mahkeme'nin de kabul ettiği gibi, tahmin edilebilirlik açısından Sözleşme'nin gerektirdiği şartlar:

Haberleşmenin polis soruşturması amacıyla izlendiği özel durumlarda, ilgili yasanın kişinin davranışına sınır getirmeyi amaçladığı alanlarla bütünüyle aynı olamaz. Özellikle, tahmin edilebilirlik şartı, bir bireyin yetkililerin haberleşmesine ne zaman müdahale edeceğini tahmin edip ona göre davranışını ayarlayabilmesi anlamına gelemez.

Aynı şekilde *Leander-İsveç*⁹⁴ davasında Mahkeme, bir kişinin gizli polis biriminin tam olarak ne tür kontroller yapabileceğini tahmin edebilme iddiasında olamayacağını belirtmiştir. Ancak Mahkeme'nin ifade

⁹⁴ *Leander-İsveç* davası, 26 Mart 1987 tarihli karar.

ettiği gibi, genel olarak vatandaşlara uygulanabilen bir sistemde:

kanunlar, özel hayata ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılan bu gizli ve potansiyel olarak tehlikeli müdahaleye, kamu yetkililerinin hangi durumlarda ve ne şartlarda başvurabilme yetkisine sahip olduklarının yeterli derecede belli olmasını sağlayacak kadar açıkça ifade edilmelidir.

Telefon dinleme

Fransa aleyhine açılan *Kruslin*⁹⁵ ve *Huwig*⁹⁶ davalarında, polislin telefon dinlemesini düzenleyen Fransız

⁹⁵ *Kruslin-Fransa* davası, 24 Nisan 1990 tarihli karar.

⁹⁶ *Huwig-Fransa* davası, 24 Nisan 1990 tarihli karar.

kanununun, 8. Madde 2. fıkradaki tahmin edilebilirlik şartına uyup uymadığı Mahkeme tarafından değerlendirilmiştir.

Alınan karar göre:

(t)elefon görüşmelerine dinleme veya diğer yöntemlerle müdahale edilmesi, özel hayata ve haberleşmeye ciddi bir müdahaledir ve bu nedenle özellikle kesin olan bir “kanuna” dayanmalıdır. Özellikle kullanılabilir teknoloji devamlı daha sofistike hale geldiği için, bu konuda açık ve detaylı kuralların olması önemlidir.

Mahkeme'nin bu bağlamdaki görüşüne göre, (yazılı olan ve olmayan) Fransız kanunları:

(k)amu yetkililerine verilen takdir yetkisinin kullanılma biçimini ve kapsamını makul bir açıklık düzeyinde belirtmemektedir. Bu durum söz konusu dönemde daha

da geçerliydi; böylece Bay Kruslin, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğü kapsamında vatandaşların hak ettiği asgari koruma düzeyine sahip olmamıştır.

*Rotaru-Romanya*⁹⁷ davasında davacı, Romen İstihbarat Teşkilatı'nın (RIT), kendisi hakkında yanlış ve küçük düşürücü olduğunu iddia ettiği bilgiler içeren kişisel bir dosyaya sahip olduğundan şikayet etmiştir. Buradaki temel konu, bu müdahaleye izin veren kanunun davacı tarafından erişilebilir ve sonuçlarının tahmin edilebilir olup olmadığıydı. Mahkeme öncelikle, **yürütmenin bir yetkisini gizli kullanıldığı durumlarda keyfi uygulama olma riskinin özellikle yüksek olduğuna** dikkat çekmiştir. Mahkeme ayrıca şöyle demiştir:

⁹⁷ *Rotaru-Romanya* davası, 4 Mayıs 2000 tarihli karar.

*gizli gözetim önlemlerinin uygulamaya geçirilmesi, söz konusu kişiler veya genel olarak kamu tarafından eleştiriye açık olmadığı için, yürütmeye verilen yasal takdir yetkisinin sınırsız bir güç olarak ifade edilmiş olması hukukun üstünlüğüne karşıdır. Bu nedenle, yetkililere verilen takdir yetkisinin kapsamı ve uygulanma yöntemi, bireye keyfi müdahaleye karşı gerekli korumayı sağlayacak biçimde ve alınan önlemin meşru amacı göz önünde bulundurularak, kanunda yeterince açıklıkla belirtilmelidir.*⁹⁸

Bu nedenle mesele, ulusal kanunların RIT'nin davacının özel hayatına ait bilgileri ne düzeyde saklayabileceğini ve

⁹⁸ *Malone-Birleşik Krallık* davası, 2 Ağustos 1984 tarihli karar, para. 67 ve *Rotaru-Romanya* davası, 4 Mayıs 2000 tarihli karar, para. 55.

kullanabileceğini yeterince kesin bir biçimde belirleyip belirlemediği idi. İlgili kanunda ulusal güvenliği etkileyen bilgilerin toplanabileceği, kaydedilebileceği ve gizli dosyalarda arşivlenebileceğinin belirtildiğine dikkat çeken Mahkeme, ulusal kanunlarda söz konusu yetkilerin kullanımı konusunda sınır belirleyen herhangi bir hüküm bulunmadığını gözlemlemiştir. Örneğin ulusal kanunlarda aşağıdaki konulardan hiçbirinin belirtilmediğini gözlemlemiştir:

- Ne tür bilgilerin kaydedilebileceği,
- Hakkında bilgi toplama ve saklama gibi gözetim önlemlerinin alınabileceği insan kategorileri,
- Bu tür önlemlerin hangi şartlarda alınabileceği, veya
- İzlenecek prosedür.

Ne kadar eski bilgilerin saklanacağı veya bu bilgilerin ne süreyle saklanacağı konusunda da herhangi bir sınırlama

getirilmemiştir.⁹⁹ Ayrıca Mahkeme, bilgi toplama ve arşivleme konusundaki yetkinin keyfi kullanılmasını önlemek için alınması gereken önlemler konusunda, Romen kanunlarında söz konusu önlemin uygulanması talimatı verildiğinde veya daha sonrasında herhangi bir denetim prosedürü olmadığına da dikkat çekmiştir. Genel olarak bu kanunların, kamu otoritelerine verilen takdir yetkisinin kapsamının ve uygulama yönteminin makul düzeyde açık olacak şekilde belirtmediğine karar verilmiştir ve böylece RIT tarafından davacının özel hayatı hakkında bilgi toplanmasının ve bu bilgilerin kullanılmasının “kanunlara uygun olmadığına” ve 8. Madde’yi ihlal ettiğine karar verilmiştir.

Devlet gözetimi altındaki kişilerin hakları

⁹⁹ *Rotaru-Romanya* davası, 4 Mayıs 2000 tarihli karar, para. 57.

*Herczegfalvy-Avusturya*¹⁰⁰ davasında, bir akıl hastasına vasi olarak atanmış kişinin, akıl hastasına yollanmış mektuplarının hastaya gönderilip gönderilmeyeceğine karar vermesini mümkün kılan Avusturya kanununa dayanarak verilen kararlarda, tahmin edilebilirlik şartına uyulmadığına karar verilmiştir. Vasilerin hakları çok genel ifadelerle belirlenmiştir ve Mahkeme'ye göre:

*(n)e tür kısıtlamalara izin verildiği veya amaçları, süreleri, kapsamı veya denetlenme yöntemleri konusunda herhangi bir detay olmadığı için, bu hükümler demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğüne göre şart olan keyfi uygulamaya karşı asgari düzeyde koruma sağlamamaktadır.*¹⁰¹

¹⁰⁰ *Herczegfalvy-Avusturya* davası, 24 Eylül 1992 tarihli karar.

¹⁰¹ *Herczegfalvy-Avusturya* davası, 24 Eylül 1992 tarihli karar, para. 91.

Kişisel ve özel haberleşmeye müdahale etme konusunda mecburen kapsamlı olan yasal otoritenin detaylarını belirlemek için kanunlardan ziyade **başka hukuki enstrümanları** kullanmak kabul edilebilir olmasına rağmen, söz konusu durum ancak bu enstrümanları **göz altındaki kişiler tarafından ulaşılabılır** olduğu ölçüde kabul edilebilir. Örneğin, davacının bulunduğu cezaevinin yöneticilerine verilen, kanun gücünde olmayan ve bu kişinin erişemediği talimatlar uyarınca, söz konusu kişinin mektuplarına el konduğu *Silver-Birleşik Krallık*¹⁰² davasında, haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahalenin kanunlara uygun olmadığına ve 8. Madde 2. fıkrayı ihlal ettiğine karar verilmiştir.

Ombudsman'a yazdığı bir mektuba 8. Madde'ye aykırı olarak müdahale edildiği

¹⁰² *Silver-Birleşik Krallık* davası, 25 Mart 1983 tarihli karar.

ve söz konusu mektup geciktirildiği için Mahkeme'ye başvuruda bulunan bir tutuklunun taraf olduğu, daha yakın geçmişteki *Niedbala-Polonya*¹⁰³ davasında da Mahkeme benzer bir sonuca ulaşmıştır. Mahkeme, tutuklunun yazışmasına yapılan müdahalenin 8. Madde 2. fıkraya göre yasal olup olmadığı konusunda, konuyla ilgili Polonya yasalarında şu sorunlara dikkat çekmiştir:

- Soruşturması devam ederken tutuklu olan kişilerin yazışmalarının engellenmesine karşı etkili bir şikayette bulunmak için yasal dayanak oluşturabilecek yasal hükümler yoktur.
- Polonya kanunları, tutukluların yazışmalarının cezai takibat yürüten yetkililer tarafından otomatik olarak sansürlenmesine izin vermektedir.

¹⁰³ *Niedbala-Polonya davası*, 12 Temmuz 2000 tarihli karar.

- Bunun sonucu olarak, tutuklunun yazışabileceği farklı kategorilerdeki kişiler arasında kanunlar açısından hiçbir ayırım yapılmamaktadır ve Ombudsman'la yapılan yazışmalar da sansüre tabidir.
- Hükümlerde, sansürün uygulanmasıyla ilgili prensipler belirlenmemiştir ve hükümler özellikle sansürün nasıl ve ne süreyle yapılabileceğini belirtmemektedir.
- Sansür otomatik olduğundan, yetkililer sansürün niçin yapıldığını gerekçeli bir kararla açıklama yükümlülüğüne tabi değildir.¹⁰⁴

Bu nedenle Mahkeme yukarıdaki noktaları göz önünde bulundurarak, Polonya yasalarında tutukluların yazışmalarının kontrol edilmesi konusunda kamu yetkililerine verilen takdir yetkisinin,

¹⁰⁴ *Niedbala-Polonya davası*, 12 Temmuz 2000 tarihli karar, para. 81.

içeriğinin ve yönteminin makul bir açıklık düzeyinde belirtilmediğine ve böylece 8. Madde 2. fıkranın ihlal edildiğine karar vermiştir.

2.2.2 Müdahalenin meşru bir amacı var mı?

Müdahalenin kanunlara uygun olduğu belirlendikten sonra, Mahkeme müdahalenin 8. Madde 2. fıkra kapsamında meşru bir amacı olup olmadığı sorusunu ele alır. 8. Madde 2. fıkrada, bir devletin bu konuda başvurabileceği amaçların listesi vardır. Örneğin, Devlet aşağıdaki konuları ileri sürebilir:

- Bireyler hakkında bilgi toplama ve saklama “ulusal güvenlik amacına yöneliktir”;
- Tutukluların yazışmalarına müdahale etmenin amacı “toplum düzeninin bozulmasını ve suç işlenmesini” önlemeyi amaçlar;

- Çocukları istismar gördükleri bir evden almak veya bir tarafa vesayet vermeyi reddetmek veya temasa izin vermemekte amaç “sağlığın veya ahlakın” veya “başkalarının hak ve özgürlüklerinin” korunmasıdır.
- İhraç veya sınır dışı etme emri vermede amaç “ülkenin ekonomik refahını” korumaktır.

Müdahalenin amacını veya **amaçlarını belirlemek, iddiaya yanıt veren Devletin sorumluluğudur** ve müdahalenin kapsamının bu kadar geniş olması, Devletin genellikle müdahalenin nedenini mantıklı bir biçimde açıklayabildiği anlamına gelmektedir. Davacının genellikle Devletin ileri sürdüğü nedenin müdahalenin “gerçek” nedeni olmadığını iddia etmesine rağmen, Mahkeme bu iddiayı kolaylıkla kabul etmemektedir. Hatta Mahkeme’nin Devletin attığı adımların nedeni olarak ileri sürdüğü amaçlara pek az dikkat ettiği ve genellikle

ileri sürülen amaçları (sağlığın ve ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi) tek bir başlık altında topladığı söylenebilir.¹⁰⁵ Yani birçok davada Mahkeme, devletlerin **uygun bir amaca yönelik hareket** etmiş olduğunu kabul eder; davacının itiraz ettiği durumlarda bile, belirlenen meşru amacı veya amaçları neredeyse hiç reddetmemiştir.

2.2.3 Müdahale *demokratik bir toplumda gerekli midir?*

8. Madde testinin son aşaması, müdahalenin “demokratik bir toplumda gerekli” olup olmadığının belirlenmesidir.

“Gerekli” ne demektir?

¹⁰⁵ *Open Door Counseling-İrlanda* davası, 29 Ekim 1992 tarihli karar.

Müdahalenin “gerekli” olması şartı olduğu için, Devletin müdahale etmek için “bazı” nedenleri olması yeterli değildir. “Gerekli” olmanın ne anlama geldiği konusunda, *Handyside-Birleşik Krallık*¹⁰⁶ davasında Mahkeme’nin açıkladığı gibi:

Bu “vazgeçilmez” ile eşanlamlı değildir... “kabul edilebilir”, “normal”, “yararlı”, “makul” veya “arzu edilen” ifadeleri kadar esnekliği de yoktur.

Mahkeme, *Olsson-İsveç*¹⁰⁷ davasında bu konuyu daha da detaylı ele almıştır:

... gereklilik kavramı, müdahalenin acil bir sosyal ihtiyaca yanıt verdiğini ve özellikle ulaşılmaya çalışılan meşru amaçla orantısız olduğunu ima etmektedir.

¹⁰⁶ *Handyside-Birleşik Krallık* davası, 7 Aralık 1976 tarihli karar.

¹⁰⁷ *Olsson-İsveç* davası, 24 Mart 1988 tarihli karar.

Bu nedenle “gerekli” ifadesinin aşırı sınırlı veya genel yorumları, orantısallık politikası güden Mahkeme tarafından reddedilmiştir.

Demokratik bir toplumun özellikleri?

Mahkeme, belki de şaşırtıcı bir biçimde demokratik bir toplumun özellikleri olarak neleri gördüğünü daha detaylı bir biçimde açıklamamıştır. Ancak Mahkeme *Dudgeon-Birleşik Krallık*¹⁰⁸ davasında, demokratik bir toplumun iki ana özelliği olarak hoşgörü ve açık fikirlilikten bahsetmiştir. 8. Madde bağlamında, demokratik bir toplumda hukukun üstünlüğünün önemini ve Sözleşme haklarına keyfi müdahalelerin önlenmesi ihtiyacının da altını çizmiştir. Ayrıca Mahkeme’ye göre Sözleşme, demokratik bir toplum ideallerini ve değerlerini

¹⁰⁸ *Dudgeon-Birleşik Krallık* davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar, para. 53.

korumak ve devam ettirmek amacıyla hazırlanmıştır.¹⁰⁹ Ancak genel olarak demokratik bir toplumda 8. Madde için gerekli olanın ne olduğu, orantısallık prensibinin uygulanmasıyla, bireysel haklar ve kamu yararı arasında oluşturulan dengeye göre belirlenmektedir.

Orantısallık prensibi nedir?

Genel olarak orantısallık prensibi, insan haklarının mutlak olmadığını ve **birey haklarının kullanılmasının her zaman genel kamu yararı ile dengelenmesi gerektiğini belirler.** Bu prensip, söz konusu dengeyi oluşturmanın yöntemlerinden biridir ve Mahkeme’nin Sözleşme uygulamalarında artık yaygın

¹⁰⁹ *Soering-Birleşik Krallık* davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, para. 84.

olarak kullanılmaktadır. Mahkeme'nin de sık sık hatırlattığı gibi:

Sözleşme'nin bütününiün doğasında, kamu yararının oluşturduğu talepler ile bireyin temel haklarının korunmasının gerekleri arasında adil bir denge oluşturma çabası vardır.¹¹⁰

Orantısallık prensibi 8. Madde'ye nasıl uygulanır?

Mahkeme, ulusal kararların 8. Madde ile uyumlu olup olmadığını değerlendirirken, en basit ifadeyle **birey hakları ile Devletin çıkarlarının dengelenmesi** anlamına gelen orantısallık testini uygulamaktadır. Ancak Mahkeme, ulusal mahkemelerin aldığı kararlar konusunda temyiz merci değildir ve bu nedenle herhangi bir davanın esasına göre

¹¹⁰ *Soering-Birleşik Krallık* davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar.

görüşünü bildirmekten kaçınır. **Mahkemenin üstlendiği rol, davaya bir bütün olarak bakarak, yetkililerin davaya neden olan önlemleri almak için “ilgili ve yeterli nedenlere” sahip olmadığını ele almaktır.¹¹¹**

Bir müdahalenin amacıyla orantılı olup olmadığını belirlemek genellikle birkaç unsurun göz önünde bulundurulmasını gerektiren **karmaşık bir süreçtir**. Bu unsurlar arasında müdahaleden korunmaya çalışılan hak, müdahalenin şiddeti ve Devletin yerine getirmeye çalıştığı acil toplumsal ihtiyaç sayılabilir.

- Örneğin **müdahaleden korunmaya çalışılan hak** konusunda Mahkeme *Dudgeon-Birleşik Krallık*¹¹² davasında, özel hayatta cinselliği yaşama hakkına

¹¹¹ *Olsson-İsveç* davası, 24 Mart 1988 tarihli karar.

¹¹² *Dudgeon-Birleşik Krallık* davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar.

müdahaleyi haklı çıkartmak için “özellikle ciddi nedenlere” ihtiyaç olduğuna dikkat çekmiştir. Bir başka deyişle bazı haklar kaçınılmaz olarak diğerlerinden daha önemlidir ve söz konusu haklara müdahale edilmesinin açıklanması kaçınılmaz olarak çok zordur.

- **Müdahalenin doğasına** gelince, müdahale ne kadar kapsamlı ve şiddetli olursa, söz konusu müdahaleyi haklı çıkartmak için gereken nedenlerin o kadar güçlü olması gerektiği açıktır. Örneğin bir anne veya baba ile başkasının bakımında olan çocuğu arasındaki teması yasaklamak için gereken neden, söz konusu teması kısıtlamak için gereken nedenden daha ağır olmalıdır.
- Müdahalenin ele aldığı **acil toplumsal ihtiyaç** için de ciddi nedenlere gerek vardır ve ulusal güvenliği korumak amacıyla alınan önlemleri açıklamak, örneğin ahlakı korumayı amaçlayan

önlemleri açıklamaktan daha kolay olabilir. Mahkeme'nin devletin yetkisini keyfi kullanmasına karşı bireyi koruyucu yöntemler oluşturulması konusuna ısrarla dikkat çekmesinden anlaşılabilirdiği gibi, söz konusu önlemlerde demokratik toplumun özellikleri de önemlidir.

Takdir hakkı

Mahkeme'nin, bir 8. Madde hakkına yapılan müdahalenin söz konusu hükmün 2. fıkrası çerçevesinde yerinde olup olmadığını belirlerken Devlete belirli bir takdir hakkı bıraktığı açıktır. Yetkili ulusal mercilere verilen takdir hakkı **mevcut şartlara, konuya ve konunun geçmişine göre** değişebilir. Bu konuda takdir hakkının kapsamını belirlerken göz önünde bulundurulması gereken unsurlar

arasında Taraf Devletlerin kanunları arasında bir ortak zeminin varlığı, ele alınan konunun hassasiyeti ve Taraf Devletlerdeki gelenek, politika ve uygulamaların çeşitliliğinin olduğu daha önce belirtilmiştir.¹¹³

Demek ki kural olarak takdir hakkının kapsamı, bağlama göre değişmektedir. Örneğin **çocukların korunması konusunda kapsam oldukça geniş** tutulmuştur. Mahkeme, çocukların bakımı ve aileye devletin müdahalesi konularında Taraf Devletlerde çeşitli yaklaşımlar olduğunu kabul etmektedir ve Sözleşme kapsamında bu tür davaları ele alırken, bu durumu göz önünde bulundurarak Devletlere bu alanda takdir payı bırakmaktadır. Ayrıca Mahkeme, **ulusal düzeyde belirlenen hassas ve karmaşık konulara yakınlığından dolayı, ulusal yetkililerin bir davanın şartlarını daha**

iyi değerlendirebileceğini ve atılacak en uygun adımları daha iyi belirleyebileceğini kabul etmiştir. Örneğin bu tür durumlarda ulusal yetkililer, alınacak önlemlerin belirlenmesi aşamasında veya önlemler belirlendikten hemen sonra, ilgili kişilerle doğrudan temasa geçebilme imkanına sahiptir.¹¹⁴ Bunun sonucu olarak Devlet, 8. Madde kapsamında aile hayatına ve özel hayata saygı gösterilmesi yöntemleri konusunda belirli bir takdir yetkisi kullanma hakkına sahiptir; bu durum, müdahale ve müdahalenin amacı arasındaki dengenin değerlendirilmesine de yansımaktadır.

¹¹³ Bkz. yukarıdaki kısım.

¹¹⁴ *Olsson (No. 2)-İsveç* davası, 30 Ekim 1992 tarihli karar.

II. Kısım: Maddi hukuk

Bu elkitabının ikinci kısmı, 8. Madde’de korunan dört hak olan özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakları konusunda Komisyon’un ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin maddi hukuk alanındaki içtihadının detaylarını ele almaktadır. Bazı önlemlerin ve faaliyetlerin 8. Madde’yle uyumlu olup olmadığının belirlenmesi amaçlanmasına rağmen, Sözleşme makamları her türlü senaryoyu ele almadığı için, buradaki analiz bütün olasılıkları kapsamamaktadır. Mahkeme’nin içtihat hukuku kapsamında oluşturduğu ve aşağıda ele alınan genel kurallar uygun olan durumlarda uygulanmalıdır.

Özel Hayat

Aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı konusundaki içtihat hukuku bilgi toplanması ve saklanması, kişisel bilgilere erişim, isimlerin düzenlenmesi ve fiziksel ve manevi şahsiyet gibi çok geniş konuları kapsamaktadır. Özel hayatla da örtüşen haberleşme ile ilgili konular, sonda ayrı bir bölümde ele alınmaktadır.

Kişisel bilgilerin toplanması ve saklanması

Devletin, kişinin rızası olmaksızın hakkında ne kadar kişisel bilgi toplayabileceği, saklayabileceği ve bu bilgileri ne kadar kullanabileceği, söz konusu durumun 8. Madde’ye uygunluğuna bağlıdır. Bu tür önlemler genellikle iki kategoriye ayrılır: polis tarafından suçun önlenmesi ve belirlenmesi amacıyla toplanan ve saklanan bilgiler ve ulusal güvenliğin korunması amacıyla güvenlik güçleri tarafından tutulan dosyalar.

Hangi bilgiler polis tarafından toplanabilir ve saklanabilir?

Fotoğraflar

Polis tarafından fotoğraf çekilmesinin bir bireyin özel hayatına müdahale sayılıp sayılmayacağı, konunun bir özel olayla mı, yoksa kamu olayıyla mı ilgili olduğuna ve elde edilen malzemenin kısıtlı olarak mı kullanılacağına, yoksa kamuya da açıklanma olasılığının olup olmadığına bağlıdır.¹¹⁵ *Friedl-Avusturya*¹¹⁶ davası, davacının katıldığı bir gösteri sırasında ve gösteri sonrasında Viyana polis otoritelerinin fotoğraf çekmesi konusundadır. Polis daha sonra davacının kimliğini belirlemiş, bu kişisel verileri kaydetmiş ve söz konusu gösterilerle ilgili idari bir dosyada saklamıştır. Ancak

¹¹⁵ Appl. No. 5877/72, 12 Ekim 1972.

¹¹⁶ *Friedl-Avusturya* davası, Comm. Rep., 19 Mayıs 1994, s. 20.

Komisyon, bu durumun söz konusu kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale olduğu sonucuna ulaşmamış ve kararı için şu üç nedeni ileri sürmüştür:

- Söz konusu otoritelerin davacının evine girip evinde fotoğraf çekmesi durumu gibi özel hayatının “**iç alanına**” bir **müdahale olmamıştır**;
- Fotoğraflar, davacının kendi isteğiyle katıldığı bir **kamu olayına**, yani kamuya açık bir alanda birden fazla kişinin yaptığı bir gösteriye aittir;
- Fotoğraflar, **konuyla ilgili suçların daha sonra soruşturulması göz önünde bulundurularak**, sadece gösterinin özelliğini ve gösteriye katılan kişilerin davranışlarını kayda geçmek amacıyla çekilmiştir.

Ancak Komisyon nihai kararını alırken, Hükümet’in aşağıdaki konularda verdiği teminatlara da önem vermiştir:

hiçbir isim yazılmadığı, kaydedilen kişisel veriler ve çekilen fotoğraflar veri işlem sistemine girilmediği ve söz konusu durumda fotoğrafı çekilen kişilerin kimliğini veri işlem sayesinde belirlemek konusunda herhangi bir adım atılmadığı için, çekilen fotoğraflardaki bireylerin kimliği belirsiz kalmaya devam etmiştir.

Daha önceki ceza davaları hakkında kayıtlar

Komisyon, geçmişteki ceza davaları hakkında kayıtlar tutulmasıyla bir bireyin özel hayatına müdahale edilmesinin göreceli olarak hafif olduğu ve suçun önlenmesi için modern bir demokratik sistemde gerekli olarak değerlendirilebileceği görüşündedir.¹¹⁷

¹¹⁷ Appl. No. 1307/61, 4 Ekim 1962, Collection 9, s. 53.

Friedl-Avusturya davasında otoriteler, davacının kimliğini trafik suçundan dolayı dava etmek için belirlemişlerdir ancak işlenen suçun hafifliği göz önünde bulundurularak dava açılmamıştır. Komisyon, toplanan bilgilerin, sadece söz konusu olayları kaydeden **genel bir idari dosyada tutulmasını** ve **veri işlem sistemine girilmemiş olmasını** göz önünde bulundurmıştır. Aksi söz konusu olsaydı, müdahalenin 8. Madde'yle uyumluluğunun yeniden değerlendirilmesi gerekirdi.

Terörist faaliyetler konusunda bilgi

Polisin meşru olarak kayıtlarında tutabileceği bilgiler arasında, hem geçmiş suçlara ait sabıka kaydı, hem de dava başlatılmayan soruşturmalarda ve söz konusu kişi hakkında belirli bir suçla ilgili makul şüphe olmadığı durumlarda toplanan bilgiler vardır. **Organize terör suçuyla savaşım gibi özel nedenlerin, söz**

konusu bilgilerin saklanması dayanağı olduğu şartlarda, ikinci tür uygulamaya özellikle izin verilir.

- *McVeigh-Birleşik Krallık*¹¹⁸ davasında davacılar, anti-terörizm kanunları kapsamında sorgulanmış, üzerleri aranmış, parmak izleri alınmış ve fotoğrafları çekilmiştir; bu kişiler daha sonra bu kayıtların saklanması özel hayatlarına müdahale olduğunu iddia etmişlerdir. Ancak Komisyon, bu **bilgilerin istihbarat için gerekli olduğunu** kabul etmiş ve terörizme karşı savaşmak konusundaki toplumsal ihtiyacın, bu kişilerin haklarına yapılan hafif olarak gördüğü bu ihlallerden daha ağırlıklı olduğuna karar vermiştir.

¹¹⁸ *McVeigh, O'Neill ve Evans-Birleşik Krallık* davası, 18 Mart 1981, DR 24 s. 15.

- *Murray-Birleşik Krallık*¹¹⁹ davasında, davacı tutuklandığında kişisel bilgilerinin ve fotoğraflarının kaydedilmesinin, terörizm suçlarının soruşturulması sürecinin meşru sınırları içine girdiği belirtilmiştir. Mahkeme'ye göre, kaydedilen kişisel bilgilerin hepsi tutuklama ve soruşturma prosedürleriyle alakalıdır. Bu davadan yola çıkarak, Mahkeme'nin **polis ve güvenlik güçlerinin kaydettiği bilgilerin doğasını ve kapsamını** inceleyeceği ve bu bilgilerin normalde bu tür davalarda uygulanan geniş takdir hakkına tabi olduğu sonucuna ulaşılabilir.

Ulusal güvenliği korumak amacıyla kişisel bilgi toplamak

Mahkeme, ulusal güvenliği korumak amacıyla, Devletlerin yetkililere kamunun

¹¹⁹ *Murray-Birleşik Krallık* davası, 28 Ekim 1994 tarihli karar.

ulaşamadığı kayıtlarda bilgi toplama ve kaydetme yetkisini veren kanunlara ihtiyaç duyduğunu kabul etmiştir.¹²⁰ Ayrıca ulusal güvenlik açısından önemli olan görevlere alınacak adayların değerlendirilmesinde bu bilgilerin kullanılması da kabul edilebilir bir uygulamadır. Söz konusu istisnai şartları ve özel görevleri tanımlamak Devletin sorumluluğundadır. Ancak Mahkeme bu tür davalarda, yetkisini **istismara karşı yeterli ve etkin teminatların** olduğu konusunda tatmin olması gerektiğini de belirtmiştir. “Ulusal güvenliği korumak için oluşturulan bir gizli gözetim sistemi, demokrasiyi korumak adına demokrasiye zarar verebileceği, hatta demokrasiyi yok edebileceği” riski göz önünde bulundurularak, teminatların gerekli

¹²⁰ *Leander-İsveç* davası, 26 Mart 1987 tarihli karar, para. 59.

olduğunu belirtmiştir.¹²¹ Bu nedenle Devletler, **Devletin gücünü istismar etmesini** ve 8. Madde haklarının ihlal edilmesini **önlemek için asgari koruma standartlarını** belirleyen gerekli çerçeveyi oluşturmalıdır.

Ne tür usul önlemlerine ihtiyaç vardır?

*Leander-İsveç*¹²² davasında Mahkeme, bir bireyin 8. Madde haklarını korumak için gerekli usul önlemlerinin özelliklerini detaylı bir biçimde ele almıştır. Davacının kadrolu olarak istihdam edilmesi önlenmiş ve otoritelerin görüşüne göre kendisini güvenlik açısından riskli kılan bazı gizli bilgiler nedeniyle geçici istihdamı sona erdirilmiştir. Söz konusu kişi, hem bu bilgilerin saklanması hem de

¹²¹ *Leander-İsveç* davası, 26 Mart 1987 tarihli karar, para. 60.

¹²² *Leander-İsveç* davası, 26 Mart 1987 tarihli karar.

kullanılmasının yanı sıra, kendisine bu iddiaları çürütme fırsatı verilmemesinin 8. Madde 1. fıkrada teminat altına alınan özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği konusunda şikayette bulunmuştur. Mahkeme, personel kontrol sisteminin davacının özel hayatına müdahale olduğunu kabul etmekle beraber, davacının haklarının istismarına karşı mevcut önlemleri göz önünde bulundurarak, bu sistemin demokratik bir toplumda gerekli olduğunu da belirtmiştir.

Mahkeme, İsveç Hükümeti'nin istismara karşı yeterli koruma sağladığına inandığı on iki önlemden oluşan listede, personel kontrol prosedürünün etkilerini olması gereken asgari düzeye indirmeyi amaçlayan bazı hükümlere önem vermiştir. Bunlar şunlardır:

- Ulusal Polis Kurulu'nun hangi bilgilerin kayda gireceği hakkında takdir yetkisi olmasına rağmen, bu

yetki kanunlarla düzenlenmiştir ve kapsamı Hükümetin verdiği talimatlarla belirlenmiştir;

- Gizli polis kaydına bilgilerin girilmesi, söz konusu bilginin özel polis birimi için gerekli olması ve “ulusal güvenliğe karşı suçları” önleme veya belirleme amacını gütmesi şartlarına tabidir;
- Söz konusu kanunda, hangi bilgilerin dağıtılabileceği, bilgilerin hangi otoritelere iletilebileceği, söz konusu iletinin hangi şartlarda yapılabileceği ve bilgilerin paylaşılması konusunda karar verilirken Ulusal Polis Kurulu'nun takip etmesi gereken prosedür hakkında açık ve detaylı hükümler vardır;
- Son olarak, gizli polis kayıtlarındaki bilgilerin personel kontrolü dışında kullanımı, pratikte ceza davaları ve

İsveç vatandaşlığına geçme konulu davalar ile sınırlıdır.¹²³

Leander-İsveç davasında Mahkeme, **sistemin düzgün işleyişinin kontrolünün hem Parlamento'ya**, hem de Adalet Bakanlığı, Parlamenter Ombudsman ve Meclis Adalet Komitesi gibi **bağımsız kurumlara** verilmiş olmasına çok önem vermiştir.¹²⁴

Mahkeme ayrıca Ulusal Polis Kurulu'nun çalışmaları açısından, Kurul'un parlamenter üyeleri hakkında şu konuya dikkat çekmiştir:

(üyeler) bilgilerin talepte bulunan otoriteye verilip verilmeyeceği konusunda bütün kararlara katılmaktadır. Özellikle her birine

¹²³ *Leander-İsveç* davası, 26 Mart 1987 tarihli karar, para. 62.

¹²⁴ *Leander-İsveç* davası, 26 Mart 1987 tarihli karar, para. 65.

*verilen veto hakkı sayesinde, veto hakkı kullanıldığında Kurul'un bilgileri vermesi otomatik olarak önlenmektedir. Bu durumda, bilgileri verme kararını, ancak konunun Ulusal Polis Komiseri veya parlamenterlerden birinin talebi üzerine Hükümete getirilmiş olması şartıyla, Hükümetin kendisi verebilir. Kaydın en önemli unsuru olan bilgilerin verilmesi konusundaki bu doğrudan ve düzenli kontrol mekanizması, istismara karşı önemli bir koruma sağlar.*¹²⁵

Demek ki İsveç personel kontrol sistemindeki önlemler bir arada düşünüldüğünde, bu durumda 8. Madde 2. fıkranın şartlarını karşılamaya yeterlidir. Mahkeme genel olarak bütün davaları

¹²⁵ *Leander-İsveç* davası, 26 Mart 1987 tarihli karar, para. 65.

içeriğine göre ayrı ayrı değerlendirir ve diğer yargı düzenlerindeki sistemlere başurmaz. Böylece mevcut davada incelenmekte olan sistemin Sözleşme teminatları tarafından belirlenen eşiği aşmadığını ve demokratik toplum ile birey haklarını korumak arasındaki dengeyi tutturup tutturmadığını belirlemek rolünü üstlenmektedir.

Devletin elindeki kişisel verilere erişim

Genellikle şikayetin nedeni, devlet kayıtlarında kişisel bilgilerin olmasından çok, bir birey hakkındaki bilgilere birey tarafından erişilememesidir. *Gaskin-Birleşik Krallık*¹²⁶ davasında, çok küçük yaşta devletin bakımı altına alınan ve rüşünü ispat edene kadar burada kalan davacı, devletin bakımı altında olduğu süreye ait dosyanın bütününe erişmek

¹²⁶ *Gaskin-Birleşik Krallık* davası, 7 Temmuz 1989 tarihli karar.

istemiştir. *Leander* davasının aksine, *Gaskin* davasında davacı, kendi hakkında bilgilerin toplanıp saklanmasından şikayetçi olmamıştır. Söz konusu bilgilere hiçbir sınırlama olmadan erişmesine izin verilmemesinin, 8. Madde kapsamında özel hayatına saygı gösterilmemesi anlamına geldiğini iddia etmiştir. Mahkeme, söz konusu dosyadaki bilgilerin davacının özel hayatına ve aile hayatına ait olduğu ve bu dosyaya erişememe durumunun 8. Madde kapsamında endişeler yarattığı konusunda karar vermekte hiç zorlanmamıştır. Mahkeme daha sonra kamu yararı (sosyal hizmet kayıtlarını gizli bir sistemde tutmak) ile bireysel haklar (özel hayatı hakkında bilgilere erişebilmek) arasında adil bir denge kurulup kurulmadığını değerlendirmiştir. Mahkeme bireysel haklar konusunda, **davacı gibi kişilerin kendi çocukluklarını ve erken gelişim dönemlerini bilmek ve anlamak için gerekli bilgileri almak konusunda bir**

“**temel hakka**” sahip olduğuna dikkat çekmiştir. Ancak mahkeme kamu yararı açısından, **nesnel ve güvenilir bilgi edinmek ve gizli bir kamu kayıt sistemi oluşturmak arasında önemli bir bağ** olduğuna dikkat çekmiştir. Sonuç olarak, erişimin kayıtlara katkıda bulunan tarafların onayına bağlı olduğu bir sistemin en azından prensipte 8. Madde’ye uygun olduğuna karar vermiştir. Ancak **kayıtlara katkıda bulunan bir tarafa ulaşılmadığı veya söz konusu tarafın uygunsuz biçimde rızasını vermediği durumlarda**, kendi özel ve aile hayatı hakkındaki kayıtlara ulaşmak isteyen bireyin haklarının korunması konusunda sorun yaşanmaktadır. Mahkeme’ye göre, böyle bir sistemin orantısallık prensibine uygun olması için aşağıdaki şartlar olmalıdır:

Kayıtlara katkıda bulunan bir tarafın yanıt veya rızasını vermediği durumlarda, bilgilere erişim izninin verilir verilmeyeceği

*konusunda nihai karar verecek bağımsız bir otorite olmalıdır.*¹²⁷

Böyle bir prosedür olmadığı durumlarda, 8. Madde ihlal edilmiş olur.

Kişisel verilerin üçüncü taraflara veya kamuya ifşası

Bir bireyin özel hayatı ve aile hayatı açısından kişisel verilerinin korunması temel bir öneme sahiptir ve bu nedenle, bu verilerin üçüncü taraflara veya kamuya ifşası, bilgilerin sadece saklanmasına kıyasla açıklanması daha zor bir biçimde özel hayata müdahale anlamına gelmektedir. Genel olarak, ulaşılmaya çalışılan amaç ve verilerin kullanımı hakkındaki önlemler göz önünde bulundurularak, bilgilerin ifşasındaki **kamu yararı, bireyin mahremiyet hakkından daha ağırlıklı olmalıdır.**

¹²⁷ *Gaskin-Birleşik Krallık davası*, 7 Temmuz 1989 tarihli karar, para. 49.

Bir suçun soruşturulması ve yargılanması sırasında bilgilerin ifşası

Komisyon *Doorson-Hollanda*¹²⁸ davasında, davacıya ait olan ve polis dosyalarında bulunan bir fotoğrafın üçüncü taraflara gösterilmesi nedeniyle ortaya çıkan özel hayata müdahale durumunun, 8. Madde 2. fıkraya göre haklı olup olmadığını değerlendirme durumunda kalmıştır. Suçu önlemeyi amaçlayan bu müdahalenin, aşağıdaki nedenlerle izlenen amaçla orantılı olduğuna karar vermiştir:

- Fotoğraf sadece soruşturma amaçlı kullanılmıştır;
- Genel olarak kamunun erişimine açık değildir; ve
- Daha önceki bir tutuklama sırasında polis tarafından kanunlara uygun

¹²⁸ *Doorson-Hollanda* davası, 29 Kasım 1993, DR 75, s. 231.

biçimde, yani özel hayatına müdahale etmeyen bir biçimde çekilmiştir.

Polis tarafından basına ifşa

Bir tutuklamanın detaylarının polis tarafından basına açıklanması, söz konusu davanın şartlarına göre sorun yaratabilir. 1995’de bir davacı, bir erkek çocuğa ahlaka aykırı saldırı şüphesiyle tutuklandıktan sonra basında çıkan ve polis tarafından evinde çok miktarda çocuk pornografisi materyali bulunduğu ait detaylar içeren haberlerin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği konusunda şikayette bulunmuştur. Bu kişi, polisin basına yanlış detaylar vermenin yanı sıra, mahallesindeki kişilerin onu tanınmasına imkan sağlayacak detaylar verdiği konusunda şikayetçi olmuştur. Komisyon, bunun bir müdahale olduğu varsayımından yola çıkarak, kamuoyunu ilgilendiren konular hakkında kamuyu bilgilendirme meşru amacı güdüldüğü ve

olayların gerçeklere dayalı bir özeti olduğu için bu müdahaleyi haklı bulmuştur.

Tıbbi verilerin ifşası ve gizlilik

Mahkeme'ye göre, **sağlık verilerinin gizliliğine saygı gösterilmesi, Sözleşme'ye Taraf Devletlerin yasal sistemlerinde temel bir prensiptir.**¹²⁹ Bu konunun önemi sadece bireyin mahremiyet hakkıyla değil, aynı zamanda tıp mesleğine ve genel olarak sağlık hizmetlerine güveniyle de ilgilidir. Böylece gizliliği korumamak tıbbi yardıma ihtiyaç duyan kişilerin, uygun tedaviyi görmeleri için gerekli olan kişisel bilgileri açıklamasını veya işin başından tıbbi yardıma başvurmasını caydırıcı sonuçlar doğurabilir. Mahkeme, bu durumun sadece söz konusu kişilerin sağlığını tehlikeye atmakla kalmayacağını, aynı

zamandan bulaşıcı hastalıklar söz konusu olduğunda toplum sağlığını da tehlikeye atacağını belirtmiştir.

Hangi durumlarda tıbbi veriler ifşa edilebilir?

*Z-Finlandiya*¹³⁰ davasında, davacı HIV durumunu da içeren tıbbi bilgilerin bir ceza davası kapsamında açıklanmasından ve 8. Madde kapsamında özel hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiği gerekçesiyle şikayetçi olmuştur. Mahkeme yanıtında şunu belirtmiştir:

(b)ir bireyin HIV statüsünün çok özel ve hassas bir konuma sahip olduğu göz önünde bulundurularak, hastanın rızası olmadan bu tür bilgilerin bildirilmesini veya ifşasını zorunlu kılan Devlet önlemleri, etkin bir korumayı sağlayan önlemler gibi, Mahkeme

¹²⁹ *Z-Finlandiya* davası, 25 Şubat 1997 tarihli karar.

¹³⁰ *Z-Finlandiya* davası, 25 Şubat 1997 tarihli karar.

*tarafından çok dikkatle incelenmeyi gerektirmektedir.*¹³¹

Ancak Mahkeme'ye göre, **tıbbi verilerin korunması konusunda bir hastanın ve genel olarak toplumun hakları, bir suçun soruşturulması ve yargılanmasında** ve yargılamanın kamuya açık olmasının yararından **daha az ağırlıklı olabilir.** Her bir dava, özel içeriğine göre değerlendirilmelidir ve Devletin bu konudaki takdir hakkı göz önünde bulundurulmalıdır.

Z-Finlandiya davasında Mahkeme, şahidin tıbbi kayıtlarının ifşasının, 8. Madde 2. fıkradaki anlamıyla, mahkeme açısından “gerekli” olduğuna karar vermiştir. Ancak Mahkeme, **temyiz mahkemesi kararında şahidin adının ve HIV statüsünün yayımlanmasının** herhangi bir meşru amaç

¹³¹ *Z-Finlandiya* davası, 25 Şubat 1997 tarihli karar, para. 96.

için gerekli olmadığına karar vermiştir. Davacının tıbbi kayıtlarının detaylarını (HIV statüsü) içeren dava dosyalarının, 10 yıl sonra kamuya açık hale gelmesinden ve 10 yıl sonra söz konusu kişinin hala hayatta olma olasılığı olmasından yola çıkarak da Sözleşme'nin 8. Madde'sinin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.

Tıbbi verilerin bir sigorta şirketine ifşası

Mahkeme *MS-İsveç*¹³² davasında, hak talebinde bulunan bir kişinin sigortadan yararlanması için tıbbi geçmişine ait bilgilerin Devletin tıbbi kurumları tarafından sosyal sigorta yetkililerine verilmesinin meşru olduğuna karar vermiştir. İfşa edilen bilgilerin sigorta talebiyle ilgili olduğu, bir gizlilik yükümlülüğü olduğu ve bilgilerin istismarı durumunda personele özel ve/veya ceza

¹³² *MS-İsveç* davası, 27 Ağustos 1997 tarihli karar.

davası açılabilceği için bu önlem orantılı bulunmuştur.

Adlar

Mahkeme'nin yaklaşımı

Kişi adlarının düzenlenmesine ait konular 8. Madde'ye göre özel hayat ve aile hayatının kapsamına girmekle beraber, Mahkeme'nin şimdiye kadar bu konuda söz konusu hükmün ihlal edildiği yönünde hiç karar almamış olması, bunun fazla önem verilmeyen bir konu olduğu fikrini vermektedir. Öncelikle, Taraf Devletler arasında kabul edilebilir ad değişiklikleri ve seçimindeki sınırlamalar konusunda çok az ortak zemin olduğu için, Mahkeme bu konuda geniş bir takdir hakkına izin verir. Ayrıca Mahkeme, **ad değişiklikleri ve seçimindeki sınırlamalara ait düzenlemeleri açıklayan, kabul gören kamu yararı konuları** olduğunu ifade etmiştir. Bunların bazıları:

- Aile adlarının istikrarına verilen önem;
- Doğru nüfus kayıtları;

- Kişisel kimliğin belirlenmesi konulu önlemler; ve
- Belirli bir adı taşıyanların, belirli bir aileyle bağlantısının kurulması.

Ancak bu tür sınırlamaların özel hayata saygıyla uyumlu olduğu sonucuna ulaşılmış olmasına rağmen, evlilik durumunda kadın ve erkeklere farklı kurallar uygulanmasının, 8. Madde'yle bağlantılı olarak 14. Madde'yi ihlal eden bir ayrımcılık olduğuna karar verilmiştir.¹³³

Soyadı değiştirme

Sterjna-Finlandiya davasında, Finli davacı Finlandiya kanunlarına göre soyadını değiştirememesinin 8. Madde'nin ihlali olduğu konusunda şikayetçi olmuştur. Özellikle, soyadının İsveççe olduğu için

¹³³ *Burghartz-İsviçre* davası, 22 Şubat 1994 tarihli karar.

sorun yarattığını ve Fince konuşanlar tarafından yanlış telaffuz edilebildiğini, bu durumun da postada gecikmelere ve kendisine lakaplar takılmasına neden olduğunu iddia etmiştir. Ancak Mahkeme, bu ismin özellikle zorluk yarattığı veya garip olduğu konusunda ikna olmamış, birçok ismin lakap takılmasına neden olduğuna veya çarpıtıldığına dikkat çekmiştir.

Önadların kaydedilmesi

Guillot-Fransa davasında Mahkeme, bir bebeğin adının “Fleur de Marie” olarak kaydedilmesinin yasaklanmasının 8. Madde’ye uygun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme kararını verirken, çocuğun resmi belgelerde olmasa da günlük hayatında bu adı kullanabileceği gerçeğinden etkilenmiştir ve ayrıca resmi durumlarda bir adı, sosyal ortamlarda bir başka adı kullanması halinde ortaya çıkabilecek “karışıklıkların” ne özel hayatına, ne de

aile hayatına müdahale durumunu ortaya çıkartacak düzeyde olduğuna karar vermiştir.

Fiziksel ve manevi şahsiyet

8. Madde’nin gereğini yerine getirmek için pozitif yükümlülükler ne zaman gereklidir?

Devletin fiziksel ve manevi şahsiyetinin ihlal edilmesine karşı kişileri koruma yönünde bir pozitif yükümlülüğü olduğu kabul edilmektedir. *X & Y-Hollanda*¹³⁴ davası, 16 yaşında zihinsel özürlü bir kızın, ırzına geçtiği iddia edilen kişiye savcının dava açmama kararını temyiz etme

¹³⁴ *X & Y-Hollanda* davası, 26 Mart 1985 tarihli karar.

konusunda yasal ehliyeti olmaması durumuyla ilgilidir. Kız, bu durumun 8. Madde kapsamındaki haklarını ihlal ettiğini iddia etmiştir ve Mahkeme de yanıt olarak, bireyler arasındaki ilişkiler konusunda bile Devletin çeşitli önlemler almasını gerektiren pozitif yükümlülüklerin ortaya çıkabileceğine karar vermiştir. *X & Y* davasının gerçeklerinden yola çıkarak, **yapıldığı iddia edilen haksızlığın ağır ve şiddetli doğası göz önünde bulundurularak medeni hukuk çözümlerinin yeterli koruma sağlamadığına karar verilmiştir.** Ayrıca ceza hukukundaki bir boşluk, söz konusu kişinin hiç korunmaması anlamına gelmektedir ve bunun sonucu olarak Devletin, bu kişinin fiziksel şahsiyetinin korunması konusunda pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğine ve böylece 8. Madde'nin ihlal edildiğine karara verilmiştir.¹³⁵

¹³⁵ Bkz. üstteki kısım.

Tıbbi tedavi ne zaman 8. Madde'yi ihlal eder?

Özel hayatın bir parçası olarak fiziksel şahsiyetine müdahale anlamına gelen birçok tıbbi tedavi, genel olarak toplumun veya tedavi edilen kişinin sağlığını ve haklarını korumak ihtiyacına göre haklı bulunabilir. Örneğin *Herczegfalvy-Avusturya*¹³⁶ davasında, o dönemde genel kabul gören psikiyatrik prensiplere göre tıbbi gereklilik tedaviyi haklı çıkardığı için, zorla beslemenin davacının özel hayatına saygı göstermekle uyumlu olduğuna karar verilmiştir.

Üst arama özel hayata saygı gösterilmesiyle uyumlu mudur?

¹³⁶ *Herczegfalvy-Avusturya* davası, 24 Eylül 1992 tarihli karar.

Güvenlik nedeniyle rektal inceleme dahil soyularak aranmanın, normalde bu tür önlemlerin özel hayata saygının ihlal edilmesi anlamına gelmesine rağmen, 8. Madde'ye uygun olmadığına dair karar alınmamıştır. Ancak bu tür müdahaleler genellikle, suçu işlenmesinin önlenmesi ve kamu düzeninin korunması amacıyla serbest kişilere kıyasla daha geniş müdahale önlemlerinin kabul edilebileceği, **cezaevine uygulamalarının anlaşılabilir ve olağan gerekleri göz önünde bulundurularak** açıklanır. Örneğin *McFeeley-Birleşik Krallık*¹³⁷ davasında, daha önce tehlikeli nesnelere gizlice içeri sokulduğu Kuzey İrlanda'daki **Maze cezaevinin sıra dışı güvenlik şartlarında sık sık soyularak aranmanın şart olduğu** sonucuna ulaşılmıştır. Komisyon, bu şartların kişisel açıdan aşağılayıcı olmasına rağmen, özellikle fiziksel temas olmadığı

¹³⁷ Appl. No. 8317/ 78, *McFeeley-Birleşik Krallık* davası, 15 Mayıs 1980.

için ve istismarı önlemek amacıyla üçüncü bir görevli bulunduğu için **kasıtlı olarak aşağılayıcı olmadığına** karar vermiştir.

Homoseksüelliğin suç sayılması 8. Madde'yle uyumlu mudur?

*Dudgeon-Birleşik Krallık*¹³⁸ davasında, bir kişinin bireysel alanının temel unsurlarından biri olan özel cinsel davranışların, sırf başkalarında şok etkisi yarattığı veya rahatsız ettiği için yasaklanamayacağı kararlaştırılmıştır. Özel hayatın bu kadar mahrem bir boyutunda, **herhangi bir müdahalenin açıklanabilmesi için özellikle ciddi nedenlerin olması şarttır.** Mahkeme bu bağlamda demokratik bir toplumun iki ana özelliği olarak hoşgörü ve açık fikirliliğin altını çizmiştir. Bu nedenle *Dudgeon* davasında, rızası olan erkekler arasındaki

¹³⁸ *Dudgeon-Birleşik Krallık* davası, 22 Ekim 1981 tarihli karar.

homoseksüel davranışların suç sayılmasının, davacının özel hayatına haklı görülemez bir müdahale olduğuna karar vermiştir.

*Norris-İrlanda*¹³⁹ davasında Mahkeme, homoseksüel davranışları suç sayan İrlanda kanunu hakkında da aynı sonuca ulaşmıştır ve Devletlerin belirli bir toplumda ahlakın korunmasında geniş takdir hakkına sahip olması gerektiği iddiasını reddetmiştir. Ancak **gençlerin korunması** konusunda, rıza yaşının belirlenmesi dahil **uygun önlemlerin alınmasında Taraf Devletlere belirli bir takdir hakkı bırakılmıştır.**

Özel cinsel davranışlar hiç düzenlenebilir mi?

Özel cinsel davranışların ne düzeye kadar düzenlenebileceği Mahkeme tarafından

¹³⁹ *Norris-İrlanda* davası, 26 Ekim 1988 tarihli karar.

kısa bir süre önce incelenmiştir. *Laskey, Jaggard & Brown-Birleşik Krallık*¹⁴⁰ davasında davacılar, grup halinde sado-mazoşist faaliyetlerde buldukları için dava edilmişler, davacılar ise bu durumun 8. Madde kapsamında özel hayata saygı haklarını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, söz konusu hüküm kapsamında bu tür faaliyetlerin özel hayatın bir unsuru olarak düşünülüp düşünülemeyeceğini değerlendirmesine rağmen, bu konuda karar vermesine gerek kalmamıştır çünkü **erişkin mağdurların rızasına rağmen, söz konusu faaliyetlerin uç özelliklerinden dolayı, saldırı ve yaralama gibi faaliyetler hakkında kovuşturma başlatılması sağlığın korunması amacıyla haklı bulunmuştur.**

¹⁴⁰ *Laskey, Jaggard & Brown-Birleşik Krallık* davası, 19 Şubat 1997 tarihli karar.

Ancak *ADT-Birleşik Krallık*¹⁴¹ davasında, davacının cinsel faaliyetlerini video kasetlere kaydetmesi nedeniyle kovuşturma başlatılmasının, bu kişinin özel hayatına saygı gösterilmesi hakkına haksız bir müdahale olup olmadığı Mahkeme tarafından değerlendirilmiştir. Mahkeme, bir noktada Hükümete katılarak cinsel faaliyetlerin bazı biçimlerinin devletin müdahalesini haklı kılabileceğini kabul etmekle beraber, bu davada böyle bir durumun söz konusu olmadığına karar vermiştir. Özellikle davacının bu cinsel faaliyetleri sınırlı sayıda arkadaşıyla ve başkalarının olanları anlama olasılığının çok düşük olduğu şartlarda yapmış olması dikkate alınmıştır. Bu faaliyetler video kasetlere kaydedilmesine rağmen Mahkeme, davacının kayıtlar veya bu kayıtların kamunun eline geçmesi riskinden dolayı değil, faaliyetlerin

¹⁴¹ *ADT-Birleşik Krallık* davası, 31 Temmuz 2001 tarihli karar.

kendisinden dolayı dava edilmesine önem vermiştir. Söz konusu **faaliyetler gerçekten “özeldir”**, yani özel hayatın mahrem unsurlarında geçerli dar takdir hakkı burada da geçerlidir. Bu unsurlardan dolayı Mahkeme, hem yürürlükteki kanunlara uymanın, hem de davacı aleyhine dava açıp davacıyı cezalandırmanın, ahlakı koruma hedefiyle ve 8. Madde 2. fıkradaki başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunmasıyla orantılı olmadığına karar vermiştir.

Transseksüellerin cinsiyet değiştirmesini kabul etmemek

Mahkeme’ye göre, cinsiyet değişimlerinin kabul edilmesini talep eden ve Sözleşme kapsamındaki diğer haklara sahip olmak isteyen transseksüellerin durumu yasal, toplumsal, tıbbi ve ahlaki konularda çeşitli sorular doğurmaktadır. Taraf Devletlerde açık bir görüş birliği olmadığı için, Mahkeme bu konuda geniş bir takdir hakkı

vermiştir ve **özel hayata saygının, transseksüellerin cinsiyet değişimini yansıtacak biçimde doğum sertifikalarının değiştirilmesini gerektireceği sonucuna hiçbir zaman ulaşmamıştır.**¹⁴² Böylece Mahkeme, doğum kayıt sistemi olayları olduğu zamanda kaydetme esasına dayandığına göre, daha sonra yapılacak herhangi bir değişikliğin kaydı tahrif etmek anlamına geleceği argümanını kabul etmiştir. Mahkeme ayrıca transseksüelleri cinsiyet değişiminin ifşa edilmesine karşı koruyan önlemlerin, karışıklık riski ve aile ve veraset meselelerinde zorluklar çıkma riski gibi olumsuz etkileri olabileceğine karar vermiştir. Mahkeme bu nedenle, **toplumun genel yararı ile bireyin haklarının dengelenmesinde teraziye**

¹⁴² *Rees-Birleşik Krallık* davası, 17 Ekim 1986 tarihli karar; *Cossey-Birleşik Krallık* davası, 27 Ekim 1990 tarihli karar; *Sheffield ve Horsham-Birleşik Krallık* davası, 30 Temmuz 1998 tarihli karar.

toplumsal yararın lehine ağırlık vermiştir. Bu durum, özellikle transseksüellerin önadlarını ve resmi belgelerini değiştirebildikleri durumlarda daha da geçerlidir. Ancak Mahkeme, içtihadına rağmen, transseksüellerin bu konuda karşılaştıkları sorunların ne kadar ciddi olduğunun farkında olduğunu kabul etmiş ve böylece bu konunun değerlendirilmesine devam edilmesi yönünde görüş bildirmiştir.

Özel hayat ve haberleşme

Telefon dinleme veya yazışmalara müdahale etme yöntemiyle haberleşmeye müdahale edilmesinin, genel olarak 8. Madde 1. fıkra tarafından korunan hakların birden fazlasını, genellikle de özel hayata ve haberleşmeye saygı haklarını ihlal ettiği sonucunu ulaşılmıştır. Bu konuyla ilgili yukarıda ele alınmış olan tartışmalı konular hep, davacının yapıldığı iddia edilen müdahalenin yapıldığını kanıtlayıp

kanıtlayamadığıyla ve/veya şikayet edilen önlemin 8. Madde 2. fıkraya uygun olup olmadığıyla ilgilidir. Haberleşmeye yapılan müdahalenin, ne düzeyde özel hayata ve haberleşmeye kabul edilebilir bir müdahale olarak açıklanabileceği aşağıda belirtilmiştir.

Postayla haberleşmeye müdahale edilmesi

Tutuklular 8. Madde kapsamında yazışmalarına saygı gösterilmesi hakkında sahip midir?

Sözleşme haklarının tutuklular tarafından kullanılması hakkında zımnî sınırlandırmalar olduğu konusunda geçmişte çeşitli görüşler ileri sürülmüş olmasına rağmen, Mahkeme *Golder-Birleşik Krallık*¹⁴³ davasında bu görüşü reddetmiştir. Ancak **hüküm giymiş bir**

¹⁴³ *Golder-Birleşik Krallık* davası, 17 Haziran 1971 tarihli karar.

tutuklunun haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına müdahale etme “gereğinin”, tutuklu olma durumunun olağan ve anlaşılabilir gereklerine göre değerlendirilmesi gerektiği Mahkeme tarafından kabul edilmiştir. Ancak olgular temelinde, bir tutuklunun avukatıyla haberleşmesini önleyen kararın 8. Madde’yi ihlal ettiğine karar vermiştir.

Yetkililerin tutukluların yazışmalarına müdahale etmesine ne zaman ve nasıl izin verilir?

*Campbell-Birleşik Krallık*¹⁴⁴ davasında davacının, avukatı ve Komisyon’la yaptığı yazışmaların cezaevi yetkilileri tarafından açıldığı ve okunduğu konusunda ettiği şikayet, Mahkeme’nin yetkililerin tutukluların yazışmalarını ne zaman ve nasıl açabileceği konusunda kesin

¹⁴⁴ *Campbell-Birleşik Krallık* davası, 25 Mart 1992 tarihli karar.

göstergeleri belirlemesine imkan vermiştir. Mahkeme öncelikle avukatlarla yapılan yazışmaların 8. Madde kapsamında gizli olduğunu ve örneğin cezaevi uzakta olduğu için bir avukatın müvekkilini şahsen ziyaret etmesinin daha zor olabileceği cezaevi ortamında özellikle önemli olduğunu tekrar belirtmiştir. Mahkeme ayrıca avukatla gizli haberleşmenin, söz konusu haberleşme yöntemlerinin otomatik kontrole tabi olduğu durumlarda amacına ulaşamayacağına dikkat çekmiştir. Sonuç olarak, **bu tür bütün müdahalelerin sağlam bir açıklaması olmalıdır.**

Mahkemeye göre, Sözleşme kapsamında **bir tutuklu ve avukatı arasındaki yazışmalara sağlanan özel koruma**, bir avukatın bir tutukluya yazdığı mektubun ancak aşağıdaki durumda yetkililer tarafından açılabilmesi anlamına gelmektedir:

*mektubun içinde, normal denetim yöntemleriyle ortaya çıkmayacak yasa dışı bir şey olduğu konusunda makul bir şüphe olması durumunda.*¹⁴⁵

Bu durumda bile mektup açılmalı ve okunmamalı ve mektubun tutuklunun önünde açılması gibi, mektubun okunmasını önleyecek yeterli düzeyde teminat olmalıdır.

Bir tutuklunun avukatıyla mektup yoluyla yaptığı yazışmanın okunması konusunda Mahkeme, *Campbell* davasında bu duruma **sadece istisnai durumlarda** ve özellikle yalnız aşağıdaki durumlarda **izin verilebileceğini** belirtmiştir:

yetkililerin, mektubun içeriğinin cezaevinin veya başkalarının güvenliğini tehlikeye atması veya

¹⁴⁵ *Campbell-Birleşik Krallık* davası, 25 Mart 1992 tarihli karar, para. 48.

*başka şekillerde suç teşkil etmesi sonucu, söz konusu gizliliğin istismar edildiğini düşünmesine neden olacak düzeyde makul gerekçeleri varsa.*¹⁴⁶

Mahkeme'ye göre, neyin “makul gerekçe” olduğu mevcut şartlara göre değişebilir, ancak:

*Nesnel bir gözlemcinin, özel haberleşme kanallarının istismar edildiğini düşünmesine neden olacak verilerin veya bilgilerin mevcudiyeti varsayılır.*¹⁴⁷

Hükümetin, bir tutuklu ile avukatı arasındaki yazışmalara özel statü verilmesinin, bu sistemin istismar edilmesi riskini doğuracağını iddia etmesine

¹⁴⁶ *Campbell-Birleşik Krallık* davası, 25 Mart 1992 tarihli karar, para. 48.

¹⁴⁷ *Campbell-Birleşik Krallık* davası, 25 Mart 1992 tarihli karar, para. 48.

rağmen, Mahkeme **avukat-müvekkil ilişkisinin içerdiği gizlilik unsuruna saygı gösterme ihtiyacının, istismar olasılığından daha ağırlıklı olduğu** görüşünü ifade etmiştir. Bu nedenle, bir tutuklu ve avukatı arasındaki haberleşmeye müdahale etmek, açıkça 8. Madde kapsamında sadece istisnai durumlarda haklı bulunabilecek bir müdahaledir.

Aynı kural sorgu sonrasında cezaevine gönderilen tutukluların haberleşmesi için de geçerli midir?

Mahkeme'nin *Schönenberger & Durmaz-İsviçre*¹⁴⁸ davasında verdiği karara göre, aynı prensipler bir avukat ve sorgu sonrası cezaevine gönderilmiş tutuklu için de geçerlidir. Bu davada, davacıların şikayeti yetkililerin mektubun içeriğini görmüş olmaları değil, 8. Madde'yi ihlal ederek

¹⁴⁸ *Schönenberger & Durmaz-İsviçre* davası, 20 Haziran 1998 tarihli karar.

mektubu gönderildiği kişiye iletmemiş olmalarıdır. Hükümetin mektubu iletmemek konusunda yaptığı açıklama, sorgu sonrasında cezaevine gönderilen tutukluya, ilerideki ceza davasının doğru biçimde yürütülmesini tehlikeye atacak özellikte yasal tavsiyeler içermesidir. Aslında mektup Sayın Durmaz'a susma hakkını kullanmasını tavsiye ediyordu; Mahkeme, söz konusu hakkın Taraf Devletlerde de eşdeğeri olan ve İsviçre Federal Mahkeme'nin içtihadında izin verilen yasal bir taktik olduğunu kabul etmiştir. Bu nedenle haberleşmeye yapılan müdahale 8. Madde'ye uygun değildir.

Tutukluların özel yazışmalarına müdahale edilebilir mi?

Bir tutuklunun özel yazışmalarına yapılan müdahalenin haklı olup olmadığı, ağırlıklı olarak yazışmanın içeriğine bağlıdır. 8. Madde 2. fıkra kapsamında düzenin bozulmasını ve suç işlenmesini önlemek

amacı “özgür bir bireye kıyasla tutuklu bir kişiye karşı... daha kapsamlı müdahale önlemleri alınmasını açıklayabileceği”¹⁴⁹ için, tutukluların yazışmaları konusunda belirli bir düzeyde kontrol uygulanmasının Sözleşme'ye uygun olmadığı söylenemez. Örneğin *Silver-Birleşik Krallık*¹⁵⁰ davası, şiddet tehditleri veya suç niteliği taşıyan bazı faaliyetler üzerine tartışmalar içeren mektuplara yapılan müdahalelerin, 8. Madde 2. fıkraya göre demokratik bir toplumda nasıl gerekli bulunabileceğini göstermektedir. Diğer yandan “yetkililere itaatsizlik etmeyi amaçlayan” veya “özellikle cezaevi yetkililerine saygısızlık etmek amacını güden materyal içeren” özel mektupların durdurulması 8. Madde'ye uygun değildir. Mahkeme'ye göre, bu amaçları veya söz konusu hükümde

¹⁴⁹ *Golder-Birleşik Krallık* davası, 17 Haziran 1971 tarihli karar, para. 45.

¹⁵⁰ *Silver-Birleşik Krallık* davası, 25 Mart 1983 tarihli karar.

belirtilen diğer amaçları gütmeyen önlemler kabul edilemez ve bu nedenle **sırf kişisel veya özel olan yazışmalara yapılan müdahale Sözleşme'ye uygun değildir.**¹⁵¹

Gizli gözetim çalışmaları

Mahkeme, istihbarat ajanslarının demokratik bir toplumda meşru olarak var olabileceğini kabul etmekle beraber, vatandaşların gizli gözetimi konusundaki yetkinin **sadece demokratik kurumları korumak için mutlaka gerekli olduğu durumlarda** Sözleşme kapsamında kabul edilebileceğini açıkça belirtmiştir. Bu konuda Mahkeme, demokratik toplumların çok sofistike casusluk ve terörizm yöntemleriyle tehdit edildiklerini, bunun sonucu olarak da Devletin bu tür tehditlere etkin bir biçimde karşı çıkabilmek için,

¹⁵¹ Boyle & Rice-Birleşik Krallık davası, 27 Nisan 1988 tarihli karar.

kendi yargı alanı içinde hareket eden yıkıcı unsurlara karşı gizli gözetim çalışmaları yapmak zorunda kaldığı gerçeğinden etkilenmiştir. Bu nedenle mahkeme şunu kabul etmek zorunda kalmıştır:

posta ve telekomünikasyon konularında gizli gözetim yapma yetkisi veren bazı kanunların olması, istisnai durumlarda, ulusal güvenliği korumak ve/veya kamu düzenini korumak veya suç işlenmesini önlemek için demokratik bir toplumda gerekli olabilir.

Ne tür önlemlere gerek vardır?

Bu tür bir gözetim sisteminin nasıl işleyeceğini belirlemek Devletin takdirine bırakılmış olmakla beraber, söz konusu takdir yetkisi sınırsız değildir. Bu nedenle Devletin diğer konulardaki gizli faaliyetlerine benzer şekilde **Mahkeme,**

benimsenen sistem ne olursa olsun, söz konusu sistemin istismarına karşı yeterli ve etkin teminatların olduğu konusunda tatmin olmalıdır. Ancak Mahkeme'ye göre bu değerlendirme görecelidir:

Davayla ilgili bütün şartlara bağlıdır, örneğin olası önlemlerin doğası, içeriği ve süresi, bu tür önlemlerin alınması talimatını vermek için gerekli dayanaklar, bu tür önlemlere izin verme, önlemleri uygulama ve denetleme yetkisine sahip olan yetkililer, ve ulusal kanunlarda belirtilen çareler.¹⁵²

Mahkeme *Klass-Almanya*¹⁵³ davasında, düzenin bozulmasını ve suç işlenmesini önlemek ve ulusal güvenliği korumak amacıyla mektupların açılmasına ve

¹⁵² *Klass-Almanya* davası, 6 Eylül 1978 tarihli karar, para. 50.

¹⁵³ *Klass-Almanya* davası, 6 Eylül 1978 tarihli karar.

telefonların dinlenmesine yetki veren Alman kanunlarının, olası istismara karşı yeterli önlemler içermediği için davacının 8. Madde 1. fıkrada kapsamında haklarını ihlal edip etmediği konusunu ele almak durumunda kalmıştır. Mahkeme, ne tür bir korumanın gerektiği konusunda, **prensipte gözetim üzerinde yargı denetiminin olmasının** arzu edilir olduğuna dikkat çekmiştir. Ancak denetim amaçlı kontrol yetkisi mahkemelere değil de bir Parlamenter Kurul'a ve Kurul tarafından atanan G10 Komisyonu adı verilen bir organa verilmiş olmasına rağmen, Mahkeme Alman sistemini onaylamıştır. Bu kararın nedeni, **her iki organın da gözetimi yapan yetkililerden bağımsız olduğu ve etkin ve sürekli kontrol edebilmeye yeterli güce** sahip olduğu konusunda Mahkeme'nin tatmin olmuş olmasıdır. Bu nedenle Mahkeme, casusluk ve gözetim konusundaki teknik gelişmelere ve Avrupa'da terörizmde görülen gelişmelere dikkat çekerek, gizli gözetimi

kontrol etmek için benimsenen Alman sisteminin Sözleşme'nin 8. Madde şartlarına uyduğu sonucuna ulaşmıştır.

Aile hayatı

8. Madde kapsamındaki anlamıyla aile hayatının varlığı belirlendikten sonra, hükmün koruması birkaç konuda ortaya çıkmaktadır.

Aile bağlarının kanunen tanınması

Evli olmayan anne ve çocuğu

Mahkeme *Marckx-Belçika*¹⁵⁴ davasında, evli olmayan bir anne ve çocuğu arasındaki aile bağının, doğum ve doğum sonucu oluşan biyolojik bağ nedeniyle oluştuğunu belirtmiştir. Bu, **8. Madde kapsamında aile hayatına saygı gösterilmesini**

¹⁵⁴ *Marckx-Belçika* davası, 13 Haziran 1979 tarihli karar.

teminat altına almak için, söz konusu biyolojik bağın otomatik olarak ve hemen yasal bir bağa dönüşmesi temeldir anlamına gelmektedir. Bu durumu tanımak için Taraf Devletlerde farkı yöntemler olması, söz konusu tanımın nasıl yapılacağı konusunda ulusal otoritelere belirli bir takdir hakkı verildiği anlamına gelmektedir. Ancak daha da önemlisi “**aile hayatına saygı, doğum anından itibaren çocuğun ailesine entegre olmasını sağlayan yasal güvencelerin var olduğunu ima eder**”.¹⁵⁵ Mahkeme ayrıca, aile bağlarıyla ilgili ulusal kanunların ilgili bütün tarafların “normal bir aile hayatı” sürmelerini mümkün kılması gerektiğini de belirtmiştir.

Evli olmayan anne babadan doğan çocukların konumu

¹⁵⁵ *Marckx-Belçika* davası, 13 Haziran 1979 tarihli karar, para. 31.

Mahkeme *Johnston-İrlanda*¹⁵⁶ davasında, **evli olmayan ebeveynler ve çocukları arasındaki doğal aile bağlarının normal gelişiminin, söz konusu çocukların yasal ve sosyal olarak ebeveynleri evli olan çocuklarına benzer bir konumda olmasını** gerektirdiğine karar vermiştir. Böylece çocuklara ebeveynlerinin medeni durumu nedeniyle farklı davranılması, 8. Madde'yle beraber ayrımcılık karşıtı hüküm olan 14. Madde ile Sözleşme kapsamında yasaklanmıştır.

AID yöntemiyle doğan çocuklar

Bütün ebeveynler ve çocuklar 8. Madde'de belirtilen doğal aile bağlarının tanınması hakkına sahip değildir, ancak **her türlü istisna ancak 2. fıkra kapsamında çocuğun çıkarı düşünülerek**

¹⁵⁶ *Johnston-İrlanda* davası, 18 Aralık 1986 tarihli karar.

gereçlendirilebilir. Mahkeme *X, Y & Z-Birleşik Krallık*¹⁵⁷ davasında kadıncı erkek olan bir transseksüel, partneri ve donör aracılığıyla suni dölleme yöntemiyle doğan kızlarının aile hayatına saygı göstermenin, transseksüelin çocuğun doğum kağıdında baba olarak görülmesini gerektirdiği görüşüne katılmamıştır. Bu kararın dayanağı, transseksüellere ebeveyn hakları verilmesi ve AID yöntemiyle doğan bir çocuk ve sosyal olarak baba rolünü üstlenen kişi arasındaki ilişkiler konusunda ortak Avrupa standartlarının olmaması olmuştur.¹⁵⁸ Görüş birliğinin olmaması, söz konusu bireyin hakları ile toplumun hakları arasında denge oluştururken Devlete geniş bir takdir hakkı bırakıldığı anlamına gelmektedir. **Çocuğun çıkarına öncelik veren, tutarlı**

¹⁵⁷ *X, Y & Z-Birleşik Krallık* davası, 22 Nisan 1997 tarihli karar.

¹⁵⁸ *X, Y & Z-Birleşik Krallık* davası, 22 Nisan 1997 tarihli karar, para. 44.

bir aile hukuku sisteminin oluşturulmasıyla toplumun veya kamunun çıkarları korunmaktadır ve Mahkeme, bireysel haklar konusunda, **çocuk ve sosyal babasının yaşadığı toplumsal ve yasal dezavantajların, mevcut şartlarda aşırı zorluk yaratma olasılığının az olduğu** sonucuna ulaşmıştır. Mahkeme genel olarak, davacının çocuğun babası olarak kayıtlara geçmesinin söz konusu çocuğa ya da genel olarak AID yöntemiyle doğan çocuklara bir faydası olacağı konusunda ikna olmamıştır. Sonuç olarak, 8. Madde’de biyolojik baba olmayan bir kişinin çocuğun babası olarak tanınması yükümlülüğünün zımni olarak mevcut olduğu sonucuna ulaşmayı reddetmiştir.¹⁵⁹

Evli olmayan babaların hakları

¹⁵⁹ X, Y & Z-Birleşik Krallık davası, 22 Nisan 1997 tarihli karar, para. 52.

Bazı Devletler, çocukların evli olmayan babalarının nüfus kağıdına kaydedilip kaydedilmeyeceği kararını annelerin vermesine izin vermektedir. Bu uygulamanın 8. Madde’yi ihlal edip etmediği, uygulamanın çocuğun çıkarını gözetmekle gerekçelendirilebilmesine bağlıdır. Genellikle böyle bir gerekçelendirme durumu, sadece ebeveynler arasında bir anlaşmazlık olduğunda ve babanın çocuğun nüfus kağıdında belirtilmesinin, babanın otomatik olarak vesayet ve çocukla temas haklarına sahip olacağı iddiasına dayanarak anne itiraz ettiğinde söz konusudur.

Aile hayatına saygı gösterilmesi için ebeveyn sorumluluklarının paylaşılması gerekli midir?

Komisyon, evli olmayan ebeveynlerin çocuklarının ortak vesayetine sahip olamamasının, çocuğun evlilik dışı

doğduğunda ortaya çıkan duruma karşılık verdiğini ve her iki ebeveyn de ebeveyn sorumluluğunu paylaştıkları gerçeğinin kanunen tescil edilmesini isteseler bile, bu muamelenin Sözleşme'ye uygun olduğu sonucuna ulaşmıştır.¹⁶⁰ Mahkeme bu konuyu henüz ele almamıştır.

Kocanın baba olduğu varsayımı 8. Madde'yi ihlal eder mi?

Sözleşme'nin babalık konusundaki yaklaşımı, **aile bağlarının belirlenmesinde yasal gerçeklerden çok, sosyal ve biyolojik gerçeklere ağırlık verildiğini** yansıtır. 1993'de bir anne, çocuğu doğmadan yıllar önce ortadan kaybolan kocasının çocuğun babası olduğu varsayımına karşı çıkamamasının aile

¹⁶⁰ Appl. No. 9519/81 –*Almanya*, Mart 1984, 6 EHRR 599. Ayrıca bkz. Appl. Nos. 7658/76 & 7659/76, *X-Danimarka* davası, 5 Aralık 1978, DR 15, s. 128.

hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiği yönünde şikayetçi olmuştur.¹⁶¹ Mahkeme, bu karşı çıkılmaz varsayımın 8. Madde'yi ihlal ettiği görüşündedir. Mahkeme'nin özellikle ifade ettiği gibi,

*aile hayatına saygı, biyolojik ve sosyal gerçeklerin yasal varsayımdan daha ağırlıklı olmasını gerektirir; bu durumdaki varsayım, hiç kimseye fayda sağlamadan hem gerçeklere, hem de ilgili tarafların isteklerine karşıdır.*¹⁶²

Vesayet, temas ve bakım konuları

Bir vesayet kararı 8. Madde'yi ihlal edebilir mi?

¹⁶¹ Appl. No. 18535/91, *K, Z & S-Hollanda* davası, Comm. Rep., 7.4.93, Series A no 297-C, s. 66.

¹⁶² *Kroon ve Diğerleri-Hollanda* davası, 27 Ekim 1994, para. 40.

Aile hayatı boşanmayla sona ermez ve 8. Madde kapsamında aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı evli eşlerin yanı sıra ayrı eşler ve çocuklarının sahip olduğu bir haktır.¹⁶³ Ayrılma sonrasında vesayet hakkı ve çocuğun bakımı ebeveynlerden birine verildiğinde, diğer ebeveyn bu kararın aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiğini iddia edebilir. Mahkeme, buna benzer ulusal kararların 8. Madde'ye uygunluğunu değerlendirirken, Devletin bu konudaki **geniş takdir hakkından** çok etkilenir ve izlenen prosedür keyfi olmadığı veya bir başka şekilde tarafların hak ve çıkarlarını göz önüne aldığı sürece, vesayeti ebeveynlerden birine verme kararının 8. Madde'yi ihlal ettiğine karar verme olasılığı düşüktür.

¹⁶³ Appl. No. 8427/78, *Hendriks-Hollanda* davası, Comm. Rep., 8 Mart 1982.

Vesayet verilmesi ne zaman ayrımcılık olabilir?

Sözleşme ulusal otoritelerin, çocukların vesayetinin veya bakım hakkının dini nedenlerden dolayı ebeveynlerden birine verilmesi veya verilmesinin reddedilmesi yönünde karar almasını yasaklar. Bu karar, *Hoffmann-Avusturya*¹⁶⁴ davasında verilmiştir. Bu davada davacı Katolik'tir, aynı dinden olan bir adamla evlenmiştir. İkiisi beraber çocuklarını vaftiz ettirmiş ve dini inançlarına göre yetiştirmişlerdir. Ancak davacı daha sonra Yehova Şahidi olmuş, kocasından boşanmış ve çocuklarını da yanına almıştır. Çift, vesayet konusunu Avusturya mahkemelerine götürmüş, alt mahkeme çocukların vesayetini anneye vermiştir. Ancak Yüksek Mahkeme annenin dininin, kan naklini ve resmi tatilleri kabul

¹⁶⁴ *Hoffmann-Avusturya* davası, 23 Haziran 1993 tarihli karar.

etmemesi ve toplumsal azınlık olarak konumu gibi nedenlerle çocukların üzerindeki olumsuz etkisinden kısmen etkilenerек bu kararı bozmuştur.

AİHM, Avusturya Temyiz Mahkemesi'nin verdiği kararın, dine dayalı ayrımcılık anlamına geldiğinden Sözleşme'ye uygun olmadığını belirtmiştir. Mahkeme, Yehova Şahidi olmanın getirdiği bazı toplumsal faktörlerin (dini bir azınlığın parçası olmanın çocukların sosyal hayatı üzerindeki olası etkisi ve annenin, mahkeme emri olmadığı takdirde kan naklini tamamen reddetmesinin getirdiği tehlikeler), vesayet kararı verilirken teraziye bir ebeveynin lehine sarsabileceği gerçeğini reddetmemekle beraber, **ebeveynler arasında sadece dini farklardan dolayı bir ayırım yapmanın kabul edilemez** olduğu görüşündedir.

Ebeveynlerin haklarının uygulanmasını sağlamama 8. Madde'yi ihlal eder mi?

Mahkeme *Hokkanen-Finlandiya*¹⁶⁵ davasında, 8. Madde'nin Devleti vesayet ve temas konularında mahkeme emirlerinin yerine getirilmesini sağlamak için aktif adımlar atmaya zorlayabileceğini belirlemiştir. Ancak **aile hayatına saygı duyulmasını sağlama yükümlülüğü mutlak değildir**. Mahkeme, özellikle vesayet kararlarının uygulanması konusunda, çocuğun belirli bir süre başkalarıyla yaşadığı durumlarda hazırlık amaçlı önlemler alınması gerekebileceğine dikkat çekmiştir. Ayrıca bu tür hazırlıkların doğası ve kapsamı, davanın durumuna göre belirlenmelidir. Yani ulusal yetkililer:

bu tür işbirliğini kolaylaştırmak için ellerinden geleni yapmalıdır, ancak (özellikle çocuğunkiler olmak üzere) bütün çıkar ve

¹⁶⁵ *Hokkanen-Finlandiya* davası, 23 Eylül 1994 tarihli karar.

*hakların göz önünde bulundurulması gerektiği için, zorlama yükümlülüğü sınırlı olmalıdır.*¹⁶⁶

Genel olarak **Devlet, bir ebeveynin vesayet veya temas haklarının yerine getirilmesini sağlamak için mevcut şartlarda makul bir çerçevede gerekli olan bütün önlemleri almalıdır.** Bu tür çabaların yetersiz veya başarısız olduğu durumlarda, sorumlu kişi kararın uygulamaya geçirilmesini sağlamaya çalışan ebeveyn değilse, sonuç olarak 8. Madde ihlal edilmiş olur. Diğer yandan ulusal yetkililer, zorlu bir anlaşmazlık durumunda beklenebilecek ölçüler içinde temas hakkını uygulamaya geçirmek için

¹⁶⁶ *Hokkanen-Finlandiya* davası, 23 Eylül 1994 tarihli karar, para. 58.

gerekli bütün adımları atmış ise, ihlal söz konusu değildir.¹⁶⁷

Vesayet hakkından çok, temas hakkının uygulamaya geçirilmesi konusunda daha ağır bir yükümlülük var mıdır?

Mahkeme *Hokkanen-Finlandiya* davasında, davacının kızıyla temas kurma hakkını uygulamaya geçirmek için yetkililerin yeterli ve uygun önlemler almadığına karar vermiştir.¹⁶⁸ Ancak davacının vesayet haklarının uygulamaya geçirilmesi ve daha sonra vesayetin çocuğun büyükanne ve büyükbabasına verilmesinin konusunda aynı sonuca ulaşmamış, her iki durumun da 8. Madde'ye uygun olduğuna karar vermiştir. Mahkeme özellikle söz konusu çocuğun

¹⁶⁷ *Nuutinen-Finlandiya* davası, 27 Haziran 2000 tarihli karar.

¹⁶⁸ *Hokkanen-Finlandiya* davası, 23 Eylül 1994 tarihli karar.

yasal vesayetinin kendisine bakan kişilere verildiğinde, yaklaşık altı yıldır büyükanne ve büyükbabasının vesayetinde olduğuna ve bu süre içinde babasıyla çok az teması olduğuna önem vermiştir. Mahkeme bu kararın açık bir biçimde çocuğun çıkarını koruduğunu belirtmiştir; bu faktör de babanın 8. Madde hakkına yapılan bu ciddi müdahalenin açıklaması olmaktadır. Benzer şekilde yetkililerin dava edilen vesayet kararını uygulamaya geçirmemeleri de Sözleşme'yle uyumludur.

Böylece Devletin vesayet konularından çok, temasla ilgili kararlarını yerine getirme konusunda daha büyük bir yükümlülüğü olduğu açık bir biçimde görülmektedir. Bu, **çocuğun ebeveynlerine dönüşünü hazırlayan önlemler olmadan vesayet kararının uygulamaya geçirilmesi**, asıl çıkarlarını korumaya çalıştığı **çocuğa zarar verebilir** yönündeki Mahkeme görüşüyle tutarlıdır.

Çocukları ebeveynlerle tekrar bir araya getirme konusundaki pozitif yükümlülük

8. Madde kapsamında aile hayatına saygı göstermek, açıkça ebeveynlerin çocuklarıyla tekrar bir araya getirilmesi konusunda bir pozitif yükümlülük içerir. Bu yükümlülük genellikle, çocuğun bakımını Devlete veren bir geçici emre artık ihtiyaç duyulmadığında ortaya çıkar. Mahkeme, bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için nelere gerek olduğu konusunda, çocuğun devletin bakımında kalması ile ebeveynin çocuğu ile tekrar bir araya gelmesi arasında adil bir denge kurulması gerektiğini belirtmiştir. Özellikle belirttiği gibi:

(M)ahkeme bu dengeyi oluşturmaya çalışırken, özellikle söz konusu çıkarların doğasına ve ciddiyetine göre ebeveynin çıkarlarının önüne geçebilecek olan çocuğun çıkarına ağırlık

verecektir. Hükümetin de ifade ettiği gibi, Sözleşme'nin 8. Madde'sine göre ebeveyn çocuğa zarar verebilecek önlemlerin alınması hakkına sahip değildir.

*Johansen-Norveç*¹⁶⁹ davasında, davacının kızı daha sonra koruyucu aile tarafından evlat edinilmek üzere bir koruyucu aileye yerleştirilmiştir ve davacı bu karara 8. Madde kapsamında itiraz etmiştir. Mahkemeye göre, **ebeveynin temasını veya vesayetini daimi olarak önlemeyi amaçlayan önlemler gibi önlemler sadece istisnai durumlarda alınmalıdır ve sadece çocuğun çıkarının korunmasını amaçlayan şartlara bağlı olduklarında haklı gösterilebilirler.** Mahkeme, davanın gerçeklerine bakarak, annenin başkasının bakımında olan kızıyla temasının iyi gittiğini ve annenin hayatında

iyileşme işaretleri olduğunu dikkate almıştır. Yetkililerin, davacının işbirliği yapmama olasılığı olduğu ve koruyucu ailenin evine erişimine izin verilirse kızının bakımını olumsuz etkilemesi riski olduğu yönündeki görüşü, bu kişinin oğluyla ilgili bakım kararının uygulanmasında yaşanan zorluklara dayanmaktaydı. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu zorlukların ve risklerin, yetkililerin 8. Madde kapsamında ikisini tekrar bir araya getirmek üzere önlem almaları konusundaki normal yükümlülüklerinden arınmalarına neden olacak özellikte ve derecede olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Bu durum, özellikle annenin kızını tatminkar bir biçimde yetiştirebildiğinde daha da geçerli hale gelmektedir. Bu nedenle, annenin ebeveyn haklarını elinden almak 8. Madde'yi ihlal etmektedir.

Bakım davalarına Mahkeme'nin yaklaşımı

¹⁶⁹ *Johansen-Norveç* davası, 7 Ağustos 1996 tarihli karar.

Mahkeme, ulusal mahkemelerin kararlarının temyiz merci değildir ve bu nedenle, görüşlerini ayrı ayrı kararların içeriğine göre açıklamaz. Bu bağlamda rolü, çocuğu birinin bakımına yerleştirme kararının Sözleşme'ye uygun olup olmadığını değerlendirmektir. Bu konuda, **denetim rolü sadece Devletin takdir yetkisini makul, dikkatli ve iyi niyetli olarak kullanıp kullanmadığını belirlemekle sınırlı değildir. Bir müdahaleyi açıklamak için kullanılan gerekçelerin “ilgili ve yeterli” olup olmadığını değerlendirmek de Mahkeme'ye düşmektedir.** Örneğin *Olsson-İsveç*¹⁷⁰ davasında, ebeveynlerinin üç çocuğun duygusal ve entelektüel ihtiyaçlarını karşılayamaması gibi çeşitli nedenlerden dolayı, sosyal hizmet yetkilileri çocukların gelişiminin tehlikede olduğunu düşündükleri için, çocukların bakımı başkasına verilmiştir. Çocukların

¹⁷⁰ *Olsson-İsveç* davası, 24 Mart 1988 tarihli karar.

gelişmelerinde geri kalması ve alınan diğer önlemlerin başarısız olması gibi kanıtlar olduğu için, bu nedenlerin “ilgili” ve “yeterli” olduğuna karar verilmiştir. Mahkeme bakım kararının 8. Madde'ye uyduğu konusunda tatmin olmuştur. Ancak Devletin sahip olduğu geniş takdir hakkına rağmen, Mahkeme her zaman tatmin olmayabilir. *K & T-Finlandiya*¹⁷¹ davasında Mahkeme, eldeki bilgilere bakarak bir çocuğun korunmasını sağlamak için tek seçeneğin bakıma ilişkin kararlar olmadığı sonucuna ulaşmıştır. Özellikle, **bakım kararını açıklamak için verilen gerekçeler yetersiz ve söz konusu kararların uygulanması için kullanılan yöntemler aşırı olduğu için 8. Madde'nin ihlali sonucu doğmuştur.** Yetkililer bakım emrini son başvurulacak çözüm olarak kullanmazlarsa ve bu tür bir kararı keyfi ve şartlara göre

¹⁷¹ *K & T-Finlandiya* davası, 27 Nisan 2000 tarihli karar.

açıklanamayacak nedenlere dayandırılırsa, 8. Madde'nin ihlali söz konusu olabilir.

Nihai amaç olarak ailenin birleştirilmesi

Mahkeme, ebeveynler ve çocukları arasındaki **temel aile hayatı ilişkisine** dayanarak, bakım kararının doğası gereği geçici olmasının amaçlandığını ve **uygulamanın her zaman ailenin birleştirilmesi nihai amacını** gütmesi gerektiğini belirtmiştir.¹⁷² Bu nedenle, bir bakım kararı hiçbir zaman değiştirilemezmiş gibi davranmak sadece istisnai durumlarda haklı görülebilir ve çocuğun uzun süre bir başkasının bakımı altında olması gerekse bile, **söz konusu dönemde yapılan bütün düzenlemelerin amacı, bu kararı geri çevirmek olmalıdır.** *Olsson* davasında üç çocuk,

¹⁷² *Olsson-İsveç* davası, 24 Mart 1988 tarihli karar, para. 81.

birbirleriyle teması çok zorlaştıracak biçimde, birbirlerinden ve ebeveynlerinden yüzlerce kilometre uzaklıktaki koruyucu ailelerin yanına yerleştirilmiştir. Mahkeme, bu durumun aile hayatına saygı gösterilmesiyle uyumlu olup olmadığını değerlendirirken, yetkililerin bakım konusunda bu kararı alırken iyi niyetle hareket etmelerine rağmen, **uygun koruyucu aile veya yerleştirme imkanı olmaması gibi idari zorlukların çocukların nereye yerleştirileceğini belirlemesinin kabul edilemez** olduğuna dikkat çekmiştir.¹⁷³ Mahkeme'ye göre, bir bakım kararının uygulanmasında bu tür sorunlar ancak ikincil bir rol üstlenebilir ve bu nedenle Mahkeme, ebeveynin uyumsuz davranışlarına rağmen, yetkililerin aldığı önlemler ulaşılmaya çalışılan amaçla orantılı olan nedenlerle yeterince desteklenmediği için, bu durumun 8.

¹⁷³ *Olsson-İsveç* davası, 24 Mart 1988 tarihli karar, para. 82.

Madde'nin ihlaline neden olduğuna karar vermiştir.

Bakımdaki çocuklarla temasın önemi

Mahkeme, çocukların bakımı başkasına verildiğinde, ebeveynler ve çocuklar arasında temasın devam ettirilmesine açıkça çok önem vermektedir. Bu nedenle bakım kararı verilmesinin 8. Madde'ye uygun olduğu, ancak söz konusu karar yürürlükte olduğu sürece ebeveynle temasın reddedilmesinin uygun olmadığı yönünde çok sayıda kararı vardır.

Ebeveyn ve çocuklar arasında izin verilen iletişime getirilen her türlü sınırlama, çocuğun çıkarını korumayı ve ailenin ileride yeniden bir araya gelmesini amaçlayan, ilgili ve yeterli nedenlere dayandırılmalıdır. Özellikle **temas konusunda sınırlamalar ile söz konusu sınırlamaların karşıladığı ihtiyaçlar arasında orantısal bir ilişki olmalıdır.**

*Andersson-İsveç*¹⁷⁴ davasında bir anne ve oğlu, ziyaret haklarının ciddi biçimde sınırlandırıldığı ve on sekiz ay süren bir dönem boyunca mektup veya telefon yoluyla herhangi bir temas kurmalarının yasaklandığı konusunda şikayetçi olmuşlardır. Yetkililerin, söz konusu önlemi desteklemek için verdikleri nedenlerin konuyla ilgili olmasına (çocuğun tedaviye ihtiyaç duyduğunda bakımdan kaçma olasılığı vardır) rağmen, Mahkeme bu nedenlerin alınan ciddi önlemleri açıklayacak kadar yeterli olmadığına ve bu nedenle 8. Madde'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Usule ilişkin haklar

Mahkeme, 8. Madde kapsamında aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının içerdiği, usule ait bazı haklar olduğunu

¹⁷⁴ *Andersson-İsveç* davası, 25 Şubat 1992 tarihli karar.

belirtmiştir. *W-Birleşik Krallık*¹⁷⁵ davasında, yerel makam davacının çocuğuyla ilgili ebeveyn hakları konulu bir karar almıştır ve daha sonra davacıya önceden başvurmadan veya konuyu davacıyla tartışmadan, çocuğun ileride evlat edinilmesi amacıyla çocuğu koruyucu aile yanına uzun süreli yerleştirmek, babanın çocukla temasını kısıtlamak ve zamanla sona erdirmek dahil bir dizi karar daha almıştır. Mahkeme bunun 8. Madde'yle uyumlu olup olmadığını değerlendirirken, **kararların geri döndürülemez olabileceği (örneğin çocuğun kendisine bakan diğer kişilerle yeni bağlar kurması) bir konuda, ebeveynlerin keyfi müdahalelere karşı yeterince korunmasının şart olduğuna dikkat çekmiştir.** Mahkeme söz konusu davada, davacının kızıyla olan ilişkisini etkileyen bazı konularda davacının hiç

¹⁷⁵ *W-Birleşik Krallık* davası, 8 Temmuz 1987 tarihli karar.

bilgilendirilmediğini veya davacıya önceden başvurulmadığını ve bunun sonucu olarak, karar verme sürecinin kritik noktalarında yeterince katkısının sağlanmadığını ortaya çıkartmıştır. Buna göre Mahkeme, davacının görüşlerine yeterince dikkat gösterilmediği veya haklarının yeterince korunmadığı ve böylece 8. Madde'nin ihlal edildiği görüşünü benimsemiştir.

Burada oluşan emsal karara göre, 8. Madde kapsamında ebeveynler veya uygun olan durumlarda diğer aile bireyleri, **kendi haklarının yeterince korunmasını sağlayacak derecede, çocuklarını ilgilendiren karar verme süreçlerine dahil edilmelidir.** Ebeveynlerin veya diğer aile bireylerinin dahil olduğu, çocuklarını ilgilendiren idari veya yasal karar verme süreçlerinin usulen adil olmasına özellikle dikkat edilmelidir; ancak ebeveyn olmayan akrabalar söz

konusu olduğunda şart koşulan danışma veya katılım düzeyi farklı olabilir.¹⁷⁶

Aile hukuku davalarının süresi 8. Madde açısından önemli midir?

Aile hayatına etkili biçimde saygı gösterilmesi için ebeveyn ve çocuk arasında ilerideki ilişkilerin zamanın geçmesine göre değil, sadece konuyla ilgili gerçeklere göre belirlenmesi gerektiği için, aile hukuku davalarının süresinin sonuçları üzerindeki etkisi 8. Madde açısından önemlidir.¹⁷⁷ Usul nedeniyle ortaya çıkan gecikmeler, mahkemenin ele aldığı konunun *de facto*

¹⁷⁶ Appl. No. 12402/86, *Price-Birleşik Krallık* davası, 14 Temmuz 1988.

¹⁷⁷ *W-Birleşik Krallık* davası, 8 Temmuz 1987 tarihli karar, para. 65.

bir yönde bağlanması anlamına gelebilir; bunun sonucu olarak, usul nedeniyle ortaya çıkan bir gecikmenin ilgili tarafların aile hayatı üzerinde geri döndürülemeyecek bir etkiye sahip olma tehlikesi olan durumlarda, ilgili makamların özellikle titiz davranma yükümlülüğü vardır.¹⁷⁸

Bir çocuğun ebeveyn rızası olmadan evlat edinilmesi 8. Madde'yi ihlal eder mi?

Çocukları evlatlığa verilecek ebeveynler, bu durumun Sözleşme'nin 8. Madde'sine göre aile hayatına saygı gösterilmesi haklarını ihlal ettiğini iddia edebilir. Evlatlığa verilme kararının aile hayatına müdahale ettiği bariz olmasına rağmen, **bu müdahalenin söz konusu çocuğun hakları ve çıkarları açısından ilgili ve yeterli nedenlerle haklı bulunup**

¹⁷⁸ *H-Birleşik Krallık* davası, 8 Temmuz 1987 tarihli karar, para. 85.

bulunamayacağı ele alınan davanın şartlarına bağlıdır. *Johansen-Norveç*¹⁷⁹ davasında, davacının kızının evlat edinilebileceği yönündeki kararının, ilgili ve yeterli nedenlere dayanmadığı için 8. Madde'yi ihlal ettiğine karar verilmiştir. Ancak aynı konunun ele alındığı fakat farklı bir bağlamı olan *Söderback-İsveç*¹⁸⁰ davasında tam ters bir karar alınmıştır. *Söderback* davasındaki davacı da çocuğunun evlat edinebileceği yönündeki karardan şikayetçi olmuştur ancak bir anne ile başkasının bakımına verilen çocuk arasında bağların kopmasını içeren *Johansen* davasının aksine, bu davada doğduğundan beri annesi tarafından bakılan bir çocuk ile doğal babası arasındaki bağların kopması söz

¹⁷⁹ *Johansen-Norveç* davası, 7 Ağustos 1996 tarihli karar.

¹⁸⁰ *Söderback-İsveç* davası, 28 Ekim 1998 tarihli karar.

konusudur. Mahkeme'ye göre burada birkaç önemli faktör vardır:

- Birincisi, bu davada çocuğun vesayetini elinde bulunduran veya herhangi bir biçimde çocuğun bakımını üstlenmiş bir ebeveyn yoktur.
- İkincisi, söz konusu dönemde davacı ve çocuk arasındaki temaslar nadir ve sınırlı içerikli olmuştur ve çocuğun evlat edinilmesi kararı verildiğinde, baba çocuğu uzun bir süredir görmemiştir.
- Son olarak, çocuğu evlat edinen kişi, neredeyse çocuğun doğumundan beri çocuğun bakımını annesi ile paylaşmıştır ve çocuk söz konusu kişiyi babası gibi görmektedir. Evlat edinme, böylece bu bağları sağlamlaştıracak ve resmi hale getirecektir.

Mahkeme, bu gerçeklerden yola çıkarak ve ulusal mahkemelerin çocuğun çıkarları konusunda yaptığı değerlendirmeye

dayanarak, bu davada 8. Madde'nin ihlalinin söz konusu olmadığına karar vermiştir.

Bir çocuğun anne veya babasının bilgisi olmadan evlat edinilmesi 8. Madde'yi ihlal eder mi?

Bir ebeveyn ve çocuğu arasında aile hayatı olduğu belirlendikten sonra, çocuğun ebeveynin rızası veya bilgisi olmadan evlatlık verilmesi, haklı bulunması zor bir biçimde aile hayatına müdahale anlamına gelmektedir. Mahkeme *Keegan-İrlanda*¹⁸¹ davasında, İrlanda'daki evlatlık sisteminin bazı unsurlarının 8. Madde'yi ihlal ettiğine karar vermiştir. Özellikle **doğal babanın evlatlık sürecinde hiçbir söz hakkı**

¹⁸¹ *Keegan-İrlanda* davası, 26 Mayıs 1994 tarihli karar.

olmaması, çocuğun onu evlat edinmek isteyebilecek ve çeşitli bağlar kurmaya başladığı kişilerin yanına hemen yerleştirilmesi ve babanın evlatlık verilme kararına karşı çıkan başvurusu Mahkeme önüne getirildiğinde, çocuğun evlat edinildiği evde güvende ve düzenini kurmuş olduğunun görülmesi anlamına gelmektedir. Yani yasal durum sadece:

*davacının çocuğuyla arasındaki bağların doğru gelişmesini tehlikeye atmakla kalmamış, aynı zamanda geri döndürülemez olabilecek bir süreci başlatarak vesayet konusunda davacıyı bariz olarak dezavantajlı bir duruma sokmuştur.*¹⁸²

Bu nedenle Mahkeme'ye göre, **çocuğunun evlatlık verilmesi konusunda evli olmayan babaya danışılmamasının veya**

¹⁸² *Keegan-İrlanda* davası, 26 Mayıs 1994 tarihli karar, para. 55.

bilgi verilmemesinin neden olduğu usulen uygunsuzluk, çocuğun evlat edinilmesinin faydaları ne olursa olsun, 8. Madde kapsamında babanın aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edildiği anlamına gelmektedir.

Göç

Kişinin, çocuklarının veya birlikte aile hayatı sürdüğü başka kişilerin yaşadığı bir Sözleşme Devletinden sınır dışı edilmesi veya bir ebeveynin veya aile bireyinin diğer aile bireyleriyle söz konusu Devlette bir araya gelmesine izin verilmemesi kararı, 8. Madde kapsamında aile hayatına müdahale edilmesi anlamına gelmektedir. Bu tür önlemler, sadece 8. Madde 2. fıkradaki şartlara uyduğu durumlarda Sözleşme'yle uyumlu olur.

Vatandaş olmayan eşlerin bir Sözleşme Devletinde beraber yaşama hakkı var mıdır?

Bir Devletin eşleri kabul etme konusundaki yükümlülüklerini belirleyen prensipler, Mahkeme tarafından *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali-Birleşik Krallık*¹⁸³ davasında belirlenmiştir. Bu prensipler şöyledir:

- Bir Devletin evli bir çiftin evlendikten sonra hangi ülkede yaşayacakları konusundaki seçimlerine saygı göstermesi yönünde genel bir yükümlülük yoktur.
- Devletlerin bu konuda geniş bir takdir hakkı vardır.
- Evlendikten sonra eşin veya davacının geldiği ülkede yaşamamaları için engel olup olmadığı veya söz konusu ülkelerde yaşamamaları için özel nedenler olup olmadığı da önemlidir.

¹⁸³ *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali-Birleşik Krallık* davası, 28 Mayıs 1985 tarihli karar.

- Çiftin evlendiklerinde giriş ve sınırlı çıkış konusundaki problemlerin farkında olup olmadıkları da önemlidir.

Bir çocuğun bir Sözleşme Devletindeki ebeveynine katılma hakkı var mıdır?

8. Madde, aile hayatını geliştirmek için en uygun yeri seçme hakkını teminat altına almamaktadır. Mahkeme *Ahmut-Hollanda*¹⁸⁴ davasında, Hollandalı yetkililerin Sn. Ahmut'un bir süredir yaşamakta olduğu ülkeye 15 yaşındaki oğlunun girişine izin vermemelerinin 8. Madde'yi ihlal etmediği görüşünü belirtmiştir. Mahkeme çocuğun hayatının büyük bir kısmını Fas'ta geçirdiğine, bu ülkeyle **güçlü dilsel ve kültürel bağları** olduğuna ve diğer aile üyeleri tarafından

¹⁸⁴ *Ahmut-Hollanda* davası, 28 Kasım 1996 tarihli karar.

bu ülkede yetiştirildiğine özellikle dikkat çekmiştir. Mahkeme, taraflar arasındaki aile hayatının daha önce olduğu gibi devam etmemesi için hiçbir neden görememiştir.

Ailenin, çocuklarıyla bir araya gelmek için geri dönme olanağına sahip olması da kararı etkileyen bir unsur olabilir. İsviçre'de yaşayan Türk bir babanın 12 yaşındaki oğlunu yanına alma konusundaki başvurusunun başarısızlıkla sonuçlandığı *Gul-İsviçre*¹⁸⁵ davasında, ebeveynlerin İsviçre'ye taşınarak ayrılığa neden olduğuna ve sağlık sorunlarından dolayı Türkiye'de yaşamalarının zor olduğu kabul edilmekle beraber, Türkiye'de yaşamalarını önleyen herhangi bir engel olmadığına dikkat çekmiştir.

İhraç etme hangi durumlarda 8. Madde'yi ihlal eder?

¹⁸⁵ *Gul-İsviçre* davası, 19 Şubat 1996 tarihli karar.

Mahkeme, bir kişiyi bir Taraf Devletten sınır dışı etme kararının aile hayatına ve özel hayata saygı gösterilmesiyle uyumlu olup olmadığına karar verebilmek için, söz konusu **bireyin bulunduğu ülkede ve menşe ülkesi olan gönderildiği ülkedeki bağlarının derinliğine bakar**. Değerlendirilmeye alınan faktörlerden bazıları şunlardır:

- Her iki Devlette de geçirilen süre ve Devletin dilini ve kültürünü bilme düzeyi;
- Her iki Devlette mevcut aile bağları ve sosyal çevre;
- Geride kalan aile üyeleriyle ilişkilerin etkisi; ve
- Sınır dışı edilmenin birey üzerinde özellikle ağır etkileri olacağı anlamına gelebilecek, sağlık durumu veya psikolojik faktörler gibi diğer bireysel şartlar.

Daha sonra bu şartlar sınır dışı edilmenin nedenleriyle (ceza kanununun ihlal edildiği durumlarda bir suçun veya kamu düzeninin bozulmasının önlenmesi veya katı göç politikaları olan ülkelerde, bu ülkenin ekonomik refahı) dengelenmeli ve böylece aile hayatına yapılan müdahalenin, karşılanan ihtiyaçla orantılı olup olmadığı belirlenmelidir.

Sınır dışı edilme ne zaman 8. Madde'yi ihlal eder?

Mahkeme birkaç durumda, bir bireyin sınır dışı edilmesinin 8. Madde hakları üzerindeki etkisinin, sınır dışı edilmesiyle ulaşılmaya çalışılan hedefe göre orantısız olduğuna karar vermiştir. Bu tür durumlarda davacı hayatının büyük bir kısmını onu sınır dışı etmek isteyen devlette geçirmiştir, söz konusu devlette önemli sosyal ve aile bağları vardır ancak gönderileceği devletle çok az teması veya yakınlığı vardır. Örneğin *Moustaquim-*

*Belçika*¹⁸⁶ davasında davacı, Belçika'ya 2 yaşında gelmiştir, bütün yakın akrabaları oradadır ve Belçika vatandaşlığına geçmiştir; bütün eğitimini Fransızca görmüştür ve Fas'a sadece iki defa tatil amaçlı gitmiştir. Daha yakın geçmişteki *Mehmi-Fransa*¹⁸⁷ davasında davacı, Fransa'da doğmuş ve okumuştur, karısı ve üç çocuğu dahil ailesinin çoğu orada yaşamaktadır, Fransız vatandaşlığına geçmiştir ve başka bir yerde yaşamasını beklemek makul olmaz.

Sınır dışı edilme ne zaman 8. Madde'ye uygundur?

Davacıların menşe ülkeleriyle bağlarını devam ettirdikleri durumlarda, 8. Madde kapsamındaki başvuruları daha az başarılı

¹⁸⁶ *Moustaquim-Belçika* davası, 18 Şubat 1991 tarihli karar.

¹⁸⁷ *Mehmi-Fransa* davası, 26 Eylül 1997 tarihli karar.

olmuştur. Örneğin Mahkeme *Boughanemi-Fransa*¹⁸⁸ davasında, davacının muhtemel olarak Tunus'la bağlarını devam ettirdiğine, Arapça konuşmadığını veya o ülkedeki aile üyeleriyle bütün temasını kestiğini iddia edemediğine dikkat çekmiştir. Mahkeme, aynı zamanda davacının işlediği suçlara ve Fransız bir kadınla bir arada yaşadığına ve sınır dışı edilme kararı alındıktan sonra söz konusu kadınla bir çocuk sahibi olduğuna özellikle önem vermiştir.

Ebeveynlerin çocuklarıyla bağlarının önemi

Mahkeme *Berrehab-Hollanda*¹⁸⁹ davasında, davacının sınır dışı edilmesinin kızıyla olan ilişkisi üzerindeki etkisine

¹⁸⁸ *Boughanemi-Fransa* davası, 24 Nisan 1996 tarihli karar.

¹⁸⁹ *Berrehab-Hollanda* davası, 21 Haziran 1988 tarihli karar.

özellikle önem vermiş, alınan kararın ülkenin ekonomik refahını koruma amacıyla orantılı olmadığı sonucuna varmıştır. Davacının sınır dışı edilmesinin yasadışı veya suç teşkil eden bir davranıştan değil, boşanmasından dolayı olduğu önemli olmakla beraber, Mahkeme sınır dışı edilmesinin 8. Madde'nin ihlali anlamına geleceği kararını verirken **kızın yaşının küçüklüğü ve babasıyla temas halinde olma ihtiyacı** önemli faktörler olmuştur.

Ayrıca Mahkeme *Ciliz-Hollanda*¹⁹⁰ davasında, **yetkililerin davacının aile haklarını ilgilendiren çeşitli davaları koordine etmeyerek**, davacının boşanma sonrasında oğluyla olan ilişkisinin gelişmesini sağlayacak bir biçimde hareket etmediklerini belirtmiştir. Sonuç olarak karar verme süreci, hem söz konusu kişinin

¹⁹⁰ *Ciliz-Hollanda* davası, 11 Temmuz 2000 tarihli karar.

sınır dışı edilmesi, hem de oğluyla temasta olması konularında, bu kişinin haklarının korunması şartını yerine getirmeyerek 8. Madde'yi ihlal etmiştir.

Konut

Bir mekanın 8. Madde kapsamında konut olduğu belirlendikten sonra, bu konuda ortaya çıkan çeşitli korumalar aşağıda özetlenmiştir. Ancak kişinin konutunun mülkiyetine sahip olduğu durumlarda, söz konusu hakka yapılan her türlü müdahale, mülkiyete saygı gösterilmesi hakkını teminat altına alan 1. Protokol 1. Madde kapsamında ele alınacaktır.

Kasıtlı hasara karşı korunma

8. Madde en temel haliyle, bir bireyin konutuna devlet veya temsilcileri tarafından yapılan saldırılara karşı bireye koruma hakkı sağlar. Mahkeme *Akdivar*

ve Diğerleri-Türkiye¹⁹¹ davasında güvenlik güçlerinin, davacıların evlerinin yakılmasından ve evlerinin kaybı nedeniyle köylerini terk edip başka yere taşınmak zorunda kalmalarından sorumlu olduğuna karar vermiştir. Evlerin ve içindekilerin kasıtlı olarak yakılmasının, 8. Madde kapsamında aile hayatına ve konutuna saygı gösterilmesi hakkına ciddi bir müdahale oluşturduğu konusunda herhangi bir şüphe olmadığı için ve Devlet tarafından bu müdahaleler konusunda herhangi bir açıklama getirilmediği için, mahkeme 8. Madde'nin ihlal edildiğine karar vermiştir.

Rahatsızlıktan korunma

Mahkemeye göre **konut kavramına, söz konusu yerde huzur içinde yaşamak da dahildir** ve 8. Madde özel hayat ve

¹⁹¹ *Akdivar ve Ors-Türkiye* davası, 16 Eylül 1996 tarihli karar.

konutun ses veya rahatsızlıkla ihlal edilmesine karşı koruma da sağlamaktadır. Heathrow havaalanındaki hava trafiğinin yarattığı aşırı sestən şikayet edilen *Powell & Rayner*¹⁹² davasında, yetkililerin uçakların sesini kontrol etmek, durdurmak ve telafi etmek için aldıkları önlemler göz önünde bulundurularak, bireyin ve toplumun çatışan çıkarları arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı değerlendirilmiştir. Mahkeme dengenin kurulduğuna karar vermiş ve şunu belirtmiştir:

*İngiliz yetkililerinin soruna karşı benimsediği politika veya alınan yasal önlemlerin 8. Madde'nin ihlal edilmesine neden olduğunu iddia edecek kadar ciddi bir dayanak yoktur.*¹⁹³

¹⁹² *Powell & Rayner-Birleşik Krallık* davası, 21 Şubat 1990 tarihli karar.

¹⁹³ *Powell & Rayner-Birleşik Krallık* davası, 21 Şubat 1990 tarihli karar, para. 45.

Çevresel rahatsızlıktan korunma

Mahkeme *López Ostra-İspanya*¹⁹⁴ davasında, **8. Madde'nin çevresel rahatsızlık konusunda da tamamen uygulanabileceğini** göstermiştir. Davacı evine birkaç metre uzaklıkta olan bir atık işleme tesisinin neden olduğu koku, ses ve kirlilik yaratan gazlardan ve bu durumun konutunu, özel hayatını ve aile hayatını ihlal ettiğinden şikayetçi olmuştur. Davayı değerlendiren Mahkeme, davacının ve ailesinin birkaç yıldır bu tesisin yakınında yaşamak zorunda kaldığına dikkat çekmiş ve fabrikanın sağlıkları üzerinde yarattığı zarar konusundaki yerel bulguları ikna edici bulmuştur. Ancak Mahkeme Devletin takdir hakkının göz önüne alındığı durumda bile, Devletin kasabanın ekonomik refahı (yani bir atık işleme

¹⁹⁴ *López Ostra-İspanya* davası, 9 Aralık 1994 tarihli karar.

tesisine sahip olması) ile davacının konutuna ve aile hayatına saygı gösterilmesi ve davacının bu haktan etkin biçimde yararlanması arasında adil bir denge kurmayı başaramadığı görüşünü benimsemiştir.

Kirlilik nedeniyle aile hayatına ve özel hayata müdahale olduğunu kanıtlamak için ne tür tıbbi veriler gereklidir?

Çevre kirliliği ve sağlığa zararı arasında ilişki bir bağ olduğunu kanıtlama konusunda yaşanabilecek zorluklar göz önünde bulundurularak, Mahkeme'nin *López Ostra* davasında 8. Madde'nin **sağlığa gerçek biçimde zarar verilmesinin şart koşulmadığını** kabul etmiş olması önemlidir. Davayı değerlendiren Mahkeme şu sonuca ulaşmıştır:

(d) oğal olarak, ağır çevre kirliliği bireylerin sağlığını etkileyebilir ve sağlıklarını ciddi biçimde tehlikeye

*sokmadan, özel ve aile hayatlarını olumsuz etkileyecek biçimde konutlarında yaşamalarını önleyebilir.*¹⁹⁵

Bu durum, 8. Madde kapsamında özel hayat ve aile hayatı sürmenin ihlal edildiğini göstermek için kanıt bulmak gerekmesine rağmen, kirlilik ve davacıların sağlık sorunları arasında açık ve direkt bir nedensel bağ oluşturmanın gerekli olmadığını ima eder.

Çevresel risklerle ilgili bilgilere erişim

Ağır çevre kirliliğinden dolayı sağlığı tehdit eden riskler olduğunda, etkilendiğini iddia edebilecek kişilerin, Sözleşme'nin 8. Madde'sine göre ilgili yetkililerden **bu riskler konusunda bilgi alma hakkına** sahip olabilecekleri görülmektedir. 10.

¹⁹⁵ *López Ostra-İspanya* davası, 9 Aralık 1994 tarihli karar, para 51.

Madde'de bilgi edinme hakkı olmasına rağmen Mahkeme, bunun sadece başkalarının vermek istediği bilgilerle ilgili olduğu görüşündedir. *Guerra ve Diğerleri-İtalya*¹⁹⁶ davasında geçmişte büyük bir patlamanın yaşandığı ve standartlara uygun olmadığı sonucuna ulaşılan kimyasal bir fabrikanın yakınında oturan davacılar, fabrikanın oluşturduğu riskler ve olası kazalar konusunda alınan önlemler hakkında kendilerine bilgi verilmediği için şikayetçi olmuşlardır. Mahkeme, **davacılara şiddetli çevre kirliliğinden dolayı maruz oldukları riskler konusunda önemli bilgileri vermediği için Devletin, davacıların aile ve özel hayatlarına saygı gösterilmesini sağlamak konusunda yükümlülüğünü yerine getirmediğine** karar vermiştir.

Mülkiyetin düzenlenmesi

¹⁹⁶ *Guerra ve Diğerleri-İtalya* davası, 19 Şubat 1998 tarihli karar.

Özel kişiler arasında mülkiyetin zorunlu nakli, meşru, toplumsal ve ekonomik politikalar hedeflendiği sürece Sözleşme kapsamında açıklanabilir. Ayrıca istimlak söz konusu olduğunda ilgili siyasi, ekonomik ve sosyal konuların doğasından dolayı, Devlet konuta nasıl saygı gösterileceği konusunda **geniş bir takdir hakkına sahiptir**. Mahkeme, yasamanın kamu yararı konusunda verdiği kararlara, “bariz bir biçimde makul bir dayanağı olmadığı” durumlar haricinde saygı göstereceğini belirtmiştir.¹⁹⁷

8. Madde kendi konutunda yaşama hakkını da içerir mi?

Mahkeme'nin içtihadında açık bir biçimde görüldüğü gibi, 8. Madde kapsamında bir bireyin konutuna saygı gösterilmesi hakkı

¹⁹⁷ *James-Birleşik Krallık* davası, 22 Ocak 1986 tarihli karar, para. 46.

orada oturma hakkını her zaman içermez. Manş Denizi Adaları'ndaki sıkı imar planı uygulamasının Sözleşme'nin 8. Madde'si kapsamında sorgulandığı *Gillow-Birleşik Krallık*¹⁹⁸ davasında bu konu ele alınmıştır. Bay ve Bayan Gillows, Guernsey adasında bir ev inşa etmiş ve adada yaşam izni almışlardır. Gillowlar orada beş yıl yaşadıktan sonra, Bay Gillow işi nedeniyle seyahat ettiği için sonraki 18 yıl boyunca farklı yerlerde yaşamışlardır. Çiftin aynı zamanda İngiltere'de de bir evi vardır. 18 yıllık aradan sonra Guernsey'e yaşamak üzere geri döndüklerinde, onlara gerekli izin verilmemiştir; onlar da bu durumun konutlarına saygı gösterilmesi hakkını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Mahkeme, söz konusu kanunların aşırı gelişmeyi önlemek ve ekonomik yapıyı devam ettirmek için nüfusun kontrol altında tutulması gibi meşru bir amaç güttüğünü kabul etmesine

¹⁹⁸ *Gillow-Birleşik Krallık* davası, 24 Kasım 1986 tarihli karar.

rağmen, davacılar ne geçici, ne de daimi izin verilmemesinin bu amaçlarla orantısız olduğu görüşündedir. Mahkeme özellikle Konut Dairesi'nin davacıların lehine olan özel şartlara yeterince ağırlık vermemiş olmasını eleştirmiştir. Mahkeme davacıların söz konusu evi kendilerine ve ailelerine **konut olmak üzere inşa ettiklerine**; orada bulunmadıkları sürece evi kiraya vererek adadaki mevcut konut stokuna katkıda bulduklarına; tamir edilmesi gereken gayrimenkul için **başka kiracı olmadığına**; ve davacılar geri döndüklerinde İngiltere'de veya başka bir yerde **başka evleri olmadığına** önem vermiştir.

Mahkeme, davacının ebeveynlerinden miras kalan evi, içinde oturmak üzere kendi mülkiyetine geçirmesinin önlediği *Velosa Barreto-Portekiz*¹⁹⁹ davasında ise

¹⁹⁹ *Velosa Barreto-Portekiz* davası, 21 Kasım 1995 tarihli karar.

farklı bir sonuca ulaşmıştır. Alınan önlem kiracıların sosyal olarak korunmasını amaçladığı ve davacı ailesinin başka üyeleriyle oturduğu için, ulusal mahkemeler bu kişinin söz konusu gayrimenkul konusunda acil bir ihtiyacı olmadığını belirlediğinden dolayı, 8. Madde kapsamında bireyin çıkarları ve toplumsal çıkarlar arasında adil bir dengenin oluşturulduğu kararına varılmıştır.

*Buckley-Birleşik Krallık*²⁰⁰ davasında, çingene olan davacının üzerinde yaşamak üzere satın aldığı arsada bir karavanda yaşama hakkı ele alınmıştır. Mahkeme, davacının söz konusu arsada bir karavanda yaşamasına izin verecek olan imar izninin verilmemesini, bir kamu otoritesinin bu kişinin konutuna saygı gösterilmesi hakkına müdahale etmesi olarak

²⁰⁰ *Buckley-Birleşik Krallık* davası, 25 Eylül 1996 tarihli karar.

değerlendirmiştir. Ancak bu müdahalenin, 8. Madde 2. fıkrada kapsamında ülkenin ekonomik refahını korumak ve başkalarının haklarını ve sağlığını korumak ihtiyacı ile açıklanıp açıklanamayacağı değerlendirilirken, Mahkeme kamu yararı ve davacının ve çocuklarının güvenliğini ve refahını ilgilendiren bir hak olan konutuna saygı gösterilmesi hakkı arasında adil bir denge bulunduğu sonucuna ulaşmıştır. Ayrıca **imar planı konusunda yetkililerin** 8. Madde kapsamında **geniş bir takdir hakkı** olduğuna ve imar planı kararlarının içeriğini değerlendirmenin Mahkeme'nin görevi olmadığına dikkat çekmiştir. Bu nedenle birbiriyle çatışan iddiaların, adil bir davada gerektiği biçimde değerlendirildiğini saptamış olmak yeterli olmuştur.

Arama ve mallara el konması

Mahkeme, Taraf Devletlerin bazı suçlar hakkında fiziksel kanıt elde etmek için

konutların aranması ve mallara el konması gibi önlemlere başvurması gerekebileceğini kabul etmektedir. Bu tür önlemler normalde bir bireyin 8. Madde 1. fıkrada çerçevesindeki (özel hayat veya aile hayatına dair) haklarına müdahale anlamına gelmesine rağmen, **bu önlemleri açıklamak için kullanılan nedenler ilgili ve yeterli olmalıdır** ve hedeflenen amaca göre orantısız olmamalıdır. Ayrıca Mahkeme, ilgili kanunların ve uygulamaların **istismara karşı** bireylere **yeterli ve etkin koruma mekanizmaları** sağladığı konusunda tatmin olmalıdır. İtihat, aramaların “yasal” olması ve keyfiliğe ve istismara karşı usul açısından yeterli mekanizmalara sahip olması şartlarına odaklanmıştır. Taraf Devletlerin bu konudaki takdir hakkına rağmen, ulusal kanunların yetkililere mahkemedan alınmış arama kararı olmadan arama emri verme ve arama yapma izni verdiği durumlarda,

Mahkeme özellikle titiz olmalıdır.²⁰¹ Mahkeme'ye göre, bireyler 8. Madde'de teminat altına alınan haklar konusunda yetkililerin keyfi müdahalesine karşı korunacaksa, bu tür yetkiler konusunda bir çerçeve ve çok sıkı sınırlar oluşturulmalıdır. İkinci olarak, Mahkeme her bir davada geçerli olan özel şartlara bakarak, söz konusu davada ele alınan müdahalenin hedeflenen amaca uygun olup olmadığını değerlendirmelidir.

Ne tür güvencelere ihtiyaç vardır?

*Camenzind-İsviçre*²⁰² davasında Mahkeme, İsviçre'nin konutların aranması konusundaki yasal çerçevesinin davacının haklarını yeterince koruyup korumadığını değerlendirme durumunda kalmıştır.

²⁰¹ *Camenzind-İsviçre* davası, 16 Aralık 1997 tarihli karar.

²⁰² *Camenzind-İsviçre* davası, 16 Aralık 1997 tarihli karar.

Mahkeme'ye göre, kanunların aşağıdaki özellikleri bu bağlamda önemlidir:

- Arama, sadece sınırlı sayıdaki üst düzey devlet memuru tarafından hazırlanmış yazılı bir emir ile ve bu amaç için özel eğitim görmüş yetkililer tarafından gerçekleştirilebilir.
- Söz konusu yetkililer, tarafsızlıklarını etkileyebilecek bir durum ortaya çıktığında, bu görevden ayrılmalıkla yükümlüdür.
- Evlerde ve başka yerlerde, ancak bir şüphelinin orada saklanma olasılığı varsa veya bir suçun işlendiğini göstermek için el konulabilecek veya kanıt olabilecek eşya veya değerli şeylerin bulunma olasılığı varsa, arama yapılabilir.
- “Önemli durumlar veya yakın bir tehlike olan durumlar haricinde”, aramalar Pazar ve tatil günlerinde veya gece yapılamaz.

- Bir aramanın başında, araştırmayı yürüten yetkili kimliğini göstermeli ve söz konusu mekandaki kişiye aramanın nedeni hakkında bilgi vermeli ve arama sırasında söz konusu kişinin veya bir akrabasının veya evdeki başka bir üyenin de hazır bulunması istenmelidir.
- Prensipte, aramanın hedefinden uzaklaşmamasını sağlamakla görevli bir kamu yetkilisi de olmalıdır.
- Aramaya katılan kişilerin önünde, arama konusunda bir rapor hazırlanmalı ve eğer isterlerse söz konusu kişilere de arama emrinin ve bu raporun bir kopyası verilmelidir.
- Belge aranması özel kısıtlamalara tabidir.
- Mevcut şartlar ne olursa olsun, şüphelilerin yasal bağlamda bir başkası tarafından temsil edilme hakkı vardır.
- “Arama kararı”ndan etkilenen ve “arama kararının geçersiz kılınmasından veya değiştirilmesinden

... çıkarı olan” herkes, federal mahkemelere şikayette bulunabilir.

- Kendisi hakkında hiçbir suçlama yapılmayacağı ortaya çıkan bir “şüpheli”, ortaya çıkan zarar için tazminat talebinde bulunabilir.²⁰³

Mahkeme, aramanın tek bir görevli tarafından ve davacıya hakkındaki dosyayı inceleme ve bir avukatı arama fırsatı verildikten sonra davacının da hazır bulunduğu bir biçimde yapıldığına dikkat çekmiştir. Aramanın yaklaşık iki saat sürmüş olmasına ve bütün evin aranmasına rağmen, arama yetkilisi sadece telefonları ve televizyonları kontrol etmiştir; mobilyaların içine bakmamış, herhangi bir belgeyi incelememiş veya herhangi bir şeye el koymamıştır. Sonuç olarak Mahkeme, davacının haklarına yapılan müdahalenin, hedeflenen amaçla orantılı

²⁰³ *Camenzind-İsviçre* davası, 16 Aralık 1997 tarihli karar, para. 46.

olduğuna ve 8. Madde'nin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Bu tür güvenceler içeren bir yasa temelinde yapılan bu tür bir aramanın 8. Madde'yi ihlal etmediği açık olmasına rağmen, bu önlemlerin bir veya ikisini içermeyen bir kanunun yeterince koruma sağlayıp sağlamadığı konusu kesin değildir. Ancak Mahkeme aşağıdaki konuları değerlendirmiştir.

Yargı kontrolü 8. Madde haklarının yeterince korunmasını sağlar mı?

Arama emri mahkemelerce verildiğinde, yani **yargı kontrolü** tanım gereği **sürecin parçası** olduğunda, 8. Madde'nin gereklerini yerince getirecek düzeyde yeterli koruma olması muhtemeldir. Örneğin *Chappell-Birleşik Krallık*²⁰⁴

²⁰⁴ *Chappell-Birleşik Krallık* davası, 30 Mart 1989 tarihli karar.

davasında, Anton Pillar'a ilişkin arama emrinin bir mahkeme yetkilisi değil, davacının avukatı tarafından yerine getirilmiş olması, Pillar mahkemenin taahhütlerini ihlal ettiğinden dolayı ağır yaptırımlara tabi olduğu için, yeterli bulunmuştur.

8. Madde'nin gereklerinin karşılanması için yargıdan önceden alınmış yetki gerekli midir?

Ceza hukukunun normal uygulanmasında, arama emirleri 8. Madde kapsamındaki amaca uygun olarak değerlendirilecekse, genellikle önceden yargıdan karar çıkarılması gerekmektedir. Bu durum söz konusu olmadığında (ve ulusal kanunlar önceden yargıdan yetki alınmadan konutların aranmasına izin verdiğinde), arama 8. Madde'ye ancak, **aramaları düzenleyen diğer yasal kurallar**, davacının hüküm kapsamındaki haklarına **yeterince koruma sağladığı** durumlarda

uygun olur. Örneğin *Funke-Fransa*²⁰⁵ davasında, gümrük yetkilileri davacının yurt dışındaki malları hakkında bilgi edinmek için evini aramışlar ve Fransız kanunlarına göre kanun dışı özellikler taşıyan gümrük suçlarıyla ilgili olarak yurt dışındaki banka hesapları hakkında belgelere el koymuşlardır. O dönemde yürürlükte olan Fransız yasalarına göre gümrük yetkililerinin, “aramaların aciliyeti, sayısı, uzunluğu ve kapsamını değerlendirme konusunda münhasır yetkinlik” dahil çok kapsamlı yetkileri vardı. Mahkeme, her şeyden önemlisi şunu ifade etmiştir:

Mahkemeden arama emri çıkartılmasının gerekli olmadığı bir durumda, kanunen belirlenen sınırlamalar ve şartlar, davacının haklarına yapılan müdahalenin hedeflenen meşru amaçla tamamen

²⁰⁵ *Funke-Fransa* davası, 25 Şubat 1993 tarihli karar.

orantılı olarak görülemeyeceği kadar gevşek ve hukuki boşluklarla dolu gibi görünmektedir.

8. Madde’ye uygunluk için mahkemeden alınmış bir arama emri yeterli midir?

Mahkeme, *Funke* davasında arama ve el koyma için mahkemeden yetki alınmasının esas olduğunun altını çizmiş olmasına rağmen, **mahkemeden arama emri alınmış olması 8. Madde 2. fıkraya uyum için her zaman yeterli değildir.** Mahkeme *Niemietz-Almanya*²⁰⁶ davasında, bir avukata ait mekanın bir suçla ilgili davada kullanılmak üzere belge bulmak amacıyla aranmasının, önceden mahkemeden izin alınmış olmasına rağmen, düzenin bozulmasının ve suçun önlenmesi ve başkalarının haklarının korunması hedefleriyle orantılı olmadığına

²⁰⁶ *Niemietz-Almanya* davası, 16 Aralık 1992 tarihli karar.

karar vermiştir. Mahkeme, arama emrinin **aşırı kapsamlı** ifadelerle hazırlandığına ve yapılan **aramanın**, incelenen malzemelerin bazılarının tabi olduğu **mesleki gizlilik ilkesini çiğnediğine** karar vermiştir. Bu nedenlerle ve Alman kanunları arama yetkisinin kullanılması konusunda usule ait özel önlemler içermediği için, uygulama amacıyla orantısızdır ve 8. Madde'yi ihlal ettiğine karar verilmiştir.

Terörizm soruşturmalarında arama ve el koyma uygulamaları

Devletin terörizmle savaşıma çalışırken, başka zamanlarda 8. Madde 2. fıkraya göre haklı bulunamayacak bazı önlemler almaya hakkı olduğu açıktır. Örnek alınabilecek olan *Murray-Birleşik Krallık*²⁰⁷ davasında Kuzey İrlanda'daki durum söz konusudur. Bayan Murray ve ailesi, ordunun evlerine

²⁰⁷ *Murray-Birleşik Krallık* davası, 28 Ekim 1994 tarihli karar.

girmesinin ve arama yapmasının ve ailesinden beş kişiyi kısa bir süre için bir odada tutmasının 8. Madde'yi ihlal ettiğini iddia etmiştir. Mahkeme, bu iddianın doğru olup olmadığını değerlendirirken, demokratik bir toplumda seçimle iş başına gelmiş bir hükümetin, örgütlü terörizmin yarattığı tehlikelere karşı vatandaşlarını ve kurumlarını koruma sorumluluğunu ve terörizme bağlı suçlarda şüpheli olan kişilerin tutuklanmasına ve göz altına alınmasına ait özel sorunları göz önünde bulundurmıştır. Mahkeme bu iki faktörün, bireyin 8. Madde 1. fıkra tarafından teminat altına alınan haklarını kullanması ile Devletin 8. Madde 2. fıkra kapsamında terörizm suçlarını önlemek için alması gereken etkin önlemler arasındaki adil dengeyi etkilediğini belirtmiştir. Bu gerçeklerden yola çıkan Mahkeme, ulusal mahkemelerin ana davacı olan Bayan Murray'nin terörizmle ilgili bir suç işlediğinden gerçekten ve dürüst bir biçimde şüphelendiği sonucuna ulaşmış ve

Mahkeme'nin kendisi de bu şüphenin Sözleşme'nin 5. Madde'si kapsamında makul bir şüphe olduğunu belirtmiştir. Böylece Mahkeme prensipte yetkililerin Bayan Murray'yi tutuklamak üzere Murray ailesinin **konutuna girme ve konutu arama ihtiyacının** var olduğuna karar vermiştir. Ayrıca Lordlar Kamarası'nın ifade ettiği gibi, Kuzey İrlanda'da bu tür tutuklamaların yapıldığı “aşırı gerilimli şartlar” da göz önünde bulundurulmalıdır. Mahkeme Lordlar Kamarası'nın bir üyesinin yaptığı aşağıdaki gözleme dikkat çekmiştir:

(a)rama sadece tutuklanacak kişiyi aramakla sınırlanmaz ve aynı zamanda tutuklamanın olay çıkmadan yapılmasını amaçlayan bir aramayı da içermelidir. Ben... konutta bulunan bütün kişilerin bir odaya toplanmasının istenmesini tamamen makul bir önlem olarak görüyorum... Tutuklamanın olay çıkmadan yapılması herkesin

çıkarınadır ve ordu tarafından uygulanan prosedürün makul, mantıklı ve tutuklamanın ilgili bütün taraflar için mümkün olduğunca az tehlike ve sorun yaratacak biçimde olmasını amaçladığı konusunda tatmin oldum.

AİHM, bunların gerçekten de davacının konutuna girişin ve aramanın yapılma biçimini açıklayan ve haklı çıkarıcı **meşru unsurlar** olduğuna katılmıştır. Mahkeme, bu konuda yetkililerin kullandığı yöntemlerin, hedeflenen amaçla orantısız olduğuna katılmamıştır.

Vergi kaçırma soruşturmalarında arama ve el koyma uygulamaları

Mahkeme *Miailhe-Fransa*²⁰⁸ davasında, başka konularda da Devletin konut arama veya el koyma gibi önlemler alması gerekebileceğini belirtmiştir. Özellikle yurt dışına sermaye kaçısını ve vergi kaçırılmasını önlemek için Devletin, bankacılık sisteminin ve finansal kanalların boyutu ve karmaşıklığı nedeniyle ve ulusal sınırların göreceli olarak kolay aşılmasından dolayı daha da kolaylaşan uluslararası yatırım yapma uygulamalarının geniş kapsamı nedeniyle ciddi zorluklarla karşılaştığına dikkat çekilmiştir. Mahkeme bu nedenle, **Devletin kambiyo denetimi suçları için fiziksel kanıt toplamak amacıyla evleri araması ve bazı şeylere el koyması gerekebileceğini** ve gerekirse sorumlular aleyhine dava açabileceğini kabul etmiştir.

²⁰⁸ *Miailhe-Fransa* davası, 25 Temmuz 1993 tarihli karar. Benzer davalar için aynı Fransız içtihad hukuku konularını ele alan *Funke-Fransa* davası, 25 Şubat 1993 tarihli karar ver *Cremieux-Fransa* davası, 25 Şubat 1993 tarihli karar.

Ancak ilgili kanunlar ve uygulamalar, istismara karşı yeterli etkin güvenceler içermelidir. Söz konusu davada, durum böyle değildir. Mahkeme özellikle yetkililerin çok **geniş yetkilere** sahip olduğuna ve mahkemeden alınmış arama kararı şartı olmadığı için, kanunlarda belirtilen sınırlandırmaların ve şartların, davacıların haklarına yapılan müdahalenin hedeflenen amaçla orantılı olamayacağı kadar **aşırı gevşek ve hukuki boşluklarla dolu** olduğuna karar vermiştir. Mahkeme ayrıca, davacıların mekanında yapılan el koyma uygulamasının, gümrük yetkililerinin binlerce belgeyi soruşturmayla ilgisi olmadığı için davacılara iade etmesini gerektirecek kadar kapsamlı ve ayırım yapmadan yapılmasını da eleştirmiştir. Bu nedenle 8. Madde ihlal edilmiştir.