



**T.C.
GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

**YÜKSEK
LİSANS
TEZİ**

**AİHM'İN GELİŞTİRDİĞİ İLKELER
BAĞLAMINDA AİLE HAYATINA SAYGI
GÖSTERİLMESİ HAKKI**

ABDULKADİR PEKEL

**KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

AĞUSTOS 2015



**AİHM'İN GELİŞTİRDİĞİ İLKELER BAĞLAMINDA AİLE HAYATINA SAYGI
GÖSTERİLMESİ HAKKI**

Abdulkadir PEKEL

**YÜKSEK LİSANS TEZİ
KAMU HUKUKU ANABİLİM DALI
KAMU HUKUKU BİLİM DALI**

**GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ**

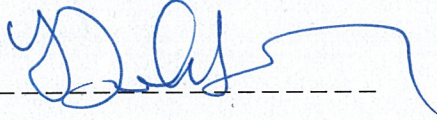
TEMMUZ 2015

Abdulkadir PEKEL tarafından hazırlanan “*AİHM'nin Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*” adlı tez çalışması aşağıdaki jüri tarafından OY BİRLİĞİ ile Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Kamu Hukuku Bilim Dalında YÜKSEK LİSANS TEZİ olarak kabul edilmiştir.

Danışman: Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

Genel Kamu Hukuku, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

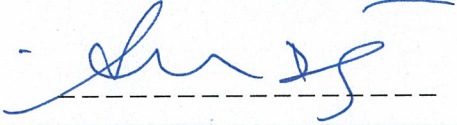
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum.~~



Başkan : Prof. Dr. İlyas DOĞAN

Genel Kamu Hukuku, Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi

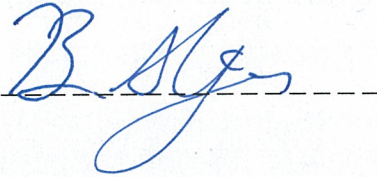
Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum.~~



Üye : Yrd. Doç. Dr. Bülent Algan

Genel Kamu Hukuku, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi

Bu tezin, kapsam ve kalite olarak Yüksek Lisans Tezi olduğunu onaylıyorum/~~onaylamıyorum.~~



Tez Savunma Tarihi: 03 / 08 / 2015

Jüri tarafından kabul edilen bu tezin Yüksek Lisans Tezi olması için gerekli şartları yerine getirdiğini onaylıyorum.



Doç. Dr. Nihat Yazılıtaş

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdür Vekili

ETİK BEYAN

Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez Yazım Kurallarına uygun olarak hazırladığım bu tez çalışmada;

- Tez içinde sunduğum verileri, bilgileri ve dokümanları akademik ve etik kurallar çerçevesinde elde ettiğimi,
- Tüm bilgi, belge, değerlendirme ve sonuçları bilimsel etik ve ahlak kurallarına uygun olarak sunduğumu,
- Tez çalışmada yararlandığım eserlerin tümüne uygun atıfta bulunarak kaynak gösterdiğimi,
- Kullanılan verilerde herhangi bir değişiklik yapmadığımı,
- Bu tezde sunduğum çalışmanın özgün olduğunu,

bildirir, aksi bir durumda aleyhime doğabilecek tüm hak kayıplarını kabullendiğimi beyan ederim.

Abdulkadir PEKEL

03/08/2015

AİHM’NİN GELİŞTİRDİĞİ İLKELER BAĞLAMINDA AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI

(Yüksek Lisans Tezi)

Abdulkadir PEKEL

GAZİ ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ

Ağustos 2015

ÖZET

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde dört farklı hukuksal değerden bahsedilmektedir. Bunlar; özel hayat, aile hayatı, konut ve haberleşmedir. AİHM de 8. madde ile ilgili incelemelerinde maddenin bu dört farklı boyutunu; ayrı ayrı değerlendirmektedir. Dolayısıyla bu çalışma 8. maddenin yalnızca “aile hayatı” boyutuna ilişkindir. Bu bağlamda öncelikle, Mahkemenin hangi ilişki biçimlerini “aile hayatı” olarak değerlendirdiği ortaya konmuştur. Mahkemeye göre 8. madde anlamında “aile hayatı” yalnızca resmi evliliklerle sınırlı değildir. Yakın ve gerçek ilişki koşulunun sağlanması durumunda, evlilik dışı *de facto* ilişkiler de “aile hayatı” kapsamında değerlendirilir. “Aile hayatı” kavramından sonra aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında, “birlikte yaşama hakkı” ve “kişisel ilişki kurma hakkı” incelenmiştir. Birlikte yaşama hakkı ile ilgili olarak, göçmenlerin sorunları ön plana çıkmaktadır. Yaşadığı ülkede yabancı statüsünde olan göçmenlerin, aile hayatı kurmuş oldukları ülkeden sınır dışı edilmeleri ya da aile hayatı kurmuş oldukları ülkeye kabul edilmemeleri durumunda 8. maddenin ihlali gündeme gelmektedir. Kişisel ilişki kurma hakkı, ise birlikte yaşamın mümkün olmadığı durumlarda ortaya çıkmaktadır. Devlet koruması altına alınan çocukla ilişkiler, boşanma sonrası çocukla ilişkiler, evlilik dışında doğan çocuk ile biyolojik baba arasındaki ilişkiler, tutuklu ve mahkumların aileleriyle görüşme hakları, aile bireylerinin ölümünden sonra cesedin teslimi konuları kişisel ilişki kurma hakkı kapsamında ele alınmıştır. Tüm bunlar yapılırken, AİHM tarafından geliştirilen ve birinci bölümde ifade edilen; takdir alanı, pozitif yükümlülükler, özerk kavramlar doktrinleri ve evrimci yorum anlayışı göz önünde bulundurulmaya çalışılmıştır. Bunlara ek olarak, “çocuğun yüksek menfaatleri ilkesi”ne de değindik çünkü aile hayatı ile ilgili davalarda Mahkeme bu ilkeye büyük önem vermiştir.

Bilim Kodu : 501. 2.047

Anahtar : Aile hayatı, göçmenlerin aile sorunları, çocuğun yüksek
Kelimeler : menfaatleri ilkesi, birlikte yaşama hakkı, kişisel ilişki kurma
hakkı

Sayfa Adedi : 151

Tez Danışmanı : Doç. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

RIGHT TO RESPECT FOR FAMILY LIFE IN THE CONTEXT OF THE
PRINCIPLES DEVELOPED BY ECHR

(LL.M. Thesis)

Abdulkadir PEKEL

GAZİ UNIVERSITY
GRADUATE SCHOOL OF SOCIAL SCIENCES
August 2015

ABSTRACT

There are four different legal values within the Article 8 ECHR. These are “private life”, “family life”, “home” and “correspondence”. Hence, ECtHR approaches Article 8 ECHR from these four different fields and evaluates these values as divergent concepts. This study is only about “family life” aspect of the Article 8 ECHR. In this context, we firstly suggested the relationships which Court recognizes as “family life”. According to Court, “family life” is not confined to officially recognized marriages. Extra-marital *de facto* relationships can be considered as “family life” in the condition that the relationship is close enough and genuine. After Court’s approach to “family life” is suggested, we examined “the right to live together” and “the right to contact”. We face immigrants’ problems when we deal about the right to live together. Expulsion of immigrants who set a family life in a country that they are in alien status could cause a violation of Article 8 ECHR. Similarly, a Convention State’s rejection to admit an alien who wants to join his/her family could be contrary to Article 8 ECHR. Right to contact arises when it is impossible for members of a family to live together. There are a few topics examined under “the right to contact”. These are contacts between parents and children in public care, contacts between children and divorced parents, contacts between children and extra-marital fathers, contacts between prisoners and their families, returning the corpse of a family member after death. We took the doctrines developed by ECtHR in consideration along the thesis. These doctrines are “margin of appreciation”, “positive obligations”, “autonomous concepts” and “evolutive interpretation”. In addition to these doctrines, we took the principle of “best interests of the child” into account because Court emphasises its importance in cases about family life.

Science Code : 501.2.047

Key Words : Family life, family problems of immigrants, the principle of the best interests of the child, right to live together, right to contact

Page Number : 151

Supervisor : Assoc. Prof. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU

TEŞEKKÜR

Tez konumun belirlenmesinde ve tezle ilgili alışmalarım boyunca ynlendirmeleriyle bana yardımcı olan tez danışmanım Do. Dr. Yaşar SALİHPAŞAOĞLU'na ve tezimi dikkatle okuyarak değerli ve yapıcı eleştirilerini benimle paylaşan mesai arkadaşım Omca ZDEMİR'e teőekkr bir bor bilirim.

İÇİNDEKİLER

ÖZET	iv
ABSTRACT	v
TEŞEKKÜR	vi
KISALTMALAR.....	xi
GİRİŞ.....	1

1. BÖLÜM

AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKININ

KAPSAMININ BELİRLENMESİNDE ETKİLİ OLAN İLKELER

1.1. MAHKEME İÇTİHATLARINA HÂKİM OLAN GENEL İLKELER	5
1.1.1 Mahkemenin İnceleme Yöntemi	5
1.1.1.1 Mahkemenin Uyguladığı Test.....	5
1.1.1.2. Demokratik Toplumda Gereklilik	10
1.1.2. “Takdir Alanı” (<i>Margin of Appreciation</i>) Doktrini.....	12
1.1.2.1. Doktrinin Temeli, İşlevi ve Uygulanmasına İlişkin Kriterler	12
1.1.2.2. Takdir Alanı Doktrini ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı ..	15
1.1.3. “Pozitif Yükümlülükler” Doktrini.....	17
1.1.3.1. Doktrinin Teorik Temeli ve Mahkeme İçtihatlarında Ortaya Çıkışı.....	17
1.1.3.2. Pozitif Yükümlülükler Doktrini ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı	21
1.1.4. Evrimci Yorum Anlayışı (Doktrini) ve Özerk Kavramlar Doktrini	24
1.1.4.1. Doktrinlerin Anlamı ve Birbiriyle İlişkisi.....	24
1.1.4.2. Evrimci Yorum Anlayışı, Özerk Kavramlar Doktrini ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı.....	25

1.2. “AİLE HAYATI” İLE İLGİLİ İÇTİHATLARI ŞEKİLLENDİREN ÖZEL İLKE: “ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATLERİ”	26
1.2.1. Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Diğer Uluslararası Belgelerin Önemi ve Etkisi.....	26
1.2.2. “Çocuğun Yüksek Menfaatleri” İlkesinin Anlamı	30
1.2.2.1. İlkenin Tanımlanmasındaki Zorluk.....	30
1.2.2.2. BM Çocuk Hakları Komitesinin 2013’te Aldığı Genel Yorum Kararı	32
1.2.2.3. AIHM İctihatlarında Çocuğun Yüksek Menfaatleri İlkesi.....	35

2. BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINA GÖRE “AİLE HAYATI” KAVRAMI

2.1. 8. MADDENİN KORUDUĞU DEĞERLERDEN BİRİ OLARAK “AİLE HAYATI”.....	41
2.2. AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI İLE EVLENME HAKKI ARASINDAKİ AYRIM.....	44
2.3. AIHM İÇTİHATLARINA GÖRE “AİLE HAYATI” TEŞKİL EDEN İLİŞKİ BİÇİMLERİ.....	45
2.3.1. Resmi Evliliklerden Doğan Aile İlişkileri	46
2.3.1.1. Eşler Arası (Yatay) İlişkiler	46
2.3.1.2. Ebeveyn ile Çocuk Arasındaki (Dikey) İlişkiler	47
2.3.2. Aile Hayatı Kapsamında Değerlendirilen Evlilik Dışı – De Facto (Fiili) İlişkiler.....	49
2.3.2.1. Eşler Arası (Yatay) İlişkiler	49
2.3.2.2. Ebeveyn ile Çocuk Arasındaki (Dikey) İlişkiler	50
2.3.2.3. Yakın Akrabalarla Kurulan Ailevi İlişkiler	56
2.3.2.4. Dini Evlilikler (Religious Marriages) ve Çok Eşlilik.....	59
2.3.2.5. Nişanlılık.....	61

2.3.2.6. Transseksüeller ile Kurulan İlişkiler	61
2.3.2.7. Eşcinsel Birliktelikler	63
2.3.2.8. Doğmamış Çocuk ile Ebeveyn Arasındaki İlişki: Kürtaj Meselesi	66
2.3.2.9. Ölümden Sonra Aile Hayatı: Cesedin Teslimi ve Cenaze İşlemleri.....	67
2.3.2.10. Aile Hayatının Sona Ermesi	68

3. BÖLÜM

AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKININ KAPSAMI

3.1. BİRLİKTE YAŞAMA HAKKI	74
3.1.1. Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi	74
3.1.1.1. Yabancıların Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı ile Kamu Düzeni Arasında Denge Kurulması ve Boultif Kriterleri	75
3.1.1.2. Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine Karşı Koruma Kapsamının Genişletilmesi.....	82
3.1.2. Yabancıların Ülkeye Girişlerinin Engellenmesi	83
3.2. KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKI	90
3.2.1. Devlet Koruması Altına Alınan Çocukla İlişkiler	90
3.2.1.1. Çocuğun Yüksek Menfaatleri ile Ebeveyn Hakları Arasında Denge Kurulması	90
3.2.1.2. Maddi Boyut: Ebeveyn Hakları ve Aile Birliğinin Sağlanması..	91
3.2.1.3. Usûlî Boyut: Devlet Koruması Altına Almaya İlişkin Prosedür.	94
3.2.2. Velayet Hakkı ve Boşanma Sonrasında Çocukla İlişkiler	95
3.2.2.1. Velayet Hakkı.....	95
3.2.2.2. Velayetin Belirlenmesinde Ayrımcılık	96
3.2.2.3. Boşanma Sonrasında Ebeveyn-Çocuk İlişkileri.....	97
3.2.2.4. Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Lahey Sözleşmesi.....	100

3.2.2.5. Usulî Boyut: Velayetin Belirlenmesine İlişkin Prosedür	103
3.2.3. Evlilik Dışı Çocuk ile İlişkiler	104
3.2.3.1. Yasal İlişkiler: Soy Bağı	104
3.2.3.1.1. Soybağının Kurulması.....	104
3.2.3.1.2. Soybağının Reddi	108
3.2.3.1.3. Kişinin Kökenini Bilme Hakkı	110
3.2.3.2. Sosyal İlişkiler	113
3.2.4. Tutuklu ve Mahkumların Aileleriyle Görüşmeleri.....	114
3.2.5. Aile Üyelerinin Cenaze İşlemleri ve Cesedin Teslim Edilmesi	119
3.3. AİLE HAYATININ EKONOMİK YÖNÜ: MİRAS PAYLAŞIMINDA AYRIMCILIK	121
SONUÇ	125
KAYNAKLAR	131

KISALTMALAR

Bu çalışmada kullanılmış kısaltmalar, açıklamaları ile birlikte aşağıda sunulmuştur.

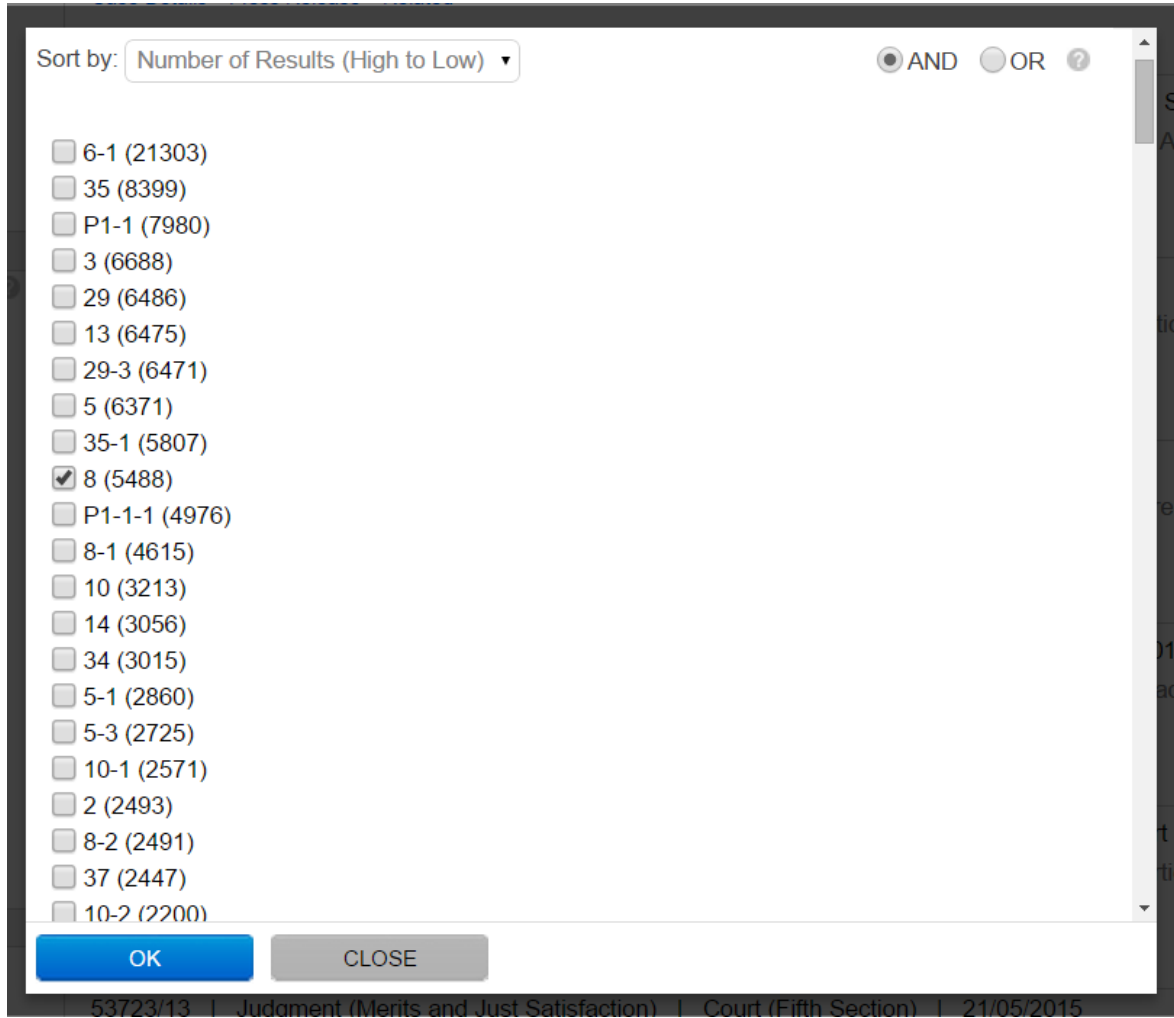
Kısaltmalar	Açıklamalar
§	Paragraf
AB	Avrupa Birliği
ABD	Amerika Birleşik Devletleri
AİHK	Avrupa İnsan Hakları Komisyonu
AİHM	Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi
AİHS	Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi
Art.	Article (Madde)
Bkz.	Bakınız
BM	Birleşmiş Milletler
c.	Cilt
Çev.	Çeviren
ÇHB	Çocuk Hakları Bildirgesi
ÇHK	Çocuk Hakları Komitesi
ÇHS	Çocuk Hakları Sözleşmesi
ECHR	European Convention on Human Rights (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi)
Ed.	Editör
f.	fıkra
GC	Grand Chamber (Büyük Daire)

Kısaltmalar	Açıklamalar
m.	madde
No.	Numara
Para.	paragraf
s.	sayfa
TBB	Türkiye Barolar Birliği
UNHCR	United Nations High Commissioner For Refugees (Birleşmiş Milletler Mülteciler Yüksek Komiserliği)
UNICEF	United Nations International Children's Emergency Fund (Birleşmiş Milletler Uluslararası Çocuklara Acil Yardım Fonu)
v.	versus (-e karşı)
vd.	ve devamı
vs.	ve sair

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM, Mahkeme) içtihatlarında yapılacak küçük bir araştırma, “özel hayata ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı” başlığını taşıyan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin (AİHS, Sözleşme) 8. maddesinin, hakkında en çok dava bulunan maddelerden biri olduğunu ortaya koymaktadır.

Resim: AİHM'nin resmi internet sitesinden alınan ve Sözleşmedeki maddelere göre dava sayılarını gösteren ekran kaydı¹

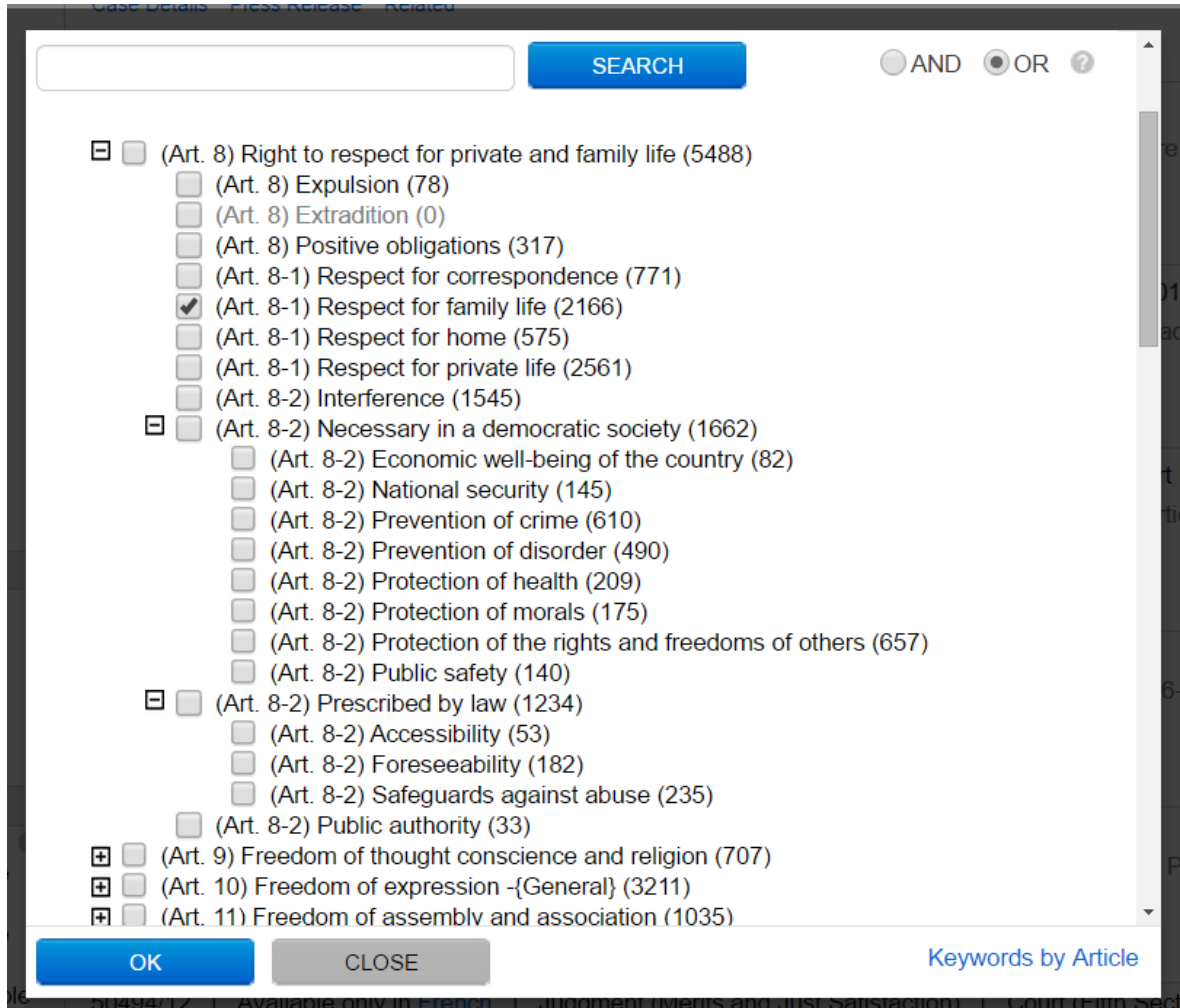


8. maddenin ilk fıkrası şöyledir: “Her kişi, özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.”

¹[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\"documentcollectionid2\":\[\"GRANDCHAMBER\",\"CHAMBER\"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{\) (01.06.2015).

Görüldüğü üzere maddenin ilk fıkrasında “özel hayat(*private life*)”, “aile hayatı(*family life*)”, “konut(*home*)” ve “haberleşme(*correspondence*)” olmak üzere dört farklı hukuksal değer koruma altına alınmaktadır. Bu ayırım, Mahkeme içtihatlarına da yansımaktadır ve 8. maddedeki bu dört hukuksal değer içinde “aile hayatı”, “özel hayat”tan sonra, hakkında en çok dava bulunan kategoridir.

Resim: 8. maddede düzenlenen hukuksal değerlere göre dava sayılarını gösteren ekran kaydı²



Bu önemine rağmen, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ile ilgili Türkçe literatürde yeterince çalışma bulunmamaktadır³. Bizim amacımız, hakkında bu

²[http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{"documentcollectionid2":\["GRANDCHAMBER","CHAMBER"\]}](http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/Pages/search.aspx#{) (01.06.2015).

³ Konuyu doğrudan ele alan tek yüksek lisans tezi için bkz.: Karagözler, M. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Aile Hayatına Saygı Hakkı*. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Oğuz Şimşek), İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 138.

kadar çok dava bulunan aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına Mahkemenin nasıl yaklaştığını ortaya koymaktır.

Bunu yaparken, yöntem ve sistematik sorunu ile karşılaşılmaktadır. Mahkemenin bu hakka yaklaşımı nasıl ortaya konmalıdır? Bizim bu sorun karşısında tercih ettiğimiz yöntem önce Mahkeme içtihatlarına yerleşen genel ilkeleri ortaya koymak, sonra hakkın incelenmesine geçmek şeklinde olmuştur. Böylece birinci bölümde Mahkeme içtihatlarını şekillendiren ilkelerden; ikinci ve üçüncü bölümde ise bu ilkeler ışığında hakkın incelenmesinden oluşan bir sistematik ortaya çıkmıştır. Çünkü aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ile ilgili içtihatların şekillenmesinde, Mahkemenin yararlandığı takdir alanı doktrini, pozitif yükümlülükler doktrini, evrimci yorum anlayışı ve özerk kavramlar doktrininin etkili olduğunu düşünüyoruz. Bunlara ilaveten, “çocuğun yüksek menfaatleri” ilkesi de aile hayatı ile ilgili içtihatları şekillendirmektedir.

Hakkın incelenmesine geçtikten sonra ise, öncelikle, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının norm alanının belirlenmesi sorunu karşımıza çıkmaktadır. Doktrindeki bazı yazarlar, 8. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen hukuksal değerleri “özel hayat”ın alt kategorileri olarak değerlendirmektedir. Ancak bize göre 8. maddenin ilk fıkrasında düzenlenen hukuksal değerlerin birbirinden bağımsız ve özerk bir alanı oluşmuştur. Dolayısıyla “aile hayatı”, “özel hayat”ın bir unsuru değildir ve kendine özgü bir norm alanı bulunmaktadır. Bu sebeple ikinci bölümde, “aile hayatı”nın ne olduğunu, yani hangi ilişki biçimlerinin “aile hayatı” sayıldığını ortaya koymaya çalıştık.

Üçüncü ve son bölümde ise aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının kapsamını ele aldık. Bunu yaparken çalışmamızı sadece “aile hayatı” kategorisi ile sınırlı tutmaya çalıştık. Dolayısıyla, Mahkemenin “özel hayat” ya da 8. maddenin diğer kategorileri kapsamında incelediği konulara, gerek olmadıkça girmedik. Yine, Sözleşmenin 12. maddesinde düzenlenen evlenme hakkı da, çalışmamızın kapsamı dışında kaldı. Konumuz, 8. maddede düzenlenen aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına Mahkemenin bakışını ortaya koymak olduğu için, ailenin sosyolojik boyutları ile ilgili incelemelere de girmedik.

Üçüncü bölümdeki temel sorunumuz, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının bireylere ne tür talep yetkileri verdiği idi. Mahkeme içtihatları ve ilgili literatür taraması sonucunda aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının, “birlikte yaşama hakkı” ve birlikte yaşamanın mümkün olmadığı durumlarda aile üyeleriyle

“kişisel ilişki kurma hakkı”nı kapsadığını gördük. Bunların yanında miras paylaşımı konusunda gündeme gelebilecek “aile hayatının ekonomik yönü”nden de bahsettik.

Birlikte yaşama hakkı kapsamında, başvurucuların aile birliğinin sağlanmasına ilişkin başvurularını ele aldık. Bu bağlamda uluslararası göç meseleleri ön plana çıkmaktadır. Vatandaşı olmadığı bir ülkede yaşayan ve o ülkede aile ilişkileri geliştiren bir yabancının sınır dışı edilmesi ya da aile üyeleriyle birleşmek üzere bir ülkeye giriş yapmak isteyen bir yabancının bu talebinin reddedilmesi, 8. maddenin ihlaline yol açabilir.

Öte yandan, birlikte yaşamamanın mümkün olmadığı durumlarda da aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının sağladığı koruma devam edebilir. Bu bağlamda, devlet koruması altına alınan çocuklarla ilişkiler, boşanma sonrasında velayetin belirlenmesi, çocukla görüşme hakkı, evlilik dışında doğan çocukla kurulacak yasal ve sosyal ilişkiler, mahkum ve tutukların aile üyeleriyle görüşmeleri, aile üyelerinden birinin ölümünden sonra cesedin teslim edilmesi ve cenaze işlemleri konuları; kişisel ilişki kurma hakkı kapsamında incelenmiştir.

Gerek hakkın incelenmesine ilişkin ikinci ve üçüncü bölümde, gerekse Mahkeme içtihatlarını etkileyen temel ilkelerin belirlenmesine ilişkin birinci bölümde temel materyalimiz, Mahkemenin konuya bakışını belirlemek açısından birincil kaynak olan Mahkeme içtihatları olmuştur. Dolayısıyla Mahkeme içtihatlarından örnekler getirerek genel ilkelere ulaşmaya çalıştık, yani tümevarımsal bir yöntem uygulamaya gayret ettik. Mahkeme içtihatları yanında, bu içtihatları ele alan; kitaplar, makaleler, internet kaynakları gibi, literatür taramasıyla elde edilen ikincil kaynakları da mümkün olduğunca kullandık.

1. BÖLÜM

AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKININ KAPSAMININ BELİRLENMESİNDE ETKİLİ OLAN İLKELER

1.1. MAHKEME İÇTİHATLARINA HÂKİM OLAN GENEL İLKELER

1.1.1 Mahkemenin İnceleme Yöntemi

1.1.1.1 Mahkemenin Uyguladığı Test

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinin 8. maddesi aşağıdaki gibidir:

“Her kişi, özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

Bu hakkın kullanımına, bir kamu makamı tarafından, ulusal güvenlik, kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı/(esenliği) yararı için, düzensizliğin ya da suçun/(suç işlenmesinin) önlenmesi için, sağlığın ya da ahlakın korunması için, yasaya uygun olarak getirilen ve bir demokratik toplumda gerekli olanlar dışında/(hariç), hiçbir müdahalede bulunulmayacaktır.”⁴

Bilindiği üzere; 8, 9, 10 ve 11. maddeler için öngörülen sınırlama sistemi aynıdır⁵. Bu maddelerin ikinci fıkraları, sınırlama şartlarını düzenlemektedir. Yukarıda metnini alıntıladığımız 8. madde açısından da aynı durum geçerlidir. Maddenin birinci fıkrasında koruma altına alınan haklar, ikinci fıkrada ise hakkın hangi koşullarda sınırlandırılacağı gösterilmiştir.

⁴ Gemalmaz, M. S. (2011a). *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri: I. Cilt Bölgesel Sistemler*. İstanbul: Legal, s. 11-12. Maddenin İngilizce metni aşağıdaki gibidir. Bkz.: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_ENG.pdf (26.05.2014)

“Everyone has the right to respect for his private and family life, his home and his correspondence. There shall be no interference by a public authority with the exercise of his right except such as is in accordance with the law and is necessary in a democratic society in the interests of national security, public safety or the economic well-being of the country, for the prevention of disorder or crime, for the protection of health or morals, or for the protection of the rights and freedoms of others.”

⁵ Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A. ve Zwaak, L. (2006). *The System of Restrictions* (Revised by Yutaka Arai). İçinde: Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A. ve Zwaak, L. (Editörler), *Theory and Practise of European Convention on Human Rights (Fourth Edition)*. Antwerpen – Oxford: Intersentia, s. 334.

Tablo: Mahkemenin uyguladığı test

Soru1: Başvuru Sözleşmedeki maddelerden biri kapsamında değerlendirilebilir mi?	
Evet: Soru-2'ye geç	Hayır: Sözleşme kapsamında incelenebilir bir mesele yok, başvurunun reddi
Soru-2: Söz konusu madde kapsamında değerlendirilen hakka müdahale edilmiş mi?	
Evet: Soru-3'e geç	Hayır: İhlal yok, başvurunun reddi
Soru-3: Müdahale kanun tarafından düzenlenmiş/öngörülmüş mü?	
Evet: Soru-4'e geç	Hayır: Sözleşme ihlali
Soru-4: Müdahale, 2. fıkradaki meşru amaçlardan birine mi yöneliyor?	
Evet: Soru-5'e geç	Hayır: Sözleşme ihlali
Soru-5: Müdahale demokratik toplumda gerekli mi?	
Evet: İhlal yok, başvurunun reddi	Hayır: Sözleşme ihlali

Mahkeme, hakkın sınırlandırılmasını öngören ve sınırlayıcı sayımla (*numerus clausus*) ifade edilen ikinci fıkranın dar yorumlanması gerektiğini ifade etmiş⁶ ve bu maddelerle ilgili başvurularda, uzun yıllardır yerleşmiş, sistematik ve iki aşamalı bir inceleme yöntemi geliştirmiştir. Birinci aşamada, 8-11 arası maddelerin birinci fıkralarında düzenlenen haklardan birine müdahale olup olmadığı; ikinci aşamada ise söz konusu müdahalenin ilgili maddelerin ikinci fıkraları bağlamında meşru olup olmadığı incelenir⁷. Böylece, bir önceki sayfada gösterilen şemada belirtilen sırayla sorulan beş soruluk bir test ortaya çıkar. Bu sorulardan birine olumsuz yanıt verilmesi durumunda diğer soruların incelenmesine genellikle geçilmez⁸.

Bu inceleme yöntemi, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı açısından da geçerlidir. Buna göre, öncelikle aile hayatı kapsamında değerlendirilebilecek bir başvuru olduğu ve aile hayatına yönelik bir müdahale olduğu tespit edilir. Bu bölümde, Mahkemenin içtihatlarına yön veren ilkeleri ele alacağımız için, hangi ilişkilerin 8. madde anlamında “aile hayatı” teşkil ettiğini ikinci bölümde inceleyeceğiz.

Eğer aile hayatı kapsamında değerlendirilebilecek bir hakka yönelik müdahale varsa, müdahalenin hukuk tarafından düzenlenip düzenlenmediğine bakılır⁹. Bu açıdan müdahaleye temel oluşturan hukuki düzenlemenin ulaşılabilir ve öngörülebilir olması gerekir¹⁰. Bunun için, kamusal makamların Sözleşmedeki haklara keyfi bir biçimde müdahale etmesine karşı bazı yasal tedbirler

⁶ Örneğin bkz.: Funke v. France, 10828/84, 25.02.1993, § 55; Silver and Others v. The United Kingdom, 5947/72, 25.03.1983, § 95.

⁷ Van Dijk, Van Hoof, Van Rijn ve Zwaak, 2006, s. 334-335; Harris, D.J., O’Boyle, M., Bates, E.P. ve Buckley, C. M. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (çev.: M. Bingölcü Kılıcı). Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları. (Eserin orijinali 2009’da yayımlandı), s. 369; Roagna, I. (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması* (Birinci Baskı) (çev. A. G. Alkış Schaling). Avrupa Konseyi: Avrupa Konseyi Yayınları (Eserin orijinali 2012’de yayımlandı), s. 10-11.

⁸ Douwe Korff, *The Standart Approach Under Articles 8-11 ECHR and Article 2 ECHR*. http://ec.europa.eu/justice/news/events/conference_dp_2009/presentations_speeches/KORFF_Douwe_a.pdf (06.03.2015). Yukarıda gösterilen şema, bu yazı dikkate alınarak düzenlenmiştir.

⁹ “Mahkeme, ‘hukukun öngördüğü’ ifadesindeki ‘hukuk’ (law) sözcüğünün sadece ‘yasa’yı (statute) değil, ama yazılı olmayan hukuku da kapsadığını dikkate almıştır.” Bkz. Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74, 26.04.1979, § 47, çeviri Osman Doğru’ya ait, bkz.: <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32> (07.03.2015).

¹⁰ Verschraegen, B. (2002). *International Encyclopedia for Family and Succession Law – Suppl. 20 (May 2002 – Council of Europe)*, Editör: W. Pintens. The Netherlands: Kluwer Law International, s. 48. Bkz.: Rekvényi v. Hungary, 25390/94, 20.05.1999, § 34; Sunday Times v. The United Kingdom, § 49; N.F. v. Italy, 37119/97, 02.08.2001, § 26.

geliştirilmelidir. Temel hakları etkileyen konularda, idareye sınırsız bir takdir yetkisi tanınması, Sözleşmede yer alan demokratik toplum kavramının temel değerlerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı düşer. Sonuç olarak hukuk, yetkili makamlara verilen takdir yetkisinin kapsamını ve bu yetkinin kullanım tarzını yeterli bir açıklıkla göstermelidir¹¹.

Örneğin, tutuklu ya da mahkûmun aile üyeleriyle ilişkisini inceleyen *Titarenko ve Shalimov* davalarında, başvurusunun yakın aile üyeleriyle görüşmesini sınırlayan makamlara verilen takdir yetkisinin sınırları yeterince açık bir şekilde belirlenmediği için, başka bir incelemeye gitmeden Sözleşmenin ihlal edildiğine karar verilmiştir¹². İlgili makamlara verilen takdir yetkisinin çok genel nitelikte tanımlanmasından yakınılan başka bir konu da çocuğun devlet koruması altına alınmasıdır¹³. *Eriksson ve Olsson (No. 2)* davalarında koruma altına alınan çocuklarla ebeveynlerinin görüşmelerine sosyal hizmet makamları tarafından getirilen sınırlamaların yeterli hukuki temele dayanmadığı gerekçesiyle ihlal kararı verilmiştir¹⁴.

Mahkemeye göre, hukuken öngörülme/yasaya uygunluk kriteri açısından usulî(*procedural*) güvencelerin varlığı da önem taşımaktadır. Ne tür bir usulî güvence öngörülmesi gerektiği, müdahalenin niteliğine göre değişecektir. Mahkeme, 8. madde açısından, hakka müdahale teşkil eden kararın gerekçeleri ve delillerinin, bağımsız merciler önünde ve makul bir zamanda tekrar gözden geçirilmesini sağlayacak çekişmeli hukuki çarelerin var olup olmadığını dikkate aldığını belirtmiştir¹⁵.

Bu bağlamda aile hayatını ilgilendiren ve aile birliğinin bozulması sonucunu doğuran, sınır dışı etme ya da ülkeye kabul etmeme gibi, uluslararası göç ile ilgili

¹¹ Gillan and Quinton v. The United Kingdom, 4158/05, 12.01.2010, § 77; Rotaru v. Romania, 28341/95, 26.11.2014, § 55; Hasan and Chaush v. Bulgaria, 30985/96, 26.10.2000, § 4; Maestri v. Italy, 39748/98, 17.02.2004, § 30; Funke v. France, 10828/84, 25.02.1993, § 56-57; Al-Nashif v. Bulgaria, 50963/99, 20.06.2002, § 119; Ramazanov and Others v. Azerbaijan, 44363/02, 01.02.2007, § 62; Glas Nadezhda EOOD and Anatoliy Elenkov v. Bulgaria, 14134/02, 11.10.2007, § 46; Vlasov v. Russia, 78146/01, 12.06.2008, § 125; Meltex Ltd and Movsesyan v. Armenia, 32283/04, 17.06.2008, § 81.

¹² Titarenko v. Ukraine, 31720/02, 20.09.2012, §102; Shalimov v. Ukraine, 20808/02, 04.03.2010, §88.

¹³ Harris, O'Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 412.

¹⁴ Eriksson v. Sweden, 11373/85, 22.06.1989, § 65; Olsson v. Sweden (no.2), 13441/87, 27.11.1992, § 80.

¹⁵ Oleksandr Volkov v. Ukraine, 21722/11, 09.01.2013, § 170; P.G. and J.H. v. the United Kingdom, 44787/98, 25.09.2001, § 46.

meselelerde yasal ve usulî güvencelerin varlığı önemlidir¹⁶. Örneğin *Al-Nasif* davasında, başvurucunun eşi ve çocuklarıyla birlikte yaşadığı Bulgaristan'dan hiçbir gerekçe gösterilmeden ve kararın gözden geçirilmesi olanağı verilmeden sınır dışı edilmesi, hukuken öngörülme/yasaya uygunluk kriterine aykırılık sonucunu doğurmuş ve başka incelemeye gerek kalmadan ihlal kararı çıkmasına sebep olmuştur¹⁷. Yine, *Kotiy* davasında, başvurucunun pasaportuna bir soruşturma sebebiyle el konulmuş, bu sebeple başvurucu eşi ve çocuklarının yaşadığı Almanya'ya 3 yıl boyunca gidememiştir. Mahkeme bu duruma karşı başvurulabilecek yeterli usuli güvencelerin olmaması sebebiyle, müdahalenin hukuken öngörülmediği sonucuna ulaşmıştır¹⁸.

Şemada da belirttiğimiz gibi, “hukuken öngörülme/yasaya uygunluk” aşamasından sonra, müdahalenin meşru bir amaca yönelip yönelmediği incelenir. 8. maddenin 2. fıkrasında sayılan meşru amaçlar şunlardır¹⁹:

- Ulusal güvenlik;
- Kamu emniyeti ya da ülkenin ekonomik refahı;
- Suç ya da düzensizliğin önlenmesi;
- Sağlık ya da ahlakın korunması;
- Başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması.

Belirtmek gerekir ki; devletler uygun bir amaçla hareket ettikleri konusunda çoğunlukla Mahkemeyi ikna etmişlerdir²⁰. Yukarıda belirtilen sınırlandırma sebepleri 8. madde kapsamında yer alan tüm haklar için geçerlidir. Pratikte, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı açısından en çok başvuru alan meşru amaçlar ise “sağlık ya da ahlakın korunması” ile “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” olarak göze çarpmaktadır²¹. Mahkeme, bu ikinci sınırlama sebebi bağlamında, çocuğu ilgilendiren davalarda çocuğun menfaatlerini dikkate alır²². Örneğin çocuğun koruma altına alınması ya da velayet ile ilgili kararlarda,

¹⁶ *Al-Nashif v. Bulgaria*, 50963/99, 20.06.2002, § 122; *Lupsa v. Romania*, 10337/04, 08.06.2006, § 34; *Liu v. Russia*, 42086/05, 06.12.2007, § 58, 59; *Kotiy v. Ukraine*, 28718/09, 05.03.2015, § 68.

¹⁷ *Al-Nashif v. Bulgaria*, § 125, 126.

¹⁸ *Kotiy v. Ukraine*, § 69, 70.

¹⁹ Gemalmaz, 2011a, s. 12.

²⁰ Harris, O'Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 415.

²¹ Kilkelly, U. (2004). Children's Rights: A European Perspective. *Judicial Studies Institute Journal*, 4(2), s. 72.

²² Kilkelly, 2004, s. 72.

sınırlandırma sebebi olarak genellikle “başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması” gösterilir²³.

Öte yandan, yabancıların bir suç sebebiyle sınır dışı edilmesi konusunda müdahale gerekçesi olarak çoğu zaman “suç ya da düzensizliğin önlenmesi” gösterilmektedir²⁴. Sınırdışı davalarında nadiren de olsa “ülkenin ekonomik refahı” gerekçesine de dayanılmaktadır²⁵. Tutuklunun aile üyeleriyle görüşmesine sınırlama getirilmesine ilişkin davalarda da “suç ya da düzensizliğin önlenmesi” ve/ya “kamu emniyeti” amaçlarına dayanılmaktadır²⁶.

1.1.1.2. Demokratik Toplumda Gereklilik

Şemada görüldüğü üzere, “demokratik toplumda gereklilik” bir müdahalenin Sözleşmeye uygun olup olmadığının değerlendirilmesinde başvurulan önemli bir kriterdir. Bu kriter ile bir müdahalenin Sözleşmeye aykırı olup olmadığını tespit için Mahkemeye önemli bir takdir yetkisi verilmiştir²⁷. Nitekim Mahkeme içtihatlarının çoğunda, demokratik toplumda gereklilik üzerinde tartışma yapılmıştır²⁸. Bu önemi sebebiyle demokratik toplumda gerekliliğin ne anlama geldiğini ayrı bir başlık altında ele almak istedik.

Demokratik toplumda gereklilik kavramı Mahkeme içtihatları ile somutlaştırılmıştır²⁹. Dolayısıyla Mahkeme, “demokratik toplum” ve “gereklilik” kelimelerinin anlamlarına ilişkin bazı değerlendirmelerde bulunmuştur. Mahkemeye göre demokratik toplum, çoğulculuk, hoşgörü ve açık fikirliliğin hayat bulduğu bir toplumdur³⁰. Mahkeme, “gerekli”(necessary) sıfatının ise, bir yandan

²³ Örneğin bkz.: Neulinger and Shuruk v. Switzerland, 41615/07, 06.07.2010, § 106; Penchevi v. Bulgaria, 77818/12, 10.02.2015, § 65; Ageyevy v. Russia, 7075/10, 18.04.2013, § 125.

²⁴ A.A. v. The United Kingdom, 8000/08, 20.09.2011, § 52; Bouchelkia v. France, 23078/93, 29.01.1997, § 44; Boujlifa v. France, 122/1996/741/940, 21.10.1997, § 39; Boultif v. Switzerland, 54273/00, 02.08.1990, § 45; Maslov v. Austria, 1638/03, 23.06.2008, § 67; Omojudi v. the United Kingdom, 1820/08, 24.11.2009, § 40; Bousarra v. France, 25672/07, 23.09.2010, § 51.

²⁵ Kil Kelly, U. (2001a), *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Göserilmesi Hakkı (Birinci Baskı)*. Almanya: Avrupa Konseyi Yayınları, s. 52; Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 427.

²⁶ Örneğin; Ferla v. Poland, 55470/00, 20.05.2008, § 43; Gabor Kovacs v. Hungary, 15707/10, 17.01.2012, § 37; Moiseyev v. Rusia, 62936/00, 09.10.2008, § 253.

²⁷ Greer, S. (1997). *The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*. Council of Europe: Council of Europe Publishing, s. 14.

²⁸ Gomien D., Harris D. ve Zwaak L. (1996). *Law and Practice of the ECHR and Social Charter*. Germany: Council of Europe Publishing, s. 215.

²⁹ Pekel, A. (2014). İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak “Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(2), s. 371.

³⁰ Handyside v. The United Kingdom, 5493/72, 07.12.1976, § 49.

“zorunlu”(indispensable)³¹ sözcüğü ile anlamdaş olmadığını, öte yandan “kabul edilebilir”, “olağan”³², “yararlı”, “makul”³³ veya “arzu edilen” deyimleri gibi esnekliğe sahip olmadığını ifade etmektedir³⁴.

Mahkemeye göre, bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olabilmesi için baskın bir toplumsal ihtiyacı(*pressing social need*) karşılaması ve özellikle, güdülen meşru amaçla orantılı/ölçülü(*proportionate to the legitimate aim pursued*) olması gerekir. Buna ek olarak, ulusal makamların müdahaleyi meşrulaştırmak için ileri sürdükleri gerekçelerin, meşru amaçla ilgili ve amacı meşrulaştırmak için yeterli olması gerekir(*relevant and sufficient*). Bu bakımdan, yerel makamlara belirli bir ölçüde takdir alanı(*margin of appreciation*) tanınmıştır. Ancak yerel makamların değerlendirmeleri Strasbourg organlarının denetimine tabidir³⁵.

Mahkeme baskın bir sosyal ihtiyacın var olup olmadığını sorgulamak için ölçülülük/orantılılık ilkesine dayanmaktadır³⁶. Bu ilke Sözleşmede gösterilen haklar ile meşru amaçlar arasında adil bir denge kurulmasında başvuru, en önemli ilkelerden biridir³⁷. Ölçülülük/orantılılık, genellikle hakka müdahalenin meşru amaçla haklı kılınandan daha sert olup olmadığıyla ilgilidir³⁸. Bu ilke ile Mahkeme, başvurucunun aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ve kamu yararı ya da duruma göre başka bir bireyin yararı (aile ile ilgili davalarda çoğu zaman çocuğun yararı) arasında adil bir denge (*a fair balance*) kurulup kurulmadığını inceler³⁹.

Sonuç olarak, Mahkemenin demokratik toplumda gereklilik açısından yaptığı değerlendirmede “baskın bir toplumsal ihtiyaç”, “müdahalenin ölçülülüğü/orantılılığı”, “uygun, inandırıcı, ilgili ve yeterli gerekçe” ve “bireysel yarar

³¹ AİHS m. 2/2'deki "mutlaka gerekli", m. 6/1'deki "kesinlikle gerekli" ifadeleri ve m. 15/1'deki "durumun zorunluluklarının kesin olarak gerektirdiği ölçüde" ifadesi ile karşılaştırınız.

³² AİHS m. 4/3-a'daki olağan(*ordinary*) kelimesi ile karşılaştırınız.

³³ m. 5/3 ve m. 6/1'deki makul(*reasonable*) kelimesi ile karşılaştırınız.

³⁴ Handyside v. The United Kingdom, § 48, çeviri Osman Doğru'ya aittir, bkz.: <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25> (07.03.2015). Aynı ifadenin geçtiği kararlar için bkz.: Malofeyeva v. Russia, 36673/04, 30.05.2013, § 132; Berladir and Others v. Russia, 34202/06, 10.07.2012, § 45; Barthold v. Germany, 8734/79, 25.03.1985, § 55; Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74, 26.04.1979, § 59.

³⁵ S. and Marper v. The United Kingdom[GC], 30562/04, 30566/04, 04.12.2008, § 101; The United Kingdom[GC], 24876/94, 18.01.2001, § 104.

³⁶ Yıldız, M. (1998). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı (Birinci Baskı)*. İstanbul: Alfa, s. 183.

³⁷ Christoffersen, J. (2009). *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers, s. 31.

³⁸ Üzeltürk, S. (2004). *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*. İstanbul: Beta, s. 247.

³⁹ Arslan Öncü, G. (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı Özel Yaşamın Korunması Hakkı*. İstanbul: Beta, s. 375 ve 377.

ile kamusal yarar (ya da, 8. madde açısından, başka bir bireyin yararı) arasındaki denge” kriterlerini somut olaya uygulayarak karar vermektedir⁴⁰.

1.1.2. “Takdir Alanı”(Margin of Appreciation) Doktrini

1.1.2.1. Doktrinin Temeli, İşlevi ve Uygulanmasına İlişkin Kriterler

Sözleşmede yer almayan “takdir alanı” kavramı, tamamen Strasbourg organlarının içtihatları sonucunda ortaya çıkmış⁴¹, kararlarda sıklıkla karşılaşılan ve hakkında çok fazla yorum yapılan önemli bir ilke durumuna gelmiştir⁴². Taraf devletlerin farklı hukuk sistemleri ve uygulamalarına sahip olmaları karşısında; Strasbourg organları, davalı devletin Sözleşmeyi ihlal edip etmediğine karar vermek için takdir alanı doktrininden yararlanmaktadır⁴³. Doktrin, Sözleşmeciler devletlerin egemenlik hakları ile uluslararası denetim mercileri olan Strasbourg organları arasındaki ilişkinin belirlenmesi probleminden doğmuştur⁴⁴. Yani, bu doktrinle Mahkeme, gerekli olmayan durumlarda Sözleşmeciler devletlerin egemenlik haklarına tecavüz etmekten çekinmeyi amaçlamaktadır⁴⁵.

Bu sebeple, takdir alanı doktrininin Sözleşmenin “ikincilliği-tamamlayıcılığı”(subsidiarity) ilkesi”nden kaynaklandığını⁴⁶ söylemek makul olacaktır. Çünkü Mahkemenin görevi, Sözleşmeciler devletlerin yerine geçmek değil, denetimi sağlamaktır. Yani Sözleşmenin uygulanmasından sorumlu olan makam öncelikle Sözleşmeciler devlettir⁴⁷. Her ne kadar açıkça ifade edilmemişse de, Sözleşme hükümlerinin dikkatli bir şekilde incelenmesi sonucu, ikincillik ilkesinin Sözleşmede mevcut olduğu görülecektir. 1, 13 ve 35. maddeler birlikte okunduğunda, Sözleşmenin tamamlayıcılık/ikincillik karakteri ortaya çıkmaktadır⁴⁸. Dolayısıyla taraf devletler, Sözleşmeden kaynaklanan yükümlülüklerin yerine

⁴⁰ Gözübüyük, A. Ş. ve Gölcüklü, F. (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi (Dokuzuncu Bası)*. Ankara: Turhankitabevi, s. 380.

⁴¹ Hutchinson, M. R. (1999). The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, 48(3), s. 639.

⁴² Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 12.

⁴³ O’Donnell, T. A. (1982). The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, 4(4), s. 475.

⁴⁴ Hutchinson, 1999, s. 647.

⁴⁵ Hutchinson, 1999, s. 640.

⁴⁶ Tümay, M. (2008). The “Margin of Appreciation Doctrine” Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights. *Ankara Law Review*, 5(2), s. 205-206.

⁴⁷ Handyside v. The United Kingdom, § 48-50.

⁴⁸ Tümay, 2008, s. 204, 205.

getirilmesi için hangi önlemlerin gerekli olduğunu tespit etmek ve bunları hayata geçirmek konusunda özgürdürler. Mahkemenin işlevi ise alınan bu önlemlerin Sözleşmeye uygun olup olmadığını tespit etmektir⁴⁹.

Öte yandan, takdir alanı doktrini, yalnızca Sözleşmenin hayata geçirilmesindeki farklı uygulamalarla ilgili değildir. Bir hakka müdahalenin Sözleşmeye uygun olup olmadığının incelenmesi sırasında da bu doktrinden yararlanılır. Mahkeme; bir müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirilmesi sırasında, birey ile toplumun menfaatleri arasında adil bir denge kurulup kurulmadığının değerlendirilmesinde devletlere takdir alanı tanımıştır⁵⁰. Örneğin Büyük Dairenin(*Grand Chamber*) nispeten yakın tarihli bir kararında bu durum şu şekilde ifade edilmektedir:

*“Mahkeme şimdi, çatışma halinde olan haklar arasında denge kurulmasını ve bunu yaparken, **devletin faydalandığı takdir yetkisini göz önüne alarak**, söz konusu tedbirin zorunlu bir sosyal ihtiyaca cevap verip vermediğini ve özellikle bunun ulaşılmak istenen amaçla «orantılı» olup olmadığını belirlemek zorundadır. Dolayısıyla, (...) Mahkeme bu davada, (...) başvurusunun 8. madde anlamında korunan özel yaşam haklarına saygı hakkı ile, (...) İrlanda halkının derin ahlaki değerleri ve dolayısıyla, doğacak çocuğun yaşamının korunması zorunluluğu arasında makul bir denge kurulup kurulmadığını incelemek zorundadır. Mahkeme, istenen **makul dengenin kurulup kurulmadığını belirleme noktasında devlete tanınan takdir yetkisi genişliğinin belirleyici bir rol oynadığını belirtmektedir.**”⁵¹*

Yine, herhangi bir edimin Sözleşmecî devletin pozitif yükümlülüğünde olup olmadığını belirlenmesinde de bu doktrinden yararlanılır⁵².

Kısaca, “takdir alanı”nın; Mahkeme önüne gelen bir uyuşmazlığın Sözleşme açısından değerlendirilmesinde, ulusal ya da toplumsal özellikler, gelenekler,

⁴⁹ “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium (Merits), s. 32.

⁵⁰ Arai-Takahashi, Y. (2001). *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Antwerpen – Oxford – New York: Intersentia Publishers, s. 8.

⁵¹ A, B and C v. Ireland, 25579/05, 16.12.2010, § 229-231, Avrupa Konseyi’nin insan haklarına destek Fonu’nun desteğiyle hazırlanan Türkçe çeviriden alınmıştır. Vurgular ve bazı dil bilgisi düzeltmeleri bize aittir. Aynı yönde: *Dubská and Krejzová v. The Czech Republic*, 28859/11, 28473/12, 11.12.2014, § 87.

⁵² Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 12. Örneğin bkz.: *M.C. v. Bulgaria*, 39272/98, 04.12.2003, § 150-155; *Söderman v. Sweden*, 5786/08, 12.11.2013, § 78-79.

değer yargıları gibi davalı devlete özgü bazı unsurların *belli bir ölçüde* göz önünde tutulması anlamına geldiği söylenebilir⁵³. Yani bu doktrin, Sözleşmenin tarafı olan ülkelerin kendine özgü koşulları dikkate alınarak, onlara *belirli bir ölçüde* takdir yetkisi (*discretion*)⁵⁴ ya da özgürlük⁵⁵ verilmesini ifade etmektedir. Öte yandan bu takdir yetkisi ya da özgürlük sınırsız değildir ve Mahkemenin denetimine tabidir. Bir sınırlandırmanın Sözleşme ile uzlaştırılıp uzlaştırılmayacağı konusunda son sözü söyleme hakkı Mahkemenindir⁵⁶.

Yukarıdaki ifadelerde “belirli bir ölçüde” ifadesi dikkati çekmektedir. Dolayısıyla, takdir alanının sınırlarının belirlenmesi için bu ölçünün nasıl ayarlanacağı önemli bir meseledir. Her ne kadar takdir alanı doktrininin uygulaması olaydan olaya değişmekteyse de, Mahkeme takdir alanı sınırlarının belirlenmesi için bazı kriterler geliştirmiştir. Bu kriterleri maddeler halinde aşağıdaki şekilde sıralayabiliriz:

- 1) Konsensüs: Davaya konu olan herhangi bir kavramla ilgili, kavramın tanımı ya da uygulanması bakımından Sözleşmeciler devletler arasında konsensüs varsa takdir alanı daralacak, konsensüs yoksa takdir alanı genişleyecektir⁵⁷.
- 2) Dava konusu hakkın özelliği⁵⁸: Örneğin mülkiyet hakkına ilişkin bir konuda, ifade özgürlüğüne göre daha geniş bir takdir alanı vardır⁵⁹.
- 3) Müdahalenin yöneldiği amaç⁶⁰: Örneğin sınırlamanın gerekçesi milli güvenliğin sağlanması, ya da genel ahlakın korunması⁶¹ ise takdir alanı geniş olacaktır. Öte yandan, örneğin, “yargı organının otorite ve tarafsızlığının sağlanması”

⁵³ Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011, s. 149.

⁵⁴ Arai-Takahashi, 2001, s. 2. Benzer bir tanımlama için, bkz.: Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 12.

⁵⁵ O’Donnel, 1982, s. 475.

⁵⁶ Stoll v. Switzerland [GC], 69698/01, 10.12.2007, § 101; Steel and Morris v. The United Kingdom, 68416/01, 15.02.2005, § 87.

⁵⁷ Atakan, A. (2010). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme. *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 16(3-4), s. 33; Tümay, 2008, s. 215; O’Donnel, 1982, 479. Bkz.: Evans v. the United Kingdom, 6339/05, 10.04.2007, § 77; X, Y and Z v. the United Kingdom, § 44, Fretté v. France, 36515/97, 26.02.2002, § 41, Christine Goodwin v. The United Kingdom, 28957/95, 11.07.2002, § 85.

⁵⁸ Atakan, 2010, s. 34; Hutchinson, 1999, s. 640.

⁵⁹ Van Dijk, P. ve Van Hoof G.J.H. (1998). *Theory and Practise of the European Convention on Human Rights*. Hague – The Netherlands: Kluwer Law International, s. 88.

⁶⁰ Van Dijk ve Van Hoof, 1998, s. 89.

⁶¹ Handyside v. The United Kingdom, § 48.

gibi, amacın anlam olarak daha net bir şekilde ifade edildiği durumlarda takdir alanı dardır⁶².

Buna göre, takdir alanının sınırları; hakkın özelliğine, hakkın birey için önemine, sınırlandırılan eylemin niteliğine ve ulaşılmak istenen amaca göre değişecektir⁶³. Bu kriterler de Mahkemenin genel anlayışı olan “olay temelli yaklaşım(*case by case approach*)” esasına dayanmaktadır⁶⁴. Yani bu kriterlerin uygulaması olayın şartlarına göre esneklik gösterebilecektir.

1.1.2.2. Takdir Alanı Doktrini ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı

8. madde kapsamında; özel hayata, aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı şeklinde, dört farklı hak ihdas edilmiştir. Dolayısıyla bu hakların özelliklerine göre takdir alanı daralıp genişleyecektir. Bu sebeple, örneğin “özel yaşama saygı hakkı” ile “aile yaşamına saygı hakkı” için belirlenen takdir alanı farklılık arz edecektir⁶⁵. Hatta bu haklar altında ele alınan farklı hukuksal çıkarlar için farklı takdir alanı uygulamaları mümkündür⁶⁶.

Bireyin varlığı ya da kimliğini ilgilendiren bir konuda takdir alanı sınırlı olacaktır⁶⁷. Bu bağlamda Mahkemeye göre, tehlikede olan hukuksal çıkar kişinin mahremini ilgilendiriyorsa takdir alanı dardır⁶⁸. Örneğin, eşcinsel ilişkilerin kriminalize edildiği *Dudgeon* davası, “özel hayat” kategorisinde değerlendirilmiş ve konu kişinin mahrem alanına müdahale içinde değerlendirildiğinden takdir alanının dar olacağı sonucuna varılmıştır⁶⁹. Cinsel yönelim temelinde farklı bir uygulamanın 14. madde açısından meşrulaştırılmasında takdir alanı dardır⁷⁰. Yine, kimlik hakkı ve bu kapsamda değerlendirilen, kişinin geçmişi hakkında bilgi sahibi olması konusunda da takdir alanı dardır⁷¹.

⁶² Sunday Times v. The United Kingdom, § 59.

⁶³ Connors v. The United Kingdom, 66746/01, 27.05.2004, § 82.

⁶⁴ Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011, s. 150.

⁶⁵ Arslan Öncü, 2011, s. 381. Bkz.: Jaggi v. Switzerland, 58757/00, 22.10.2006, § 37.

⁶⁶ Arai-Takahashi, 2001, s. 63.

⁶⁷ A, B and C v. Ireland, § 232; Evans v. The United Kingdom, § 77; Hämäläinen v. Finland, 37359/09, 16.07.2014, § 67. X and Y v. the Netherlands, 8978/80, 26.03.1985, § 24, 27; Christine Goodwin v. The United Kingdom, § 90.

⁶⁸ Connors v. The United Kingdom, § 82; Dubská and Krejzová v. The Czech Republic, § 93; Gillow v. the United Kingdom, 9063/80, 24.11.1986, § 55.

⁶⁹ Dudgeon v. the United Kingdom, 7525/76, 22.10.1981, § 52.

⁷⁰ X and Others v. Austria, § 99; Kozak v. Poland, 13102/02, 02.03.2010, § 92; Karner v. Austria, 40016/98, 24.10.2003, § 41.

⁷¹ Pascaud v. France, 19535/08, 16.06.2011, § 59.

Öte yandan, aile hayatı konusunda devletlerin takdir alanı özel hayata nispeten daha geniştir. Bunun, tespit edebildiğimiz iki sebebi var:

Birincisi; Mahkemenin, sosyal ya da ekonomik politikaların uygulanmasına ilişkin konularda takdir alanının geniş olduğunu ifade etmesidir⁷². Bu durum; takdir alanı doktrininin Sözleşmecî Devletlerin egemenliği problemi dolayısıyla ortaya çıktığı göz önünde bulundurulduğunda, anlaşılır görünmektedir. Bu bağlamda, devletlerin uyguladığı göç politikaları konusunda takdir alanının geniş olduğu ifade edilmiştir⁷³. Göç politikaları konusunda geniş takdir yetkisi tanınmasının bir başka sebebi, Mahkemenin bu politikaları devlet egemenliğinin bir parçası olarak görmesidir⁷⁴. Göç ile ilgili sorunlar, sınırdışı ya da ülkeye kabul etmeme işlemlerinden dolayı aile birliğinin bozulduğu durumlarda ortaya çıkmaktadır.

İkincisi; Strasbourg Organlarının, çocuğun menfaatlerini ilgilendiren konularda Sözleşmecî devletlere geniş bir takdir alanı tanıma eğiliminde olmalarıdır⁷⁵. Bunun sebebi, ilgili devletteki çocuğu korumakla görevli makamların ya da yargısal mercilerin çocuğun menfaatlerini tespit etme noktasında uluslararası bir yargıca göre daha avantajlı olmasıdır. Çünkü Mahkemeye göre yerel makamlar çocukla ve ilgililerle doğrudan temasa geçme fırsatına sahiptir⁷⁶. Bu bağlamda velayet ve çocuğun devlet koruması altına alınması konusunda devletlerin geniş bir takdir alanına sahip olduğu ifade edilmiştir. Ancak, çocuk ile ebeveyn arasındaki görüşmelerin düzenlenmesi bağlamında Mahkemenin daha sıkı bir denetim uyguladığı görülmektedir⁷⁷.

Takdir alanı bağlamında pozitif yükümlülüklerden söz edecek olursak, Mahkeme 8. maddeden kaynaklanan pozitif yükümlülüklerde Avrupa Konseyi üyesi ülkeler arasındaki farklı uygulamalardan dolayı, devletlerin geniş bir takdir alanına sahip olduğunu ifade etmiştir⁷⁸. Çünkü pozitif yükümlülükler, bazı durumlarda bireyler arası ilişkileri ilgilendirmektedir ve bu ilişkilerin nasıl

⁷² Blečić v. Croatia, 59532/00, 29.07.2004, § 65; Dubská and Krejzová v. The Czech Republic, § 93.

⁷³ Palanci v. Switzerland, 2607/08, 25.03.2014, § 52; M. P. E. V. and Others v. Switzerland, 3910/13, 08.07.2014, § 53; AİHK'nin Tanko v. Finland (23634/94, 19.05.1994) kararı.

⁷⁴ Arai-Takahashi, 2001, s. 68.

⁷⁵ Arai-Takahashi, 2001, s. 64.

⁷⁶ Neulinger and Shuruk v. Switzerland, § 138; Tiemann v. France and Germany (Admissibility), 47457/99, 47458/99, 27.04.2000; Carlson v. Switzerland, 49492/06, 06.11.2008, § 69; Penchevi v. Bulgaria, 77818/12, 10.02.2015, § 55; P., C. and S. v. the United Kingdom, 56547/00, 16.07.2002, § 115.

⁷⁷ Sahin v. Germany, 30943/96, 08.07.2003, § 65; K. and T. v. Finland, 25702/94, 12.07.2001, § 155. Johansen v. Norway, 17383/90, 07.08.1996, § 64.

⁷⁸ Hämäläinen v. Finland, 37359/09, 16.07.2014, § 67.

düzenleneceği konusundan devletler farklı sistemler ve yaklaşımlar geliştirebilirler⁷⁹.

Yukarıda sadece Mahkemenin takdir alanı konusundaki genel yaklaşımını ortaya koymaya çalıştık. İlgili konularda nasıl bir yaklaşım sergilendiğini aşağıda ayrıntılı olarak inceleyeceğiz.

1.1.3. “Pozitif Yükümlülükler” Doktrini

1.1.3.1. Doktrinin Teorik Temeli ve

Mahkeme İçtihatlarında Ortaya Çıkışı

Bilindiği üzere, Jellinek’in meşhur ve klasikleşmiş sınıflandırmasına göre insan hakları; negatif, pozitif ve aktif statü hakları olmak üzere üçe ayrılır⁸⁰. Bu ayırım, bireyin devlet karşısındaki konumu ve bireyin devletten beklediği edimin niteliğine göre temellenmektedir⁸¹. Kişinin devlet tarafından dokunulamayacak özel alanının sınırlarını çizen negatif statü hakları, devlete negatif bir tutum alma, yani “gölge etmeme” görevi yükler⁸². Dolayısıyla bu haklar, bireyler tarafından kullanılmasına veya yararlanılmasına devletin müdahale etmemesini gerektiren haklardır⁸³. Pozitif statü hakları ise devletin yerine getirmek zorunda olduğu edimleri kapsar, devletten olumlu bir davranış, bir hizmet ya da yardım talep etme imkânı tanır⁸⁴. Birey bu haklarını yalnızca devletin aktif bir tutum alması yoluyla kullanabilir⁸⁵. Aktif statü hakları ise kamu işlerinin yönetimine katılma yetkisi veren haklardır⁸⁶.

Günümüzde pozitif-negatif ayırımının önemini yitirdiğini ifade eden ve bu ayrımı eleştiren görüşler de bulunmaktadır. Devlete yüklenen edimin niteliği bakımından kesin sınırlar çizilmesi mümkün değildir⁸⁷. Buna göre, “pozitif-negatif

⁷⁹ Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28.05.1985, § 67; Von Hannover v. Germany (No. 2), 40660/08, 60641/08, 07.02.2012 § 104; X and Y v. The Netherlands, § 24; Odièvre v. France [GC], 42326/98, 13.02.2003, § 46; Söderman v. Sweden, § 79.

⁸⁰ G. Jellinek, *L’Etat moderne et son droit* (Trad. G. Fardis-Paris, 1913), c. II, s. 51 vd.’den naklen: Kapani M. (1993). *Kamu Hürriyetleri (Yedinci Tıpkı Basım)*. Ankara: Yetkin, s. 6

⁸¹ Algan, B. (2007). *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Ankara: Seçkin, s. 38.

⁸² Kapani, 1997, s. 6.

⁸³ Kalabalık, H. (2013). *İnsan Hakları Hukuku (Üçüncü Baskı)*. Ankara: Seçkin, s. 58; Akın İ. (1987). *Kamu Hukuku (Beşinci Bası)*. İstanbul: Beta, s. 262; Algan, 2007, s. 38; Kapani, 1997, s. 6.

⁸⁴ Akın, 1987, s. 261; Kapani, 1997, s. 6; Kalabalık, 2013, s. 59; Algan, 2007, s. 38.

⁸⁵ Algan, 2007, s. 38.

⁸⁶ Akın, 1987, s. 261, 262, Kapani, 1997, s. 7; Algan, 2007, s. 38.

⁸⁷ Algan, 2007, s. 38.

dikotomisi (*ikileşim, ikili ayırım*)” konuyu çok basite indirgemektedir: Negatif statü haklarının da bazı “pozitif” ve “maliyetli” yönleri bulunabileceği gibi, pozitif statü haklarının da bazı “negatif” ve “maliyetsiz”, yani “derhal uygulanabilecek” yönleri bulunabilir⁸⁸. Negatif statü haklarının kurumsallaşabilmesi ve etkili bir şekilde kullanılabilmesi için, devletin çeşitli şekillerde olumlu edimlerde bulunması gerekir, adil yargılanma hakkı bu duruma örnektir. Negatif statü hakları arasında değerlendirilen adil yargılanma hakkının hayata geçirilebilmesi, devletin bağımsız ve tarafsız mahkemeler kurmasına bağlıdır⁸⁹. Ayrıca, devletin bazı davranışlardan kaçınması ve ihmalde bulunması suretiyle negatif bir hakkı ihlal edebileceği de belirtilmektedir⁹⁰.

Nitekim, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin (AİHM) uzun süreden beri kabul ettiği üzere; klasik açıdan “negatif” olarak değerlendirilen, yani aslında “müdahaleyi” yasaklayan, medeni ve siyasi hakların düzenlendiği AİHS, bazı pozitif edim yükümlülüklerini de kapsamaktadır⁹¹. *Airey* kararında bu durum açıkça belirtilmiştir:

*“Sözleşme, düzenlediği haklar alanında bireyi gerçek ve pratik olarak korumayı amaçlamaktadır. Sözleşme asıl olarak kişisel ve siyasal hakları düzenlemekle birlikte, bunların birçoğunun sosyal ve ekonomik sonuçları da vardır.”*⁹²

Belirtmek gerekir ki, pozitif yükümlülüklerin bir kısmı Sözleşme metninde açıkça belirlenmiş, bir kısmı ise Mahkeme içtihatlarıyla ortaya çıkmıştır⁹³. Örneğin; yaşama hakkının “yasayla” korunacağı (m. 2), insanlık dışı olmayan cezaevi koşullarının sağlanması (m. 3), adil yargılanma hakkı kapsamında mahkemeye başvuru imkânı, adli yardım ve tercüman imkânı (m. 6), Sözleşme metninde

⁸⁸ Koch I. E. (2005). Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties? *Human Rights Law Review*, 5(1), s. 84.

⁸⁹ Kalabalık, 2013, s. 59; Algan, 2007, s. 39. *Kalabalık*, söz konusu sınıflandırmanın yapay olduğunu ifade etmektedir. *Algan*'a göre de bu ayırım, kategorize edilen hakların tümü bakımından geçerli değildir ve bir genellemeden öteye geçmez.

⁹⁰ Bahçeci, B. (2007). Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları. İçinde: *Erdoğan Teziç'e Armağan*. İstanbul: Beta, s. 517.

⁹¹ Koch, 2005, s. 96.

⁹² *Airey v. Ireland*, 6289/73, 09.10.1979, § 26, çev. Osman Doğru. Bkz.: <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=34> (09.06.2014)

⁹³ White, C. A. R., ve Ovey, C. (2010). *Jacops, White and Ovey: The European Convention on Human Rights (Fifth Edition)*. United States: Oxford University Press, s. 100; Harris, O'Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 19.

açıkça belirtilmiş pozitif edim yükümlülükleri arasındadır⁹⁴. Bunun yanında, Mahkeme içtihatlarında, her somut olay özelinde Sözleşmedeki hakların etkili kullanılıp kullanılmadığı değerlendirilmekte ve devletlerin yükümlülüklerinin kapsamı bu çerçevede incelenmektedir. Böylece devletin pozitif yükümlülükleri her somut olay kapsamında özel olarak değerlendirilmektedir⁹⁵. Mahkeme pozitif yükümlülükler konusunda genel bir teori geliştirmek zorunda olmadığına karar vermiştir⁹⁶. Yani Mahkeme her olayı kendi özgün koşullarına göre incelemek konusunda kendisini yetkili görmektedir. Öte yandan Mahkemenin pozitif yükümlülük bağlamında yaptığı incelemenin, başvuruçunun Sözleşmeden kaynaklanan haklarını kullanabilmesi ve bu hakların korunması için gerekli önlemlerin alınıp alınmadığını sorgulamak olduğu söylenebilir⁹⁷.

Mahkeme içtihatlarıyla ortaya çıkmış olan pozitif yükümlülüklerin dayanağı olarak Sözleşmenin 1. maddesi gösterilmektedir⁹⁸: “*Yüksek Sözleşmeci Taraflar bu Sözleşmenin I. Bölümünde tanımlanan hakları ve özgürlükleri kendi yargı yetki alanında bulunan herkes için güvence altına alacaklardır*”⁹⁹. Mahkeme, bu maddenin belirli haklar bakımından devletlere pozitif yükümlülük getirdiği şeklinde bir yorum benimsemiştir¹⁰⁰.

Mahkeme devletlerin pozitif yükümlülükleri olduğunu ilk defa, “*Belçika Dil Davası*” olarak bilinen davada kabul etmiştir¹⁰¹. Mahkemeye göre; hazırlık çalışmalarından ve negatif ifadesinden anlaşıldığı üzere, 1. Ek Protokolün 2. maddesi, devletlere eğitim masraflarını karşılama ya da bu konuda bazı ödemeler yapma yükümlülüğü yüklememektedir. Ancak bu, devletlerin hiçbir pozitif yükümlülüğü olmadığı anlamına gelmez. Eğitim hakkı da, diğer haklar gibi,

⁹⁴ Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 20.

⁹⁵ Boyar O. (2013). Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki. İçinde: Sibel İnceoğlu (Editör), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (Üçüncü Baskı). İstanbul: Beta, s. 55.

⁹⁶ Plattform “Ärzte Für Das Leben” v. Austria, 10126/82, 21.06.1988, § 31. Bkz.: Boyar, 2013, s. 55.

⁹⁷ Hokkanen v. Finland, 19823/92, 23.09.1994, § 55/2; López Ostra v. Spain, 16798/90, 09.12.1994, § 51/2.

⁹⁸ Arslan Öncü, 2011, s. 48; Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011, s. 45.

⁹⁹ Gemalmaz, 2011a, s. 7.

¹⁰⁰ Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 19. İlgili kararlar için örneğin bkz.: Mukhitdinov v. Russia, 20999/14, 21.05.2015, § 60; Nada v. Switzerland, 10593/08, 12.09.2012, § 168.

¹⁰¹ Marguenaud J. P. (2004). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yorum Yöntemleri. İçinde: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Birinci Baskı)*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 50; Karagözler, 2013, s. 138; Bahçeci, 2007, s. 519. Bkz.: “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium (Merits), 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968, s. 28. Pozitif yükümlülüklerin ilk defa ifade edildiği dava olarak *Marckx v. Belgium*, (6833/74, 13.06.1979) kararını gösterenler de vardır. Bkz.: Boyar, 2013, s. 54, 55; Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 20.

egemenlik alanı içerisindeki herkesin haklardan yararlanmasını öngören 1. maddenin korumasından yararlanır¹⁰². Mahkemenin daha sonraki kararlarında da, 1. maddeye atıfla, devletlerin ölüm (m.2) ve işkence (m.3) olaylarını etkili bir şekilde soruşturmak gibi bir pozitif yükümlülük altında oldukları belirtilmiştir¹⁰³.

Pozitif yükümlülükler doktrininin doğal bir sonucu, Sözleşmenin “yatay etkisi”dir¹⁰⁴. *X and Y* davasında, pozitif yükümlülüklerin, özel hayata ve aile hayatına saygının koruması için kişiler arası ilişkiler ile ilgili bazı tedbirlerin alınmasını da kapsadığı ifade edilerek, “yatay etki”nin pozitif yükümlülüklerden kaynaklandığına işaret edilmiştir¹⁰⁵. “Yatay etki” ile kastedilen, bireyler aleyhine AİHM’ye başvurmak değildir, başvurular her durumda devlet aleyhine yapılır¹⁰⁶. Ancak hak ihlali, devletin hukuken veya maddî olarak bireylerin haklarının ihlal edilmesini önleyememesinden dolayı ya da devletin faillerin cezalandırılmasını mümkün kılmamış olmasından kaynaklanır¹⁰⁷. Yani iddia konusu ihlal, devlete atfedilebilir olmalıdır.

Yatay uygulamanın kaynağı olarak Sözleşmenin 13. ve 17. maddeleri gösterilmektedir¹⁰⁸. 13. madde “*ihlal fiili resmi görev yapan kimseler tarafından bu sıfatlarına dayanılarak yapılmış olsa da*” diyerek ihlal fiilinin özel kişilerden kaynaklanabileceğini de kabul etmiş durumdadır¹⁰⁹. 17. madde ise, devletin yanında özel hukuk kişilerine gönderme yapmıştır¹¹⁰.

Sözleşmenin yatay etkisinin bir “sonuç yükümlülüğü” değil, “koruma/önlem alma yükümlülüğü” olduğunu belirtmek gerekir¹¹¹. Devletlerin yükümlülükleri arasında negatif-pozitif ayrımının yanı sıra, saygı-koruma/önlem-sonuç(*respect-protect-fulfil*) yükümlülüğü şeklinde bir ayrım yapılmaktadır¹¹². Saygı yükümlülüğü

¹⁰² “Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium” v. Belgium (Merits), s. 28.

¹⁰³ McCann and Others v. The United Kingdom, 18984/91, 27.09.1995, § 161. Benzer kararlar: Marguš v. Croatia, 4455/10, 27.05.2014, § 125; Layijov v. Azerbaijan, 22062/07, 10.04.2014, § 51; Dzhulay v. Ukraine, 24439/06, 03.04.2014, § 51.

¹⁰⁴ Janis, M. W., Kay, R. S. ve Bradly, A. W. (2010). *European Human Rights Law* (Third Edition). New York: Oxford University Press, s. 398; Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011, s. 45.

¹⁰⁵ X and Y v. The Netherlands, 8978/80, 26.03.1985, § 23.

¹⁰⁶ Boyar, 2013, s. 60.

¹⁰⁷ Akandji-Kombe, J. F. (2008). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler (Birinci Baskı)*. Belçika: Avrupa Konseyi Yayınları, s. 15.

¹⁰⁸ Arslan-Öncü, 2011, s. 56.

¹⁰⁹ Bu sonuca, söz konusu ifadenin mefhum-u muhalifinden ulaşılmaktadır. Bkz.: Boyar, 2013, s. 62.

¹¹⁰ Arslan-Öncü, 2011, s. 56.

¹¹¹ Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011, s. 46.

¹¹² Koch, 2005, s. 85.

klasik ayırmada negatif yükümlülüklerle denk düşerken, koruma/önlem ve sonuç yükümlülükleri ise pozitif yükümlülükleri karşılar¹¹³. Koruma/önlem alma yükümlülüğü; taraf devletin, hakkın üçüncü kişilere karşı korunması için uygun ve makul önlemleri alması anlamına gelir¹¹⁴. Bu yükümlülüğün yerine getirilmesi için sonucun mutlaka başarılması gerekli değildir. Sonuç yükümlülüğü ise, hakların hayata geçirilmesi için yasal, mali, yargısal vb. bazı adımlar atılması anlamına gelir¹¹⁵. Yani sonuç yükümlülüğü Sözleşmeye aykırılık oluşturan hususun devlet tarafından ortadan kaldırılması yükümlülüğüdür. Aykırılığın ortadan kaldırılması hakkında benimsenecek usul ve ilgili ayrıntılar, devletin takdir alanı içerisindedir¹¹⁶.

1.1.3.2. Pozitif Yükümlülükler Doktrini ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı

Yukarıda pozitif edim yükümlülükleri ile ilgili söylenenler, Sözleşmenin, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını düzenleyen 8. maddesi açısından da geçerlidir. Mahkeme *Marckx* kararından beri¹¹⁷, birçok kararında, 8. maddenin kişiyi yalnızca kamusal makamların keyfi müdahalelerine karşı korumadığını, öncelikli olan bu negatif anlayışın yanında, aile hayatına etkin “saygı” (*respect*) kavramının özünde bazı pozitif yükümlülüklerin de bulunduğunu belirtmektedir¹¹⁸. Görüldüğü üzere Mahkeme, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında devletlerin pozitif yükümlülüklerini “saygı” kavramına dayandırmaktadır¹¹⁹. Çünkü Sözleşmedeki diğer haklar “herkes şu özgürlüğe/hakka sahiptir” (*everyone has the right to freedom of ...*) şeklinde düzenlenirken, 8. madde “... saygı gösterilmesi

¹¹³ Boyar, 2013, s. 55.

¹¹⁴ Arslan Öncü, 2011, s. 49. Örneğin *Hansen v. Turkey* (36141/97, 23.09.2003) davasında; eski eşi tarafından çocuklarıyla görüşmesi engellenen (§ 13) başvurusunun, çocuğuyla görüşme hakkını kullanabilmesi için, davalı Türkiye hükümetinin yeterli ve etkili çabayı sarf etmediğinden dolayı ihlal kararı verilmiştir (§ 58).

¹¹⁵ Koch, 2005, s. 81. Örneğin *Airey* davasında, İrlanda’da fiili ayrılığın hukuken tanınması imkanı sağlayan yasaların bulunmaması dolayısıyla Sözleşmenin ihlal edildiğine karar verilmiştir (§ 33). Mahkeme burada, devletten bu aykırılığı sonlandırmasını talep etmektedir.

¹¹⁶ Arslan Öncü, 2011, 52.

¹¹⁷ Heringa, A. W. ve Zwaak, L. (2006). *The Right to Respect for Privacy. İçinde: Theory and Practise of European Convention on Human Rights* (Fourth Edition) (Ed.: Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A. ve Zwaak, L.). Antwerpen – Oxford: Intersentia, s. 739.

¹¹⁸ *Marckx v. Belgium*, 6833/74, 13.06.1979 § 31; *Airey v. Ireland*, § 32; *X and Y v. The Netherlands*, § 23; *Stubbings and Others v. The United Kingdom*, 22083/93, 22095/93, 22.10.1996, § 62; *Tereshchenko v. Russia*, 33761/05, 05.06.2014, § 123; *Aksu v. Turkey*, 4149/04, 41029/04, 15.03.2012, § 59.

¹¹⁹ Gómez-Arostegui, H. T. (2005). *Defining Private Life Under the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations. California Western International Law Journal*, 35(2), s. 156, 157.

hakkına sahiptir”(everyone has the right to respect for...) şeklinde düzenlenmiştir¹²⁰. Pozitif yükümlülüklerin dayanaklarından biri olarak madde metninde geçen “saygı” kavramının gösterilmesinin sebebi, saygı kavramının üçüncü kişilerin saygı göstermesini içerecek şekilde anlaşılmaya müsait olmasıdır. Yani, “saygı gösterilmesine hak” Sözleşmenin “yatay etkisi”ni çağrıştırmakta, hakka üçüncü kişiler tarafından da saygı gösterilmesi gerektiğini ima etmektedir.

Bununla birlikte Mahkeme, “saygı” kavramının açık ve kesin bir anlamı olmadığını belirtmektedir. Sözleşmeciler devletlerin aile hayatı konusundaki uygulamalarının geniş bir çeşitlilik arz etmesinden dolayı, “saygı” kavramının gerektirdiği yükümlülükler, olaydan olaya değişiklik gösterebilir. Dolayısıyla, toplumun kaynakları ve ihtiyaçları ile kişilerin çıkarlarını göz önünde bulundurarak Sözleşmeye uygun adımların atılması konusunda devletlerin geniş bir takdir marjı bulunmaktadır¹²¹.

“Saygı” kavramının anlamının belirsiz olması, pozitif yükümlülüklerin kapsamı açısından da sorun oluşturmaktadır. Mahkemeye göre, devletlerin pozitif ve negatif yükümlülükleri arasındaki sınırlar, kesin bir tanım yapmaya elverişli değildir. Ancak uygulanabilecek ilkeler her iki konuda da büyük ölçüde benzerdir. Gerek negatif gerekse pozitif yükümlülükler açısından, birey ile toplumun yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulmalıdır; bu dengenin kurulmasında devletler önemli bir takdir marjından yararlanırlar¹²².

Mahkemenin bu yaklaşımının keyfiliğe yol açtığını ifade eden görüşler bulunmaktadır. Bilindiği üzere, Sözleşmeciler devletin 8. maddeye “icra” bir hareketle müdahale etmesi durumunda, maddenin 2. fıkrası gündeme gelmekte ve Mahkeme müdahalenin meşruluğunu 2. fıkraya bağlı kalarak değerlendirmektedir. Öte yandan, pozitif yükümlülükler söz konusu olduğunda ise, bir “müdahale” bulunmamaktadır, bu yüzden Mahkeme 2. fıkraya bağlı kalmaz, yukarıda belirtildiği gibi, toplum ve bireyin yarışan menfaatleri arasında adil bir denge

¹²⁰ Clayton, G. (2008). *Textbook on Immigration and Asylum Law (Third Edition)*. United Kingdom: Oxford University Press, s. 290.

¹²¹ Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, § 67.

¹²² Keegan v. Ireland, 16969/90, 26.05.1994, § 49; Powell and Rayner V. The United Kingdom, 9310/81, 21.02.1990, § 41; Rees v. The United Kingdom, 9532/81, 17.10.1986, § 37.

kurmaya çalışır¹²³. Mahkemenin karar verirken tek ölçütünün bu olması, geniş bir keyfiliğe ve tutarsızlığa yol açmaya müsaittir¹²⁴.

Ayrıca, belirtmek gerekir ki, negatif ve pozitif yükümlülük kavramları yeterince açık ve sınırları kesin kavramlar değildir. Örneğin *Gaskin* davasında¹²⁵, Mahkeme yargıçlarından Wildhaber'e göre, çocuğun geçmişini öğrenmeye ilişkin talebin ilgili makamlar tarafından reddi yönündeki işlem, hem *negatif yükümlülük* anlamında bir *müdahale*, hem de çocuğun bu bilgiye erişimini sağlama *pozitif yükümlülüğünün ihmali* olarak değerlendirilebilir. Bu yüzden yargıç Wildhaber hem pozitif hem de negatif yükümlülükler bakımından 2. fıkra bağlamında; "müdahale"nin kanunla öngörülüp öngörülmediği, meşru amaçlardan birini taşıyıp taşımadığı ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığı açısından inceleme yapılmasını önermektedir¹²⁶. Bu yöntem, keyfiliği tamamen sona erdirmese de büyük ölçüde azaltabilir¹²⁷.

Bu çalışmanın yapıldığı zamanlarda verilen kararlarda görebildiğimiz kadarıyla, Wildhaber'in görüşü Mahkeme tarafından benimsenmemektedir¹²⁸. Ancak gerek doktrinde¹²⁹ gerekse Mahkeme içtihatlarında¹³⁰, pozitif ve negatif yükümlülüklerin sınırlarının belirli olmadığı, her iki durumda da toplum ve birey arasındaki menfaatlerin dengelenmesinde benzer koşulların dikkate alınacağı konusunda mutabakat vardır.

Bu sebeple biz de, devletlerin pozitif yükümlülüklerini tek tek saymayı ve bu başlık altında ayrı ayrı incelemeyi uygun bulmadık. Çünkü benzer olayların hem pozitif hem de negatif edim yükümlülük kapsamında incelenmesini gerektirebilecek

¹²³ Gómez-Arostegui, 2005, s. 157. Mahkeme bu noktada, isterse, 8. maddenin 2. fıkrasında yer alan esasları kriter olarak değerlendirebileceğini belirtmiştir. Bkz.: Powell and Rayner v. The United Kingdom, § 41; Rees v. The United Kingdom, § 37; Hatton And Others v. The United Kingdom, 36022/97, 02.10.2001, § 96; López Ostra v. Spain, 16798/90, 09.12.1994, § 51.

¹²⁴ Concurring Opinion of Judge Wildhaber, *Stjerna v. Finland*, 18131/91, 25.11.1994. Bkz Warbrick, C. (1998). The Structure of Article 8. *European Human Rights Law Review*. 1998(1), 32-36.

¹²⁵ *Gaskin v. The United Kingdom*, 10454/83, 07.07.1989. Mahkeme davayı pozitif yükümlülükler kapsamında ele almıştır.

¹²⁶ Concurring Opinion of Judge Wildhaber, *Stjerna v. Finland*.

¹²⁷ Warbrick, 1998, s. 36.

¹²⁸ Örneğin; P.K. v. Poland, 43123/10, 10.06.2014, § 80 vd; López Guió v. Slovakia, 10280/12, 03.06.2014, 82 vd.

¹²⁹ Heringa ve Zwaak, 2006, s. 745; Arslan Öncü, 2011, s. 54; Bahçeci, 2007, s. 520; Yıldırım, G., (2004). Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesinin Genişlemiş Yorumu İle Sağlanan Koruma. İçinde: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Birinci Baskı)*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 388.

¹³⁰ Mahkemenin ilgili içtihatlarına yukarıda değindik.

yönleri bulunabilmektedir¹³¹. Dolayısıyla biz, devletlerin yükümlülüklerini bir bütün olarak aşağıda, “aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının kapsamı” bölümünde ele almaya çalışacağız.

1.1.4. Evrimci Yorum Anlayışı (Doktrini) ve Özerk Kavramlar Doktrini

1.1.4.1. Doktrinlerin Anlamı ve Birbiriyle İlişkisi

Mahkeme, Sözleşmede korunan haklar ile ilgili başvurularda, ampirik bir yaklaşım sergilemiş, genel ilke koymak yerine, mevcut olayın özel koşullarını değerlendirerek buna göre kararlar vermiştir¹³². Gelişen süreç içerisinde elbette ki birtakım genel ilkeler oluşmuştur. Ancak bu genel ilkeler her olayın spesifik özellikleri değerlendirilmek suretiyle, zamanla yerleşmiştir.

Mahkemeye göre Sözleşme, günümüz hayat koşulları içerisinde değerlendirilmesi gereken, yaşayan bir belgedir¹³³; bu belgenin, insan hakları ile ilgili artan standartları karşılamak için, uluslararası hukukta ve Sözleşmeciler devletlerin toplumsal yapılarındaki değişim ve gelişmeler de göz önünde bulundurularak yorumlanması gerekir¹³⁴. Karar verirken asıl belirleyici olan, Sözleşmenin kabul edildiği zamanki koşullar değil, hâlihazırda Avrupa toplumunda geçerli olan koşullardır¹³⁵. Yani, Mahkeme Sözleşmeyi yorumlarken sadece kaleme alındığı dönemin şartlarını değil, toplumun değişen yapı ve özelliklerini de göz önünde bulundurarak karar verir¹³⁶. Mahkemenin benimsemiş olduğu bu yaklaşıma “evrimci/dinamik yorum anlayışı” denmektedir¹³⁷.

Mahkemenin evrimci yorum yaklaşımının doğal sonucu, “özerk/otonom kavramlar doktrini” olmuştur¹³⁸. Çünkü kavramları yorumlarken ilgili devletin iç hukukuyla sınırlı kalmak, gelişen ihtiyaçlara cevap vermek ve Sözleşmeyi günün

¹³¹ Nitekim Mahkeme yeni tarihli bir kararında; bir olayın hem pozitif hem de negatif yükümlülük açısından değerlendirilebilecek yönleri olabileceğini ifade etmiştir. Olayda biyolojik annenin, başkası tarafından evlat edinilmiş olan çocuğuyla iletişim kurması ve çocuğu hakkında bilgi alması ilgili makamlar tarafından reddedilmiştir. Mahkeme neticede konunun hangi yükümlülük kapsamına girdiğini kesin olarak ifade etmemiş fakat davayı 2. fıkra kapsamında incelemeye almıştır. Bkz.: I.S. v. Germany, 31021/08, 05.06.2014, § 70.

¹³² Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011, s. 139.

¹³³ Tyrer v. The United Kingdom, 5856/72, 25.04.1978, § 31.

¹³⁴ Demir and Baykara v. Turkey, 34503/97, 12.11.2008, § 146.

¹³⁵ Marcx v. Belgium, 6833/90, 13.07.1979, § 40; Tyrer v. The United Kingdom, § 31. Ayrıca bkz.: Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 7.

¹³⁶ Doğan, İ. (2013). *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Astana, s. 321.

¹³⁷ Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011, s. 142; Doğan, 2013 s. 321, 322.

¹³⁸ Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011, s. 142.

koşullarına uyarlamaya engel teşkil edebilir. Gerçekten de, evrimci yorumu yalnızca devletlerin iç hukuktaki gelişmeleri ile sınırlandırmak Sözleşmeden beklenen etkin korumayı sağlamak bakımından sakıncalı olacaktır¹³⁹. Başka bir deyişle Mahkeme, devletlerin iç hukuklarında, kavrama verdikleri anlamları gerekçe göstererek yargılamaları atlatmalarını önlemek için özerk/otonom kavramlar doktrinini geliştirmiştir¹⁴⁰. Bu sebeple Mahkeme, Sözleşmede düzenlenen terim ve kavramları yorumlarken, kendini iç hukuk düzenlemeleriyle bağlı görmeyerek kavram ve terimlerin Sözleşmedeki anlamını tespit etmeye çalışır¹⁴¹.

Mahkemeye göre; “Sözleşmedeki özerk kavramlara devletlerin getirmiş olduğu tanımlamalar Mahkeme için yalnızca nispi bir değere sahiptir ve başlangıç noktasından fazla bir şey ifade etmez”¹⁴². Sözleşmedeki çoğu kavramın tanımının yapılmamış olması karşısında, Mahkemenin bu yaklaşımı gayet makuldür. Çünkü Sözleşmenin tarafı olan 47 devletin kavramlara farklı anlamlar vermesi olağandır¹⁴³.

1.1.4.2. Evrimci Yorum Anlayışı, Özerk Kavramlar Doktrini ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı

Mahkeme kararlarına yansıyan bu genel özellikler Sözleşmenin 8. maddesi bakımından da geçerli olmuştur. Mahkeme, 8. maddedeki kavramları özerk kavramlar olarak yorumlamıştır¹⁴⁴. Ayrıca evrimci yorum anlayışının sonuçlarını bu madde bakımından görmek mümkündür. 8. madde ile korunan menfaatlerin anlamları geniş olmasına ek olarak, Mahkeme de bu kavramları geniş yorumlamıştır¹⁴⁵. 8. madde, artık yalnızca “mahremiyet”i (özel hayat ve konuta yönelik tehditler) koruyan bir hak olmaktan çıkmış, kişisel güvenlik, kendini

¹³⁹ Yıldız, 1998, s. 35.

¹⁴⁰ Letsas, G. (2004). The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR. *European Journal of International Law*. 15(2), s. 282.

¹⁴¹ Sancakdar, O. (2005). AİHM Kararlarının Türk İdare Hukukuna Etkileri Konusunda Genel Gözlemler. *Amme İdaresi Dergisi*, 38(1), s. 90.

¹⁴² Chassagnou and Others v. France, 25088/94, 28331/95, 28443/95, 29.04.1999, § 100.

¹⁴³ Arslan Öncü, 2011, s. 36.

¹⁴⁴ Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 367; Arslan Öncü, 2011, s.40. *Arslan Öncü*, “haberleşme”nin ulusal hukuktaki anlamıyla anlaşıldığını ifade etmektedir.

¹⁴⁵ Warbrick, 1998, s. 34.

gerçekleştirme, kimlik, aile yaşamı ve ilişkileri, cinsel davranışlar, fiziksel ve psikolojik bütünlüğü ve bazı iş ilişkilerini de kapsayan bir noktaya gelmiştir¹⁴⁶.

“Aile hayatı” hakkında da Mahkeme aynı yaklaşımı benimsemiştir. Mahkeme, “aile hayatı”nın varlığına, her olayın kendi özel şartları temelinde karar verir¹⁴⁷. Mahkemeye göre “aile hayatı” terimi, Mahkemenin içtihatları sonucunda oluşan özerk bir anlama sahiptir¹⁴⁸. Dolayısıyla Mahkeme, “aile hayatı”nın belirlenmesinde Sözleşmecî devletlerin iç hukukları ile bağlı değildir. Bu durum, söz konusu kavramın kapsamının genişletilmesi noktasında Mahkemeye önemli bir esneklik payı bırakmıştır¹⁴⁹. Gerçekten de, Mahkeme içtihatlarına bakıldığında, Mahkemenin iç hukuktaki aile tanımlarıyla bağlı kalmadığı, gelişen süreç içerisinde sosyal koşullardan yola çıkarak çok farklı ilişki biçimlerini “aile hayatı” kavramı içinde değerlendirdiği görülmektedir¹⁵⁰. Bu konu ikinci bölümde ayrıntısıyla incelenecektir.

1.2. “AİLE HAYATI” İLE İLGİLİ İÇTİHATLARI ŞEKİLLENDİREN ÖZEL İLKE: “ÇOCUĞUN YÜKSEK MENFAATLERİ”

1.2.1. Birleşmiş Milletler (BM) Çocuk Hakları Sözleşmesi ve Diğer Uluslararası Belgelerin Önemi Ve Etkisi

Türkçe aile hukuku literatüründe “çocuğun yüksek menfaatleri” olarak ifade edilen, uluslararası hukuk metinlerinde İngilizce ifadeyle “*best interests of the child*” şeklinde yer alan ilke, klasik hakları kapsayan ve Protokollerdeki sınırlı düzenlemeler haricinde toplumdaki zayıf gruplara açık bir atıfta bulunmayan¹⁵¹ AİHS’de yer almamaktadır.

AİHS’de, çocuklara ilişkin açık ve doğrudan düzenlemeler çok azdır. Sözleşmenin, sadece 5/1-d ve 6/1 maddelerinde “küçük” (*juvenile, minor*) kelimesi

¹⁴⁶ Feldman, D. (1997). Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights. *European Human Rights Law Review*. 1997(3), s.266; Bu konuda bkz.: Salihpaşaoğlu, Y. (2013). Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 17(3), s. 227-266.

¹⁴⁷ Nada v. Switzerland [GC], 10593/08, 12.09.2012, § 152.

¹⁴⁸ Van Der Heijden v. The Netherlands, 42857/05, 03.04.2012, § 40.

¹⁴⁹ Lagoutte, S. (2003). Surrounding and Extending Family Life: The Notion of Family Life in the Case Law of the European Court of Human Rights, *Nordic Journal of Human Rights*. 21(3), s. 293.

¹⁵⁰ Feldman, 1997, s. 267.

¹⁵¹ Kilkelly, U. (2010). Protecting Children's Rights under the ECHR: The Role of Positive Obligations. *Northern Ireland Legal Quarterly*, 61(3), s. 245.

yer almaktadır. Bunlara ek olarak, eşler arası eşitliği düzenleyen 7. Ek Protokolün 5. maddesi çocuklardan(*children*) bahsetmektedir. Bu madde ile Sözleşmenin 6. maddesi, “*çocuğun/küçüğün menfaatleri(interests of children/juveniles)*” kavramına önem atfederek ilgili hükümlerde bazı istisnalar meydana getirmişlerdir.

Çocuk kelimesinin bulunduğu yukarıda değinilen maddelerle ilgili gelişen içtihat, maddelerin çok spesifik birkaç konuyu düzelemeleri sebebiyle, görece sınırlı kalmıştır. Öte yandan, çocuktan bahsetmeyen Sözleşmenin 8. maddesi ve ilgili içtihat ise, zımni olarak da olsa, “çocuğun yüksek menfaatleri” kavramını sürekli bir kriter olarak dikkate almaktadır¹⁵². Böylece 8. madde; aile bağları, velayet, görüşme hakkı, çocuk kaçırma, çocuğun devlet koruması altına alınması, evlat edinme gibi konularda çocuğun yüksek menfaatleri kavramına önem veren geniş bir içtihat birikimine olanak sağlamıştır¹⁵³.

Bu içtihat birikiminin ortaya çıkmasında Mahkemenin, BM Çocuk Hakları Sözleşmesini (ÇHS) dikkate alması önemli bir rol oynamıştır. Bu durumun gerekçelerinden biri olarak Mahkeme, Sözleşmenin, boşlukta yorumlanamayacağını, uluslararası hukuka hakim olan ilkelerle uyum içinde yorumlanması gerektiğini göstermektedir. Mahkemeye göre, Sözleşme yorumlanırken, 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesinin 31/3-c bendinde söylendiği gibi, “*uluslararası hukukun taraflar arasındaki ilişkiye uygulanabilir olan ilgili kuralları*” ve özellikle insan haklarının uluslararası korunmasıyla ilgili kuralları dikkate alınmalıdır¹⁵⁴.

Buna ilaveten, Mahkeme ÇHS’yi dikkate alırken, içtihat hukukunda temel aldığı bazı ilkelere dayanmıştır¹⁵⁵. Örneğin, yukarıda değindiğimiz dinamik ve evrimci yorum anlayışı ışığında, Sözleşmede tanımı verilmeyen ve geniş yorumlanmaya müsait olan “aile hayatı” kavramı, *çocuğun* hak ve ihtiyaçlarının da 8. madde kapsamına alınması sonucunu doğurmuştur¹⁵⁶. Evrimci yorum bağlamında, “yaşayan bir belge” olan Sözleşmenin, gelişen sosyal ve hukuki koşullara uygun olarak yorumlanması da, Sözleşme sistemi dışında gelişen bazı

¹⁵² KilKelly, U. (2001b). The Best of Both Worlds for Children’s Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of UN Convention on the Rights of the Child. *Human Rights Quarterly*, 23(2), s. 312.

¹⁵³ KilKelly, 2010, s. 248.

¹⁵⁴ Neulinger and Shuruk v. Switzerland, 41615/07, 06.07.2010, § 131.

¹⁵⁵ KilKelly, 2001b, s. 308, 9.

¹⁵⁶ KilKelly, U. (2002). Effective Protection of Children’s Rights in Family Cases: An International Approach. *Transnational Law and Contemporary Problems*, 12(2), s. 336; KilKelly, 2001, s. 313.

uluslararası normların Sözleşmenin uygulanmasına dahil edilmesinde etkili olmuştur. Bu durumun ortaya çıkmasında bir başka etken, “takdir alanı” doktrindir. Mahkeme, Sözleşmeciler devletlerin çoğu tarafından kabul edilmiş standartların söz konusu olduğu durumlarda, davalı devlete daha az takdir alanı tanımaktadır¹⁵⁷. Böylece, Sözleşmeye taraf devletlerin çoğu tarafından kabul edilen, gerek bölgesel gerekse evrensel sözleşmeler, Mahkemenin karar verirken dayandığı kaynaklar arasına girmektedir. Bu bağlamda, Avrupa Konseyi üyesi bütün devletlerin imzalayıp onayladıkları¹⁵⁸ ÇHS büyük önem kazanmaktadır. Sonuç olarak çocuk ve çocuğun korunması hakkında çok az hüküm içeren AİHS’nin yorumlanması için, ÇHS’nin önemli bir rehber olduğu söylenebilir¹⁵⁹.

Gerçekten de Mahkemenin birçok kararında, ÇHS’ye atıf yapılmıştır¹⁶⁰. Hatta bazı kararlarında Mahkeme, AİHS’nin ÇHS’ye göre yorumlanması gerektiğini açıkça belirtmiştir:

*“(...) uluslararası çocuk kaçırma meselesinde, Sözleşme’nin 8. maddesinin Sözleşmeciler Devletlere yüklediği yükümlülükler, özellikle 25 Ekim 1980 tarihli Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Yönleri hakkında Lahey Sözleşmesi ile 20 Kasım 1989 tarihli Çocuk Hakları Sözleşmesi dikkate alınarak yorumlanır.”*¹⁶¹

Benzer şekilde, başka yerde şu ifadeler kullanılmıştır:

*“Mahkeme, daha önce, Çocuk Haklarına ilişkin 1989 Birleşmiş Milletler Sözleşmesi’nin, 40. maddesinden esinlenerek, ceza yargısı alanında, genç kişilerin tuttuğu yerin önemi üzerinde ve ceza davaları kapsamında onların özel hayatını koruma gerekliliğinin altını çizmiştir.”*¹⁶²

ÇHS’nin doğrudan dikkate alındığı birçok karardan son bir örnek olarak, nispeten yakın tarihli bir karardan bahsedebiliriz:

¹⁵⁷ Kilkelly, 2002, s. 337.

¹⁵⁸ BM Çocuk Hakları Sözleşmesi (*Convention on the Rights of the Child*); ABD, Somali ve Güney Sudan dışında, BM üyesi bütün devletler tarafından, yani tüm Avrupa Konseyi üyesi devletler tarafından, imzalanmış ve onaylanmıştır. Bkz.: <http://indicators.ohchr.org/> (10.01.2015).

¹⁵⁹ Kilkelly, 2001b, s. 313-14.

¹⁶⁰ Örnek birkaç karar için bkz.: T. v. The United Kingdom, 24724/94, 16.12.1999, § 44; Catan and Others v. The Republic of Moldova and Russia, 43370/04, 18454/06, 8252/05, 19.10.2012, § 136; Salduz v. Turkey, 36391/02, 27.11.2008, § 34; E.B. v. France, 43546/02, 22.01.2008, § 42 ve § 77.

¹⁶¹ Neulinger and Shuruk v. Switzerland, § 132 (Türkçe çeviri); Maire v. Portugal, 48206/99, 26.06.2003, § 72. Vurgu bize ait.

¹⁶² S. and Marper v. The United Kingdom, 30562/04, 30566/04, 04.12.2008, § 124 (Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakıf Fonu’nun desteğiyle yapılan Türkçe çeviri). Vurgu bize ait.

“(...) Mahkeme, 8. maddenin amaçları açısından, olayın somut ve istisnai koşullarını göz önünde bulundurulduğunda, çocuğun yüksek menfaatlerine yeterli ağırlığın verildiği kanaatinde değildir. Bu bağlamda, burada, kamusal makamlar tarafından gerçekleştirilen ve çocukları ilgilendiren bütün işlemlerde; çocuğun yüksek menfaatlerinin, göz önünde bulundurulması gereken en birinci husus olduğunu belirten BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 3. maddesine de atıf yapılır.”¹⁶³

Yargılamaları önemli ölçüde etkilediğini yukarıdaki alıntılarda gördüğümüz ÇHS, “çocuğun yüksek menfaatleri” ilkesi hakkında şu hükmü getirmektedir:

“Çocuklara ilişkin olarak kamusal ya da özel sosyal yardım kurumları, mahkemeleri idari makamlar yahut yasama organları tarafından yapılan bütün tasarruflarda, çocuğun en yüksek menfaatleri (ilkesi) öncelikli olarak göz önünde bulundurulacaktır (m. 3/1).”¹⁶⁴

Çocuğun en yüksek derecedeki menfaatinin gözetilmesi ilkesi, ÇHS’ye hakim olan en önemli unsurdur. Çocuğun yüksek menfaatleri, çocuklarla ilgili olan bütün eylem ve işlemlerde gözetilecek temel kavramdır¹⁶⁵. Öte yandan, bu ilkenin düzenlendiği tek yer ÇHS değildir. Birçok uluslararası belgede çocuğun yüksek menfaatleri kavramına yer verilmiştir¹⁶⁶.

Örneğin, bu kaynaklardan biri Mahkemenin atıf yaptığı¹⁶⁷ BM Çocuk Hakları Bildirgesidir (ÇHB). ÇHB’de, “Çocuk, özel korumadan yararlanacaktır, ve çocuğa, yasa ve diğer yollarla, bedensel, zihinsel, ahlaki, ruhsal ve sosyal açıdan sağlıklı ve normal biçimde ve özgür ve onuruna saygı gösterilen koşullar bu amaçlarla çıkarılacak yasalarda, çocuğun en yüksek menfaatleri (ilkesi) en başta göz önünde

¹⁶³ Nunez v. Norway, 55597/09, 28.06.2011, § 84. Vurgu bize ait.

¹⁶⁴ Sözleşmenin orijinal metni için bkz.: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> (04.09.2014). BM Genel Kurulunun 20.11.1989 tarihli, 44/25 sayılı Kararıyla kabul edilmiş ve Sözleşmenin 49. maddesi uyarınca 02.09.1990 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Bkz.: Gemalmaz, M. S. (2011b). *Ulusüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri: II. Cilt Uluslararası Sistemler*. İstanbul: Legal, s. 593 ve s. 598.

¹⁶⁵ Gemalmaz, M. S. (2012). *Ulusüstü İnsan İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt I* (8. Bası). İstanbul: Legal, s. 727.

¹⁶⁶ Örneğin: BM Genel Kurulunun 03.12.1986 tarih ve 44/85 sayılı kararıyla kabul edilen “Sosyal ve Hukuksal Haklar Bildirisi” m. 1, 5, 7; BM Genel Kurulunun 29.11.1985 tarih ve 40/33 sayılı kararıyla kabul edilen “Küçükler Bakımından Adaletin yürütümü Hakkında Birleşmiş Milletler Asgari Standart Kuralları (Pekin Kuralları)” Kural 14/2; Afrika Birliği Örgütü tarafından 11.07.1990 tarihinde kabul edilen ve 29.11.1999 tarihinde yürürlüğe giren “Afrika Çocuk Hakları ve Esenliği Şartı” m.4/1. Bkz.: Gemalmaz, 2012, s. 727; Gemalmaz, 2011b, s. 598. Benzer bir ifadeye “Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Tasfiye edilmesine Dair Sözleşme”nin 5. maddesinde de rastlanmaktadır. Orijinal metin için bkz.: <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx> (04.09.2014).

¹⁶⁷ Neulinger and Shuruk v. Switzerland, § 56

bulundurulacaktır.” ifadesi yer almaktadır¹⁶⁸. Yine Mahkemenin atıf yaptığı başka bir kaynak olan Avrupa Birliği (AB) Temel Haklar Şartında “*Kamu kurumları veya özel kuruluşlar tarafından alınmış, çocukları ilgilendiren bütün tedbirlerde, çocuğun menfaati öncelikli düşünce olmalıdır*” ifadesi yer almaktadır (m. 24/2)¹⁶⁹.

Sonuç olarak, Mahkemenin yukarıdaki Sözleşmelere, özellikle de ÇHS’ye önem vermesi ve kararlarında bu Sözleşmeleri dayanak olarak alması sebebiyle, çocuğun yüksek menfaatleri ilkesinin anlamını açıklığa kavuştururken bu sözleşmeleri göz ardı etmek mümkün değildir.

1.2.2. “Çocuğun Yüksek Menfaatleri” İlkesinin Anlamı

1.2.2.1. İlkenin Tanımlanmasındaki Zorluk

“Çocuğun yüksek menfaatleri” ilkesi, yetişkinlerin hüküm sürdüğü dünyada, zayıf durumda olan çocukları korumak için geliştirilmiştir. Çocukların başarılı birer yetişkin olabilmelerine fırsat vermek için bu ilkenin gözetilmesi, toplumun esenliğinin yükselmesine de yardımcı olur¹⁷⁰. Ayrıca, bu ilkenin göz ardı edilmesi, çocukların haklarını kullanabilmesini olumsuz etkileyecektir¹⁷¹. Bu bağlamda bu ilke, çocuğun birbiriyle çekişen hakları ya da çocuk ile başkaları arasında meydana gelen menfaat çekişmeleri arasında uzlaşma sağlanması açısından; çocuğu koruma temelli yaklaşımları destekleyen, meşrulaştıran ya da açıklayan bir işlev görmektedir¹⁷².

Öte yandan farklı gelenek ve hukuk sistemlerinde çocuğun yüksek menfaatleri ilkesi farklı yorumlamalara tabi tutulabilmekte ve böylece çok çeşitli

¹⁶⁸ BM Çocuk Hakları Bildirgesi, m. 2, bkz.: Gemalmaz, 2011b, s. 579. Orijinal ifade şu şekildedir: “...the best interests of the child shall be the paramount consideration.” Orijinal metin için bkz.: <http://www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp> (04.09.2014). BM Genel Kurulunun 10.12.1959 tarih ve 1386 (XIV) sayılı kararı.

¹⁶⁹ Avrupa Birliği ile İlişkiler Genel Müdürlüğü tarafından, Kasım 2001’de yayımlanan Türkçe çeviri, bkz. <http://www.eskisehirab.gov.tr/userfiles/files/AVRUPA%20B%20C4%B0RL%20C4%B0%20C4%9E%20C4%B0%20TEMEL%20HAKLAR%20C5%9EARTI.pdf> (17.01.2015). Şart, 07.12.2000’de ilan edilmiş, 01.12.2009’da Lizbon Andlaşmasının 6. maddesi uyarınca bağlayıcılık kazanmıştır. Sözleşmenin orijinal metni için bkz.: <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:en:PDF> (04.09.2014).

¹⁷⁰ Freeman, M. (2007). Article 3: The Best Interests of the Child. İçinde: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans, M. Verheyde and Bruce Abramson (Editörler), *Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers s. 40.

¹⁷¹ Freeman, 2007, s. 33.

¹⁷² Alston, P. (1994). The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights. *International Journal of Law and the Family*, 8(1), s. 15, 16.

anlamlara gelebilmektedir¹⁷³. Bu sebeple, çeşitli ihtiyaçlar bu ilkenin çatısı altında düşünülebilir; toplumdaki topluma ve zaman içinde¹⁷⁴ ilkenin kapsamı genişleyebilir ya da daralabilir¹⁷⁵.

Ayrıca çocuğun menfaatleri ya da ihtiyaçları arasında bir hiyerarşik sıralama yapmak çoğu zaman zordur ve bu sıralamanın sübjektif olması kaçınılmazdır. Kimilerine göre çocuğun yüksek menfaatleri ilkesi maddi ihtiyaçlar ile sınırlanabilir. Kimilerine göre ise psikolojik-duygusal esenlik daha ağır basar¹⁷⁶. Örneğin doktrinde *Eekelaar*, çocuğun menfaatleri arasında, “temel menfaatler (“*basic interests*”, fiziksel, psikolojik ve eğitimsel korumayı gerektirir)”, “gelişimsel menfaatler (“*developmental interests*”, çocuğun yetişkinliğe mümkün olduğunca az sorunla girmesine yönelik korumayı gerektirir)” ve “özerklik menfaatleri (“*autonomy interests*”, çocuğun kendi yaşam tarzını seçebilmesiyle ilgili menfaatleri)” şeklinde ayrımlar yapmakta ve “temel menfaatler”in diğerlerinden üstün olduğunu ifade etmektedir¹⁷⁷.

Görüldüğü üzere, ilke son derece karmaşık bir yapıdadır ve ilkenin kesin ve net olarak tanımlanması zordur. Yukarıda bahsedilen uluslararası belgelerde de ilkenin tanımı yer almamaktadır.

Bu durumda “çocuğun yüksek menfaatleri” kavramı nasıl açıklığa kavuşturulacaktır? Bu konuda, AİHM tarafından birçok kararda dayanak olarak gösterilmiş olan ÇHS'nin yorumlayıcısı olan Çocuk Hakları Komitesinin (ÇHK) genel yorum kararlarına bakmanın faydalı olacağını düşünüyoruz. Komite bu kararlarda ÇHS'deki bazı kavram ve ifadelerle ilgili genel ilkeler belirlemiştir. Nitekim 2013 yılında alınan bir genel yorum kararı “çocuğun yüksek menfaatleri” ilkesi üzerinedir.

¹⁷³ Alston, 1994, s. 5.

¹⁷⁴ Örneğin çocuğa bedensel ceza verilmesi geçmişte normal karşılanmakta iken, günümüzde bu durum Çocuk Hakları Komitesi tarafından çocuğun yüksek menfaatlerine aykırı bulunmaktadır. Komite'ye göre, Çocuk Hakları Sözleşmesine taraf olan devletler, kültürel koşulları bahane ederek, çocuğun yüksek menfaatleri kavramını, bedensel ceza uygulamasına devam edecek şekilde yorumlayamazlar. Bkz.: Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 8 (2006) on *the right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia)*, CRC/C/GC/8, § 26.

¹⁷⁵ Freeman, 2007, s. 27.

¹⁷⁶ Freeman, 2007, s. 27, 28.

¹⁷⁷ Eekelaar, J. (1992). Importance of Thinking That Children Have Rights. *International Journal of Law and the Family*, 6(1), s. 230-1.

Kavramın anlamını araştırırken ÇHK kararlarından yararlanmamızın sebebi ÇHS'nin, AİHM tarafından dayanak olarak kullanılması ve bütün Avrupa Komisyonu üyesi devletler tarafından onaylanan bir sözleşme olmasıdır. Dolayısıyla ÇHK'nin kararları hem AİHM'yi etkileyeceği, hem de ÇHS'nin tarafı olan devletler açısından doğrudan dikkate alınması gerektiği için önemlidir. Bu bağlamda aşağıda, ÇHS ve ÇHK kararları ile AİHM kararları arasındaki paralelliği ortaya koymaya çalışacağız.

1.2.2.2. BM Çocuk Hakları Komitesinin 2013'te Aldığı Genel Yorum Kararı

ÇHS'nin 3. maddesi çocuğun menfaatlerinin öncelikle dikkate alınması gerektiğinden bahsetmekte (*a primary consideration*), ÇHB'deki gibi, dikkate alınması gereken en yüksek değer (*the paramount consideration*) olarak ifade etmemektedir¹⁷⁸. Bunun anlamı, çocuğun menfaatlerinin her durumda zorunlu olarak karar verici olmaması¹⁷⁹, çocuğun menfaatleri ile çekişme halinde olan menfaatlerin de dikkate alınması gerekliliğidir¹⁸⁰.

ÇHK 2013 yılında “*çocuğun yüksek menfaatlerinin öncelikle dikkate alınması hakkı*” ile ilgili bir genel yorum kararı almıştır. Bu kararda, ÇHS m.3/1'de düzenlenen “çocuğun yüksek menfaatleri” ilkesinin hem bir maddi hak (“*substantive right*”, herhangi bir hukuki uyuşmazlığın çözümünde, farklı menfaatler arasında çocuğun menfaatlerinin öncelikle dikkate alınması hakkı), hem temel bir yorum ilkesi (“*fundamental, interpretative legal principle*”, birden çok anlama gelebilecek bir hükmün yorumlanmasında, çocuğun yüksek menfaatlerine en uygun olan yorumun benimsenmesi) hem de bir usul kuralı (“*rule of procedure*”, çocuğu etkileyen herhangi bir karar sürecinde, ilgili kararın çocuk üzerindeki etkisinin değerlendirilmesi yükümlülüğü) olduğu belirtilmiştir¹⁸¹.

Kararda, kavramın çok karmaşık bir yapıya sahip olduğu ve içeriğinin olay temelli bir yaklaşım sonucunda belirlenmesi gerektiği belirtilmiştir¹⁸². Bu bağlamda, çocuğun yüksek menfaatlerine ilişkin bir değerlendirmede çocuğun içinde

¹⁷⁸ Maddenin ilk tasarısında ÇHB'deki ifade benimsenmişti. Bkz.: Alston, 1994, s. 10.

¹⁷⁹ UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, 2008, Geneva-Switzerland, s. 15.

¹⁸⁰ Hodgkin, R. ve Newell, P. (2007). *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. Geneva – Switzerland: UNICEF, s. 38.

¹⁸¹ Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 (2013) *on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1)*, CRC/C/GC/2013/14, § 6.

¹⁸² CRC/C/GC/2013/14, § 32.

bulunduğu koşullara ilişkin göz önünde bulundurulması gereken durumlar örnekseyici olarak sayılmıştır:

“... yaş, cinsiyet, olgunluk seviyesi, tecrübe, bir azınlık grubuna mensup bulunma, fiziksel, duyuşsal ya da zihinsel bir özürllülüğe sahip olma gibi, ilgili çocuğun bireysel özellikleri yanı sıra; çocuğun ebeveynlerinin varlığı ya da yokluğu, çocuğun onlarla birlikte yaşayıp yaşamaması, çocuğun ailesi ya da bakıcıları ile kurduğu ilişkinin niteliği, güvenlik bakımından çocuğun çevresi, aileye/geniş aileye ya da bakıcılara alternatif olabilecek iyi seçeneklerin bulunması gibi, çocukların/çocuğun kendini içinde bulduğu sosyal ve kültürel şartlar.”¹⁸³

ÇHK'ye göre, çocuğun yüksek menfaatlerine ilişkin bir değerlendirmede cinsiyet, milliyet, kültürel kimlik, kişilik, din ve inanç gibi unsurlardan oluşan çocuğun kimliği önemli bir unsurdur¹⁸⁴. Ancak kültürel kimlik, dini/kültürel inançlar ve gelenekler ÇHS'den kaynaklanan diğer hakların ihlal edilmesine mazeret oluşturmaz¹⁸⁵. Çocuğun yüksek menfaatleri kavramı çocuğun ÇHS'deki haklarını koruyacak şekilde anlaşılmalıdır. Bir ebeveynin ya da herhangi bir makamın kültürel/dini telakkilerle çocuğun menfaati hakkında aldığı karar çocuğu ÇHS'deki haklarından mahrum bırakamaz¹⁸⁶.

Buna ek olarak ÇHK, çocuğun yüksek menfaatlerine ilişkin bir değerlendirmede çocuğun görüşlerine de yer verilmesi gerektiğine karar vermiştir. Çocuğun görüşlerine yer vermeyen bir değerlendirme, ÇHS'nin çocuğun yüksek menfaatleri ilkesini düzenleyen 3. ve çocuğun dinlenilmesi hakkını düzenleyen 12. maddesine aykırı olacaktır¹⁸⁷.

Kararda üzerinde önemle durulan bir başka unsur ise çocuğun ailesiyle bağlarının sürdürülmesidir. ÇHK'ye göre aile, çocuğun gelişimi ve esenliği açısından doğal çevresidir¹⁸⁸. Bu yüzden çocuğun ailesinden ayrılması son çare olmalıdır, salt ekonomik zorluklar kendiliğinden çocuğun ailesinden ayrılmasını

¹⁸³ CRC/C/GC/2013/14, § 48. Benzer bir ifade için bkz.: Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 6 (2005) *on treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin*, CRC/C/GC/2005/6, § 20.

¹⁸⁴ CRC/C/GC/2013/14, § 55.

¹⁸⁵ CRC/C/GC/2013/14, § 57.

¹⁸⁶ CRC/C/GC/2013/14, § 4. Ayrıca bkz.: Committee on the Rights of the Child, General comment No. 13 (2011) *on the right to protection from all forms of violence*, CRC/C/GC/13, § 61

¹⁸⁷ CRC/C/GC/2013/14, § 53.

¹⁸⁸ CRC/C/GC/2013/14, § 59.

meşru kılmaz¹⁸⁹. Göç sebebiyle aile ilişkileri kesintiye uğrarsa, aile birliğinin kurulmasında çocuğun yüksek menfaatleri hesaba katılmalıdır¹⁹⁰. ÇHS'nin 9. maddesinde de belirtildiği üzere, çocuğun menfaatleri aksini göstermedikçe; çocuk ailesinden ayrılmamalı, ayrılmış ise aile üyeleriyle kişisel ilişkilerini sürdürmesine ve doğrudan iletişim kurmasına imkân tanınmalıdır¹⁹¹. Örneğin çocuğun güvenliğine ilişkin gerçek bir tehdidin söz konusu olduğu durumlarda ailesinden ayrılması gerekli olabilir. Kararda, çocuğun menfaatleri değerlendirilirken; çocuğun her türlü fiziksel ya da psikolojik şiddet, cinsel istismar, akran baskısı, mobbing ya da aşağılayıcı muamele gibi çocuğun güvenliğini tehlikeye atan durumların da göz önüne alınması gerektiği vurgulanmıştır¹⁹².

Göz önünde bulundurulması gereken bir başka unsur çocuğun sağlığıdır. Sağlık durumu, çocuğun menfaatlerinin değerlendirilmesinde merkezi öneme sahiptir. Öte yandan, bazı durumlarda birden fazla tedavi yolu mümkün olabilir ya da bir tedavinin sonuç verip vermeyeceği kesin olarak belli değildir. Böyle durumlarda, uygulanacak olan tedavinin muhtemel avantaj ve riskleri karşılaştırılarak bir değerlendirme yapılmalıdır. Bu değerlendirmede çocuğun görüşlerine de yer verilmelidir¹⁹³.

Son olarak, çocukları ilgilendiren işlemlerde çocuğun yüksek menfaatlerini göz önünde bulundururken eğitime de önem verilmelidir. Okul öncesi eğitimini de kapsayan kaliteli ve parasız bir eğitim çocuğun menfaatinde¹⁹⁴.

Çocuğun yüksek menfaatlerinin neyi gerektirdiğine ilişkin bir değerlendirmede yukarıdaki unsurlar göz önünde bulundurulabilir. Ancak değerlendirmenin olay temelinde yapıldığı ve bu unsurlardan hepsinin her olayda bulunmayacağı bilinmelidir. Farklı olaylarda farklı unsurlar ön plana çıkabilir, hatta bazı durumlarda bu unsurlar arasında çekişme yaşanabilir¹⁹⁵. Böyle durumlarda çekişen unsurlar birbirine karşı tartılmalı ve çocuğun menfaatleri açısından en uygun yol tercih edilmelidir. Bu "tartma" işleminde, çocuğun yüksek menfaatleri

¹⁸⁹ CRC/C/GC/2013/14, § 61.

¹⁹⁰ CRC/C/GC/2013/14, § 60.

¹⁹¹ CRC/C/GC/2013/14, § 60, 65.

¹⁹² CRC/C/GC/2013/14, § 73.

¹⁹³ CRC/C/GC/2013/14, § 77.

¹⁹⁴ CRC/C/GC/2013/14, § 79.

¹⁹⁵ CRC/C/GC/2013/14, § 80, 81.

ilkesinin, çocuğun ÇHS'deki haklardan tümüyle ve etkili bir biçimde yararlanması amacına yöneldiği akılda tutulmalıdır¹⁹⁶.

1.2.2.3. AİHM İçtihatlarında Çocuğun Yüksek Menfaatleri İlkesi

Bilindiği üzere, demokratik toplumda gereklilik kriteri gereğince, bir müdahalenin Sözleşmenin 8. maddesini ihlal etmemesi için, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ile 2. fıkrada yazılı olan meşru amaçlardan biri arasında adil bir denge kurulması gerekir. Bu dengenin kurulmasında çocuğun yüksek menfaatlerinin önemini Komisyon ÇHS'den sekiz yıl önce belirtmişti:

*“Çocuğun menfaatleri ile ebeynlerin menfaatleri arasında, yalnızca ebeveynlerin zararına olacak bir şekilde çözülebilecek ciddi bir uyuşmazlık sözkonusu olursa, çocuğun menfaatleri, 8. maddenin 2. fıkrası gereğince, üstün gelmelidir.”*¹⁹⁷

Daha sonra Mahkeme de aynı görüşü paylaşmış ve bu dengenin araştırılmasında *“çocuğun yüksek menfaatlerinin neyi gerektirdiğini değerlendirmenin, her olayda hayati önem taşımakta”* olduğunu ifade etmiştir¹⁹⁸. Böylece Strasbourg organları, ebeveynin aile hayatına yönelik bir müdahalenin çocuğun yüksek menfaatleri ilkesiyle meşrulaştırılmasının mümkün olup olmadığını incelemektedir¹⁹⁹.

Örneğin *Hokkanen* kararında, aile birliğinin sağlanması için önlem alınması yükümlülüğünün mutlak olmadığı, çocuğun menfaatleri ile sınırlı olduğu, bu bağlamda devletlerin, ebeveyn ile çocuğun menfaatleri arasında adil bir dengeyi sağlamakla görevli olduğu belirtilmiştir²⁰⁰. Benzer şekilde *M.A* davasında ebeveynlerden biri ile görüşmenin çocuğa zarar vereceği durumlarda, çocuğun yüksek menfaatlerinin özellikle dikkate alınması ve çocuk ile ebeveynin menfaatleri

¹⁹⁶ Committee on the Rights of the Child, General comment no. 8 (2006) *on the right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia)* CRC/C/GC/2006/08, § 26.

¹⁹⁷ AİHK'nin *Hendriks v. The Netherlands* (8427/78, 08.03.1982) kararı, § 124.

¹⁹⁸ *K. and T. v. Finland*, 25702/94, 12.07.2001, § 154.

¹⁹⁹ *Kilkelly*, 2002, s. 342. Bu tür inceleme, genellikle aile birliğine müdahale edilen; aile bireylerinin sınırdışı edilmesi, ülkeye girişine izin verilmemesi ya da çocuğun devlet koruması altına alınması gibi davalarda söz konusu olmaktadır. Bu konulara daha geniş bir şekilde aşağıda değinilecektir.

²⁰⁰ *Hokkanen v. Finland*, 19823/92, 23.09.1994, § 58. Benzer ifade, “negatif yükümlülük” yaklaşımı kapsamında *Olsson v. Sweden* (No. 2) davasında da görülmektedir (13441/87, 27.11.1992, § 90).

arasında adil bir denge kurulması gerektiği belirtilmiştir²⁰¹. Öte yandan Mahkeme, bu dengenin sağlanmasında çocuğun menfaatlerine özellikle önem verilmesi gerektiğini ve olayın özellikleri ve ciddiyetine göre çocuğun menfaatlerinin ebeveynin menfaatlerine üstün gelebileceğini açıkça belirtmiştir²⁰².

Mahkeme, tıpkı ÇHK gibi, çocuğun yüksek menfaatlerinin, somut olayın özelliklerine göre değerlendirilmesi gerektiğini belirtmektedir. Bu bağlamda Mahkemeye göre, çocuğun yaşı ve olgunluk seviyesi, ebeveynlerin hayatta olup olmamaları, içinde bulunduğu çevre ve çocuğun deneyimleri göz önünde bulundurulmalıdır. Bu sebeple, olaylara ve kişilere daha yakın olan ve doğrudan temas etme imkanı bulunan yerel makamlar, bu konuda Mahkemenin gözetim ve denetiminde olan bir takdir alanına sahiptirler²⁰³.

Yine de Mahkeme çocuğun yüksek menfaatleri kavramı ile ilgili belirleyici bazı unsurlar ortaya koymuştur. Mahkemeye göre, bu kavram iki unsuru içermektedir²⁰⁴:

- Birincisi, Avrupa Birliği (AB) Temel Haklar Şartı'nın 24. maddesine de atıfla, çocuğun menfaatlerine aykırı olmadıkça, ailesi ile bağlarını sürdürmesi çocuğun hakkıdır. Aile bağları ancak istisnai durumlarda koparılabilir ve aile bağlarının koptuğu durumlarda, kişisel ilişkinin sürdürülmesi ve koşullar uygun olduğunda ailenin yeniden bir araya gelmesi için ne gerekiyorsa yapılmalıdır²⁰⁵.
- İkincisi, sağlıklı bir çevrede büyümesini sağlamak, çocuğun yararınadır. 8. madde, ebeveyne, çocuğun sağlığına ve gelişmesine zarar verecek herhangi bir önlemin alınmasını talep etme hakkı vermez²⁰⁶.

²⁰¹ M. A. v. Austria, 4097/13, 15.01.2015, § 106. Benzer kararlar için, örneğin bkz.: Ignaccolo-Zenide v. Romania, 31679/96, 25.01.2000, § 94; Maire v. Portugal, no. 48206/99, 26.06.2003, § 71; Raw and Others v. France, 10131/11, 07.03.2013, § 80.

²⁰² Hromadka and Hromadkova v. Russia, 22909/10, 11.12.2014, § 160; Sommerfeld v. Germany[GC], 31871/96, 08.07.2003, § 64; Neulinger and Shuruk v. Switzerland, § 134.

²⁰³ Hromadka and Hromadkova v. Russia, § 152; Neulinger and Shuruk v. Switzerland, § 138, Mahkeme burada şu kaynağa atıf yapmıştır: UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, 2008, Geneva-Switzerland, s. 14.

²⁰⁴ R. and H. v. The United Kingdom, 35348/06, 31.05.2011, § 73; Neulinger and Shuruk v. Switzerland, § 136

²⁰⁵ Gnahre v. France, 40031/98, 19.09.2000, § 59; Neulinger and Shuruk v. Switzerland, § 135-6.

²⁰⁶ Dubská and Krejzová v. The Czech Republic, 28859/11, 28473/12, 11.12.2014, § 94; Görgülü v. Germany, 74969/01, 26.02.2004, § 43; Scozzari and Giunta v. Italy, 39221/98, 41963/98, 13.07.2000, § 169; P., C. and S. v. the United Kingdom, no. 56547/00, 16.07.2002, § 117.

Mahkeme bu kararlarında ÇHS hükümlerine açıkça atıf yapmamışsa da, bu kararlar ÇHS'nin 3. maddesi ve çocuğun ailesinden ayrıldığı durumları inceleyen 9²⁰⁷ ve 10. maddesi²⁰⁸ ile örtüşmektedir²⁰⁹. Ayrıca ÇHK'nin 2013 yılında almış olduğu ve yukarıda ayrıntılı olarak değinilen genel yorum kararı ile de örtüşme bulunmaktadır.

Çocuğun yüksek menfaatleri açısından değinilmesi gereken diğer bir husus, çocuğun görüşleri konusudur. Yukarıda belirtildiği üzere, ÇHS'nin 12. maddesi ve AB Temel Hakları Şartınının 24. maddesine göre, çocuğu ilgilendiren konularda çocuğun görüşlerinin alınması gerekmektedir.

AIHM bu konuya *Sommerfeld* davasında değinmiştir. Mahkeme, 13 yaşında bir çocuğun görüşlerine dayanarak, babası ile görüşmelerinin sonlandırılmasını Sözleşmeye aykırı bulmamıştır. Başvurucunun iddia ettiği gibi, baba ile çocuk arasındaki görüşmelerin, çocuğun psikolojisi açısından uygun olup olmadığı ile ilgili uzman raporu alınması zorunlu değildir²¹⁰. AIHM'ye göre, çocukla yakın temas kuran yerel mahkeme, çocuğun kendini ifade edebilecek durumda olup olmadığını değerlendirebilecek durumdadır. Bu sebeple, çocuğun istememesine rağmen babasıyla görüşmeye zorlanmasının meşru bir sebebi yoktur²¹¹.

Şahin davasında ise farklı bir durum söz konusudur. Yerel mahkeme, uzman psikoloğun raporuna dayanarak, çocuğun mahkemede dinlenmesi talebini reddetmiştir. Rapora göre, 5 yaşında olan çocuk hakim karşısına çıkıp babasıyla görüşmesi hakkındaki sorulara muhatap olursa, söylediklerinin belirleyici bir etkiye sahip olduğu izlenimine kapılabilir. Bu da çocuğu psikolojik açıdan olumsuz etkileyecektir²¹². AIHM bu olgular karşısında, çocuk-ebeveyn görüşmeleri hakkında, çocuğun mahkemede dinlenmesinin zorunlu olduğunu söylemenin "fazla

²⁰⁷ Maddenin ilk fıkrası "yetkili makamlar çocuğun anne-babasından ayrılmasına dair uygulanabilir yasa ve usuller uyarınca ve yargısal denetime tabi olarak ve **çocuğun en yüksek menfaatlerinin böyle bir ayırmayı zorunlu kılması koşuluyla bir karar vermedikçe**, anne-babasının rızası hilafına çocuğun anne-babasından ayırlamayacağını" hüküm altına almaktadır. Aynı maddenin 3. fıkrası ise şu şekildedir: "Taraf devletler, anne-babasının birinden ya da her ikisinden birden ayrılmasına karar verilen çocuğun anne-babasının her ikisiyle de düzenli biçimde kişisel ilişki kurması ve doğrudan görüşmesi hakkına, **bunun çocuğun en yüksek menfaati ilkesine aykırı olması durumu hariç**, saygı göstereceklerdir." Bkz.: Gemalmaz, 2011b, s. 600-601 (Vurgular bize ait).

²⁰⁸ Uluslararası göç nedeniyle aile birliğinin bozulmasını ele alan Sözleşmenin 10. maddesi de m. 9/1'e atıf yapmaktadır. Bkz.: Gemalmaz, 2011b, s. 600-601.

²⁰⁹ Kilkelly, 2010, s. 256.

²¹⁰ *Sommerfeld v. Germany* [GC], 31871/96, 08.07.2003, § 71.

²¹¹ *Sommerfeld v. Germany*, § 72.

²¹² *Sahin v. Germany*, 30943/96, 08.07.2003, § 69.

ileri gitmek” olduğunu ifade etmiştir. Çocuğun mahkemede dinlenmesi, somut olayın şartlarına –özellikle çocuğun yaşı ve olgunluk derecesine– göre değerlendirilmesi gereken bir meseledir²¹³. Somut olayda uzman psikolog, böyle bir uygulamanın çocuğun psikolojisi açısından riskli olacağına karar vermiştir. Yerel mahkemenin bu riski görmezden gelmesi mümkün değildir²¹⁴.

Görüldüğü üzere, Mahkeme çocuğun yaşı, olgunluk seviyesi ve davanın özel koşullarına göre aynı günde iki farklı karara varmıştır. İlk kararda çocuğun menfaatini tespit etmek için psikolojik uzman raporu alınmasının zorunlu olmadığı, ikinci kararda, psikolojik uzman raporu çocuğun zarar görme riski olduğunu söylüyorsa çocuğun dinlenmesinin zorunlu olmadığı sonucuna ulaşılmıştır. Bu durumda, yaş ve olgunluk açısından çocuğun Mahkemeye katılmasının mümkün olmadığı durumlarda çocuğun menfaatlerini temsil edecek bağımsız bir makamın var olup olmadığı önem kazandığı söylenebilir²¹⁵.

Dolayısıyla, çocuğun dinlenilmesi konusunda, Mahkeme henüz açıkça belirtmemişse de; ÇHS m. 12 ve ÇHK kararları ile AİHM kararları arasında bir uyumun olduğu söylenebilir. Mahkemenin bunu doğrudan ifade eden bir kararına ulaşamadık. Ancak Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesinin 2010²¹⁶ ve 2012²¹⁷ yıllarında aldığı iki karar, bu sonuca ulaşmanın makul olduğunu gösteriyor. Çünkü bu kararlarda, çocuğu ilgilendiren davalarda çocuğun dinlenilmesi gerektiği yönünde ifadeler yer alıyor. Yani bu konu Mahkeme önüne gelirse benzer bir değerlendirmenin yapılacağı söylenebilir.

²¹³ Sahin v. Germany, § 73.

²¹⁴ Sahin v. Germany, § 74.

²¹⁵ Kilkelly, 2004, s. 80.

²¹⁶ Committee of Ministers to member States, Recommendation CM/Rec(2010)147 on *Guidelines of the Committee of Ministers of the Council of Europe on child friendly justice*. Kararda şu ifadeler yer almaktadır: “Çocuk, yalnızca yaşından dolayı dinlenilme hakkından yoksun bırakılmamalıdır. Bir çocuk kendisini etkileyen bir davada dinlenilme girişiminde bulunduğu hâkim, çocuğun yüksek menfaatleri aksini gerektirmiyorsa, çocuğu dinlemeli ve bu davayı ilgilendiren konularda çocuğun görüş ve fikirlerine kulak vermelidir.” Bkz.: Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi.(2013). Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adaletle İlişkin Rehber. Avrupa Konseyi: Council of Europe Publishing, s. 29, http://www.coe.int/t/dghl/standardsetting/childjustice/Source/GuidelinesChildFriendlyJustice_TUR.pdf (11.02.2015).

²¹⁷ Committee of Ministers to member States, Recommendation CM/Rec(2012)2 on *the participation of children and young people under the age of 18*. Kararda, BM Çocuk Hakları Sözleşmesinin 12. maddesine atıfla, çocukları ilgilendiren her türlü konu ve süreçte çocukların dinlenilme, dikkate alınma ve katılma haklarının uygulanması ve yaşları/olgunluk dereceleri gözeticilerle çocukların görüşlerine gerekli ağırlığın verilmesi önerilmektedir. Bkz.: <http://www.refworld.org/docid/506981802.html> (31.05.2015).

Sonuç olarak, yukarıda değinilen kararlardan yola çıkarak AİHM içtihatları ile HS ve HK kararları arasında çocuğun yüksek menfaatlerinin ilkesi açısından bir örtüşmenin olduğunu söyleyebiliriz. Bu sebeple aile hayatına ilişkin konularda Sözleşmenin 8. maddesi uygulanırken, bu kaynakların göz ardı edilmesi mümkün değildir.

2. BÖLÜM

AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ VE AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ İÇTİHATLARINA GÖRE “AİLE HAYATI” KAVRAMI

2.1. 8. MADDENİN KORUDUĞU DEĞERLERDEN BİRİ OLARAK “AİLE HAYATI”

Sözleşmenin 8. maddesinin ilk fıkrasında, dört tane hukuksal değerden bahsedilmektedir: “özel hayat”, “aile hayatı”, “konut” ve “haberleşme”. “Aile hayatı”nın 8. madde kapsamında kazandığı anlamı ortaya koyabilmek için, bu hukuksal değerlerin AIHM tarafından özerk ve diğerlerinden bağımsız bir anlama kavuşturulup kavuşturulmadığını tespit etmemiz gerekiyor.

Doktrinde bazı yazarlar, madde ile korunan hukuksal değerlerin “özel hayat”ın birer görünümü olduğu ve fıkra da değinilen diğer kavramların “özel hayat” başlığı altında değerlendirilmesi gerektiğini söylemektedirler²¹⁸.

Maddenin ilk fıkrası ile, birbiriyle kısmen kesişen haklar düzenlendiği söylenebilirse de²¹⁹ bizce, bu hukuksal değerler “özel hayat” başlığı altında değerlendirilemez ve bu hukuksal değerlerin diğerlerinden bağımsız bir anlamı oluşmuştur. Aşağıda ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, “özel hayat” (*private life*) maddenin koruduğu haklardan yalnızca biridir ve Mahkeme içtihatlarında, “özel hayat” –kimi zaman diğer haklarla kesişme olsa bile– madde ile korunan diğer haklardan ayırt edilmektedir²²⁰.

Maddeye 11. ek protokol ile “özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı (*right to respect for private and family life*)” başlığı eklenmiştir. Ancak maddenin orijinal metninde bulunmadığından, başlığın belirleyici bir önemi olmadığı söylenebilir²²¹.

²¹⁸ Örneğin; Arslan Öncü, 2011, s. 6; Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011, s. 331; Seyfettinoğlu, Ü. (2010). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayat Kapsamında Haberleşmenin Gizliliği*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Sabahattin Nal), Hatay: Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 35; Erten, S. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması (Danışman: Fatih Selami)*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, s. 61; Anayurt, Ö. (2004). *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*. Ankara: Seçkin, s.115.

²¹⁹ Tezcan, D., Erdem, M. R., ve Sancakdar, O. (2002). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu* (Birinci Baskı). Ankara: Seçkin, s. 382.

²²⁰ “Özel hayat” kavramının kapsamıyla ilgili ayrıntılı bir araştırma için bkz.: Salihpaşaoğlu, 2013.

²²¹ Salihpaşaoğlu, 2013, s. 236.

Ayrıca başlık ile, sadece özel hayat ve aile hayatı kavramlarına yer verilmiş, konut ve haberleşmeden bahsedilmemiştir.

8. madde ile ilgili yapılan çalışmalarda da maddenin ilk fıkrasında sayılan kavramlar çoğu zaman ayrı ayrı başlıklar altında incelenmektedir. Yani bu kavramlar, farklı boyutları ve uygulama alanları olan hukuksal değerler olarak ele alınmaktadır. Dolayısıyla 8. maddenin tümüyle “özel hayat” kavramını koruduğunu ve maddenin birinci fıkrasında sayılan kavramların özel hayatın birer unsuru olduğu söylene bile bu kavramlar farklı yönleriyle incelenmektedir. Ayrıca, eğer maddenin ilk fıkrasındaki kavramları “özel hayat”ın unsurları olarak kabul edersek, fıkrada sayılan “özel hayat” kavramının da “özel hayat”ın bir alt unsuru olduğunu söylememiz gerekir ki, böyle bir değerlendirme tutarlı olmayacaktır²²².

Mahkeme de 8. madde ile ilgili incelemelerinde maddenin bu dört farklı boyutunu; ayrı ayrı değerlendirmekte, “özel hayat” başlığı altına almamaktadır. Yani, maddenin farklı bileşenlerinin sadece kendilerine yönelik hakka koruma sağladığı yönünde bir yöntem uygulamaktadır. Maddenin dört farklı boyutunun ayrı ayrı ifade edilmiş olması, Mahkemenin içtihatlarının da bu boyutlar bağlamında ayrı ayrı gelişmesine yol açmıştır²²³. Örneğin; haberleşme ya da konuta saygı gösterilmesi hakkın ihlal edilmesi için özel hayata saygı gösterilmesi hakkının ihlal edilmesi gerekmez²²⁴.

İlk bölümde değinildiği üzere; Mahkeme, yerleşmiş içtihatları gereği, diğer incelemelerine geçmeden önce, 8. maddenin şikayet konusu olaya uygulanabilir olup olmadığını inceler²²⁵. Bu incelemelerinde Mahkeme, 8. maddenin hangi boyutu ile ele alındığını çoğu zaman açıkça belirtir²²⁶. Örneğin; *Kilyen v. Romania*

²²² Connelly, kanımızca aynı düşüncelerle, 8. maddenin koruduğu alanı ifade etmek için “özel hayat(*private life*)” kavramı yerine “özel alan(*private sphere*)” kavramını tercih etmekte ve diğer dört kavramı (özel hayat, aile hayatı, konut, haberleşme) “özel alan” kavramının içinde değerlendirmektedir, bkz: Connelly, A.M. (1986). Problems of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, 35(3), s.578; Salihpaşaoğlu, 2013, s. 236.

²²³ Gemalmaz, H. B. (2005). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Çocuğun Bedensel Cezaya Karşı Korunması*, İstanbul: Legal, s. 116.

²²⁴ Yıldırım, 2004, s. 391, 392.

²²⁵ Roagna, 2012, s. 11; Kilkelly, 2001a, s. 13; Doğru O. ve Nalbant, A. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt II* (İkinci Baskı). İstanbul: Legal, s. 2; Dinç, G. (2006). *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi* (Birinci Baskı). Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 383; Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011, s. 331.

²²⁶ Örneğin; X and Others v. Austria, 19010/07, 19.02.2013, § 96; Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria, 74336/01, 16.10.2007, § 45; Niemietz v. Germany, 13710/88, 16.12.1992, § 30; Demades v. Turkey, 16219/90, 31.07.2003, § 37; Petri Sallinen and Others v. Finland, 50882/99, 27.09.2005 § 71, 72; Buck v. Germany, 41604/98, 28.04.2005, § 32; X v. Latvia, 27853/09, 26.11.2013, § 119; Khmel v. Russia,

davasında, başvurunun “konuta saygı”, bakımından incelemeye tabi tutulabileceğini belirtmiştir²²⁷. *X v. Latvia* davasında ise söz konusu olay “aile hayatına saygı” kapsamında değerlendirilmiştir²²⁸. Yine, örneğin *Kerkhoven ve Hinke v. Netherlands* başvurusunda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (Komisyon, AİHK), söz konusu şikayeti “aile hayatı” kapsamında incelenebilir bulmamış, fakat “özel hayat” kapsamında değerlendirmiştir²²⁹. Bütün bu kararlar Mahkemenin 8. maddedeki haklar arasında ayrıma gittiğini göstermektedir.

Öte yandan Mahkemenin bazı kararlarında; 8. maddede korunan birkaç hakkın birden ihlal edildiğine²³⁰, hangi hakkın uygulama kapsamına girdiğini araştırmaya gerek duymadığına²³¹, “özel ve ailevi hayat (*private and family life*)” biçiminde bu iki kavramı ayırmadan kullandığına²³² ya da şikayetin 8. madde ile korunan haklardan birinin kapsamına girdiğini tespit ettikten sonra, diğer haklar ile ilgili iddiaları incelemeye değer bulmadığına²³³ da rastlanmaktadır. Ancak bizce, Mahkemenin bu tür kararlarından yola çıkarak 8. maddede korunan haklar arasında ayırım yapmadığı²³⁴ ve hepsini “özel hayat” kapsamında değerlendirdiği söylenemez. Her ne kadar Mahkemenin bazı kararlarında 8. maddede korunan birkaç hak birden ihlal edilse de, kimi zaman “konut” ile “özel hayat” kimi zaman

20383/04, 12.12.2013, § 44; *Vallianatos And Others v. Greece*, 29381/09, 32684/09, 07.11.2013, § 73; *Schneider v. Germany*, 17080/07, 15.09.2011, § 90.

²²⁷ *Kilyen v. Romania*, 44817/04, 25.02.2014, § 31.

²²⁸ *X v. Latvia*, § 53.

²²⁹ AİHK'nin *Kerkhoven ve Hinke v. Netherlands* (15666/89, 19.05.1992) kararı.

²³⁰ *Zalov and Khakulova v. Russia*, 7988/09, 16.01.2014, § 72, kararda Mahkeme, müdahalenin hem “özel hayat” hem de “aile hayatı” bakımından Sözleşmenin ihlali sonucunu doğurabileceği belirtilmiştir. Aynı yönde, örneğin: *Pannullo and Forte v. France*, 37794/97, 30.10.2001, § 34-36; *Arkhestov and Others v. Russia*, 22089/07, 16.01.2014, § 78; *Hadri-Vionnet v. Switzerland*, 55525/00, 14.02.2008, § 51, 52; *Abdulayeva v. Russia*, 38552/05, 16.01.2014, §24; *Sabanchiyeva and Others v. Russia*, 38450/05, 06.06.2013, § 123.

²³¹ *Elli Poluhas Dodsbo v. Sweden*, 61564/00, 17.01.2006, § 24. Kararda, Mahkeme “özel hayat” a müdahale ile ilgili bir çekişme olmadığını göz önünde bulundurarak, söz konusu müdahalenin “aile hayatı” mı yoksa “özel hayat” kapsamında mı olduğunu incelemeyi gereksiz bulmuş, 8. maddeye bir müdahale olduğunu saptayarak 2. fıkra ile ilgili incelemelerine geçmiştir.

²³² Yıldırım, 2004, s. 409. Kanımızca “private and family life” kullanımını çoğu zaman maddenin başlığından yola çıkarak maddenin bütününe (8. maddeye) yapılan bir atfı ima etmektedir.

²³³ *Klass and Others v. Germany*, 5029/71, 06.09.1978, § 41, davada Mahkeme, başvuruyu “özel hayat” ve “haberleşme” kapsamında gördükten sonra “konut” bakımından incelemeye gerek duymamıştır. Benzer yönde: *A, B and C v. Ireland[GC]*, 25579/05, 16.12.2010, § 214, 215; *Wieser and Bicos Beteiligungen GmbH v. Austria*, 74336/01, 16.10.2007, § 45; *Bernh Larsen Holding As and Others v. Norway*, 24117/08, 14.03.2013, § 107.

²³⁴ Doğru ve Nalbant ise 8. maddede birbiriyle bağlantılı dört hak düzenlendiğini kabul etmekle birlikte, hakların birbirinden kesin olarak ayrılacak şekilde tanımlanmaya elverişli olmadığını belirtmektedirler. Bkz.: Doğru ve Nalbant, 2013, s. 1.

“haberleşme” ile “aile hayatı” haklarının ihlal edilmesi (eşleşmeler değişebilir ya da ihlal edilen haklar artabilir), Mahkemenin haklar arasında ayrıma gittiğini göstermektedir. Örneğin; avukatların, meslekleri icabı iletişim kurdukları kişiler hakkında şüpheli gördükleri durumları bir idari makama bildirmek yükümlülüğü altında bırakılmaları, “kişiler arasındaki iletişimin gizliliği” bakımından “haberleşme”ye, mesleki ve profesyonel ilişkiler ile ilgili olduğu için de “özel hayat”a saygı gösterilmesi kapsamında değerlendirilmiştir²³⁵. Yine Mahkeme; bir mahkumun ailesiyle görüşmesine sınırlamalar getirilmesini “aile hayatına”, ailesiyle yaptığı görüşmelerin bir görevli tarafından izlenmesini “haberleşme”ye saygı gösterilmesi hakkına aykırı bulmuştur²³⁶. Bu kararlarda 8. maddenin koruduğu iki hak birden ihlal edilmiştir fakat bu durum Sözleşmenin birden fazla maddesinin ihlal edilmesine benzemektedir.

Mahkeme, kararlarda görüldüğü üzere, 8. maddenin dört farklı boyutunu ayrı ayrı değerlendirmektedir. Bu sebeple, bu boyutların hepsini “özel hayat” başlığı altında ele almak yanıltıcı olabilir²³⁷. Bu hak ve özgürlükler elbette ki birbiriyle ilişkilidir. Ancak bu dört hak ve özgürlüğü yalnızca “özel hayat” hakkının alt unsurları olarak görmek, Sözleşmeye ve Mahkeme içtihatlarına uygun değildir.

Sonuç olarak, 8. maddenin kapsamının mahremiyet ve bireysel yaşamın dört farklı boyutu olan “özel hayat”a, “aile hayatı”na, “konuta” ve “haberleşme”ye saygı gösterilmesi haklarından ibaret olduğunu söyleyebiliriz. Bizim araştırmamız, “aile hayatı”na saygı gösterilmesi hakkı üzerine yoğunlaşacak.

2.2. AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKI İLE EVLENME HAKKI ARASINDAKİ AYRIM

Maddenin kapsamı ile ilgili açıklamalara başlamadan önce, 8. madde ile korunan aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ile, Sözleşmenin 12. maddesindeki evlenme hakkı arasındaki farkı ortaya koymalıyız. “Evlenme Hakkı” başlığını taşıyan 12. madde; kişilerin “ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkı”ndan mahrum bırakılmamasını garanti altına alan bir maddedir²³⁸. Burada düzenlenen, evlenmeye ilişkin ulusal yasaların varlığı durumunda, kişileri bu

²³⁵ Michaud v. France, 12323/11, 06.12.2012, § 91.

²³⁶ Messina v. Italy (No. 2), 25498/94, 28.09.2000, § 62, 78. Kararda Mahkeme, “haberleşme” ile “aile hayatı”nı açıkça birbirinden ayırmış ve farklı başlıklar altında incelemiştir.

²³⁷ Heringa ve Zwaak, 2006, s. 665.

²³⁸ Gemalmaz, 2011a, s. 13.

yasalar uyarınca evlenmekten alıkoymayı yasaklayan bir hak iken; 8. madde ile düzenlenmiş aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kişilerin “özel alanları” ile ilgili bir haktır. Yani 8. madde, kurulmuş veya kurulmakta olan bir aile ile ilgiliyken; 12. madde gelecekte yer alan “evlenme” olayına yönelmekte²³⁹, evliliğin ötesinde aile yaşamına uygulanmamaktadır²⁴⁰. Mahkeme de bu durumu teyit etmiştir: Birçok kararda, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının, aile kurma hakkını kapsamadığı ve yalnızca “aile”nin mevcut olduğu durumlarda uygulanabileceği belirtilmiştir²⁴¹.

12. madde ile 8. madde arasındaki başka bir fark da, 12. maddenin koruma alanının devletlerin geniş takdir yetkisiyle sınırlanmış olmasıdır. Çünkü maddede evlenme ve aile kurma hakkı “*bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalarla*” sınırlandırılmıştır. Dolayısıyla, devletler bu hakkın “düzenlenmesi”nde geniş bir takdir alanına sahiptir²⁴².

Ayrıca, 12. maddenin koruma alanı “evlenme çağına giren erkek ve kadınlar” ile sınırlanmışken; 8. maddenin koruması “herkes”i kapsamaktadır. Bu bağlamda, 12. maddedeki “aile” kavramının 8. maddeye göre daha dar olduğunu söyleyebiliriz: 8. madde bu kavramı kan bağına dayanan ve *de facto* ilişkileri kapsayacak şekilde kullanırken, 12. madde yalnızca gelecekte kurulacak resmi evlenme işlemleri ile sınırlı olacak şekilde kullanılmaktadır²⁴³.

Bu sebeple bizim asıl inceleme konumuz olan aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, bireyin özel alanının “özel hayat”, “konut” ve “haberleşme” boyutları ile birlikte 8. maddede düzenlenmiştir. Buradan, kaba hatlarıyla, şu sonucu çıkarabiliriz: 8. maddenin kapsamı, aile açısından, kurulmuş aile ilişkilerini konu edinir ve 12. madde ile karşılaştırıldığında, bireyin özel alanına yönelik müdahaleler ile sınırlıdır.

2.3. AIHM İÇTİHATLARINA GÖRE “AİLE HAYATI” TEŞKİL EDEN İLİŞKİ BİÇİMLERİ

Sözleşmenin 8. maddesinde “aile hayatı” kavramının bir tanımı bulunmamaktadır. Aile hayatının tanımı Mahkeme tarafından da yapılmamıştır.

²³⁹ Verschraegen, 2002, s. 36; Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011, s. 343.

²⁴⁰ Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 567.

²⁴¹ Örneğin: E.B. v. France, 43546/02, 22.01.2008, § 41; Frette v. France, 36515/97, 26.02.2002, § 31.

²⁴² Doğru ve Nalbant, 2013 s. 539.

²⁴³ Gomien, Harris ve Zwaak, 1996, s. 254.

Mahkemeye göre aile hayatı, “özel hayat” kavramı gibi, tanımlamaya uygun olmayan bir kavramdır²⁴⁴. Mahkeme, aile hayatı kavramının bu belirsizliğinden yararlanarak geniş yorumlayıcı bir anlayış benimsemiş ve bu kavramın uygulama alanını genişletmiştir²⁴⁵. Uygulama alanı genişletilirken, Birinci Bölümde anlatılan ve Sözleşmenin diğer hükümlerinin değerlendirilmesinde de önemli yer tutan “evrimci yorum anlayışı” ve “özerk kavramlar” doktrini önemli rol oynamıştır.

Yukarıda belirtildiği üzere, ne Sözleşme ne de Mahkeme “aile hayatı”nın tanımını yapmıştır. Dolayısıyla, aile hayatının tek bir tanımını yapmaktansa Mahkemenin hangi ilişki biçimlerini bu kavramın kapsamında kabul ettiğini incelemek daha uygun olacaktır.

Özerk kavramlar doktrininin sonucu olarak, Mahkeme iç hukuktaki “aile” tanımlarıyla bağlı kalmamaktadır. Dolayısıyla resmi evlilikler yanında evlilik dışı beraberliklerden doğan bir takım ilişkiler de “aile hayatı” olarak değerlendirilmektedir. Bu sebeple, Mahkemenin “aile hayatı” olarak kabul ettiği ilişki biçimleri temel olarak, “resmi evliliklerden doğan aile ilişkileri” ve “evlilik dışı-*de facto* ilişkiler” olarak ikiye ayrılabilir.

2.3.1. Resmi Evliliklerden Doğan Aile İlişkileri

2.3.1.1. Eşler Arası (Yatay) İlişkiler

“Aile hayatı” kavramı, her halükarda resmi ve hakiki evliliklerden doğan ilişkileri kapsamaktadır²⁴⁶. Mahkeme, resmen tanınan evlilik ilişkilerini, olayın başka özelliklerine bakmadan, kendiliğinden “aile hayatı” kapsamında değerlendirmektedir²⁴⁷. Örneğin *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali* davasında, Filipinler vatandaşı olan Bay ve Bayan Cabales, Filipinler’de evlenmişlerdir. Bayan Cabales Birleşik Krallık’a geri dönmüş fakat eşine ülkeye giriş izni verilmemiştir²⁴⁸. Dolayısıyla başvuru hukuku evli olsa da sıkı göç yasaları nedeniyle, normal bir aile hayatının tam olarak kurulması için imkan bulamamışlardır²⁴⁹. Böyle bir

²⁴⁴ Sabanchiyeva and Others v. Russia, 38450/05, 06.06.2013, § 117; Maskhadova and Others v. Russia, 18071/05, 06.06.2013, § 208.

²⁴⁵ Gomien, D. (2005). *Short Guide to the European Convention on Human Rights*. Council of Europe: Council of Europe Publishing, s. 82; Yıldırım, 2004, s. 412.

²⁴⁶ Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28.05.1985, § 62; Berrehab v. The Netherlands, 10730/84, 21.06.1988, § 21; Kiyutin v. Russia, 2700/10, 10.03.2011, § 55.

²⁴⁷ Janis, Kay ve Bradly, 2010, s. 385.

²⁴⁸ Abdulaziz, Cabales And Balkandali v. The United Kingdom, § 47

²⁴⁹ Gomien, Harris ve Zwaak, 1996, s. 240.

evlilik ilişkisi, eşler birlikte yaşamıyor olmalarına rağmen, 8. maddenin korumasından yararlanmak için yeterli görülmüştür²⁵⁰. Doktrinde bazı yazarlara göre bu durum, Mahkemenin resmen tanınan evlilikleri, *de facto* ilişkilere (evlilik-dışı fiili birliktelik) göre daha üstün tuttuğu manasına gelmektedir²⁵¹.

Öte yandan, Mahkemenin konuyla ilgili kararlarında, resmen tanınan evliliğin aynı zamanda hakiki(*genuine*) olması yönüne vurgu yapılmaktadır. Göçmenlerle ilgili kurallardan kurtulmak ya da vatandaşlığı kazanmak için yapılan sahte ve kağıt üzerinde kalan evliliklerin “aile hayatı” kapsamına girmeyebileceği de belirtilmektedir²⁵². Nitekim Komisyon, evliliğin amacının bir aile hayatı kurmak değil, çalışma²⁵³ veya oturma²⁵⁴ izni almak ya da ülkeye girişi kolaylaştırmak²⁵⁵ gibi göçmenlerin durumunu iyileştirmeye yönelik önlem almak olduğunda resmi evliliği 8. madde anlamında aile hayatı saymamıştır²⁵⁶.

2.3.1.2. Ebeveyn ile Çocuk Arasındaki (Dikey) İlişkiler

Resmi bir evlilik ilişkisi içerisinde doğan çocuklar; eşler birlikte yaşamasalar bile, doğum anından itibaren, kendiliğinden aile ilişkisinin bir parçası olur. Sonradan gelişen olaylar, istisnai durumlar haricinde, bu aile ilişkisini ortadan kaldırmaz²⁵⁷. Örneğin; eşlerin boşanması, velayet kendisinde olmayan ebeveyn ile çocuk arasındaki ailevi bağı ortadan kaldırmaz. *Kosmopoulou* davasında Mahkeme, kendisiyle görüşmeyi ısrarla reddettiği için kızına şiddet uygulayan anne ile kızı arasındaki aile bağlarının varlığını koruduğunu belirtmiştir²⁵⁸.

²⁵⁰ Abdulaziz, Cabales And Balkandali v. The United Kingdom, § 62.

²⁵¹ White ve Ovey, 2010, s. 338; Arslan Öncü, 2011, s. 264.

²⁵² Kilkelly, 2001a, s. 26; Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 379; Roagna, 2012, s. 28.

²⁵³ AİHK’nin Yavuz v. Austria (25050/94, 16.01.1996) kararı.

²⁵⁴ AİHK’nin Patel v. The United Kingdom (24723/94, 04.09.1996) kararı.

²⁵⁵ AİHK’nin F.P. v. The United Kingdom (20118/92, 12.10.1992) ve S. V. The United Kingdom (19788/92, 06.07.1992) kararı.

²⁵⁶ Gajdošová, J. (2008). *Article 8 ECHR and Its Impact on English Law*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, University of East Anglia Law School, s. 68, https://ueaeprints.uea.ac.uk/10564/1/Thesis_n069532_ARTICLE_8_ECHR_AND_ITS_IMPACT_ON_ENGLISH_LAW_Jana.Gajdosova.pdf (03.06.2014).

²⁵⁷ Gül v. Switzerland, 23218/94, 19.02.1996, § 32; Kosmopoulou v. Greece, 60457/00, 05.02.2004, § 42; Ahmut v. The Netherlands, 21702/93, 28.11.1996, § 60, Al-Nashif v. Bulgaria, 50963/99, 20.06.2002, § 112.

²⁵⁸ Başvurucu, kızı ve kocası ile birlikte yaşadıkları evi terk etmiş, kendisinden bir ay boyunca haber alınmamıştır (*Kosmopoulou v. Greece*, §17). Daha sonra kızın velayeti babaya verilmiş anneye görüşmesi de yerel mahkeme tarafından düzenlenmiştir. Ancak kız, başvuru ile görüşmeyi ısrarla reddetmiştir. Bu sebeple çıkan bir tartışmada başvuru kızına şiddet uygulamış (tekme ve saçını yolma – “kicked her and tored out clumps of her hair”) ve bu durum kayıtlara geçmiştir (§ 20). Mahkeme bu olayları aile bağının kopmasına sebep olacak “istisnai durumlar”dan biri olarak görmemiştir (§ 42).

Berrehab davasında, benzer şekilde, velayet kendisinde olmayan başvurucunun, düzenli olarak haftada dört defa birkaç saat çocuğunu görmeye gitmesi, aile hayatının ortadan kalkmadığına kanıt olarak gösterilmiştir²⁵⁹. *Gül* davasında başvurucunun küçük oğluna, İsviçre'ye giriş izni verilmemesinden dolayı başvuru ve oğlunun ayrı kalmaları²⁶⁰, *C. v. Belgium* davasında ise başvurucunun, hapse girmesi ve daha sonra sınır dışı edilmesi sebebiyle, çocukla temasının kesilmesi aile hayatını ortadan kaldırmamıştır²⁶¹.

Yasayla kurulan hakiki(*genuine*) evlatlık ilişkileri de 8. madde anlamında aile hayatı kurulması için yeterli sayılmaktadır²⁶². *Pini and Others* davasında, aile hayatı henüz kurulmamışken, yani evlat edinenler ile evlatlık arasında yeterli bir *de facto* birliktelik henüz sağlanmamasına rağmen, yasayla kurulmuş bir evlatlık ilişkisi aile hayatı kapsamında değerlendirilmiştir²⁶³. Öte yandan belirtmek gerekir ki; yukarıda değinildiği üzere, 8. madde –kural olarak– henüz kurulmamış aile ilişkilerine uygulanamayacağından ve aile kurmak gibi bir hak tanımadığından, “evlat edinme hakkı” gibi bir hak da tanımaz²⁶⁴.

8. maddeden evlat edinme hakkı çıkarılamasa da, Sözleşmeciler devletlerden biri bu hakkı tanımışsa, hakkın kullanımında ayrımcı uygulamalara yer vermesi 14. maddenin ihlaline yol açabilir. Örneğin; 8. madde, evli olmayan bir kişinin tek başına evlat edinebilmesi gibi bir hak tanımamaktadır. Ancak *Frette* davasında, Fransa’da böyle bir hak tanınmasına rağmen, başvurucunun eşcinsel olması sebebiyle bu haktan yararlanamaması, Sözleşmenin 14. maddesi kapsamında değerlendirilmiştir²⁶⁵. Bununla birlikte Mahkeme, söz konusu ayrımı yerel makamların takdir alanı içerisinde bulmuş ve çocuğun yüksek menfaatlerini

²⁵⁹ *Berrehab v. The Netherlands*, § 21.

²⁶⁰ *Gül v. Switzerland*. Bay Gül oğlu üç aylık iken, onu Türkiye’de bırakıp İsviçre’ye gitmek zorunda kalmıştır ve başvurucunun oğluna İsviçre’ye giriş izni verilmemektedir. Hükümet bu durumu vurgulayarak başvurucunun Türkiye’de bir aile hayatı kurmaya gayret etmediğini, dolayısıyla olayda başvuru ile oğlu arasında bir “aile hayatı”nın mevcut olmadığını belirtmiştir (§ 30). Mahkeme ise, Bay Gül’ün, oğlunun İsviçre’ye gelebilmesi için yetkili makamlara defaatle başvurmasını ve aralarındaki uzak mesafeye rağmen oğlunu görmeye Türkiye’ye gitmesini “aile hayatı”nın varlığına kanıt olarak göstermiştir (§ 33). Olaylar ve Mahkemenin yaklaşımı açısından benzer bir dava için bkz.: *Ahmut v. The Netherlands*.

²⁶¹ *C. v. Belgium*, 21794/93, 7.08.1996, § 25.

²⁶² *Pini and Others v. Romania*, 78028/01, 78030/01, 22.06.2004, § 148; *Topčić-Rosenberg v. Croatia*, 19391/11, 14.11.2013, § 38.

²⁶³ *Pini and Others v. Romania*, § 146. Yasayla tanınmayan evlatlık ilişkilerinin durumu aşağıda incelenecektir.

²⁶⁴ *Pini and Others v. Romania*, § 140; *X and Others. Austria*, 19010/07, 19.02.2013, § 135. Benzer değerlendirmeler için bkz.: Arslan Öncü, 2011, s. 259.

²⁶⁵ *Frette v. France*, 36515/97, 26.02.2002, § 32.

gözettiği için meşru bir amaca yöneldiğini ileri sürerek 14. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir²⁶⁶.

2.3.2. Aile Hayatı Kapsamında Değerlendirilen Evlilik Dışı – *De Facto* (Fiili) İlişkiler

Uzun yıllar içinde, Mahkeme birçok ilişki tipini aile hayatı kapsamına almıştır. Bu sebeple; bu ilişki tiplerini, tespit edebildiğimiz kadarıyla, ayrı başlıklar altında değerlendirmenin uygun olacağı kanaatindeyiz. Ancak Mahkemenin esas almış olduğu evrimci yorum anlayışı sebebiyle, aile hayatı kapsamına giren ilişkilerin her birini sınırlayıcı olarak saymanın imkansız olduğu²⁶⁷ ve bugün kapsam dışı bırakılan bazı ilişki biçimlerinin gelecekte aile hayatı kavramının kapsamına dahil edilebileceği akılda tutulmalıdır.

2.3.2.1. Eşler Arası (Yatay) İlişkiler

Mahkeme, yalnızca resmi ilişkilerin aile hayatı oluşturması düşüncesini reddetmiş ve bunun yerine, aile ilişkilerinin varlığına karar verilmesinde; resmi, biyolojik ve sosyal boyutları içeren bir kriter oluşturmuştur²⁶⁸. Bu bağlamda, Mahkemenin yerleşik içtihatlarına göre, aile hayatı resmen tanınan evlilik ilişkilerinden ibaret değildir. Aile hayatı artık resmi ilişkilerin ötesinde, yakın ve gerçek olan *de facto* birliktelikleri de kapsamaktadır²⁶⁹. Mahkeme bu yaklaşımı ilk kez *Marckx* kararında sergilemiştir. Mahkemeye göre, Sözleşmenin yapıldığı 1950 yılında, resmi aile ile gayri resmi aile arasında ayrıma gitmek mümkündü. Ancak Sözleşme günün şartlarına göre yorumlanmalıdır²⁷⁰. Dolayısıyla “aile hayatı” kavramının, yalnızca resmi ilişkilerle sınırlandırılmayacağı, gayri resmi ilişkilerin de 8. madde açısından aile hayatı teşkil edebileceği belirtilmiştir²⁷¹.

Aile hayatının varlığı ya da yokluğu, pratikte eşlerler arasında sıkı bağların bulunup bulunmadığına bağlı bir sorundur²⁷². Evlilik dışı (*de facto*) birlikteliklerin

²⁶⁶ Frette v. France, § 42.

²⁶⁷ Aynı yönde: Gajdošová, 2008, s. 68.

²⁶⁸ Janis, Kay ve Bradly, 2010, s. 385.

²⁶⁹ Feldman, 1997, s. 267; Warbrick, 1998, s. 34. Bazı kararlar için bkz.: Kopf and Liberda v. Austria, 1598/06, 17.01.2012, § 35; Anayo v. Germany, 20578/07, 21.12.2010, § 55; Keegan v. Ireland, 16969/90, 26.05.1994, § 44; Kroon and Others v. The Netherlands, 18535/91, 2./10.1994, § 30; Van Der Heijden v. The Netherlands, 42857/05, 03.04.2012, § 50.

²⁷⁰ Marcx v. Belgium, § 41.

²⁷¹ Marcx v. Belgium, § 31/3.

²⁷² K. and T. v. Finland, 25702/94, 12.07.2001, § 150.

aile hayatı kapsamında değerlendirilebilmesi için bazı kriterler etkili olabilir. İlişkinin süresi, birlikte yaşama, çocuk sahibi olma durumları; ilişkinin aile hayatı kapsamında değerlendirilmesini sağlayabileceği gibi, karşılıklı bağlılığın ve sadakatin başka yollarla gösterilmesi de mümkündür²⁷³. Yani Mahkeme, ilişkinin ya da birlikte yaşamın süresini, ortak çocukların varlığını ya da başka ortak gelecek hayallerini göz önünde bulundurarak aile hayatının geçerliliğini inceleyecektir²⁷⁴.

Johnston and others davasında Mahkeme, başvurucuların on beş yıldır birlikte yaşadıkları gerçeğini göz önünde bulundurarak evlilik dışı ilişkinin Sözleşme anlamında aile hayatı sayılacağını belirtmiştir²⁷⁵. *K. and T.* davasında da, eşlerin birlikte yaşama ve çocuk sahibi olma durumlarını göz önüne almıştır²⁷⁶. Birlikte yaşam olgusu bulunmamasına rağmen aile hayatının tespit edildiği *Kroon and others* davasında ise, başvurucuların birlikte çocuk sahibi olmalarına vurgu yapılmıştır. Mahkemeye göre; birlikte yaşam olgusu, evlilik dışı ilişkilerin aile hayatı kapsamına alınması için, kural olarak, gerekli bir ölçüt ise de; somut olayda başvurucuların ilişkilerinden dört çocuk doğmuş olması eşlerin birbirine bağlılığını göstermektedir²⁷⁷.

2.3.2.2. Ebeveyn ile Çocuk Arasındaki (Dikey) İlişkiler

Mahkeme, resmen tanınan evlilikler hakkında uyguladığı içtihadını, evlilik dışı doğan çocuklar konusunu kapsayacak şekilde genişletmiştir²⁷⁸: Sözleşme anlamında aile hayatı kapsamında değerlendirilen bir ilişkiden doğan çocuk, doğar doğmaz bu aile ilişkisinin bir parçası olur. Anne ile baba arasındaki ilişkinin sonradan bozulmuş olması bu durumu değiştirmez²⁷⁹. Örneğin *Boughanemi* kararında, resmi ya da gayri resmi olmasına bakılmaksızın, aile hayatı kavramının bir ebeveyn ile çocuk arasındaki ilişkiyi kapsadığı belirtilmiştir.

²⁷³ Van Der Heijden v. The Netherlands, 42857/05, 03.04.2012, § 50; Kroon And Others v. The Netherlands, 18535/91, 27.10.1994, § 30; X, Y and Z v. The United Kingdom, 21830/93, 22.04.1997, § 36; Şerife Yiğit v. Turkey, 3976/05, 02.11.2010, § 96; Emonet and Others v. Switzerland, 39051/03, 13.12.2007, § 36.

²⁷⁴ Lagoutte, 2003, s. 295.

²⁷⁵ Johnston and Others v. Ireland, 9697/82, 18.12.1986, § 56.

²⁷⁶ K. and T. v. Finland, § 150

²⁷⁷ Kroon and Others v. The Netherlands, 18535/91, 27.10.1994, § 30.

²⁷⁸ Lagoutte, 2003, s. 296.

²⁷⁹ Keegan v. Ireland, § 44; Kroon and Others, § 30; Guichard v. France, 56838/00, 02.09.2003, (Paragraflar Belirtilmemiş); Gulijev v. Lithuania, 10425/03, 16.12.2008, § 40.

Birlikte yaşam olgusunun bulunmaması, aile ilişkisini kendiliğinden ortadan kaldırmaz. Bu ilişki istisnai durumlarda ortadan kalkar. Dava konusu olayda başvuruçunun, çocuğunu tanımakta gecikmesi ya da sınır dışı edildiği için çocukla bağ kuramaması aile hayatının ortadan kalkmasına sebep olmamıştır²⁸⁰. *Yousef* davasında da başvuruçunun 2,5 yıl boyunca başka bir ülkede yaşamak zorunda kalması ve bu süre zarfında çocukla temasa geçmemesi aile hayatını ortadan kaldırmamıştır²⁸¹. Hatırlanacağı üzere, resmi evlilik birliği içinde doğan çocuklar da doğum anından itibaren ebeveynleri ile aile ilişkisi kuruyorlar ve bu ilişki istisnai durumlarda ortadan kalkıyordu. Dolayısıyla Mahkemenin, 8. madde anlamında aile hayatı içinde doğan çocuklar açısından evlilik içi-evlilik dışı ayrımını kaldırdığı söylenebilir.

Öte yandan evlilik dışı ilişki içerisinde doğan çocuklar açısından, biyolojik anne ve babanın çocuk ile aile ilişkisi kurmasında, bir ayrım göze çarpmaktadır. Evlilik dışı ilişkiden doğan çocuk ile biyolojik anne arasında aile hayatının kurulması için doğum yeterli iken, çocuğun biyolojik baba ile aile hayatı sayılabilecek bir bağ kurabilmesi için, baba ile anne arasında 8. madde anlamında aile hayatı mevcut olmalıdır. Babanın çocukla ilişki kurması veya çocuğun bakımı ve yetişmesine katkıda bulunması gibi babanın çocuğa bağlılığını ve sadakatini gösteren başka kriterler de önem kazanabilir²⁸².

Evlilik Dışı Çocukların Hukuki Statüsüne İlişkin Avrupa Sözleşmesinde çocukla anne arasındaki aile bağının doğumla kurulacağı ifade edilmektedir²⁸³. Sözleşmenin 2. maddesine göre; *“Evlilik dışı doğan her çocuğun annesi ile soy bağı, münhasıran çocuğun doğması olgusuna dayalı olarak kurulacaktır.”* Babanın durumu ise bazı ek faktörlere bağlıdır. 3. maddeye göre; *“Evlilik dışı doğan her çocuğun babası ile soy bağı, gönüllü tanıma ya da yargısal bir karar suretiyle kanıtlanabilir ya da tespit edilebilir.”*²⁸⁴

²⁸⁰ Boughanemi v. France, 22070/93, 24.04.1996, § 35.

²⁸¹ Yousef v. The Netherlands, 33711/96, 05.11.2002, § 50, 51. Benzer bir karar Elsholz v. Germany, 25735/94, 13.07.2000, § 43, 44.

²⁸² Lagoutte, 2003, s. 298; Liddy, J. (1998). Current Topic: The Concept of Family Life under the ECHR, *European Human Rights Law Review*, 1998 (1), s. 20-21; Arslan Öncü, 2011, s. 270.

²⁸³ Arslan Öncü, 2011, s. 270.

²⁸⁴ Gemalmaz, 2011a, 434. Sözleşme 10.04.2014 tarihinde Strasbourg'da imzaya açılmış ve üç devletin onaylamasından sonra 11.08.1978 tarihinde yürürlüğe girmiştir. Nisan 2014 itibarıyla Sözleşmeye 26 ülke imza koymuş bunların 23'ü Sözleşmeyi onaylamıştır. Türkiye bu Sözleşmeyi ne imzalamış ne de onaylamıştır. Bkz.: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=085&CM=&DF=&CL=ENG> (10.04.2014)

Bu konuda Strasbourg organları da benzer bir yaklaşım geliştirmiştir. Örneğin, Avrupa İnsan Hakları Komisyonunun *V. v. Malta* kararında bu durum incelenmiştir. Somut olayda başvuru 14 yaşındaki *R.* ile 6-7 ay süren bir ilişki yaşamış, ilişkinin ikinci ayında *R.*'nin hamile olduğunun anlaşılması üzerine başvuru evlenme niyetiyle *R.* ve ailesiyle görüşmüş, fakat *R.* bir süre sonra ilişkiyi bitirmiştir. Doğumdan sonra, çocuk başka bir aileye evlatlık olarak verilmiş, başvuru bu duruma karşı açtığı davalar sonuçsuz kalmıştır. Olayda başvuru, evlilik dışı, biyolojik baba durumundadır ve çocuğuyla arasında aile hayatı kapsamında değerlendirilen bir ilişki olduğunu iddia etmektedir. Komisyon, aile hayatının varlığı ya da yokluğunun birlikte yaşama gibi bazı şartlara bağlı olduğunu belirtmiş ve bu ilkenin biyolojik baba ile çocuk arasındaki ilişkilere de uygulanması gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla Komisyon, aile hayatının olayda mevcut olup olmadığını tartışmanın gereksiz olduğunu düşünerek 8. maddenin 2. fıkrası kapsamında incelemelere geçmiştir²⁸⁵. Yani, Komisyon, zımnen aile hayatının varlığını kabul etmiştir²⁸⁶.

M.B. kararında ise, Komisyon içtihadında bir değişiklik olduğu anlaşılmaktadır. Bir önceki paragrafta değinilen kararda, Komisyon fazla bir incelemeye gitmeden biyolojik baba ile çocuk arasındaki ilişkiyi aile hayatı kapsamında değerlendirmişken, *M. B.* kararında aile hayatının var olması başvuru ile çocuğun annesi arasında aile hayatı sayılacak bir ilişki bulunup bulunmamasına bağlanmıştır²⁸⁷. Bu kararda Komisyon, aile hayatı kapsamında değerlendirilebilecek bir ilişki olmadığı için **2. fıkraya geçmeden** başvurunun temelden yoksun olduğuna karar vermiştir. Bir önceki paragrafta değinilen olaya benzer şekilde bu olayda da çocuğun annesi ile başvuru arasındaki ilişki 6-7 ay sürmüştür. Ancak bir önceki paragrafta değinilen olaydan farklı olarak, kadın başka biriyle evlidir ve doğan çocuğun, kocasından olduğunu söylemektedir. Ayrıca Komisyon, başvuru ile kadının birlikte çocuk sahibi olmayı planladıklarını ve başvuru çocuğunun çocuk ile duygusal bir bağ geliştirmediklerini de

²⁸⁵ Bu incelemelerinde ise; başvuru ile çocuğun annesi arasındaki ilişkinin yalnızca 6-7 ay sürdüğünü, çocuğun annesinin o sıralarda cinsel ilişkiye hukuken rıza verecek yaşta olmadığını, başvuru çocuğa gerçekte bakmak isteyip istemediğinin belirsiz olduğunu göz önünde bulundurmıştır. Bu gerekçelerle, çocuğun evlat edinilmesinin çocuk için daha iyi olduğuna, bu yüzden de başvuru aile hayatına müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğuna karar vermiştir. Bkz.: AİHK'nin *V. v. Malta* (18280/91, 09.04.1992) kararı.

²⁸⁶ AİHK'nin *V. v. Malta* (18280/91, 09.04.1992) kararı.

²⁸⁷ AİHK'nin *M.B. v. The United Kingdom* (22920/93, 06.04.1994) kararı.

göz önünde bulundurmuştur. Dolayısıyla Komisyona göre, başvuru ile çocuğun annesi arasında aile hayatı sayılacak bir ilişki bulunmadığından, biyolojik baba olduğunu iddia eden başvuru ile çocuk arasında da aile hayatının var olduğu ya da kurulabileceği söylenemez²⁸⁸.

Keegan and others başvurusunda ise Komisyon, 8. maddenin yalnızca mevcut olan aile ilişkilerine değil, somut olayın koşulları gerektirdiğinde biyolojik baba ile çocuk arasındaki potansiyel aile ilişkisine de uygulanabileceğini belirtmiştir. Bunun için, çocuğun annesi ile aile hayatı sayılan bir ilişki olmalı ya da çocuğun doğumu öncesi ve sonrasında çocuğa bağlılığını gösteren işaretler bulunmalıdır²⁸⁹.

Bu bağlamda Komisyon, doğumdan önce başvuru ile çocuğun annesinin iki sene birlikte yaşadıklarını, çocuk yapmayı planladıklarını göz önünde bulundurarak çocuğun ebeveyni arasında aile hayatı sayılan bir ilişki bulunduğunu tespit etmiştir. Ayrıca ilişki bittikten ve çocuk doğduktan sonra başvuru, çocuğu belirli aralıklarla görmeye devam etmiş ve çocukla arasında duygusal bir bağ kurmuştur. Komisyon bu durumları göz önünde bulundurarak biyolojik baba ile çocuk arasında bir aile ilişkisi olduğunu ifade etmiştir²⁹⁰.

Nylund kararında ise başvuru ile nişanlısı arasında 9-10 ay süren bir ilişki söz konusudur. Bu ilişki sırasında çocuklarının doğacağı öğrenilmiş ancak bir süre sonra ilişki sona ermiş ve kadın başka biriyle evlenmiştir. Çocuk bu evlilikten sonra doğmuş; kadın çocuğun babasının, kocası olduğunu iddia etmiştir²⁹¹. Mahkeme, çocuğun doğumundan önce başvuru ile kadın arasında aile hayatı sayılabilecek bir ilişki bulunduğunu fakat çocuğun doğumundan sonra başvuru ile çocukla yeterli duygusal bağ geliştiremediğini göz önünde bulundurarak olayda biyolojik baba ile çocuk arasındaki ilişkinin aile hayatı kapsamında olmadığına karar vermiştir²⁹².

Dolayısıyla biyolojik baba ile çocuk arasındaki potansiyel ilişkinin aile hayatı sayılabilmesi için babanın çocuğa duygusal açıdan bağlılığını ve sadakatini gösteren emareler büyük önem taşımaktadır.

²⁸⁸ AİHK'nin M.B. v. The United Kingdom (22920/93, 06.04.1994) kararı.

²⁸⁹ AİHK'nin *Keegan v. Ireland* (16969/90, 17.02.1993) kararı, § 48; *Nylund v. Finlande (Admissibility)* 27110/95, 29.06.1999, s. 14.

²⁹⁰ AİHK'nin *Keegan v. Ireland* kararı, § 49.

²⁹¹ *Nylund v. Finlande (Admissibility)*, s. 3.

²⁹² *Nylund v. Finlande (Admissibility)*, s. 14.

L. v. The Netherlands kararında bu durum daha net bir şekilde ortaya çıkmıştır. Mahkeme, başvurucunun çocuğunu henüz hukuken tanımadığını, çocuğun annesiyle birlikte yaşam sürdürmediğini, dolayısıyla çocukla ya da annesiyle aile hayatı kurmadığını göz önünde bulundurmıştır. Bu durumda Mahkeme; başvurucunun çocuğa sadakatini ortaya koyan olguların mevcut olup olmadığına bakacaktır, başvurucunun iddia ettiği üzere salt biyolojik bağ, aile ilişkisinin kurulması için yeterli değildir²⁹³. Bu bağlamda Mahkeme, başvurucunun; çocuğu düzenli aralıklarla ziyaret ettiği, birkaç defa çocuğun altını değiştirdiği (“*changed A.’s nappy*”), çocuğa baktığı ve çocuğun duyma bozukluğu hakkında annesiyle görüştüğünü göz önünde bulundurarak; çocuğuna sadakatini gösterdiği ve bu sebeple çocukla ailevi bağ kurduğunu belirtmiştir²⁹⁴.

Mahkeme ve Komisyonun yukarıdaki kararlarında açıkça görüldüğü üzere, 8. maddenin aile hayatı kapsamındaki koruma alanı henüz kurulmamış aile ilişkilerini de içine alacak şekilde genişletilmiştir. Yani biyolojik baba ile çocuk arasında ileride kurulacak olan bir aile ilişkisi 8. maddenin korumasından yararlanabilir. Bu korumanın ortaya çıkması için;

- Biyolojik baba ve çocuğun annesi arasında “aile hayatı” sayılan bir ilişki bulunmalı, ya da;
- Çocuğun doğumundan önce ya da doğumundan sonraki süreç içinde biyolojik baba çocuğa sadakatini göstermelidir.

Bununla birlikte, Mahkeme birçok kararında 8. maddenin aile kurmak gibi bir hak vermediğini, 8. maddenin devreye girebilmesi için Sözleşme anlamında bir aile hayatının mevcut olması gerektiğini de ifade etmiştir. Dolayısıyla Mahkemenin bu iki içtihadı çelişkili görünmektedir.

Öte yandan *Haas* kararında, birlikte yaşam olgusu bulunmayan bir ilişkiden doğan başvuru ile babası arasındaki ilişki, baba ile çocuk arasındaki sadakat ve bağlılık duygularını ortaya koyan bazı unsurlara rağmen, aile hayatı kapsamında değerlendirilmemiştir. Başvurucunun iddiasına göre, biyolojik baba, kendisini resmi olarak tanımamasına ve kendisiyle hiç birlikte yaşamamasına rağmen, bakımı konusunda annesine parasal yardımda bulunmuş, çeşitli zamanlarda kendisine hediyeler getirmiş, günlük gezilere çıkmıştır. Başvuru bu kişiye “baba” diye hitap

²⁹³ *L. v. The Netherlands*, 45582/99, 01.06.2004, § 37.

²⁹⁴ *L. v. The Netherlands*, § 39, 40. Çocuğun altını değiştirme olgusunun aile hayatının varlığına gösterilen delillerden biri olması son derece ilginçtir.

etmektedir²⁹⁵. Bu kişi öldükten sonra başvurucu, bu kişinin mirasçısı olabilmek için ilgili yerlere başvurmuş fakat başvurusu sonuçsuz kalmıştır. Mahkeme, ölen kişi ile başvurucu arasında hiçbir birlikte yaşam olgusu bulunmamasını ve başvurucunun ölen kişinin oğlu olduğunu kanıtlama niyetinin bulunmamasını vurgulamış ve bu olguların aile hayatının varlığı için yeterli olmadığına karar vermiştir²⁹⁶.

Görüldüğü üzere Mahkeme, biyolojik bağdan çok aile ilişkilerinin gerçekliğine dikkat etmektedir²⁹⁷. Bu bağlamda, babayla salt biyolojik bağ aile ilişkisinin kurulmasına yetmediğinden, sperm donörü ile çocuk arasındaki biyolojik bağ da 8. madde anlamında aile hayatı kurulması için yeterli değildir²⁹⁸. Öte yandan, henüz resmi işlemler gerçekleştirilmemiş olsa bile, aralarında hiçbir biyolojik bağ bulunmayan evlatlık ile evlat edinen arasındaki ilişki, aile hayatı kapsamına girebilir²⁹⁹. Koruyucu aile (*foster family*) ilişkilerinde de durum böyledir. Bilindiği üzere koruyucu aileler, belirli bir süreliğine, kendi aileleri tarafından bakılma ve korunma olanağı bulunmayan çocuklara, bakım ve koruma sağlamaktadır. *Kopf And Liberda v. Austria* davasında 2 yaşındaki bir kızın annesi uyuşturucu aldıktan sonra evin yanmasına sebep olmuş, bahsedilen kız ve annesi yangından kurtarılmıştır. Bu olay üzerine, küçük kız koruyucu ebeveynleri olan başvuruculara verilmiştir³⁰⁰. Mahkeme; başvurucuların, iki yaşından itibaren 46 hafta boyunca küçük kıza baktıklarını ve evlat edinme talebinde bulduklarını göz önünde bulundurmuş; başvurucular ile küçük kız arasında gelişen sıkı duygusal bağların yerel mahkemeler tarafından da kabul edildiğini vurgulayarak ilişkinin, hiçbir biyolojik bağ olmamasına rağmen, aile hayatı kapsamına girdiğini ifade etmiştir³⁰¹.

²⁹⁵ Haas v. The Netherlands, 36983/97, 14.06.2004, § 9.

²⁹⁶ Haas v. The Netherlands, 36983/97, 14.06.2004, § 42.

²⁹⁷ Gomien, 2005, s. 83.

²⁹⁸ AİHK'nin J.R.M. v. The Netherlands, (16944/90, 08.02.1993) kararı.

²⁹⁹ Karagözler, 2013, s. 82. Bkz.: Söderbäck v. Sweden, 24484/94, 28.10.1998, § 33. Z.M. and K.P. v. Slovakia (50232/99, 17.05.2005) kararında da başvurucular “de facto evlat edinme (de facto adoption)” kavramını ileri sürmüşlerdir. Olayda ikinci başvurucunun kocası ile, önceki evliliğinden olan çocuğu arasındaki “de facto evlatlık” ilişkisi söz konusudur. İkinci başvurucunun kocası evlat edinme için başvurmuş ancak henüz sonuç alamamıştır. Mahkeme başvurucular ile ikinci başvurucunun kocasının aynı evde bir aile olarak yaşadıklarını ifade etmiştir (§ 68, 71).

³⁰⁰ Kopf And Liberda v. Austria, 1598/06, 17.01.2012, § 6.

³⁰¹ Kopf And Liberda v. Austria, § 37. Benzer bir karar olan Moretti and Benedetti v. Italy (16318/07, 27.04.2010) kararında, bir aylıkken alınıp 19 hafta boyunca bakılan çocuk ile koruyucu ailesi arasındaki ilişki de aile hayatı kapsamında değerlendirilmiştir (§ 49, 50). Komisyonun eski bir kararında ise; başvurucu, koruyucu ebeveyni olarak yıllardır baktığı çocuğuna sıkı duygusal bağlarla bağlanmasına rağmen, yasal bir bağ olmadığı için, aile hayatının mevcut olmadığı ifade edilmiş, olay özel hayat kapsamında

2.3.2.3. Yakın Akrabalarla Kurulan Ailevi İlişkiler

Mahkemeye göre, sekizinci madde anlamında aile hayatı, eşler arası ya da ebeveyn ile çocuklar arası ilişkilerle sınırlı değildir. Mahkeme aile hayatı kavramının alışılmış anlamını genişletmiştir³⁰². *Marckx* kararında; aile hayatı kavramının yakın akrabalar arası ilişkileri, örneğin büyük anne-büyük baba(*grandparents*) ile torun arasındaki ilişkiyi de kapsayacağı belirtilmiştir. Çünkü yakın akrabalar bireyin aile hayatında önemli bir yere sahiptir³⁰³. *Bronda* kararında da ebeveyn-çocuk ilişkisinin aile hayatının merkezinde yer aldığı, bu ilişkinin engellenmesinin 8. maddeye aykırı olacağı belirtilmiş, bu kuralın büyük anne-büyük baba(*grandparents*) ile torun arasındaki ilişkiye de uygulanacağı ifade edilmiştir³⁰⁴. *M.P. and Others*³⁰⁵ ve *Scozzari And Giunta*³⁰⁶ davalarında da aile hayatı kavramının büyük anne-baba ile torun arasındaki ilişkileri kapsadığı, devletlerin bu ilişkilerin gelişmesine izin verme yükümlülüğü altında olduğu belirtilmiştir.

Diğer yakın akrabalar ile kurulan ilişkiler de aile hayatı oluşturabilir. Örneğin *Moustaquim* davasına konu olayda, başvurunun, anne-babasının yanı sıra, kardeşleri ile olan ilişkisi hiç kesintiye uğramamıştır. Başvurucu, ailesinden ayrı kaldığı beş yıldan fazla bir süre içinde bile haberleşme yoluyla ailesiyle bağlantı kurmaya çalışmıştır. Mahkeme bu sebeple başvurunun kardeşleri ve ebeveynleriyle arasındaki ilişkiyi aile hayatı kapsamında değerlendirmiştir³⁰⁷. *Boyle* başvurusunda ise dayı ile yeğen arasındaki ilişki, aile hayatı kapsamında değerlendirilmiştir. Olayda başvuru, doğumundan itibaren yeğenine büyük bir ilgi ve şefkat göstermiştir. Çocuk henüz bir yaşında iken babasından şiddet görmüş; başvuru, kendisinin koruma ve sevgisine yeğenin çok ihtiyaç duyduğunu düşünerek, onunla sık sık görüşmüştür³⁰⁸. Çocuk 6 yaşına geldiğinde ise babasıyla ilişkisi kopmuştur. Bu olaydan sonra başvuru yeğenini daha sık

değerlendirilmiştir. Yasal bağ bulunmayan ilişkileri aile hayatı kapsamının dışına iten bu yaklaşımın, AİHM içtihatları açısından kanımızca bugün bir değeri kalmamıştır. Bkz.: AİHK'nin X. v. Switzerland (8257/78, 10.07.1978) kararı.

³⁰² Gomien, Harris ve Zwaak, 1996, s. 239; Verschraegen, 2002, s. 37.

³⁰³ *Marckx v. Belgium*, 6833/74, 13.06.1979, § 45/1.

³⁰⁴ *Bronda v. Italy*, 22430/93, 09.06.1998, § 51.

³⁰⁵ *M.P. and Others v. Bulgaria*, 22457/08, 15.02.2012, § 132.

³⁰⁶ *Scozzari and Giunta v. Italy*, 39221/98, 41963/98, 13.07.2000, § 221.

³⁰⁷ *Moustaquim v. Belgium*, 12313/86, 18.02.1991, § 36.

³⁰⁸ AİHK'nin *Boyle v. The United Kingdom* (16580/90, 09.02.1993) kararı, § 18.

görmeye başlamıştır³⁰⁹. Hiç aynı evde yaşamaları bile, birlikte çok fazla zaman geçirmişlerdir. Örneğin çoğu hafta sonları yeğeni, başvuru evinde kalmıştır. Başvuru yeğeni günübirlik gezilere çıkarmış, ona bisiklet alıp sürmesini öğretmiştir. Bu şartlar altında Komisyon, çocuğun babası ile ilişkisi olmadığını göz önünde bulundurmuş ve babasının yokluğunda başvuru, yeğeni için iyi bir baba figürü oluşturduğunu düşünmüştür³¹⁰. Başvuru ile yeğeni arasında önemli bir bağ geliştiğini belirterek ilişkinin aile hayatı teşkil ettiğini belirtmiştir³¹¹.

Öte yandan *X. and Y. v. The United Kingdom* başvurusunda, başvuru, yeğeni (Hindistan hukukuna göre) resmen evlat edinmesine ve yeğenin geçimi için maddi destekte bulunmasına rağmen, “aile hayatı”nın varlığı kabul edilmemiştir. Komisyon bu başvuruda, aile hayatının varlığı için kan bağına yeterli olmadığını ve kişiler arasında önemli bağlar bulunması gerektiğini ifade etmiştir. Dolayısıyla Komisyona göre aile hayatının var olup olmadığına karar vermek için, birlikte yaşama ya da ekonomik açıdan bağımlılık gibi faktörlerin hesaba katılması gerekir³¹². *Butt* davasında hükümet bu gerekçeleri ileri sürerek, somut olayda aile hayatının mevcut olmadığını ileri sürmüştür³¹³. Mahkeme ise, 1989’da üç ve dört yaşlarında iken Norveç’e gelen başvuru, 1992-1996 yılları arasındaki üç buçuk yıllık bir kesinti haricinde doğdukları tarih olan 1989’dan beri Norveç’te yaşadıklarını, Norveç’te kaldıkları sürenin büyük bir çoğunluğunu, kendilerinin bakımını üstlenen dayı ve teyzeleriyle birlikte geçirdiklerini göz önünde bulundurarak, aile hayatının varlığına şüphe olmadığını belirtmiştir³¹⁴.

³⁰⁹ AİHK’nin Boyle v. The United Kingdom kararı, § 20.

³¹⁰ AİHK’nin Boyle v. The United Kingdom kararı, § 44.

³¹¹ AİHK’nin Boyle v. The United Kingdom kararı, § 45.

³¹² AİHK’nin *X. and Y. v. The United Kingdom* (7229/75, 15.12.1977) kararı, s. 33. Başvuru, yeğeni ile birlikte yaşamadığını ve “etkili bir aile hayatı” kurmadığını kabul etmektedir. Ancak Başvuru göre bunun sebebi, Birleşik Krallık’ın, Hindistan’da yaşayan yeğeniye ülkeye giriş izni vermemesidir. Başvuru, yeğeni ile arasındaki durumu yeni doğmuş bir çocuğun ebeveynleri ile arasındaki potansiyel aile ilişkisine benzetmektedir. Komisyon ise bu görüşü kabul etmemiştir. Komisyona göre 8. maddenin korumasından yararlanmak için kurulmuş bir “aile hayatı”nın bulunması gerekir (s. 34). Komisyonun bu kararı potansiyel aile ilişkilerine 8. maddeyi uyguladığı kararları ile çelişkilidir. Ayrıca bu karar, evlat edinilenler ile evlatlık arasında yeterli bir de facto birliktelik henüz sağlanmamasına rağmen, yasayla kurulmuş bir evlatlık ilişkisinin “aile hayatı” sayıldığı *Pini and Others* (78028/01, 78030/01, 22.06.2004, § 148) davası ile de çelişkilidir.

³¹³ *Butt v. Norway*, 47017/09, 04.03.2013, § 70.

³¹⁴ *Butt v. Norway*, § 76. Başvuru anneleri 2000-2001 yılları arasında sınır dışı edilmemek için saklanmış, 2005’te sınır dışı edilmiş ve 2007’de ölmüştür. Babaları ise bu süre boyunca Pakistan’da kalmıştır (§ 76).

Mahkemenin yukarıdaki kararlarında görüldüğü üzere, yetişkin olmayan bir çocuk ile büyük anne-babası(*grandparents*) arasındaki ilişki, başka unsurlar aranmaksızın aile hayatı kapsamına girmektedir. Mahkeme bu kararlarında “bağımlılık” ya da “etkin ilişkiler”in varlığını tartışmadan aile hayatının varlığına hükmetmektedir. Ancak yeğenlerle kurulan ilişkiler bağlamında daha sıkı bir inceleme olduğu anlaşılmaktadır³¹⁵. Bu ilişkilerin aile hayatı kapsamına girebilmesi için kişiler arasında önemli bağlar bulunup bulunmadığı incelenmektedir. Dolayısıyla, akrabalık ilişkileri uzaklaştıkça *de facto* ilişkilerin varlığının daha sıkı bir incelemeye tabi tutulduğu söylenebilir³¹⁶.

Yetişkinler arası akrabalık ilişkilerinde ise daha sıkı bir inceleme yapılmaktadır. Bu ilişkilerde aile hayatının varlığına hükmedebilmek için, duygusal bağların ötesinde; ekonomik, fiziksel ya da psikolojik açıdan bağımlılığı gösteren unsurlar (*elements of dependency*) bulunması gerekir³¹⁷. Örneğin, *Anam* davasında başvurusunun birtakım ruhsal sağlık problemleri sebebiyle annesi ve kız kardeşlerine bağımlı olduğu kabul edilerek, aile hayatının mevcut olduğuna karar verilmiştir³¹⁸. Yetişkinler arasında kurulan akrabalık ilişkileri, örneğin iki yetişkin kardeş ya da amca/dayı/hala/teyze-yeğen ilişkisi, kendiliğinden aile hayatı kapsamına girmez³¹⁹. Örneğin Mahkeme, *Vasques* davasında, aile hayatı kavramının merkezinde eşler arası ve ebeveyn-çocuk arası ilişkiler yer alsa da, *sıkı kişisel bağların bulunması halinde* kardeşler arası ilişkilerin de aile hayatı kapsamına girebileceğini belirtmiştir. Ancak başvuru, kardeşleriyle sıkı bağlar kurduğunu kanıtlayacak olgulardan bahsetmediği için, somut olay aile hayatı kapsamında değil, özel hayat kapsamında değerlendirilmiştir³²⁰.

Bu durum yetişkin çocuk ile ebeveyn arası ilişkiler için de geçerlidir³²¹. *S. and S.* başvurusunda Komisyon, bu konuyu değerlendirmiştir. Komisyona göre aile hayatı, genellikle, birlikte yaşayan ve birbirine muhtaç kişilerin, örneğin ebeveynler ile onların bakımına muhtaç (*dependent*), yetişkin olmayan (*minor*) çocukları

³¹⁵ Liddy, 1998, s. 20.

³¹⁶ Lagoutte, 2003, s. 300; White ve Ovey, 2010, s. 336-337.

³¹⁷ Kwakye-NTI and Dufie v. Netherlands, 31519/96, 07.11.2000; Ezzouhdi c. France, 47160/99, 13.02.2001, § 34; Üner v. The Netherlands, 46410/99, 05.07.2005, § 44; Konstatinov v. The Netherlands, 16351/03, 24.09.2007, § 52.

³¹⁸ *Anam v. The United Kingdom*(Admissibility), 21783/08, 07.06.2011, s. 8.

³¹⁹ *X and Others v. Austria*, 19010/07, 19.02.2013, § 129.

³²⁰ *Vasquez v. Switzerland*, 1785/08, 26.11.2013, § 48.

³²¹ *Shevanova v. Latvia*, 58822/00, 15.06.2006, § 67.

arasındaki ilişkiyi kapsadığından; yetişkinler arası ilişkiler, mesela somut olayda anne ile 33 yaşındaki oğlu arasındaki ilişki, zorunlu olarak Sözleşmenin 8. maddesindeki korumayı gerektirmez. Bu koruma için, duygusal bağların ötesinde, bağımlılığı ispat eden bazı ek unsurların bulunması gerekir³²². Başvurucu maddi açıdan bağımlı olduğunu ispat edemediği için somut olay aile hayatı kapsamında değerlendirilmemiştir³²³. *Kaftailova*³²⁴, *Slivenko*³²⁵, *Shevanova*³²⁶ *Kolosovskiy*³²⁷ davalarında ise bağımlılığı ispat eden unsurlar bulunmaması sebebiyle ilişki aile hayatı kapsamına alınmamış, fakat özel hayat kapsamında değerlendirilmiştir.

2.3.2.4. Dini Evlilikler (Religious Marriages) ve Çok Eşlilik

Yakın ve gerçek birliktelik kriterine uyduğu sürece, dini evlilikler, örneğin “imam nikahı” altında yaşayan çiftler de 8. madde anlamında aile teşkil eder. Mahkeme, başvurunun imam nikahı ile yaşadığı eşinin ölümü sonucu bazı sigorta ödemelerinden mahrum kaldığı *Şerife Yiğit ve Tekin* davalarında, çiftin uzun yıllardır birlikte yaşadıklarını ve altı çocuk sahibi olduklarını göz önünde bulundurarak, aile hayatının mevcut olduğunu ifade etmiştir. Ancak Mahkeme, devletlerin bu tarz birliktelikleri evlilik ya da başka bir yolla tanıma yükümlülüğü altında olmadığını da belirtmiştir³²⁸. Yani, Sözleşmeye taraf olan bir devlet, bu tür bir aile ilişkisine hukuksal statü vermese de, bir negatif yükümlülük olarak, bu kişilerin aile hayatlarına müdahale etmeme yükümlülüğü altındadır.

³²² AİHK'nin S. and S. v. The United Kingdom (10375/ 83, 10.12.1984) kararı, s. 198.

³²³ AİHK'nin S. and S. v. The United Kingdom kararı, s. 199.

³²⁴ *Kaftailova v. Latvia*, 59643/00, 22.06.2006. Hükümet başvurunun kızının önemli bir süre babası ile birlikte yaşadığını ve ekonomik açıdan, babası tarafından desteklendiğini ileri sürmüştür (§ 57). Mahkeme kızın 22 yaşında ve Litvanya vatandaşı olduğunu; Litvanya'da yaşadığını, başvurunun desteğine muhtaç olduğunu gösteren emarelerin mevcut olmadığını belirtmiştir (§ 63).

³²⁵ *Slivenko v. Latvia*, 48321/99, 09.10.2003. Başvurucu yaşlı anne ve babasının hasta olduğunu, ülkeye giriş izni verilmemesi sebebiyle onları ziyaret edememesinin 8. maddeyi ihlal ettiğini ileri sürmüştür (§ 47), Mahkeme ise başvurunun yaşlı ebeveynlerin bakıma muhtaç olduğunu ortaya koymak için bu iddialarını yeterince temellendiremediğini ifade etmiştir (§ 97).

³²⁶ *Shevanova v. Latvia*, 58822/00, 15.06.2006. Başvurucu, dava tarihinde, bakıma muhtaç olduğunu yeterince temellendiremediği 30 yaşından büyük olan oğluya, doğduğundan beri birlikte yaşadığını belirtmiş (§ 12), Mahkeme ise bu durumu 8. madde anlamında aile hayatının varlığı açısından yeterli görmemiştir (§ 67).

³²⁷ *Kolosovskiy v. Latvia*, 50183/99, 29.01.2004. Mahkeme başvurunun babasının çok yaşlı, hasta ve bakıma muhtaç olduğu yolundaki iddialarını yeterince temellendirmediğini belirtmiş, somut olayı, aile hayatı kapsamında değil, özel hayat kapsamında değerlendirmiştir (s. 17).

³²⁸ *Tekin v. Turkey (Admissibility)*, 26252/06, 01.02.2011; *Şerife Yiğit v. Turkey*, 3976/05, 02.11.2010, § 97, 98, 102; *Johnston And Others v. Ireland*, 9697/82, 18.12.1986, § 68.

Çok eşlilik durumları da aile hayatı kapsamında 8. maddenin kapsamına girebilir³²⁹. *M. and O.M.* kararında Komisyon konuyu ilgilendiren bir göç konulu bir başvurusuyu incelemiştir. Komisyona göre Sözleşme, devletlere çok-eşli evliliklerin tümüyle tanınması yönünde bir yükümlülük yüklemez. Ancak bu durum, bir baba ile onun çok eşli evliliklerinden doğan çocuğu arasında “aile hayatı” olmadığı anlamına gelmez. Komisyon, başvurucunun çocuğu yirmi altı yaşında olduğu ve ekonomik bağımlılık kriterine uymadığı için aile hayatının mevcut olmadığına karar vermiş ancak küçük çocuklar için 8. maddenin uygulama alanı bulabileceğini kaydetmiştir³³⁰. Gerçekten de, *E.A. and A.A.* kararında başvurucu ile 15 yaşındaki çocuğu arasındaki ilişki aile hayatı olarak değerlendirilmiştir. Olayda, başvurucu ikinci eşi ile Hollanda’da birlikte yaşamakta, ilk eşi ve ondan olan çocukları ise Fas’ta bulunmaktadır. Komisyon, başvurucunun Fas’taki ailesinin geçimini sağladığını, yılda 6 hafta onlarla birlikte kaldığını göz önünde bulundurmuş ve Hollanda’da oturma izni almak isteyen çocuğu ile başvurucu arasında aile hayatının mevcut olduğuna karar vermiştir³³¹. Komisyon; benzer koşulları taşıyan *Lamrabi* başvurusunda, çok eşli bir aile yaşamı sürdüren başvurucunun dini evliliklerinden biri sona ermiş olmasına rağmen, bu evlilikten doğan çocuklar ile başvurucu arasındaki ilişkiyi aile hayatı kapsamında değerlendirmiştir³³². Yine göç ile ilgili olan *Bibi* başvurusunda, başvurucu, babasının ilk eşi olan annesinin Birleşik Krallık’a girmesine izin verilmediği için 8. maddenin ihlal edildiğini iddia etmiştir. Komisyon eşler arası çok-eşli ilişkiyi de aile hayatı kapsamında değerlendirmiş fakat müdahalenin m. 8/2 kapsamında meşru olduğuna karar vermiştir³³³.

Komisyon ve Mahkemenin yukarıdaki kararlarında görüldüğü üzere, çok eşli aile ilişkileri 8. madde kapsamında aile hayatı teşkil etse de, bu tür ilişkilere yönelik

³²⁹ Susana Almeida, *The Respect For (Private and) Family Life in the case law of ECHR: the protection of new forms of family*, s. 9, https://www.academia.edu/2269426/The_right_to_respect_for_private_and_family_life_in_the_case-law_of_the_European_Court_of_Human_rights_the_protection_of_new_forms_of_family (08.05.2014).

³³⁰ AİHK’nin *M. and O.M. v. The Netherlands*, (12139/86, 05.10.1987) kararı. Ayrıca bkz.: Chapman, S. (2001). *Polygamy, Bigamy and Human Rights Law*, United States of America: Xlibris, s. 73.

³³¹ Bununla birlikte, oturma izni verilmemesi m.8/2 kapsamında meşru bulunmuş ve başvurunun kabul edilemez olduğuna karar verilmiştir. AİHK’nin *E.A. and A.A v. the Netherland*, (14501/89, 06.01.1992) kararı.

³³² Bir önceki dipnotta belirtilen karar gibi bu başvuru da, müdahalenin m.8/2 hükmünce meşru olduğu gerekçesiyle, kabul edilemez bulunmuştur. AİHK’nin, *Lamrabi v. The Netherlands* (24968/94, 18.05.1995) kararı.

³³³ AİHK’nin *Bibi v. The United Kingdom*, (19628/92, 29.06.1992) kararı.

müdahaleler çoğunlukla 2. fıkrada düzenlenen genel ahlak, başkalarının haklarının korunması sebepleri doğrultusunda meşru bulunmuş ve başvurular kabul edilemez bulunmuştur. Bu konuda devletlere geniş bir takdir alanı tanınmıştır. Özellikle toplumun büyük çoğunluğunun tek-eşlilik kültürünü benimsediği Hristiyan Avrupa ülkelerinin çok-eşliliği önleme politikaları bu takdir alanı içerisinde değerlendirilmektedir³³⁴. Aynı durum yukarıda bahsedilen dini evlilikler için de geçerlidir. Mahkemeye göre bu ilişkiler de aile hayatı teşkil eder fakat devletlerin bu aile ilişkilerine hukuki sonuçlar bağlamak gibi pozitif yükümlülükleri yoktur.

2.3.2.5. Nişanlılık

Yukarıda bahsedildiği üzere, resmen tanınan bir evlilik –gerçek dışı olmadığı sürece– kendiliğinden aile hayatı kapsamına girer. Resmi bir niteliği olmayan nişanlılık sözleşmeleri ise, kendiliğinden aile hayatı kapsamına girmez³³⁵. Bunun için, diğer evlilik dışı ilişkilerde olduğu gibi, sürekli ve yakın *de facto* birliktelik gerekmektedir³³⁶.

Wakefield başvurusunda Komisyon, ilişkiyi yeterince sıkı bulmadığı için, hapisanede cezasını çekmekte olan bir mahkum ile nişanlısı arasında aile hayatının mevcut olmadığını ifade etmiştir. Komisyon; mahkumun, nişanlısıyla yalnızca bir kere görüşmüş ve birkaç defa mektuplaşmış olmasını aile hayatının varlığı için yeterli bulmamıştır. Öte yandan ilişki, 8. madde kapsamında korunan diğer bir hukuksal değer olan “özel hayat” kapsamında değerlendirilmiştir³³⁷. Bu durum, aile hayatı oluşturacak kadar yakın ve sıkı olmayan ilişkilerin özel hayat kapsamında değerlendirilmesine örnek olarak gösterilebilir ki, Strasbourg organlarının geleneksel yaklaşımı bu yöndedir³³⁸.

2.3.2.6. Transseksüeller ile Kurulan İlişkiler

Mahkemenin transseksüellerle ilgili içtihadı, biyolojik bağlardan ya da resmi kayıtlardan çok, fiili gerçekliğe ne kadar önem verdiğini ortaya koymaktadır. X., Y.,

³³⁴ Chapman, 2001, s. 74, 75.

³³⁵ Gajdosava, 2008, s. 69.

³³⁶ Lagoutte, 2003, s. 295. Aksi yönde: Storey, H. (1990). The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg. *International and Comparative Law Quarterly*, 39(2), s. 334

³³⁷ AİHK'nin *Wakefield v. The United Kingdom* (15817/89, 01.10.1990) kararı. Ayrıca bkz.: Gajdosava, 2008, s. 69; Roagna, 2012, s. 13, Karagözler, 2013, s. 46 (dipnot, 261).

³³⁸ Hofmann v. Germany (Admissibility), 1289/09, 23.02.2010; Znamenskaya v. Russia, 77785/01, 02.06.2005, § 27. Ayrıca bkz.: Gajdosava, 2008, s. 69; Roagna, 2012, s. 13; Karagözler, 2013, s. 46 (dipnot, 261).

Z. kararında, tıbbi operasyon ile erkek olan bir kişi (X.) ile birlikte yaşadığı kadın (Y.) ve bu kadının yapay dölllenme yoluyla doğurduğu çocuk (Z.) arasındaki ilişki söz konusudur. Davalı hükümet X.'in resmi kayıtlara göre hâlâ kadın olduğunu ve Strasbourg organlarının eşcinsel ilişkileri aile hayatı kapsamına almadığını belirtmişse de³³⁹, Mahkeme; X.'in tıbbi müdahale ile cinsiyet değiştirdiğini ve erkek arkadaşı olarak, Y. ile uzun yıllardır birlikte yaşadığını belirtmiştir. Çiftin çocuk sahibi olmak yönünde ortak iradelerinin olduğunu, bu yüzden yapay dölllenme için birlikte başvuruda bulduklarını, X.'in bütün bu sürece dahil olduğunu ve çocuğun doğumundan itibaren her açıdan bir baba gibi davrandığını göz önünde bulundurarak, X. Y. ve Z. arasında *de facto* aile ilişkisi kurulduğunu ifade etmiştir³⁴⁰. Görüldüğü üzere X. ve Z. arasında hiçbir biyolojik bağ olmamasına rağmen, X.'in "baba gibi davranması"na yani sosyal gerçekliğe vurgu yapılarak aile hayatının varlığına karar verilmiştir³⁴¹. Bununla birlikte, Mahkemeye göre davalı devletin, resmi kayıtlarda X.'i baba olarak tanımak şeklinde bir pozitif yükümlülüğü yoktur. Bu yüzden 8. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir³⁴².

Benzer şekilde, *Christine Goodwin* kararına kadar, transseksüellerin cinsiyet kimliğinin Sözleşmecî devlet tarafından tanınması konusunda da devletlerin takdir alanından (*margin of appreciation*) yararlandıkları ifade edilmiştir. Ancak bu kararla birlikte Mahkeme, içtihadını büyük ölçüde değiştirmiştir³⁴³. Kararda, konunun Sözleşmecî devletlerin takdir alanı içinde olmadığı ifade edilmiş ve transseksüel olan başvuranın yeni cinsiyet kimliği tanınmadığı için Sözleşmenin ihlal edildiğine karar verilmiştir³⁴⁴. Yine aynı kararda, transseksüel bir kişinin yeni cinsiyet kimliğinin resmen tanınmaması sebebiyle eski cinsiyetinden biriyle evlenememesi de evlenme hakkını koruyan 12. maddenin ihlali olarak değerlendirilmiştir³⁴⁵. Mahkemenin bu kararından sonra X. Y. Z. kararındaki içtihadını da değiştireceği ve transseksüel kişinin sonraki cinsiyet kimliğiyle anne ya da baba olarak tanınması yönünde devletlere pozitif yükümlülük yükleyeceği söylenebilir.

³³⁹ X. , Y. And Z. v. The United Kingdom, 21830/93, 22.04.1997, § 34.

³⁴⁰ X. , Y. And Z. v. The United Kingdom, § 37.

³⁴¹ Lagoutte, 2003, s. 299.

³⁴² X. , Y. and Z. v. The United Kingdom, § 52.

³⁴³ Arslan Öncü, 2011, s. 218. Yazar Strasbourg organlarının transseksüelleri ile ilgili içtihatlarını *Christine Goodwin* kararından önce ve sonra olmak üzere ikiye ayırmaktadır.

³⁴⁴ Christine Goodwin v. The United Kingdom, 28957/95, 11.07.2002, § 93

³⁴⁵ Christine Goodwin v. The United Kingdom, § 101, 103.

2.3.2.7. Eşcinsel Birliktelikler

Eşcinsel birlikteliklerin aile hayatı kapsamında değerlendirilmesi ile ilgili Strazbourg organlarının içtihadı, evrimci yorum anlayışının bir sonucu olarak, zaman içinde değişiklik göstermiştir. Komisyonun kararlarında, eşcinsel birliktelikler aile hayatı kapsamına alınmıyordu³⁴⁶. Üstelik ilişkinin taraflarının birlikte yaşam sürmeleri gibi, sıkı ilişkiyi ortaya koyan faktörlerin bir önemi yoktu, eşcinsel ilişkiler kategorik olarak aile hayatı kavramının dışında tutuluyor, duruma göre özel hayat kapsamında değerlendiriliyordu³⁴⁷. Mahkeme, Avrupa Konseyi üyesi devletler arasında eşcinsel birliktelikleri hukuken tanıma yönünde artan bir eğilim olmasına rağmen, bu konuda henüz yeterli bir ortak temel görmediği için devletlerin takdir marjlarının geniş olduğunu belirtmişti³⁴⁸.

Karner kararında ise, eşcinsel başvuruçunun, eşinin ölümü üzerine kira sözleşmesini devam ettirememesi “konut” kapsamında ele alınırken, aile hayatı ya da özel hayatı ilgilendirip ilgilendirmediğinin tespiti gereksiz bulunmuştur³⁴⁹. Yine, ölen eşcinsel eşin kira sözleşmesini devam ettirmek ile ilgili olan *Kozak* davasında, Mahkeme; benzer durumlarda kişilere farklı muamele edilmesinin, geleneksel aile yapısının korunması amacıyla, meşrulaştırılabileceğini kabul etse de; aile hayatı söz konusu olduğunda, toplumun medeni hal ile ilgili durumlara ilişkin tutumundaki değişme ve gelişmelerin hesaba katılması gerektiğini, aile ilişkileri ya da özel hayat açısından toplumda sadece tek bir yaşam tarzı bulunmadığını belirtmiştir³⁵⁰. Ancak

³⁴⁶ Örneğin; AİHK'nin X and Y v. The United Kingdom (9369/81, 03.05.1983) kararı, s. 221; AİHK'nin S. v. The United Kingdom (11716/85, 14.05.1986) kararı; AİHK'nin Rööslı v. Germany (28318/95, 15.05.1996) kararı.

³⁴⁷ Gajdosava, 2008, s. 68, 69. Ayrıca bkz.: Schalk and Kopf v. Austria, 30141/04, 24.06.2010, § 92.

³⁴⁸ Mata Estevez v. Spain (Admissibility), 56501/00, 10.05.2001.

³⁴⁹ *Karner v. Austria*, 40016/98, 24.10.2003, § 33. Davaya konu olan olayda, kira sözleşmesinin tarafı olan kişi başvuruçunun eşidir. Bu kişinin ölümü üzerine ev sahibi, başvuruçuyu evden çıkarmak için dava açmış ve davası reddedilmiştir. Davayı reddeden yerel mahkeme, Kira Kanununda aile üyelerinden birinin ölümü üzerine sağ kalanların kira sözleşmesini devam ettirebileceğini öngören hükmün eşcinsel çiftler için de uygulanabileceğini belirtmiştir (§ 13). Bölge Mahkemesi de, aynı yönde, söz konusu hükmün evlenmeden uzun süredir birlikte yaşayan çiftleri de koruma altına aldığını, dolayısıyla eşcinsel çiftlere de uygulanması gerektiğini ifade etmiştir (§ 14). Yüksek Mahkeme ise yasanın yapıldığı 1974 yılında, yasama organının amacının eşcinsel ilişkileri bu hükmün kapsamına almak olmadığını belirterek kararı bozmuştur (§ 15). Mahkeme bu koşullarda 8. maddedeki konut kavramı göz önünde bulundurularak ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir (§ 41-43).

³⁵⁰ *Kozak v. Poland*, 13102/02, 02.03.2010, § 98. Mahkeme konuyu “konut” kapsamında değerlendirmiş ve 8. madde göz önünde bulundurularak 14. maddenin ihlal edildiğine karar vermiştir.

bu davada da eşcinsel ilişkilerin aile hayatı kapsamına girdiği, açıkça karara bağlanmamıştır.

Mahkeme, 2010 yılının Haziran ve Temmuz aylarında peş peşe verdiği *Schalk and Kopf*, ve *P.B. and J.S.* kararları ile eşcinsel birliktelikleri aile hayatı kapsamına almama yönündeki içtihadını değiştirmiş ve sürekli *de facto* eşcinsel birlikteliklerin, aynı durumdaki heteroseksüel ilişkiler gibi, aile hayatı kapsamına girdiğini belirtmiştir³⁵¹. Kararda, *Mata Estevez* kararından bu yana Avrupa Konseyi üyesi devletlerde eşcinsel birlikteliklere bakışın değiştiği belirtilmektedir: Belirtilen karardan günümüze kadarki süre içerisinde birçok üye devlet, eşcinsel birliktelikleri resmen tanıma yoluna gitmiştir. Avrupa Birliği hukukunda da eşcinsel birliktelikleri resmen tanıma yönünde yaygın bir eğilim vardır³⁵². Mahkemeye göre, bu şartlar altında, eşcinsel ilişkileri “aile” kavramı kapsamına dahil etmemek, artık “*yapay (artificial)*” bir yaklaşımdır³⁵³.

Burada, Avrupa Konseyi üyesi devletlerin eşcinsel evliliklere karşı tutumunu ortaya koymanın gerekli olduğunu düşünüyoruz. On üç üye devlet eşcinsel birlikteliği evlilik olarak; yirmi iki üye devlet ise farklı bir medeni birliktelik olarak tanımaktadır³⁵⁴.

Tablo: Eşcinsel birliktelikleri tanıyan ülkeler

Evlilik	Belçika, Danimarka, Fransa, İzlanda, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya, İsveç, Birleşik Krallık, Malta, Lüksemburg, İrlanda
Kayıtlı birliktelik	Andorra, Avusturya, Belçika, Hırvatistan, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Macaristan, İzlanda, İrlanda, Lihtenştayn, Lüksemburg,

³⁵¹ *Schalk and Kopf v. Austria*, § 94; *P.B. and J.S. v. Austria*, 18984/02, 22.07.2010, § 30.

³⁵² *Schalk and Kopf v. Austria*, § 93; *P.B. and J.S. v. Austria*, § 29.

³⁵³ *Schalk and Kopf v. Austria*, § 94; *P.B. and J.S. v. Austria*, §30.

³⁵⁴ Wikipedia: Recognition of same-sex unions in Europe, http://en.wikipedia.org/wiki/Recognition_of_same-sex_unions_in_Europe (27.05.2015); *Vallianatos and Others v. Greece*, 29381/09, 32684/09, 07.11.2013, § 25. Yukarıdaki tablo bu kaynaklar kullanılarak hazırlanmıştır.

	Malta, Hollanda, Norveç, Slovenya, İspanya, İsveç, İsviçre, Birleşik Krallık
--	--

Mahkemeye göre AİHS'nin ne evlilik hakkını düzenleyen 12. maddesi; ne de 8. madde ile bağlantılı 14. maddesi, eşcinsel çiftlere evlenme hakkı tanımaz³⁵⁵. Öte yandan; evlenmeden birlikte yaşayan karşı-cins çiftlerin ilişkisini "medeni birliktelik(*civil union*)" adı altında tanıyan bir yasa; eşcinsel ilişkileri uygulama kapsamı dışında bıraktığı için, 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddeye aykırı bulunmuştur³⁵⁶. Başka bir ifade ile, *de facto* ilişkilerin tanınmasında karşı-cins çiftler ile eşcinsel çiftler arasında ayrımcılık yapıldığı ifade edilerek ihlal kararı verilmiştir. Eşcinsel evliliğe cevaz verilmemesinde ayrımcılık olmadığını ifade eden Mahkemenin, eşcinsel *de facto* birlikteliklerin tanınmamasını ayrımcılık yasağına aykırı bulması çelişkilidir. Çünkü *de facto* birliktelikleri kayıt almak ve buna bazı hukuki sonuçlar bağlamak, tıpkı evlilik gibi, bir tanıma (*recognition*) biçimidir. Tanıma biçimlerden birinde yapılan farklı muameleyi ayrımcılık olarak değerlendirmeyen, diğerinde ayrımcılık olarak nitelendirmek tutarlı değildir.

Eşcinsel birliktelikleri aile hayatı kapsamına alan içtihat, çocuklarla kurulan ilişkileri de içine alacak şekilde genişlemiştir. *Schalk and Kopf* kararından iki ay sonra Mahkeme, lezbiyen çiftin yapay dölllenme yoluyla sahip oldukları çocukla kurdukları ilişkiyi aile hayatı kapsamına almıştır. Çocuk doğduğunda 11 seneyi aşkın bir süredir birlikte yaşamakta olan başvurucular çocuk sahibi olma kararı almış ve başvuruculardan biri yapay dölllenme yoluyla bir çocuk doğurmuştur³⁵⁷. Ayrıca, başvurucuların aralarındaki ilişki, çocuğun doğumundan 2 yıl sonra "medeni birliktelik anlaşması (*civil partnership agreement*)" adı altında ilgili mahkemede kayıt altına alınmıştır. Başvurucular çocuğa doğumundan itibaren birlikte bakmış ve yetiştirmişlerdir. Bu şartlar altında Mahkeme, başvurucular ile çocuk arasındaki ilişkiyi 8. madde anlamında aile hayatı saymıştır³⁵⁸.

Benzer koşulları taşıyan *X and Others* davasında, başvuruculardan birinin önceki ilişkisinden doğan çocuğu ile eşcinsel eşi (birinci başvurucu) arasındaki

³⁵⁵ X and Others v. Austria, 19010/07, 19.02.2013, § 106; Schalk and Kopf v. Austria, § 101.

³⁵⁶ Vallianatos and Others v. Greece, § 87, 88, 92.

³⁵⁷ Gas and Dubois v. France (Admissibility), 25951/07, 31.08.2010, s. 2.

³⁵⁸ Gas and Dubois v. France (Admissibility), s. 12.

ilişki, aile hayatı kapsamında değerlendirilmiştir³⁵⁹. Çocuk babası tarafından tanınmıştır fakat velayet hakkı sadece annededir (üçüncü başvuru)³⁶⁰. Başvurucular, çocuk ile çocuğun annesinin eşcinsel eşi arasındaki ilişkiyi resmi kayıt altına almak için evlat edinme yolunu kullanmak istemişlerse de mevzuat bu durumu engellemektedir³⁶¹. Sonuç olarak Mahkeme, evlilik dışı karşı cinsten çiftler birlikte evlat edinebilirken, eşcinsel çiftin birlikte evlat edinmemeleri sonucunu doğuran mevzuatın 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddeyi ihlal ettiği sonucuna varmıştır³⁶².

Bu kararlardan anlaşılıyor ki, Mahkeme, karşı cinsten çiftlerin sürekli *de facto* birlikteliklerde uyguladığı tüm içtihatları eşcinsel çiftler için de uygulamaktadır. Hatırlanacağı üzere, “Sözleşme anlamında aile hayatı kapsamında değerlendirilen bir ilişkiden doğan çocuk, doğar doğmaz bu aile ilişkisinin bir parçası” olmaktadır. Mahkeme eşcinsel ilişkiler açısından da, bire bir aynı olmasa da, benzer bir içtihat geliştirmiştir: Bu çiftlerin gerek kendi aralarında, gerekse –yapay dölleme ya da evlatlık edinme yoluyla– çocuklarla kurdukları ilişkiler 8. madde anlamında aile hayatı kapsamına girmektedir, yeter ki sürekli *de facto* birliktelik sağlansın.

2.3.2.8. Doğmamış Çocuk ile Ebeveyn Arasındaki İlişki:

Kürtaj Meselesi

Kürtaj meselesi, daha çok, 8. maddenin özel hayat kategorisinde yahut ceninin yaşama hakkı açısından Sözleşmenin 2. maddesi kapsamında kararlara konu olmaktadır³⁶³. Mahkemeye göre, hamileliğin başlangıcından itibaren, annenin özel hayatı ile gelişen cenin arasında sıkı bir bağ kurulur³⁶⁴. Bu yüzden Mahkemeye göre, kürtaj ile ilgili konularda; annenin özel hayatı, ceninin yaşama hakkı da dahil olmak üzere, konuyla ilgili olabilecek tüm haklara üstün gelmektedir³⁶⁵.

³⁵⁹ X and Others v. Austria, § 96.

³⁶⁰ X and Others v. Austria, § 10.

³⁶¹ X and Others v. Austria, § 12.

³⁶² X and Others v. Austria, § 153.

³⁶³ Karagözler, 2013, s. 46 (dipnot 263).

³⁶⁴ AIHK Raporu, Brüggemann and Scheuten v. Germany, 6959/75, 12.07.1977, s. 18; Tysiğc v. Poland, 5410/03, 20.03.2007, § 106.

³⁶⁵ A, B and C v. Ireland, 25579/05, 16.12.2010, § 213.

Mahkeme, kürtaj ile ilgili davalarda babanın mağdur statüsünü tanısa da³⁶⁶; 8. maddenin, kürtaj olurken babaya danışılması ya da babanın, kürtajı engellemek için yetkili makamlara başvurması gibi haklar çıkarılacak şekilde yorumlanamayacağını belirtmiştir³⁶⁷.

Kürtaj meselesinde, annenin özel hayatı ile babanın aile hayatı hakkı çatışma halindedir. Mahkeme *Boso ve H.* kararlarında, “*babanın 8. madde kapsamında korunan haklarına yönelik herhangi bir müdahale varsa bile, annenin sağlığı kürtajı gerektirdiğinden, 8. maddenin 2. fıkrası kapsamında ‘başkalarının haklarının korunması’ amacıyla meşrulaştırılmıştır*” demektedir³⁶⁸. Dolayısıyla Mahkeme gebeliğin sonlandırılmasının, potansiyel babanın aile hayatına müdahale teşkil edebileceğini, hatta 2. fıkra kapsamında meşrulaştırılmazsa, bu müdahalenin ihlale sebep olabileceğini de –en azından bir ihtimal olarak– kabul etmiş durumdadır.

2.3.2.9. Ölümünden Sonra Aile Hayatı:

Cesedin Teslimi ve Cenaze İşlemleri

Mahkemenin vermiş olduğu bazı kararlar, aile üyeleri arasındaki ilişkinin, bazı durumlarda ölümden sonra dahi 8. madde altında korunduğunu göstermektedir. Doğduktan hemen sonra ölen bebeğin başvuru anneye teslim edilmediği ve hastane görevlileri tarafından gömüldüğü için mezar yerinin bilinmediği *Yıldırım* kararında, söz konusu başvuru yalnızca “aile hayatı” kapsamında değerlendirilmiştir³⁶⁹. Aile üyelerinden birinin cesedinin geç teslim edildiği ya da hiç teslim edilmediği bazı davalarda ise, başvurunun hem “özel hayat” hem de “aile hayatı” altında değerlendirilebileceği belirtilmiştir³⁷⁰. Örneğin, birden çok başvuru bulunan *Sabanchiyeva* kararında, başvuru sahiplerinden birinin ölen kişiyle ilişkisi yeterince uzun ve istikrarlı olmadığı gerekçesiyle söz konusu ilişki “aile hayatı” kapsamında değerlendirilmemiş ancak “özel hayat”

³⁶⁶ Puppinc, G. (2013). Abortion and the European Convention on Human Rights. *Irish Journal of Legal Studies*. 3(2), s. 187. Bkz.: *Boso v. Italy (Admissibility)*, 50490/99, 05.09.2002; AİHK'nin *H v. Norway (17004/90, 19/05/1992)* kararı.

³⁶⁷ *Boso v. Italy (Admissibility)*, 50490/99, 05.09.2002.

³⁶⁸ *Boso v. Italy (Admissibility)*; AİHK'nin *H v. Norway (17004/90, 19.05.1992)* kararı.

³⁶⁹ *Yıldırım v. Turkey (Admissibility)*, 25327/02, 11.09.2007.

³⁷⁰ *Sabanchiyeva and Others v. Russia*, 38450/05, 06.06.2013, § 117; *Pannullo and Forte v. France*, 37794/97, 30.10.2001, § 35-36; *Girard v. France*, 22590/04, 30.06.2011, § 107; *Zalov and Khakulova v. Russia*, 7988/09, 16.01.2014, § 72.

kapsamına girdiği ifade edilerek 8. madde korumasından yararlanmıştı. Ancak aynı davadaki diğer ilişkiler hem “aile hayatı” hem de “özel hayat” altında incelenmiştir³⁷¹. Müteveffa kocasının küllerini başka bir yere taşımak isteyen başvuruçunun bu yöndeki taleplerinin reddedildiği *Elli Poluhas Dödsbo* kararında ise Mahkeme, konuyu 8. madde kapsamında incelenebilir bulduktan sonra, konunun “özel hayat” mı, yoksa “aile hayatı” kapsamında mı inceleneceği sorusuna değinmeyi gereksiz bulmuştur³⁷².

Mahkemenin bu kararlarını birlikte değerlendirdiğimizde, cenaze işlemleri ya da cesedin teslim edilmesi gibi konularda, “aile hayatı”nın ölümden sonra da mevcudiyetini devam ettirdiği sonucuna varmak mümkündür. Ancak Mahkemeye göre konunun “özel hayat” boyutu da vardır. Bu, aynı olayın iki farklı boyutuyla değerlendirilmesidir. Mahkeme bu konunun neden “özel hayat” altında değerlendirildiğini açıkça belirtmemiştir. Bununla birlikte, Mahkemenin bazı kararlarında, “kişisel, sosyal ve ekonomik ilişki ağını” “özel hayat” kapsamında değerlendirdiği bilinmektedir³⁷³. Ayrıca bu konunun kişinin manevi/psikolojik bütünlüğü³⁷⁴ açısından da “özel hayat” kapsamında değerlendirildiği düşünülebilir.

2.3.2.10. Aile Hayatının Sona Ermesi

Aile bağları, bir kez kurulduktan sonra, çok istisnai durumlarda ortadan kalkar³⁷⁵. Bu durum Mahkeme kararlarında da birçok kez belirtilmiştir³⁷⁶.

Yukarıda ayrıntılı olarak açıklamaya çalıştığımız, 8. madde anlamında aile hayatının varlığı için gerekli şartların ortadan kalkması, aile hayatının sona ermesine yol açabilir. Resmi evliliklerde boşanma, evlilik dışı ilişkilerde sürekli *de facto* birlikteliğin sona ermesi, yakın akrabalarla ilişkilerde bağımlılık unsurlarının (*elements of dependency*) ortadan kalkması gibi durumlar aile hayatının mevcudiyetini sona erdirebilir.

³⁷¹ Sabanchiyeva and Others v. Russia, § 119.

³⁷² Elli Poluhas Dödsbo v. Sweden, 61564/00, 17.01.2006, § 24. Maric v. Croatia (50132/12, 12.06.2014) kararında da ilişkinin “özel hayat” mı yoksa “aile hayatı” mı sayılacağı açıkça belirtilmeden, 8. madde korumasından yararlandığı belirtilmekle yetinilmiştir (§ 56).

³⁷³ Örneğin bkz.: Slivenko v. Latvia, 48321/99, 09.10.2003, § 96.

³⁷⁴ Kişinin fiziksel ve psikolojik/manevi bütünlüğü “özel hayat” kapsamında değerlendirilmektedir. Bkz.: Salihpaşaoğlu, 2013, s. 247 vd.

³⁷⁵ Roagna, 2012, s. 30.

³⁷⁶ C. v. Belgium, 21794/93, 07.08.1996, § 25; Boughanemi v. France, 22070/93, 24.04.1996, § 35; Gül v. Switzerland, 23218/94, 19.02.1996, § 32.

Aile hayatının sona ermesiyle ilgili üzerinde durulması gereken mesele, çocuğun koruyucu aileye verilmesi ya da evlat edinilmesi durumlarında biyolojik ebeveynleriyle aile ilişkisinin sona erip ermediğidir. *X. v. The United Kingdom* kararında, başvuru evlat edinme işlemine rıza vermiş ve doğumdan sonra çocuğunu evlat edinen aileye teslim etmiştir. Ancak, resmi işlemler başladığı esnada (birkaç ay sonra) rıza vermekten vazgeçmiş ve yerel mahkeme, başvuru evlat edinen aileye çocuğun evlat edinilmesine karar vermiştir. Karar verildiğinde çocuk iki yaşındadır. Mahkeme bu koşullarda biyolojik anne ile çocuk arasında aile hayatının mevcut olduğuna hükmetmiştir³⁷⁷. *Kearns* kararında da, benzer şekilde, evlat edinme işlemine önce rıza veren, iki buçuk ay sonra vazgeçen biyolojik anne ile çocuğu arasında aile hayatının sona ermediği ifade edilmiştir³⁷⁸. *Pipoli* kararında ise evlatlık verme işleminin, çocuğu biyolojik ebeveynlerden tümüyle ayırdığını ifade etmiş ve bu işleme onay veren ve 4 yıldır çocuklarından uzak kalan başvuru evlat edinen, çocuğuyla bir daha bir araya gelemeyeceğini göze almış olması gerektiğini belirtmiştir. Sonuç olarak başvuru açıkça dayanaktan yoksun bulunmuştur³⁷⁹.

Bu kararlardan anladığımız kadarıyla, gönüllü olarak çocuğunu evlatlık veren ve çocuğuyla ilişkisini koparan biyolojik ebeveyn ile çocuk arasındaki aile hayatı sona erer. Ancak biyolojik ebeveynin rızası yoksa ya da verilen rıza birkaç ay gibi kısa bir süre içerisinde geri alınırsa; aile hayatı sona ermez. Bu durumda, yetkili makamların evlat edinmeye ilişkin kararları aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale teşkil eder ve bu bakımdan 8. maddenin 2. fıkrası kapsamında meşrulaştırılması gerekir.

Bir çocuğun koruyucu aile yanına verilmesi ise, biyolojik ailesiyle kurulmuş olan aile hayatının ortadan kalkmasına yol açmaz. Yetkili makamların, çocuğu koruyucu aileye vermek yönündeki kararları biyolojik ebeveynlerin aile hayatına

³⁷⁷ Başvuru evlilik dışı bir ilişkiden hamile kalmış, doğacak çocuğun babası ise hamileliğin öğrenilmesinden bir ay sonra ölmüştür. Başvuru ailesinin hoşnutsuzluğundan korktuğu ve çocuğa bakamayacağını düşündüğü için kürtaj yaptırmaya karar vermiş; fakat başvuru evlat edinenin gittiği doktor kürtaj için çok geç olduğunu belirtmiş ve çocuğu evlatlık olarak almayı teklif etmiştir. Başvuru bu teklifi kabul etmiş fakat doğumdan sonra yakalandığı bir hastalık yüzünden bir daha çocuğu olamayacağını öğrenince evlatlık vermektan vazgeçmiştir. Bkz.: AİHK'nin *X. v. The United Kingdom* (7626/76, 11.07.1977) kararı.

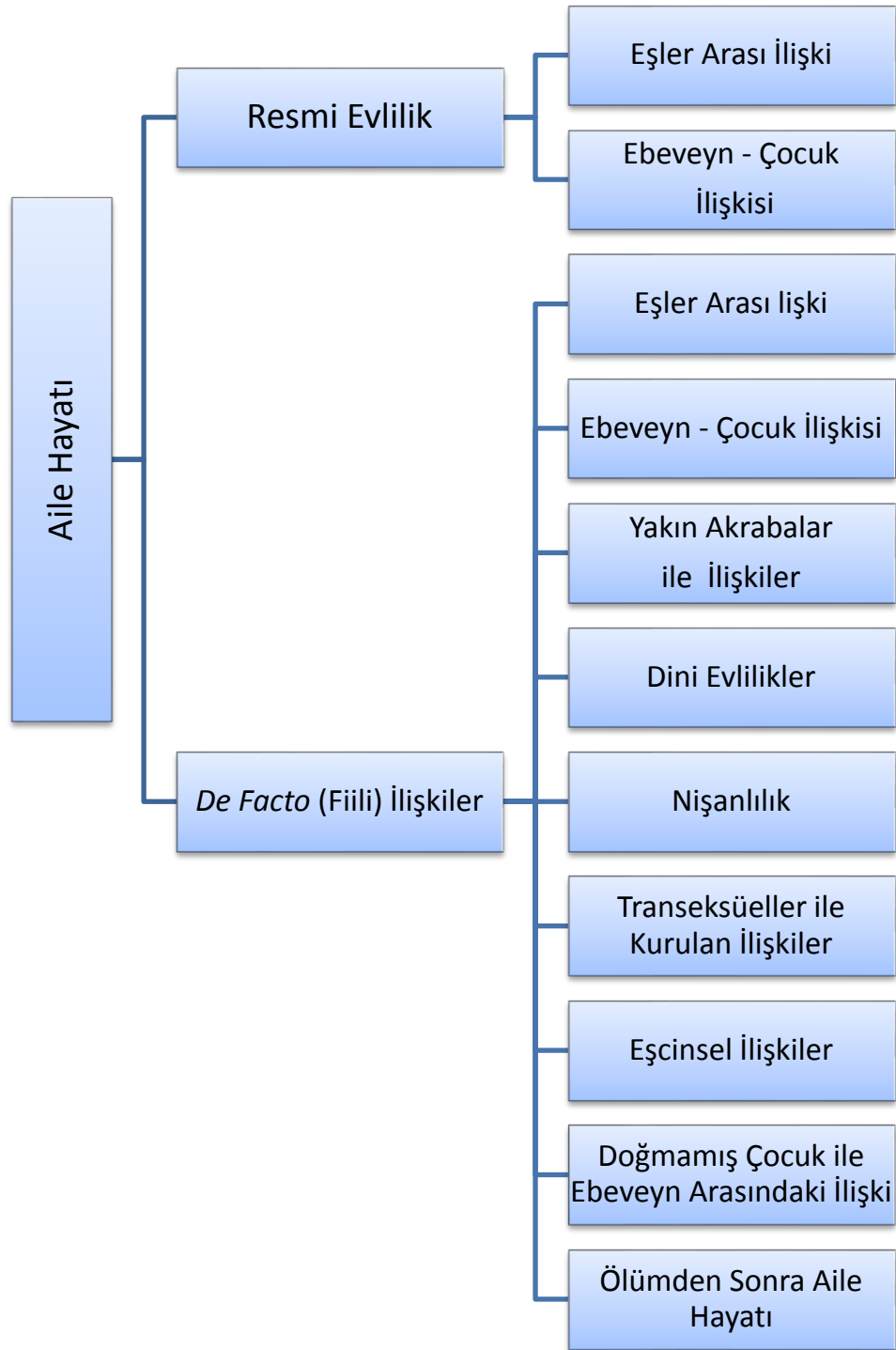
³⁷⁸ *Kearns v. France*, 35991/04, 10.01.2008, § 16, 18, 72.

³⁷⁹ Bu davada yerel mahkeme, ebeveynleri 6 ay içinde başvurmazsa çocukların evlat edinilmeye müsait olacağına karar vereceğini duyurmuş fakat başvuru belirtilen süre içinde gelmemiştir. Kararın verilmesinden sonra karara itiraz ettiyse de, başvuru evlat edinenin itirazı reddedilmiş başvuru ise bu kararı temyiz etmemiştir. Bkz.: *Pipoli v. Italy (Admissibility)*, 27145/95, 30/03/1999.

saygı gösterilmesi hakkına müdahale teşkil eder ve 2. fıkra kapsamında meşrulaştırılmak zorundadır³⁸⁰.

Tablo: Aile hayatı teşkil eden ilişki biçimleri

³⁸⁰ Z.J. v. Lithuania, 60092/12, 29.04.2014, §92; B. v. Romania (No. 2), 1285/03, 19.02.2013, § 108; Olsson v. Sweden (No. 1), 10465/83, 24.03.1988, § 59; W. v. The United Kingdom, 9749/82, 08.07.1987, § 59.



3. BÖLÜM

AİLE HAYATINA SAYGI GÖSTERİLMESİ HAKKININ KAPSAMI

Birlikte yaşama, aile hayatının temel unsurudur³⁸¹. Bu yüzden, aile hayatı, kural olarak aile üyelerinin birlikte yaşamalarıyla sürer³⁸². Bu durum pek çok Mahkeme kararında tekrar edilmiştir³⁸³. Birlikte yaşama müdahale edilmesi ya da birlikte yaşama "saygı"nın gerçekleştirilmesine yönelik yükümlülüklerin ihmalı, 8. maddenin ihlaline sebep olur.

Öte yandan bazı durumlarda aile üyelerinin birlikte yaşamaları fiilen mümkün değildir. Geleneksel aileler bile, aile ilişkileri açısından olumsuz sonuçlar ortaya çıkarabilen parçalanmalarla karşı karşıya gelebilmektedir³⁸⁴. Ancak bu durum aile hayatının ya da 8. madde korumasının sona erdiği manasına gelmez³⁸⁵. Bu gibi durumlarda kişilerin aile üyeleriyle kişisel ilişki kurma hakları vardır. Örneğin, bir suçtan hüküm giyen mahpuslar ya da çocuğunun velayetini elinde bulundurmayan ebeveynlerin durumu bu kapsamda değerlendirilebilir.

Öte yandan, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının kapsamı, bireyler arasındaki ilişkilerle sınırlı değildir. Mahkemenin, aile hayatıyla ilgili birçok konuda temel ilkeleri ortaya koyduğu nitelikte olan *Marckx* kararında belirttiği üzere;

*"Aile hayatı sadece sosyal, ahlaki ya da kültürel ilişkileri içermez. (...) Bakım ile ilgili yükümlülüklerde ve çoğu Sözleşmecî devletin iç hukukunda yer alan, mirastan saklı pay alma gibi durumlarda görüldüğü üzere, maddî menfaatleri de içerir"*³⁸⁶.

Bu ifadeler Mahkemenin sonraki pek çok kararında tekrar edilmiştir³⁸⁷. Dolayısıyla, bireyler arası ilişkiler yanında, miras ve nafakanın temini konularının

³⁸¹ Harris, O'Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 19.

³⁸² Doğru ve Nalbant, 2013, s. 46.

³⁸³ Atak, S. (2007). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Kararlarında Yabancıların Aile Yaşamı Hakkı. *Erzincan Hukuk Faültesi Dergisi*, 11(1-2), s. 110. Bkz.: Udeh v. Switzerland, 12020/09, 16.04.2013, § 53; Agraw v. Switzerland, 3295/06, 29.07.2010; § 51; P.K. v. Poland, 43123/10, 10.06.2014, 81; Vojnity v. Hungary, 29617/07, 12.02.2013, § 28; El-Masri v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia", 39630/09, 13.12.2012, § 248; Olsson v. Sweden (no. 1), 39630/09, 24.03.1988, § 59.

³⁸⁴ Gomien, 2005, s. 85.

³⁸⁵ Gözübüyük ve Gölcüklü, 2011, s. 337.

³⁸⁶ *Marckx v. Belgium*, § 52.

³⁸⁷ Örneğin; *Merger and Cros v. France*, 68864/01, 22.12.2004, § 46; *Pla and Puncernau v. Andorra*, 69498/01, 13.07.2004, § 26; *Şerife Yiğit v. Turkey*, 3976/05, 02.11.2010, § 95.

da aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği incelenmelidir.

Bu sebeplerle biz, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının kapsamını üç ana başlık altında incelemeyi uygun gördük. İlk başlıkta aile hayatının temel unsuru olan “birlikte yaşama hakkı”nı, ikinci başlıkta birlikte yaşamın mümkün olmadığı durumlarda ortaya çıkan “kişisel ilişki kurma hakkını”, üçüncü ve son başlıkta ise “aile hayatının ekonomik yönü”nü, yani miras ve nafakanın temini konularının hangi bağlamda 8. madde kapsamında değerlendirilebileceğini inceledik.

3.1. BİRLİKTE YAŞAMA HAKKI

3.1.1. Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi

Sözleşmenin 1. maddesinde ifade edildiği üzere, taraf devletlerin yetki alanları içerisinde bulunan *herkes* Sözleşmedeki haklardan yararlanabilir. Sözleşmenin korumasından yararlanmak için vatandaşlık, ikametgâh, oturma izni gibi ek şartlar gerekli değildir³⁸⁸. Bu bağlamda, vatansızlar da dahil olmak üzere, Sözleşmeci devletlerin yetki alanında bulunan *herkes* Mahkemeye başvurma hakkına sahiptir³⁸⁹.

Bu yüzden Sözleşmenin tarafı olan devletler, ülkelerinde yaşayan yabancıların aile hayatlarına saygı gösterme yükümlülüğü altındadırlar. Bu yükümlülük, sınır dışı edilmiş yabancılar tarafından sıkça kullanılan gerekçelerden biri haline gelmiştir³⁹⁰. Yabancıların bu bağlamda 8. maddeden yararlanmaları, Sözleşmenin 3. maddesiyle ilgili davalara paralellik arz etmektedir. Bilindiği üzere, kişilerin 3. maddeye aykırı muamelelere maruz kalma ihtimali olan bir ülkeye sınır dışı edilmesi, 3. maddenin ihlali olarak değerlendirilmektedir³⁹¹. Öte yandan, 3. maddenin aksine, önemli devlet menfaatleri söz konusu olduğunda, yabancıların aile hayatlarına yönelik müdahaleler mümkündür³⁹². Sınır dışı davalarının çoğu, suça karışmış yabancılarla ilgilidir; bu sebeple davalı devletler yabancının aile

³⁸⁸ Çağırın, M. E. (2011). *Uluslararası Alanda İnsan Hakları (İkinci Baskı)*. Ankara: Barış Kitap, s. 193

³⁸⁹ Doğan, 2013, s. 311.

³⁹⁰ Yıldırım, 2004, s. 419.

³⁹¹ Warbrick, 1998, s. 37.

³⁹² Janis, Kay ve Bradley, 2010, s. 407.

hayatına saygı gösterilmesi hakkı ile kamu düzeni/suçun önlenmesi meşru amaçları arasında denge kurmaya çalışmaktadırlar³⁹³.

3.1.1.1. Yabancıнын Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı ile Kamu Düzeni Arasında Denge Kurulması ve Boulitif Kriterleri

Yabancıların sınır dışı edilmelerinin aile hayatına müdahale teşkil edebileceğini Mahkeme ilk kez³⁹⁴ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* davasında ifade etmiştir³⁹⁵. Ancak konuyu doğrudan ele alan içtihatlar *Berrehab* davasıyla başlar³⁹⁶. Davaya konu olayda, başvuru Hollanda'da yaşayan bir Fas vatandaşıdır ve boşandığı eşinden olan kızıyla yakın ilişkiler geliştirmiştir³⁹⁷. Hollanda yetkilileri ise oturma izninin yalnızca Hollandalı olan eşyle yaşaması için verildiğini, evliliğin sona ermiş olması sebebiyle iznin yenilenemeyeceğini belirterek başvurucuyu sınır dışı etmişlerdir³⁹⁸. Mahkeme, olayın bu özellikleri karşısında, şu genel değerlendirmeyi yapmıştır: Sözleşme; taraf devletleri, yabancıların ülkeye girişlerini ve ülkede kalacakları süreyi denetlemekten alıkoymaz. Ancak aile hayatına yönelik müdahaleler, güdülen amaçla orantılı olmalıdır³⁹⁹. Bu bağlamda Mahkeme; çocuğun küçük olmasından dolayı, babasıyla kurduğu ilişkiye ihtiyacı olduğunu, başvuru Hollanda'da hukuka uygun bir şekilde yaşadığını ve davalı hükümetin başvuruyla ilgili hiçbir şikâyeti olmadığını göz önünde bulundurarak; müdahalenin orantısız olduğuna hükmetmiş ve ihlal kararı vermiştir⁴⁰⁰.

Mahkeme bu konuda *Berrehab* davasından başka birçok dava ile karşı karşıya gelmiştir. Bu davaların hepsini burada saymak ve incelemek mümkün olmasa da, Mahkeme kriterlerinin oluşmasında etkili olan davaları incelemek gerekmektedir.

³⁹³ Harris, O'Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 428.

³⁹⁴ Thym, D. (2008). Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay? *International & Comparative Law Quarterly*, 57(1), s. 96.

³⁹⁵ *Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom*, § 59/2.

³⁹⁶ Warbrick, 1998, s. 38; Atak, 2007, s. 107.

³⁹⁷ *Berrehab v. The Netherlands*, 10730/84, 21.06.1988, § 9.

³⁹⁸ *Berrehab v. The Netherlands*, § 10, 12.

³⁹⁹ *Berrehab v. The Netherlands*, § 28/2.

⁴⁰⁰ *Berrehab v. The Netherlands*, § 29/3, 29/2, 29/4.

Örneğin *Moustaquim* davasında başvurucu, yetişkin olmadan önce işlediği hırsızlık ve soygun gibi suçlardan 18 ay hapis yatmış bir Fas vatandaşıdır⁴⁰¹. Buna karşılık Mahkeme; başvurucunun henüz 2 yaşındayken Belçika'ya geldiğine ve tüm hayatını orada geçirdiğine, Fas'a yalnızca 2 defa tatil için gittiğine, eğitimini Fransızca dilinde aldığına, ebeveynleri ve kardeşlerinin Belçika'da bulunduğu işaret etmiştir⁴⁰². Ayrıca sınır dışı etme kararıyla başvurucunun hapisten çıkması arasında 23 ay vardır ve bu süre içinde başvurucu başka suç işlememiştir. Bu değerlendirmelerle Mahkeme ihlal kararı vermiştir⁴⁰³.

Beldjoudi davasında ise yaralama, hırsızlık, silah bulundurma suçlarından yaklaşık 8 yıllık bir hapis cezasına çarptırılan⁴⁰⁴ bir mahkum ile eşinin kurmuş olduğu aile hayatı söz konusudur. Başvuruculardan biri, Fransız vatandaşı bir kadın, diğeri ise onun kocası; yukarıda belirtilen suçların faili, Cezayir vatandaşı olan bir yabancısıdır. İşlenmiş suçların *Moustaquim* davasına konu olayda işlenenlerden daha ağır olduğunu kabul etmesine karşılık⁴⁰⁵ Mahkeme; başvurucunun Fransa'da doğup büyüdüğünü, tüm hayatını Fransa'da yaşadığını göz önünde bulundurmıştır. Hatta başvurucu 1963 yılında çıkarılan bir kanuna kadar Fransız vatandaşı sayılmış, ebeveynlerinin o yıllarda küçük olan çocuklarının vatandaşlığını kanun gereği resmi makamlara bildirmedeki ihmali sonucu vatandaşlığı son bulmuştur. Ayrıca Mahkeme; başvurucunun, vatandaşlık için tekrar başvuru yapmış olduğunu ve bu başvurudan sonra Fransız Ordusuna alınmak için uygun olduğunun açıklandığını ifade etmiştir⁴⁰⁶. Bunlara ek olarak, Fransız vatandaşı olan eşinin, kocasını takip ederek Cezayir'e gitmesi durumunda adaptasyon sorunları yaşayacağı ve gideceği ülkenin dilini bilmediğini belirtmiştir⁴⁰⁷. Dolayısıyla Mahkeme sınır dışı işleminin "suçun ve düzensizliğin önlemesi" amacıyla orantılı olmadığı sonucuna varmıştır⁴⁰⁸.

Nasri davasına gelince, bu davada, işlenen suçun –grupça cinsel saldırı (*gang rape*)– ağırlığını ve failinin kamu güvenliğini tehdit ettiğini Mahkeme de kabul etmiştir. Öte yandan Mahkeme, somut olayın diğer koşullarının da hesaba

⁴⁰¹ *Moustaquim v. Belgium*, 12313/86, 18.02.1991, § 9, 16

⁴⁰² *Moustaquim v. Belgium*, § 45.

⁴⁰³ *Moustaquim v. Belgium*, § 44-47.

⁴⁰⁴ *Beldjoudi v. France*, 12083/86, 26.03.1992, § 12.

⁴⁰⁵ *Beldjoudi v. France*, § 75.

⁴⁰⁶ *Beldjoudi v. France*, § 77.

⁴⁰⁷ *Beldjoudi v. France*, § 78.

⁴⁰⁸ *Beldjoudi v. France*, § 79.

katılması gerektiğine dikkat çekmektedir: “Suçun işlenmesinde bazı hafifletici sebepler vardır, başvuru suçun işlenmesine liderlik etmemiş ve bir daha bu suçu işlememiştir.”⁴⁰⁹ Ayrıca başvuru doğuştan sağır ve dilsiz olan bir engellidir (*handicaped*) ve okuma yazması yoktur⁴¹⁰. Mahkeme, bu şartlarda, ailesinin başvuru için çok önemli olduğunu, başvuru sosyal ve psikolojik dengesinin yalnızca aile içinde sağlanabileceğini ve aile üyelerinin çoğunluğunun da başvuru sınır dışı edildiği ülke olan Cezayir’de sıkı ilişkileri olmayan Fransız vatandaşları olduğunu göz önünde bulundurarak sınır dışı işleminin orantısız olduğuna karar vermiştir⁴¹¹.

Nasri davasında çıkan kararda etkili olan unsurun, başvuru zayıf konumu olduğu anlaşılmaktadır. Çünkü *Nasri* davasındakine benzer şekilde nitelikli cinsel saldırı suçunun işlendiği *Bouchelkia* davasında Mahkeme, sınır dışı işlemine kaynaklık eden suçun ağırlığına büyük bir önem verdiğini ifade etmiş ve işlemin güdülen amaçla orantılı olduğuna karar vermiştir. Failin bu suçu 17 yaşındayken işlemiş olması suçun ağırlığını azaltmamaktadır⁴¹². Buna ek olarak, Mahkeme, failin Fransa’da eşi ya da çocuklarının bulunmadığını belirtmiş ve gönderileceği ülkede aile ilişkileri geliştirebileceğini ortaya koymaya çalışmıştır: Başvuru, vatandaşı olduğu bu ülkeyle bağlarını sürdürmekte hatta orada başvuru yakın akrabaları yaşamaktadır⁴¹³. Ayrıca Mahkeme, sınır dışı edilme kararından sonra başvuru Fransa’da yeni aile ilişkileri geliştirmesine önem vermemiştir⁴¹⁴.

Boujlifa davasında da işlenen suçların ağırlığı sebebiyle kamunun menfaati ağır basmıştır. Mahkeme, başvuru işlemiş olduğu soygun ve silahlı soygun suçlarına karşılık, Fransa’da sıkı aile ilişkileri kurmuş olmasına önem atfetmemiştir. Başvuru 5 yaşından itibaren Fransa’da yaşamayı ve eğitimini Fransa’da almış olması, bütün aile üyelerinin Fransa’da bulunması durumu değiştirmemiştir. Mahkeme bu sıkı bağlar karşısında –ilginç bir şekilde– başvuru Fransız vatandaşlığı almaya çalışmamasını gerekçe olarak

⁴⁰⁹ *Nasri v. France*, 19465/92, 13.07.1995, § 42.

⁴¹⁰ *Nasri v. France*, § 43.

⁴¹¹ *Nasri v. France*, § 46.

⁴¹² *Bouchelkia v. France*, 23078/93, 29.01.1997, § 51.

⁴¹³ *Bouchelkia v. France*, § 50.

⁴¹⁴ *Bouchelkia v. France*, § 52.

göstermiştir. Buna işlenen suçun ağırlığı da eklenince kamu düzenin bireysel menfaatlara ağır bastığına karar vermiştir⁴¹⁵.

Mahkemenin bu kararına, kararı veren daire üyelerinden Yargıç Baka ve Van Dijk tarafından muhalif kalmışlardır. Yazdıkları karşı oy yazısında bu yargıçlar, işlenen suçların ağırlığı bakımından daha önceki kararlardan ayrılmayı gerektirecek bir durum olmadığını belirtmişlerdir⁴¹⁶.

Boughanemi davası da, daire üyelerinden birinin yazdığı karşı oy yazısında, önceki içtihatlar bakımından tutarsız bulunarak eleştirilmiştir⁴¹⁷. Söz konusu olayda Tunus vatandaşı olan başvurucu, hırsızlık ve yaralama suçlarından mahkum olmuş, “geçimini fuhuştan temin etme” suçundan mahkum olduktan sonra da sınır dışı edilmiştir⁴¹⁸. Öte yandan, başvurucu, 8 yaşından beri 20 yıldır Fransa’da yaşamaktadır ve başvurucunun Fransız vatandaşı olan bir kadınla resmen tanınan bir ilişkisi vardır⁴¹⁹. Bu ilişkiden bir çocuk doğmuştur. Mahkeme, olayın bu koşullarını bir tarafa bırakarak; başvurucunun Arapça bilmediğini *iddia etmediğini*, Fransız vatandaşı olmak için *çaba harcamadığını* ve Tunus ile vatandaşlıktan öte bağlarının olduğu yönünde *şüphelerin bulunduğunu* ifade etmiştir. Mahkeme bunların yanında işlenen suçun da ağırlığını göz önünde bulundurarak sınır dışı işleminin güdülen amaçla orantılı olduğuna karar vermiş ve ihlal tespit etmemiştir⁴²⁰.

Baghli davası da benzer koşulları taşımaktadır: Başvurucu 2 yaşından beri, 25 yıldır Fransa’da yaşamaktadır, başvurucunun eşi ve çocukları yoktur fakat bütün aile üyeleri Fransa’dadır⁴²¹. Eroin satmak suçundan 3 yıl hapis cezası almış ve 10 yıl süreyle başvurucunun Fransa’ya girişi yasaklanmıştır⁴²². *Boughanemi* ile benzer şekilde, bu davada da başvurucunun “Arapça konuşmadığını iddia etmediği”, “gönderileceği ülke ile vatandaşlıktan öte bağlarının olduğu yönünde şüpheler bulunduğu”, “vatandaşlığı kazanmak için çaba göstermediği”, gibi

⁴¹⁵ Boujlifa v. France, 122/1996/741/940, 21.10.1997, § 44.

⁴¹⁶ Boujlifa v. France, Joint Dissenting Opinion of Judges Baka and Van Dijk.

⁴¹⁷ Boughanemi v. France, 22070/93, 24.04.1996, Dissenting Opinion of Judge Martens.

⁴¹⁸ Boughanemi v. France, § 8, 15.

⁴¹⁹ Boughanemi v. France, § 43.

⁴²⁰ Boughanemi v. France, § 44.

⁴²¹ Baghli v. France, 34374/97, 30.11.1999, § 47.

⁴²² Baghli v. France, § 11, 12.

hususlar ve suçun ağırlığı göz önünde bulundurularak, sınır dışı işleminin Sözleşmeyi ihlal etmediğine karar verilmiştir⁴²³.

Bu olayda olduğu gibi, başvurunun uyuşturucu ile ilgili suçlar işlediği davalarda Mahkeme daha az hoşgörülü davranmaktadır⁴²⁴. Nitekim uyuşturucu suçlarının işlendiği *El Boujaïdi*⁴²⁵, *C. v. Belgium*⁴²⁶, *Samsonnikov*⁴²⁷, *Nwosu*⁴²⁸ *Dalia*⁴²⁹ davalarında ihlal tespit edilmemiştir. Öte yandan, bu suçların aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını tamamen devre dışı bıraktığı söylenemez⁴³⁰. Nitekim, *Amrollahi* davasında uyuşturucuyla ilgili bir suç işlenmiş olmasına rağmen ihlal kararı verilmiştir⁴³¹.

⁴²³ Baghli v. France, § 48, 49.

⁴²⁴ Harris, O'Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 429.

⁴²⁵ El Boujaïdi v. France, 25613/94, 25.09.1997. Başvurucu, 7 yaşından beri, yaklaşık 17 senedir Fransa'da yaşamaktadır. Eğitiminin çoğunu orada almış, orada çalışmıştır. Dört kardeşi orada yaşamaktadır. Öte yandan, sınır dışı işleminden önce Arapça bilmediğini ve Fas'a hiç geri dönmediğini iddia etmemiştir. Fransa vatandaşlığını kazanmak için istekli görünmemektedir. Bu yüzden çoğu aile ve sosyal ilişkisi Fransa'da olsa da Fas'taki tüm aile ilişkilerini kaybettiği ortaya konmamıştır. Sınır dışı edildiğinde Fransa'da kanunlara aykırı olarak ikamet etmektedir (§ 40).

⁴²⁶ C. v. Belgium, 21794/93, 07.08.1996. Mahkeme başvurunun Belçika'da gerçek bağları bulunduğunu düşünmektedir: Başvurucu 11 yaşından beri, ebeveynleri ve kardeşleri ile birlikte orada yaşamaktadır. Eğitiminin bir kısmını orada almış ve bir süre taksi şoförü olarak çalışmıştır. Belçika'da evlenmiş ve çocukları olmuştur (§ 34). Öte yandan başvurunun Fas ile ilişkileri kesilmemiştir, oranın dilini bilmektedir ve 11 yaşına kadar orada yaşadığı için bazı ilişkiler geliştirmiştir. Üstelik başvurunun eski eşi de Faslıdır (§35).

⁴²⁷ Samsonnikov v. Estonia, 52178/10, 03.07.2012. Başvurucu Estonya'da doğmuş ve tüm hayatını orada geçirmiştir. Babası ve kardeşleri Estonya'dadır. Mahkeme başvuru ile aile üyeleri arasında bağımlılık unsuru olduğu konusunda ikna olmamıştır. Başvurunun bir kadınla ilişkisi vardır fakat Mahkemeye göre olayın gelişimi içerisinde kadının suçtan haberdar olması gerekir. Başvurunun çocuğu yoktur. Bu sebeplerle Mahkeme başvurunun sıkı bağları olmadığını düşünmektedir (§ 87). Üstelik başvuru Estonya dilini çok iyi bilmemektedir. Ana-dili Rusçadır ve Rusça eğitim görmüştür. Bu sebeplerle başvurunun Rusya'yla sıkı bağlarının olduğu ifade edilmiştir (§ 88).

⁴²⁸ Nwosu v. Denmark, 50359/99, 10.07.2001 (Admissibility). Başvurucu doğduğu ülkeyle ilişkilerini devam ettirmektedir. Danimarka vatandaşı bir kadınla evlidir. Kadının kocasını takip ederek Nijerya'ya gidip gidemeyeceği ile ilgili bir değerlendirme yoktur.

⁴²⁹ Dalia v. France, 26102/95, 19.02.1998. Başvurucu Fransa'ya 17 ya da 18 yaşında gelmiş ve yaklaşık 10 yıl bu ilkede yaşamıştır. Annesi ve kardeşleri Fransa'dadır. Sınır dışı edilme kararından sonra –Fransız vatandaşı olarak dünyaya gelen- bir çocuk doğurmuştur. Kısaca aile ilişkileri temel olarak Fransa'dadır (§ 53). Ancak Arapça bilmektedir, 17-18 yılını Cezayir'de geçirmiştir, Cezayir'le vatandaşlıktan öte sosyal ve duygusal bağları vardır (§ 54).

⁴³⁰ Karagözler, 2013, s. 93.

⁴³¹ Amrollahi v. Denmark, 56811/00, 11.07.2002. Başvurucu doğduğu ülke olan İran'dan 21 yaşındayken ayrılmıştır. Ana-dili Farsçadır ve tüm eğitimini bu dilde almıştır. Dolayısıyla İran'la bağları sürmektedir (§ 38). Öte yandan başvurunun eşi ve çocukları Danimarka vatandaşıdır. Mahkemeye göre başvurunun Danimarka'da sıkı bağları mevcuttur (§ 39). Mahkemeye göre, başvurunun eşinden, kocasını takip ederek İran'a girmesi beklenemez: Çünkü başvurunun eşi Farsça bilmemektedir, Müslüman değildir ve İran'da hiç bulunmamıştır. Başvurunun eşi ve çocuklarının İran'da büyük zorluklarla karşılaşacakları ortadadır (§ 40, 41).

Mahkemenin benimsemiş olduğu olay temelli yaklaşım(*case by case approach*) sebebiyle, sınır dışı davalarında standartsızlığın bulunduğu⁴³², argümantasyonun ikna edici olmadığı ifade edilmektedir⁴³³. Nitekim *Boughanemi* kararının karşı oy yazısında Yargıç Martens, biraz sert ifadelerle, çoğunluğun yaklaşımının yerel makamlar açısından bir “piyango” (*lottery*), Mahkeme açısından ise bir utanç kaynağı olduğunu söylemektedir. Martens’e göre; *Boughanemi* davasının, yukarıda ayrıntılarıyla bahsedilen *Moustaquim*, *Beldjoudi*, *Nasri* davalarından -işlenen suçların sayısı ve ağırlığı bakımından- hiç bir farkı bulunmamaktadır ve çoğunluk görüşteki üyeler de bu farkı belirtmemiştir. Yargıç Martens’e göre, sonuçta ortaya çıkan karar keyfilikle maluldür⁴³⁴. Gerçekten de Mahkeme *Boughanemi* davasında; olayın yukarıda zikredilen davalardan hangi yönleriyle ayrıldığını belirtmemiş, olay bu davalardan farklıdır demekle yetinmiştir⁴³⁵.

Yukarıda belirtilen içtihatların özündeki ilkeler *Boultif* davasında bir araya getirilmiştir. Bu sebeple yabancıların sınırdışı edilmesine ilişkin göz önüne alınması gereken hususları belirten kriterler, doktrinde “*Boultif Kriterleri*” olarak adlandırılmaktadır⁴³⁶. Dava konusu olayda başvuru 25 yaşındayken turist vizesiyle İsviçre’ye gelmiş ve orada tanıştığı bir kadınla dört ay sonra evlenmiştir. Ancak başvuru, İsviçre’ye gelişinden 16 ay sonra kanuna aykırı silah bulundurma, soygun ve gasp gibi suçlar işlemiş ve bu suçlardan 2 yıl hapis cezasına çarptırılmıştır⁴³⁷. Mahkeme ise, suçların ağırlığını ve başvuruçunun kamu güvenliğine bir tehdit oluşturduğunu kabul etmesine karşılık, suçun işlendiği tarih ile başvuruçunun sınır dışı edildiği tarih arasında 6 yıl olduğunu ve bu süre zarfında başvuruçunun başka suç işlemediğini ifade etmiştir. Ayrıca başvuruçunu, hapisane sürecinde diğer mahkumlara örnek bir davranış sergilemiş ve nitekim

⁴³² Janis, Kay ve Bradley, 2010, s. 410.

⁴³³ Warbrick, 1998, s. 40.

⁴³⁴ *Boughanemi v. France*, Dissenting Opinion of Judge Martens, § 4.

⁴³⁵ *Boughanemi v. France*, § 44/2. Kanımızca olayda başvuruçunun aile üyelerinin Fransız olması bakımından da bir farklılık yoktur. Yukarıda değindiğimiz davalarda aile üyelerinin davalı devletin vatandaşı olması, onlardan başvuruçunun sınır dışı edildiği ülkeye gitmelerinin beklenemeyeceği sonucunu doğuruyordu.

⁴³⁶ Karagözler, 2013, s. 90; Thym, 2008, s. 93; White ve Ovey, 2010, s. 346; Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 428, Doğru ve Nalbant, s. 49; Yıldırım, 2004, s. 423.

⁴³⁷ *Boultif v. Switzerland*, 54273/00, 02.08.1990, § 7, 9, 10.

erken salıverilmiştir. Mahkeme, başvurucunun bu davranışlarının kamu güvenliğine yönelik tehlikeyi azalttığını düşünmektedir⁴³⁸.

Mahkeme incelemesine, başvurucunun eşiyle kurmuş olduğu aile hayatını başka bir yerde sürdürüp sürdüremeyeceği konusunda devam etmiştir. Başvurucunun eşi İsviçre vatandaşıdır, Arapça konuşmamaktadır ve başvurucunun gönderileceği ülke olan Cezayir’le hiçbir bağı yoktur. Mahkemeye göre, bu kişiden kocasını takip ederek Cezayir’e gitmesi beklenemez⁴³⁹. Başvurucunun kanunsuz bir şekilde bulunduğu İtalya’da da aile hayatının sürdürülme olanağı yoktur⁴⁴⁰. Bu sebeplerle Mahkeme, aile hayatının başka bir yerde geliştirilmesi imkânı olmadığından, sınır dışı işleminin orantısız olduğuna karar vermiştir⁴⁴¹.

Mahkemeye göre, suç işleyen kişinin eşi ve çocuklarının gönderildikleri ülkede aile hayatını sürdürmelerine yönelik zorlukların bulunduğu *sınırlı sayıdaki davalarda* ihlal kararı verilmiştir. Sınır dışı davalarıyla ilgili içtihatlarda geliştirilen ve bu davalarda dikkate alınması gereken hususları belirten “*Boultif kriterleri*” şunlardır:

- işlenen suçun niteliği ve ağırlığı;
- kişinin ihraç edildiği ülkede ne kadar süreyle kaldığı;
- suçun işlenmesinden sonra geçen zaman ve bu süre zarfında kişinin davranışları;
- ilgili kişinin vatandaşlığı; ilgili kişinin aile durumu, örneğin evliliğin süresi;
- çiftin gerçek ve hakiki bir aile ilişkisi yaşayıp yaşamadıklarını ortaya koyan diğer faktörler;
- aile ilişkisi başladığında, diğer eşin suçtan haberi olup olmadığı;
- ilgili kişinin çocuğu olup olmadığı ve varsa yaşı.

Bunların yanında, Mahkeme, suç işleyen kişinin gönderileceği ülkede, eşinin karşılaşacağı zorlukları da göz önünde bulunduracaktır ancak eşin karşılaşacağı zorluklar kendiliğinden sınır dışı edilmeye engel oluşturmaz⁴⁴².

Mahkeme, *Üner* davasında, “*Boultif kriterleri*”ne ek olarak iki farklı kriterden bahsetmiştir⁴⁴³: çocuğun yüksek menfaatleri ve refahı, özellikle başvurucunun

⁴³⁸ Boultif v. Switzerland, § 50, 51.

⁴³⁹ Boultif v. Switzerland, § 53.

⁴⁴⁰ Boultif v. Switzerland, § 54.

⁴⁴¹ Boultif v. Switzerland, § 55.

⁴⁴² Boultif v. Switzerland, § 48.

çocuklarının, başvurucunun gönderileceği ülkede karşılaşılabileceği zorlukların ağırlığı ile başvurucunun gönderileceği ülke ve ihraç edilmekte olduğu ülkede bulunan sosyal, kültürel ve ailevi ilişkilerinin sağlamlığı⁴⁴⁴. Buna ek olarak *Maslov* davasında, suç işleyen çocukların sınır dışı edilmesi konusunda, çocuğun yüksek menfaatlerinin göz önünde alınmak zorunda olduğu da belirtilmektedir⁴⁴⁵.

3.1.1.2. Yabancıların Sınır Dışı Edilmelerine Karşı Koruma Kapsamının Genişletilmesi

Mahkeme kararlarında yer alan birçok karşı oy yazısında, “ikinci kuşak” olarak nitelendirilen ya da hayatlarının uzun bir süresini davalı ülkede geçirmiş olan göçmenlerin sınır dışı edilmeleri, onlara verilen “ikinci bir ceza” olarak değerlendirilmiş; 8. maddenin bu özellikleri taşıyan göçmenlere yönelik genel bir koruma sağlaması gerektiği ifade edilmiştir⁴⁴⁶. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisinin 1504 (2001) sayılı kararında da üye devletlerin ülkelerinde doğup büyümüş uzun süreli göçmenlerin hiçbir şartta sınır dışı edilmemeleri gerektiği belirtilmiştir⁴⁴⁷.

Mahkemeye göre ise; suç işleyen bir kişinin sınır dışı edilmesi, ne “çifte cezalandırma”yı yasaklayan 7. Ek Protokolün 4. maddesi, ne de Sözleşmenin herhangi başka bir hükmü uyarınca “çifte cezalandırma” sayılmaz⁴⁴⁸. Bununla beraber, Mahkeme, çocukluğunun –hepsini değilse bile– büyük bir çoğunluğunu davalı ülkede geçiren, orada yetiştirilen ve eğitim alan yabancıların sınır dışı edilmeleri için çok önemli sebepler bulunması gerektiğini kabul etmiştir⁴⁴⁹. Bu bağlamda, “aile hayatı” mevcut olmasa bile, “özel hayat” kavramı kişinin dış

⁴⁴³ Doğru ve Nalbant, 2013, s. 49.

⁴⁴⁴ Üner v. The Netherlands [GC], 46410/99, 18.10.2006, § 58. Ayrıca bkz.: Nunez v. Norway, 55597/09, 28.06.2011, § 84; Kanagaratnam v. Belgium, 15297/09, 13.12.2011, § 67; Popov v. France, 39472/07, 39474/07, 19.01.2012, § 109.

⁴⁴⁵ Maslov v. Austria, 1638/03, 23.06.2008, § 74, 75.

⁴⁴⁶ Maaouia v. France, Concurring Opinion of Sir Nicolas Bratza, 39652/98, 05.10.2000; El Boujaïdi v. France, Dissenting Opinion of Judge Foighel; Boujlifa v. France, Joint Dissenting Opinion of Jufges Baka and Van Dijk; Beldjoudi v. France, Separate Opinion of Judge De Meyer; Bouchelkia v. France, Dissenting Opinion of Judge Palm; Boughanemi v. France, Dissenting Opinion of Judge Martens, Dissenting Opinion Of Judge Baka; Nasri v. France, Partly Dissenting Opinion of Judge Morenilla.

⁴⁴⁷ Council of Europe, Parliamentary Assambly, Recommendation 1504 (2001): Non-expulsion of long-term immigrants. http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=16881&lan_g=en (18.06.2014).

⁴⁴⁸ Üner v. The Netherlands, § 56; Kaya v. Germany, 31753/02, 28.06.2007, § 52.

⁴⁴⁹ Üner v. The Netherlands, § 56; Maslov v. Austria § 74, 75.

dünyayla ilişkilerini ve sosyal bağlarını da kapsadığından⁴⁵⁰, yerleşik göçmenler sınır dışı edilmeye karşı “özel hayat” kapsamında 8. maddenin korumasından yararlanabilir⁴⁵¹. 8. Maddeden kaynaklanan bu koruma, sınır dışı edilme işlemini uygulayan taraf devletlere, işlemin çekişmeli yargısal süreçlerde ve yetkili bağımsız merciler tarafından tekrar gözden geçirilmesi şeklinde usûlî bir yükümlülük de getirmektedir⁴⁵².

3.1.2. Yabancıların Ülkeye Girişlerinin Engellenmesi

Sözleşme yabancılara, bir ülkeye giriş hakkı tanımamaktadır. Ancak, taraf devletlerin göç politikaları Sözleşme ile uyumlu olmak zorundadır. Bu bağlamda, yabancıların ülkeye giriş taleplerinin reddedilmesi –sınır dışı edilmeleri gibi– birlikte yaşama hakkının kullanımını engellediğinden, 8. maddenin ihlaline yol açabilir⁴⁵³.

Komisyon kararlarında, konuya sınırlayıcı bir perspektiften yaklaşıldığını görüyoruz. Gerek sınır dışı davaları, gerekse ülkeye giriş talebinin reddedildiği davalar açısından; Komisyona göre, aile hayatının başka bir ülkede sürdürülme olanağı varsa, 8. maddenin ihlal edildiği söylenemez⁴⁵⁴. İhlale hükmedebilmek için, aile hayatının birliğini başka bir ülkede devam ettirmeye yönelik ciddi engellerin olduğu hususunda Komisyonun ikna edilmesi gerekir⁴⁵⁵. Örneğin *Agee* kararında Komisyon, başvurucuların, aile hayatını İngiltere dışında sürdüremeyeceklerini ispat edemediklerini belirtmiş ve başka bir araştırmaya girmeden başvurunun kabul edilemez olduğuna hükmetmiştir⁴⁵⁶. Yine, *X. v. The United Kingdom* kararında, Sözleşme ile yabancılara ülkeye giriş hakkı verilmediği tekrar edilmiş ve başvurucunun evlilik hayatını Kenya’da ya da Hindistan’da devam ettirmesi için hiçbir *hukuki engel* olmadığı vurgulanmıştır. Ayrıca başvurucuya daha önce

⁴⁵⁰ Salihpaşaoğlu, 2013, s. 235.

⁴⁵¹ Bu anlayış Slivenko kararı ile benimsenmiştir (bkz. Thym, 2008, s. 90). Dava konusu olayda bir aile tüm üyeleri ile birlikte sınır dışı edilmişti. Mahkeme bu yüzden aile hayatına müdahale olmadığını fakat “kişisel, sosyal ve ekonomik ilişki ağını” da kapsayan özel hayata müdahalenin gündeme geldiğini belirtmiştir. Nitekim Mahkeme, ihlal kararı vermiştir (bkz. Slivenko v. Latvia, § 96 vd.). Daha geniş açıklamalar için bkz.: Thym, 2008; Arslan Öncü, 2011, s. 281 vd. İlgili başka kararlar için bkz.: Üner v. The Netherlands, § 59; Palanci v. Switzerland, 2607/08, 25.03.2014, § 50; Vasquez v. Switzerland, 1785/08, 26.11.2013, § 37; Maslov v. Austria § 63; A.A. v. The United Kingdom, 8000/08, 20.09.2011, § 49.

⁴⁵² C.G. and Others v. Bulgaria, 1365/07, 24.04.2008, § 40; Lupsa v. Romania, 10337/04, 08.06.2006, § 38; Liu v. Russia, 42086/05, 06.12.2007, § 63, 64. Bkz.: White ve Ovey, 2010, s. 345.

⁴⁵³ Gajdošová, 2008, s. 75; Heringa ve Zwaak, 2006, s. 705.

⁴⁵⁴ Heringa ve Zwaak, 2006, s. 707.

⁴⁵⁵ Storey, 1990, s. 331.

⁴⁵⁶ AİHK’nin *Agee v. The United Kingdom* (7729/76, 17.12.1976) kararı.

oturma izni verilmediği için, evlendikten sonra da vize işlemlerinde sorun çıkabileceğinden başvurucu haberdardır. Başvurucunun eşinin İngiltere vatandaşı olması ve “Batı kültürüne bağlı olduğunu” ifade etmesi, evlilik hayatının İngiltere dışında sürdürülmesi için bir engel olarak görülmemiştir⁴⁵⁷.

Mahkemenin de, sınır dışı davalarına kıyasla, yabancıların ülkeye girişinin engellendiği davalarda ihlal kararı vermeye daha az istekli olduğu söylenebilir⁴⁵⁸. Zira, Komisyonun benimsemiş olduğu yukarıda belirtilen yaklaşım Mahkeme tarafından da kabul edilmiştir. Konu ilk kez *Abdulaziz, Cabales and Balkandali* kararında ele alınmıştır⁴⁵⁹. Mahkemeye göre 8. madde; devletlere, aile hayatının hangi ülkede sürdürüleceği hakkında yabancıların seçimlerine saygı duyma ya da ilgili ülkenin vatandaşı olmayan bir kimseye, aile birleşmesinin sağlanması için giriş izni tanıma şeklinde genel yükümlülükler yükleyecek şekilde genişletilemez⁴⁶⁰. Mevcut davada başvurucular, aile hayatının başka ülkede (vatandaşı oldukları ülkede ya da eşlerinin ülkesinde) sürdürülmesine yönelik engellerin bulunduğunu ya da kendilerini bundan alıkoyan özel sebepleri ortaya koymakta başarısız olmuşlardır⁴⁶¹. Mahkeme ayrıca, evlenmeden önce yürürlükte olan kurallara göre, giriş izni taleplerinin reddedileceğini başvurucuların bilecek durumda olduklarını da vurgulamıştır⁴⁶².

Belirtmek gerekir ki, ülkeye giriş davaları pozitif yükümlülük açısından ele alınmaktadır. Sınır dışı davalarında olayın koşulları, müdahalenin meşrulaştırılması açısından ikinci fıkra kapsamında değerlendirilirken; ülkeye giriş davalarında –bir müdahale bulunmadığından– devletin bu yönde bir pozitif yükümlülüğü olup olmadığı incelenmektedir⁴⁶³. Bu da her olayın farklı koşulları değerlendirilerek ortaya çıkacaktır⁴⁶⁴.

⁴⁵⁷ AİHK'nin X. v. The United Kingdom (5301/71, 03.10.1972) kararı.

⁴⁵⁸ Roagna, 2012, s. 88.

⁴⁵⁹ Roagna, 2012, s. 88; Kilkelly, 2001a, s. 100.

⁴⁶⁰ Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, § 68/1; Gül v. Switzerland, § 38; Ahmet v. The Netherlands, § 67; Al-Nashif v. Bulgaria, § 114; Dadouch v. Malta, 38816/07, 20.07.2010, § 49; Berisha v. Switzerland, 948/12, 30.07.2013, § 43.

⁴⁶¹ Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, § 68/1, 2.

⁴⁶² Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, § 68/3. Başvuru 8. madde açısından reddedilmiş fakat 8 ve 14. maddeler birlikte ele alınarak ihlal kararı verilmiştir. Çünkü ilgili devletin göç yasaları, yabancı erkeklere eşlerini getirme olanağı tanıırken, iş piyasasının vatandaşlar lehine korunması amacıyla, yabancı kadınlara bu olanağı tanııyordu (§ 74 vd.).

⁴⁶³ Warbrick, 1998, s. 41.

⁴⁶⁴ Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, § 68

Gül davasında başvuru, epilepsi hastası olan eşi ve bir çocuğu ile birlikte İsviçre’de yaşamaktadır⁴⁶⁵. Türkiye’de kalan 6 yaşındaki oğlunu İsviçre’ye getirmek istemiş fakat bu talebi, çocuğun bakımını karşılayacak ekonomik durumu bulunmaması sebebiyle, yerel makamlar tarafından reddedilmiştir⁴⁶⁶. Ayrıca davalı devlete göre, başvuru kişinin İsviçre’de oturma izni yoktur ve politik sebeplerle yaptığı sığınma talebi reddedilmiştir. Başvuru ve ailesinin İsviçre’de kalmasına, yalnızca insani gerekçelerle (*humanitarian grounds*) izin verilmektedir⁴⁶⁷. Olayın bu özellikleri karşısında Mahkeme; başvuru kişinin Türkiye’ye yapmış olduğu birçok ziyareti göz önünde bulundurarak sığınma talebine sebep oluşturacak koşulların ortadan kalkmış olduğunu ifade etmiştir. Yani başvuru kişinin Türkiye’ye gitmesinde herhangi bir sakınca olmadığı görülmektedir. Epilepsi hastası olan eşinin de Türkiye’ye bir ziyaret gerçekleştirdiği göz önüne alınırsa, Türkiye’ye dönmesinin mümkün olduğu ortadadır. Ayrıca başvuru, eşinin Türkiye’de tedavi edilemeyeceğini ortaya koyamamıştır. Bu gerekçelerle Mahkeme, İsviçre’nin 8. maddeyi ihlal etmediğine karar vermiştir⁴⁶⁸.

Karara yazılan karşı oy yazısında da belirtildiği üzere, Mahkeme burada başvuru, eşi ve çocuğu arasındaki aile hayatının İsviçre’de kurulmuş olduğuna önem atfetmemiştir. Ayrıca başvuru kişinin eşinin hasta olduğu ve hakkındaki doktor raporu göz önünde bulundurulduğunda Türkiye’ye dönmesi ve orada yeni bir hayat kurmasının ne kadar zor olduğu ortadadır. Bunun yanında, başvuru kişinin kızı İsviçre’de doğmuştur ve karar verildiğinde 7 yaşındadır. Annesi epilepsi hastası olduğu ve bakımını üstlenemeyeceği için, çok uzun bir süredir oradaki çocuk bakım evinde yaşamakta ve eğitilmektedir. Kızın menfaatleriyle ilgili hiçbir değerlendirme yapılmamıştır⁴⁶⁹. Tüm bunlar birlikte değerlendirildiğinde, *Gül* ailesinin, yaşamını Türkiye’de sürdürmesi önünde ciddi engeller olmadığını ifade etmek zordur. Ne var ki Mahkeme ikna olmamıştır.

Koşulları açısından *Gül* davasına benzeyen *Ahmut* davasında da Mahkeme bu katı yaklaşımını sürdürmüştür. Mahkeme, bu davada ülkeye giriş davalarında uyguladığı üç kriterden bahsetmiştir⁴⁷⁰:

⁴⁶⁵ *Gül v. Switzerland*, § 9.

⁴⁶⁶ *Gül v. Switzerland*, § 14.

⁴⁶⁷ *Gül v. Switzerland*, § 10, 11.

⁴⁶⁸ *Gül v. Switzerland*, § 41.

⁴⁶⁹ *Gül v. Switzerland*, Dissenting Opinion of Judge Martens, Approved by Judge Russo, § 15.

⁴⁷⁰ *Ahmut v. The Netherlands*, § 67.

- Yerleşik göçmenlerin akrabalarını ülkeye kabul etme yükümlülüğü olup olmadığı, ilgili kişilerin içinde buldukları duruma ve kamu yararına göre değerlendirilir.
- Yerleşik uluslararası hukuka göre, devletler ülkelerine gelen yabancıların girişlerini kontrol etme hakkına sahiptir.
- 8. madde devletlere, aile hayatının hangi ülkede sürdürüleceği hakkında yabancıların seçimlerine saygı duyma ya da ilgili ülkenin vatandaşı olmayan bir kimseye, aile birleşmesinin sağlanması için, giriş izni tanıma gibi genel bir yükümlülük yüklenmez.

Olayda, iki oğluyla birlikte yaşayan başvuru Hollanda vatandaşıdır. Fas vatandaşı olan 10 yaşındaki diğer oğlu için yaptığı oturma izni başvurusu reddedilmiştir⁴⁷¹. Başvuru, Fas'ta oğluna bakacak kimse olmadığını belirtmiş, bu görüşe Komisyon da katılmıştır⁴⁷². Ancak Mahkemeye göre, başvuru oğlunu Fas'taki bir yatılı okula kaydettirdiği için, orada ona bakacak akrabasının bulunup bulunmadığı önemli değildir⁴⁷³. Mahkemeye göre Fas kökenli olan başvuru ailesinin, aile hayatını Fas'ta devam ettirmesi için herhangi bir engel yoktur. Zira Hollanda'ya göçmeyi oğlu doğduktan sonra kendisi tercih etmiştir ve oğlunu düzenli olarak ziyaret etmektedir⁴⁷⁴. Görüldüğü üzere Gül ve Ahmet davalarında Mahkeme, ebeveynler ile çocuk arasında meydana gelen ayrılığın ebeveynlerin gönüllü tercihleri sonucu gerçekleştiğine vurgu yapmaktadır⁴⁷⁵. Yani Mahkemeye göre, iki davada da ebeveynlerin çocuklarının bulunduğu ülkeye giderek onlarla birleşmesi önünde ciddi, zorlayıcı bir engel bulunmamaktadır.

Mahkeme, bu sınırlayıcı yaklaşımını, 5 yıl sonra Şen davasında yumuşatmıştır⁴⁷⁶. Dava konusu olayda, Türkiye Cumhuriyeti vatandaşı olan Şen ailesi, Türkiye'de kalan kızlarının Hollanda'ya giriş yapabilmesi için yetkili makamlara başvuru yapmışlardır. Zeki Şen ve eşi yaklaşık 6 yıldır birlikte Hollanda'da yaşamaktadır ve burada 2 çocukları dünyaya gelmiştir⁴⁷⁷. Kızları Sinem ise, başvurunun reddedildiği tarihte 13 yaşındadır. Doğduğundan beri

⁴⁷¹ Ahmet v. The Netherlands, § 22.

⁴⁷² Ahmet v. The Netherlands, § 65.

⁴⁷³ Ahmet v. The Netherlands, § 72.

⁴⁷⁴ Ahmet v. The Netherlands, § 70.

⁴⁷⁵ Spijkerboer, T. (2009). Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion. *European Journal of Migration and Law*, 11, s. 276-77.

⁴⁷⁶ Roagna, 2012, s. 89; Spijkerboer, 2009, s. 277; Yıldırım, 2004, s. 421; Karagözler, 2013, s. 89.

⁴⁷⁷ Sen v. the Netherlands, 31465/96, 21.12.2001, § 11, 12, 20.

Türkiye’de ve 3 yaşında annesinden ayrıldığı tarihten itibaren teyzesinin gözetimi altında yaşamaktadır⁴⁷⁸. Hollanda yetkili makamları, Sinem’in artık Şen ailesinin değil, teyzesinin ailesinin bir parçası olduğunu ifade ederek başvuruyu reddetmiştir⁴⁷⁹.

Mahkeme davada; ilgili çocukların yaşlarını, asıl ülkelerindeki durumlarını ve ailelerine bağlılık derecelerini göz önünde bulunduracağını belirtmiştir⁴⁸⁰. Bu bağlamda; Sinem’in Türkiye ile, konuştuğu dil ve kültürel çevresi açısından, sıkı bağlar geliştirmiş olduğunu kabul etmekle birlikte; Hollanda’da yaşayan ailesinin Türkiye’ye yerleşmesi önünde ciddi engeller bulunduğunu ifade etmiştir. Çünkü Zeki Şen ve eşi uzun yıllardır Hollanda’da yaşamaktadır ve orada doğan diğer iki çocuğu Hollanda’da eğitim almıştır. Ayrıca küçük yaşta olması sebebiyle Sinem’in, ailesiyle bütünleşebilmesi için ailesinin yanında olması, yararına olacaktır⁴⁸¹. Görüldüğü üzere, bu karar Mahkemenin daha önce aynı konuda vermiş olduğu kararlardan önemli bir ayrılığı ifade etmektedir⁴⁸²: Davada, aile hayatının Hollanda’da kurulmuş olmasına ve başvurucuların Hollanda ile sıkı bağlar geliştirmelerine önem atfedilmiştir. Sinem’in Hollanda’ya gitmesi aile hayatının kurulması için “en uygun yol”dur⁴⁸³. Mahkeme *Gül* davasında, giriş izni verilmemesinin Gül ailesini insani açıdan zor durumda bırakacağını kabul etmesine rağmen, ihlal tespit etmemiştir⁴⁸⁴. Bu davada ise aile hayatının başka yerde sürdürmenin önünde engel olup olmadığına değil, aile hayatının sürdürülebileceği “en uygun yol”a dikkat çekilmiştir.

Mahkeme bu yaklaşımını, Şen davasına konu olaya çok benzer olduğunu vurguladığı *Tuquabo-Tekle And Others* davasında da sürdürmüştür⁴⁸⁵. *Neulinger and Shuruk* davasında ise çocuklarla ilgili konularda, onların yüksek menfaatlerinin en önemli değer olduğu ifade edilmiştir⁴⁸⁶. Bu doğrultuda, *Berisha* davasında, çocukların geleceklerini etkileyen göç davalarında, çocukların durumuna özel

⁴⁷⁸ Sen v. the Netherlands, § 18.

⁴⁷⁹ Sen v. the Netherlands, § 15.

⁴⁸⁰ Sen v. the Netherlands, § 37.

⁴⁸¹ Sen v. the Netherlands, § 38.

⁴⁸² Atak, 2007, s. 113.

⁴⁸³ Sen v. the Netherlands, § 38.

⁴⁸⁴ Gül v. Switzerland, § 43.

⁴⁸⁵ Tuquabo-Tekle and Others v. the Netherlands, 60665/00, 01.12.2005, § 47.

⁴⁸⁶ Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], 06.07.2010, 41615/07, § 135.

önem atfedilmesi gerektiği vurgulanmıştır⁴⁸⁷. Yani, 8. madde ile, yabancı eşin ülkeye kabul edilmesi konusunda devletlere yükümlülük getirilmemişse de, bağımlı çocukların kabul edilmesi konusunda bir yükümlülük getirildiği söylenebilir⁴⁸⁸.

Gerçekten, aynı yaklaşımın yatay (eşler arası) aile ilişkileri için geçerli olduğunu söyleyemek mümkün bulunmamaktadır. *Şen* davası, bu ilişkiler açısından Mahkeme kararlarında bir değişime işaret etmemektedir⁴⁸⁹. Zira *Şen* davasından sonra, *Darren Omoregie and Others* ve *Useionov* kararlarında⁴⁹⁰ yerleşik göçmenlerin yaşadıkları ülke ile kurdukları bağlar göz ardı edilerek ve aile hayatının başka ülkede sürdürülmesi önünde “üstesinden gelinemez engeller”in bulunmadığı ifade edilerek, başvurular reddedilmiştir⁴⁹¹. Yani Mahkeme bu bağlamda, *Abdulaziz* davasında uyguladığı ilkelere geri dönmüştür.

Darren Omoregie and Others davasında başvurucu 2001 yılında sığınma talebiyle Norveç’e gelmiş ve 2003 yılında Norveç vatandaşı bir kadınla (ikinci başvurucu) evlenmiştir⁴⁹². 2006 yılında ise bu birliktelikten bir çocuk (üçüncü başvurucu) dünyaya gelmiştir⁴⁹³. Başvurucunun sığınma talebi 2002’de reddedilmiş ve ülkeyi terk etmesi istenmiştir⁴⁹⁴. Daha sonra, başvurucu Norveç’li biriyle evli olduğu gerekçesiyle oturma ve çalışma izni için başvurmuş fakat bu başvuru da reddedilmiştir⁴⁹⁵. Başvurucu 2007’de sınır dışı edilmiştir. Mahkeme, evlenmenin gerçekleştiği sırada, birinci başvurucu hakkında sınır dışı kararı bulunduğunu göz önünde bulundurarak, evliliğin Norveç’te sürdürülemeyeceğini başvurucuların bildiklerini tespit etmiştir⁴⁹⁶. Bu yüzden, Mahkemeye göre, başvurucuların aile hayatlarını Norveç’te sürdürebilmeleri için, hiçbir meşru beklentileri yoktur. Aksine, başvurucunun yaptığı başvurular üst üste reddedilmiş

⁴⁸⁷ Berisha v. Switzerland, 948/12, 30.07.2013, § 51.

⁴⁸⁸ White ve Ovey, 2010, s. 349.

⁴⁸⁹ Hart, B. D. (2009). Love Thy Neighbour: Family Reunification and the Rights of Insiders. *European Journal of Migration and Law*. 11, s. 250.

⁴⁹⁰ Bu iki davada sınır dışı olgusu bulunmaktadır. Ancak bu davalarda, yukarıda incelenen sınır dışı edilmeye ilişkin davalarda olduğu gibi, bir suç işleme üzerine sınır dışı edilme söz konusu değildir. Bu davalar, ülkede kalmaya devam etmeye ilişkin taleplerin reddedilmesiyle ilgilidir. Bu sebeple, bu kararları “Yabancıların Sınır Dışı Edilmesi” başlığı altında değil, burada inceledik.

⁴⁹¹ Kararların ayrıntılı incelenmesi için bkz.: Hart, 2009, s. 246.

⁴⁹² Darren Omoregie and Others v. Norway, 265/07, 31.07.2008, § 7, 14.

⁴⁹³ Darren Omoregie and Others v. Norway, § 33.

⁴⁹⁴ Darren Omoregie and Others v. Norway, § 11.

⁴⁹⁵ Darren Omoregie and Others v. Norway, § 15.

⁴⁹⁶ Darren Omoregie and Others v. Norway, § 59.

ve ülkede yasa-dışı kalma durumu perçinlenmiştir⁴⁹⁷. Mahkeme burada, sınır dışı işleminin 4 sene boyunca uygulanmamış olmasını dikkate almamıştır. Başvurucunun da vurguladığı gibi, başvuru kaçak durumunda değildir ve kaldığı adres yetkili makamlar tarafından bilinmektedir⁴⁹⁸. Mahkeme, ikinci başvuru Nijerya'da (birinci başvuru vatandaşı olduğu ülke) karşılaşılabileceği sorunları ise çok fazla incelememiştir. Mahkemeye göre, ikinci başvuru İngiltere konuşulan Güney Afrika'da bir süre yaşadığı göz önüne alınırsa, İngiltere konuşulan Nijerya'da karşılaşılabilecek zorluklar üstesinden gelinemez zorluklar değildir⁴⁹⁹.

Benzer koşullara sahip *Useionov* kararında ise Mahkeme, oturma/çalışma izni ile ilgili idari/yargısal süreçler işlerken yabancıların ikametlerine tolerans gösterildiğini ancak bu toleransın yabancıların ülkede kalma hakkı olduğu şeklinde anlaşılacağını belirtmiştir. İlgili süreçler devam ederken, yabancıların, buldukları ülkenin toplumuyla etkileşimde bulunması ve bazı ilişkiler –örneğin aile hayatı- kurması kaçınılmazdır. Ancak bu durum, yabancıların ikametlerine izin vermek gibi genel bir pozitif yükümlülüğün varlığına sebep oluşturmaz. Aksi halde, ülkelerin göç politikalarını uygulamaları imkansız hale gelir. Mahkeme, başvuru eşi ve çocuklarının, başvuru ile birlikte Makedonya'ya (başvuru vatandaşı olduğu ülke) gitmesi halinde karşılaşılabilecek zorluklara yine fazla değinmemiştir. Halbuki başvuru eşi ve çocukları Hollanda vatandaşıdır ve Makedonya'da konuşulan dili bilmemektedirler⁵⁰⁰.

Mahkemenin bu iki davadaki yaklaşımı, başvuru eşlerini, yani ilgili ülkelerin vatandaşları olan kişileri, aile hayatı ve yıllardır yaşayıp alıştıkları çevre arasında tercih yapmaya zorlamaktadır⁵⁰¹. Bu bağlamda, ahlaki açıdan; ülkeye giriş ile ilgili davalarda çıkarları dikkate alınması gereken, ülkeye girmeye çalışan kişi değil, hali hazırda ülkede yaşayan ve derin sosyal ve ailevi ilişkiler geliştiren kişi olmalıdır⁵⁰². Nitekim, hatırlanacağı üzere, Boultif kriterlerinden dördü, sınır dışı edilecek olan kişinin eşinin vatandaşı olduğu ya da derin bağlar geliştirdiği ülkeden ayrılmasına ve gideceği ülkede karşılaşılabilecek zorluklara ilişkindir. Mahkemenin

⁴⁹⁷ Darren Omoregie and Others v. Norway, § 61, 62, 64.

⁴⁹⁸ Darren Omoregie and Others v. Norway, § 45.

⁴⁹⁹ Darren Omoregie and Others v. Norway, § 66.

⁵⁰⁰ Useionov v. The Netherlands (Admissibility), 61292/00, 11.05.2006.

⁵⁰¹ Hart, 2009, s. 244.

⁵⁰² Carens, J. H. (2003). Who Should Get in? The Ethics of Immigration Admissions. *Ethics and International Affairs*. 17(1), s. 96, 7.

sınır dışı davaları ile ülkeye giriş davaları arasında böyle bir ayrıma gitmesi adaletli görünmemektedir. Çünkü bu durumda, göçmenlerin geldikleri ülkede ailevi ve sosyal ilişkiler geliştirmeleri korunurken; vatandaşların ya da yerleşik göçmenlerin ülke dışındaki insanlarla geliştirdikleri ilişkiler koruma dışında kalmaktadır⁵⁰³.

3.2. KİŞİSEL İLİŞKİ KURMA HAKKI

3.2.1. Devlet Koruması Altına Alınan Çocukla İlişkiler

3.2.1.1. Çocuğun Yüksek Menfaatleri ile Ebeveyn Hakları Arasında Denge Kurulması

Daha önce de vurgulandığı gibi, aile hayatını ilgilendiren konularda çocuklar söz konusu olduğunda, onların yüksek menfaatleri dikkate alınması gereken en önemli değerdir. Bu bağlamda, yüksek menfaatleri ile uyumlu olduğu müddetçe, bir çocuğun ailesinden koparılarak devlet koruması kapsamına alınması mümkündür⁵⁰⁴. Hatta taraf devletler, Sözleşmenin 3 ve 8. maddeleri uyarınca; çocukları duygusal, cinsel ve fiziki istismara karşı korumakla yükümlüdür⁵⁰⁵.

Öte yandan aile birliğini ortadan kaldıran her durumda olduğu gibi, çocuğun devlet koruması altına alınması da ebeveynlerin ya da çocuğun aile hayatına “müdahale” anlamına gelir⁵⁰⁶. Dolayısıyla böyle bir müdahalenin sözleşmeyi ihlal etmemesi için güdülen amaçla “orantılı” olması, yani 8. maddenin 2. fıkrası kapsamında “demokratik bir toplumda gerekli” olması gerekir⁵⁰⁷. Bunun için, çocuğun devlet korumasında kalmaktaki yüksek menfaatleri ile ebeveynin çocukla tekrar birleşme hakları arasında adil bir denge kurulması gerekir. Ancak her durumda çocuğun yüksek menfaatlerine özel bir önem atfedilir⁵⁰⁸.

Mahkeme, bu genel ilkeler ışığında, incelemelerini iki ayrı boyutta yapmaktadır. Birincisi, çocuğun yüksek menfaatleri ile ebeveyn hakları arasında

⁵⁰³ Hart, 2009, s. 251.

⁵⁰⁴ Doğru ve Nalbant, 2013, s. 46, 47.

⁵⁰⁵ Janis, Kay ve Bradly, 2010, s. 418; White ve Ovey, 2010, s. 338. Örnek bir karar için bkz.: D.P. & J.C. v. The United Kingdom, 38719/97, 10.10.2002, § 118. Mahkeme bu sonuca, 8. madde ile kişinin maddi ve manevi bütünlüğünün korunmasına yönelik pozitif yükümlülükler getirildiği yönündeki kararlarına atıfla ulaşmıştır. Örneğin, bkz.: Costello-Roberts v. The United Kingdom, 13134/87, 25.03.1993, § 36. Konuyla ilgili daha geniş açıklamalar için bkz.: Salihpaşaoğlu, 2013, s. 247-54.

⁵⁰⁶ Elsholz v. Germany, 25735/94, 13.07.2000, § 43; Johansen v. Norway, 17383/90, 07.08.1996, § 52; Bronda v. Italy, 22430/93, 09.06.1998, § 51.

⁵⁰⁷ Kilkelly, 2004, s. 73; Gomien, Harris ve Zwaak, 1996, s. 243.

⁵⁰⁸ Johansen v. Norway, 17383/90, 07.08.1996, § 78.

denge kurulması ve aile birliğinin sağlanmasına yönelik *maddi boyut*; ikincisi ise devlet koruması altına almaya ilişkin prosedürlere ilişkin *usuli boyuttur*.

3.2.1.2. Maddi Boyut: Ebeveyn Hakları ve Aile Birliğinin Sağlanması

Devlet korumasına almaya ilişkin kararlarında Mahkeme, Sözleşmeciler devletlere geniş bir takdir alanı tanımıştır⁵⁰⁹. Ancak, çocuğun devlet koruması altına alınmasından başka alınabilecek önlemlerin araştırılması ve bu çeşitli önlemlerin ebeveynler ve çocuk üzerinde oluşturabileceği etkilerin değerlendirilmesi, devletlerin görevidir⁵¹⁰. Örneğin, *Moser* kararında, davalı devletin mahkum edilme gerekçelerinden biri, çocuğun koruma altına alınmasından başka önlemleri yeterince araştırmamasıdır⁵¹¹.

Çocuklara yönelik yakın bir tehlikenin muhtemel olduğu durumlarda, devletlere verilen takdir alanı en geniş boyutlarına ulaşır⁵¹². Çünkü çocuğun tehlikeye karşı acilen korunması devletin yükümlülüğüdür ve bu tehlikeyi en iyi değerlendirebilecek merci, ilgililerle doğrudan bağlantı kurma imkanına sahip olan yerel makamlardır⁵¹³. Örneğin *Johansen* kararında, annenin psikolojik sorunları çocuğun bakımını olumsuz etkileyecek dereceye ulaştığı için devlet koruması altına alma kararının Sözleşmeyi ihlal etmediği ifade edilmiştir⁵¹⁴. Öte yandan *Haase* kararında, yeni doğmuş çocukların annelerinden ayrılıp devlet koruması altına alınması için fevkalade zorlayıcı koşullar olması gerektiği belirtilmiştir⁵¹⁵.

Devlet korumasına alma ile ilgili kararlarda geniş olan takdir alanı, bu karar alındıktan sonra ebeveyn hakları ve ebeveyn-çocuk ilişkilerinin düzenlenmesi konusunda daralır⁵¹⁶. Çocuğun devlet koruması altına alınması aile birliğini ortadan kaldırırsa da, bu bir geçici önlemdir ve nihai amaç aile birliğinin tekrar kurulması olmalıdır⁵¹⁷. Yeterli iletişim sağlanmadığı takdirde çocuğun,

⁵⁰⁹ Harris, O'Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 423.

⁵¹⁰ White ve Ovey, 2010, s. 340. Bkz.: *Moser v. Austria*, 12643/02, 21.09.2006, § 62; *K. and T. v. Finland*, § 166; *P., C. and S. v. the United Kingdom*, 56547/00, 16.07.2002, § 116.

⁵¹¹ *Moser v. Austria*, § 70.

⁵¹² Gajdošová, 2008, s. 83; Janis, Kay ve Bradly, 2010, s. 418.

⁵¹³ *Olsson v. Sweden (No. 2)*, 13441/87, 27.11.1992, § 90.

⁵¹⁴ *Johansen v. Norway*, § 78.

⁵¹⁵ *Haase v. Germany*, 11057/02, 08.04.2004, § 102.

⁵¹⁶ Kil Kelly, 2004, s. 73; White ve Ovey, 2010, s. 339; Janis, Kay ve Bradly, 2010, s. 418; Harris, O'Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 424-5.

⁵¹⁷ *Olsson v. Sweden (No. 1)*, 10465/83, 24.03.1988, § 81; *Johansen v. Norway*, § 78; *K. and T. v. Finland*, § 178.

ebeveynleriyle bağının giderek azalacağı ve nihayet kopabileceği göz önünde bulundurulduğunda; kişisel ilişki kurmaya yönelik müdahalelerin meşrulaştırılması zor olduğu anlaşılacaktır⁵¹⁸. Mahkemeye göre 8. madde, kişilerin çocukla tekrar bir araya gelme hakkını da içermekte ve bu bağlamda Sözleşmecî devletlere pozitif bir yükümlülük de yüklemektedir⁵¹⁹. Bu sebeple; çocuğun, menfaatleri gereği, eğitim hizmeti veren bir kuruma, yurda ya da koruyucu aile yanına yerleştirilmesi gerekiyorsa da, ebeveynlerin ziyaret hakkının –ailenin tekrar birleşmesi amacı göz önünde tutularak– düzenlenmesi şeklinde bir pozitif yükümlülük bulunmaktadır⁵²⁰. Böyle bir yükümlülük sadece ebeveyn-çocuk ilişkileri bakımından değil, Sözleşme anlamında aile hayatı kapsamına giren kardeşler arası ilişkiler, ebeveyn kardeşi-yeğen ilişkileri, büyük anne/baba-torun ilişkileri bakımından da geçerlidir⁵²¹.

Ailenin tekrar birleşmesine yönelik önlemler bağlamında *K. and T.* kararında Mahkeme, aile birleşiminin tekrar sağlanıp sağlanamayacağına ilişkin yerel makamların zaman zaman ailenin durumunu gözden geçirmeleri gerektiğini belirtmiştir⁵²². Olayda, psikolojik rahatsızlıkları olan annenin çocuğuyla görüşmeleri ayda bir defa, 3 saat gözetim altında olmak üzere sınırlandırılmıştır. Mahkeme bu sınırlandırmaların ailenin tekrar birleşmesi amacıyla uyumlu olmadığını ifade etmiştir⁵²³. Benzer şekilde, *Eriksson* kararında, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının, çocukla tekrar bir araya gelmeye yönelik önlemler alınması hakkını da içerdiği ifade edilmiş, görüşmelere katı sınırlandırmalar getirilmesinin meşru amaçla orantısız olduğuna hükmedilmiştir⁵²⁴. Olayda; başvuru –hırsızlık ve uyuşturucu suçlarına karıştığı gerekçesiyle– hapse girmiş, başvuru kızı devlet korumasına alınıp koruyucu aileye verilmiştir. Başvuru hapisten çıktıktan sonra, yetkili makamlar devlet korumasının kaldırılmasına karar vermesine rağmen, kızın başvuru ile değil, koruyucu ailesi ile yaşaması gerektiğine hükmedilmiş ve başvuru ile çocuğun görüşmeleri iki ayda bir defa olmak üzere sınırlandırılmıştır⁵²⁵.

⁵¹⁸ Kil Kelly, 2004, s. 75.

⁵¹⁹ Hokkanen v. Finland, § 55/3; Margareta and Roger Andersson v. Sweden, 12963/87, 25.02.1992, § 91; Olsson v. Sweden (No. 2), § 90.

⁵²⁰ Yıldırım, 2004, s. 417. Bkz.: *K. and T. v. Finland*, § 178.

⁵²¹ Gajdošová, 2008, s. 80.

⁵²² *K. and T. v. Finland*, § 179; *K.A. v. Finland*, 27751/95, 14.01.2003, § 139.

⁵²³ *K. and T. v. Finland*, § 179.

⁵²⁴ *Eriksson v. Sweden*, 11373/85, 22.06.1989, § 71.

⁵²⁵ *Eriksson v. Sweden*, § 7-14.

Koruma kararının uygulanma şekli de Sözleşmeyi ihlal edebilir⁵²⁶. Örneğin, *Olsson* kararında üç kardeşin birbirlerinden ve ebeveynlerinden çok uzak mesafelerde yaşayan koruyucu ailelere verilmesi ve ebeveynlerin iletişim kurma haklarına katı sınırlamalar getirilmesi⁵²⁷ “ailenin tekrar bir araya gelme” amacıyla uyumlu bulunmamış, dolayısıyla bu sınırlandırmaların demokratik toplumda gerekli olmadığına karar verilmiştir⁵²⁸. Bu karar ile, koruma altına alınan çocukların diğer aile üyelerinden ne kadar uzağa gönderilebileceği ile ilgili herhangi bir belirleme yapılmamışsa da; koruma altına alınan çocuğun, diğer aile üyeleriyle sıklıkla ve düzenli görüşebilmesi için alternatif koruma önlemlerinin değerlendirilmesi ile ilgili bir pozitif yükümlülük bulunduğu karardan anlaşılmaktadır⁵²⁹.

Johansen kararında ise, başvuru ile devlet koruması altına alınan çocuğu arasındaki ilişki tümüyle sonlandırılmıştır. Olayda, psikolojik rahatsızlıkları olan ve tedaviyi reddeden başvuru, çocuğuyla yaptığı görüşmelerden birinde çocuğuyla birlikte kaçıma çalışmıştır. Bunun üzerine yerel makamlar çocukla başvuru ile ilişkisini sona erdirmiştir. Mahkeme olayın bu özelliklerine rağmen ilişkinin tamamen ortadan kaldırılmasını Sözleşmeye aykırı bulmuştur⁵³⁰. Sonuç olarak, Mahkemenin konuya yaklaşımında, ebeveynlerle görüşmelere büyük bir önem verildiğini görmekteyiz⁵³¹.

Buna rağmen, çok istisnai durumlarda, çocuğun menfaatlerinin gerektirdiği ortaya konmak şartıyla, çocukla ilişki tamamen sonlandırılabilir⁵³². Örneğin; *Y.C.* kararında, devlet koruması altına alınan çocuğun annesi ve babası alkolden kaynaklanan problemler yaşamakta ve sürekli kavga etmektedir. Hatta bu kavgalardan birinde çocuğun annesi, eşini kasten yaraladığı için tutuklanmıştır. Başka bir kavgada ise çocuk da yaralanmıştır⁵³³. Yerel makamlar bu koşulları göz önünde bulundurarak başvuru annenin çocukla görüşme talebini reddetmiştir.

⁵²⁶ Kilkelly, 2004, s. 74.

⁵²⁷ Çocuklardan Stefan ile 6 haftada bir görüşülmesine izin verilmiştir. Daha sonra bu sıklık haftada bir olarak değiştirilmiştir. Helena ve Thomas ile ise, iki ayda bir görüşmeye izin verilmiş, çocukların yaşadıkları yer açıklanmamıştır. Daha sonra görüşmeler üç ayda bir düşürülmüştür. Bkz.: *Olsson v. Sweden* (No. 1), § 21-26.

⁵²⁸ *Olsson v. Sweden* (No. 1), § 81.

⁵²⁹ Kilkelly, 2004, s. 75.

⁵³⁰ *Johansen v. Norway*, § 80-83.

⁵³¹ Kilkelly, 2004, s. 74.

⁵³² *Y.C. v. The United Kingdom*, § 134; *Neulinger and Shuruk v. Switzerland*, § 135; *R. and H. v. The United Kingdom*, 35348/06, 31.05.2011, § 73; *Elsholz v. Germany*, § 50.

⁵³³ *Y.C. v. The United Kingdom*, 4547/10, 13.03.2012, § 7.

Çünkü çocuğun ebeveynleriyle görüşmesi, çocukta strese ve korkuya sebep olmakta ve yeni koruyucu ailesine alışma sürecini sekteye uğratmaktadır⁵³⁴. Mahkeme bu değerlendirmeleri haklı bularak 8. maddenin ihlal edilmediğine karar vermiştir⁵³⁵.

3.2.1.3. Usûlî Boyut: Devlet Koruması Altına Almaya İlişkin Prosedür

Mahkemenin içtihatlarını geliştirdiği ikinci bir alan, aile hayatına müdahalenin gerekçelendirilmesi açısından, keyfiliğe karşı güvence sağlanmasına yönelik ortaya koyduğu usûlî güvencelerdir⁵³⁶. Ebeveynlerin, çocukların devlet koruması altına alınması ile ilgili süreçlere etkili bir şekilde katılmalarının engellenmesi, 8. maddenin ihlaline yol açar⁵³⁷.

Örneğin, *W. v. The United Kingdom* kararında, ebeveynlerin yargılamalardan dışlanması gerekçesiyle bu sonuca ulaşılmıştır⁵³⁸. Olayda, yerel makamlar başvurucuya danışmadan, ya da ona haber vermeden, çocuğun uzun süreli koruyucu aileye verilmesine ve başvuruyla ilişkisinin kesilmesine karar vermiştir⁵³⁹. Mahkeme ise; ebeveynlerin haklarını savunmaları için, ilgili süreçlere gerekli ölçüde katılmaları gerektiğini, aksi halde aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına yapılan müdahalenin demokratik toplumda gerekli olmayacağını ifade etmiştir. Çünkü verilen karar çocuğun geleceğini ilgilendiren çok önemli bir karardır. Bu karar sonrasında çocuk yeni bir aileyle bütünleşecek, belki de çocuğun biyolojik anne ve babasıyla ilişkisi tamamen sona erecektir⁵⁴⁰. Şu halde, her ne kadar devletlerin belirli bir oranda takdir alanı bulunmakta ise de, konuyla ilgili alınan kararların keyfi ve tek taraflı olmaması için gerekli düzenlemeler yapılmalıdır. Yani ilgili karar süreçleri, ebeveynlerin haklarını dile getirebilecekleri hukuki çarelerle dengelenmeli, bu haklar yerel makamlar tarafından bilinmeli ve

⁵³⁴ Y.C. v. The United Kingdom, § 91.

⁵³⁵ Y.C. v. The United Kingdom, § 146-149. Benzer bir dava için bkz.: R. and H. v. The United Kingdom, § 88.

⁵³⁶ Harris, O'Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 425; Kilkelly, 2004, s. 76.

⁵³⁷ Elsholz v. Germany, 25735/94, 13.07.2000, § 52; P., C. and S. v. the United Kingdom, § 119; Venema v. the Netherlands, 35731/97, 17.12.2002, § 91; W. v. the United Kingdom, 9749/82, 08.07.1987, § 64.

⁵³⁸ Benzer yönde bkz.: Venema v. The Netherlands, § 98; A.K. and L. v. Croatia, 37956/11, 08.01.2013, § 79. Ayrıca: B. v. The United Kingdom, 9840/82, 08.07.1987, § 68; R. v. The United Kingdom, 10496/83, 08.07.1987, § 73; Bkz.: Gomien, Harris ve Zwaak, 1996, s. 244, dipnot 63.

⁵³⁹ W. v. The United Kingdom, § 66(g).

⁵⁴⁰ W. v. The United Kingdom, § 63.

dikkate alınmalıdır⁵⁴¹. Öte yandan, psikolojik/fiziksel sorunları sebebiyle ya da bazı acil durumlarda, ebeveynlerin bu süreçlere katılmaları anlamsız ya da imkânsız olabilir. Bu durumlar haricinde, ebeveynlerin süreçlere yeterince dahil olması sağlanmalıdır⁵⁴². Bu açıdan, örneğin; *McMichael* davasında yargılama süreci ile ilgili bazı dokümanların başvuruçulara gösterilmemesi, *Elsholz* davasında ise psikolojik rapor alınması yönündeki talebin reddi ve duruşma yapılmaması Sözleşmeye aykırı bulunmuştur⁵⁴³.

Yargılamanın ya da ilgili idari prosedürün süresi de usûlî boyut açısından önem taşıyabilir. Örneğin, *H. v. The United Kingdom* kararında, yargılamanın uzun sürmesi sebebiyle 8. maddenin ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır. Çünkü yargılama süreçlerindeki gecikmeler *de facto* olarak bir kararın ortaya çıkmasına sebep olabilir⁵⁴⁴.

3.2.2. Velayet Hakkı ve Boşanma Sonrasında Çocukla İlişkiler

3.2.2.1. Velayet Hakkı

Mahkeme velayet hakkını aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı içinde görmekte ve velayet hakkına yönelik müdahaleleri 8. madde kapsamında incelemektedir⁵⁴⁵. Yukarıda bahsedilen, çocuğun devlet koruması altına alınmasına ilişkin kararlarda bu görülebilir. Ayrıca, çocuğun evlat edinilmesi kararı; evlat edinen kişilere biyolojik ebeveynlerin sahip olduğu hakların aynısını vereceği için, biyolojik ebeveynlerin haklarına bir müdahale teşkil eder⁵⁴⁶. Keza, velayetin ebeveynden alınarak başka kişilere verilmesi de kişilerin aile hayatlarına müdahale teşkil eder⁵⁴⁷. *Hokkanen* kararında, yerel makamların velayet hakkını çocuğun babasından alarak büyük annesi ve dedesine vermesi, babanın aile hayatına müdahale olarak değerlendirilmiş fakat çocuğun 1,5 yaşından beri neredeyse 5 yıldır bu kişilerle birlikte yaşaması ve bu sürede babasıyla çok az görüşmüş olması göz önünde bulundurularak müdahalenin demokratik toplumda gerekli olduğuna

⁵⁴¹ Kilkelly, 2004, s. 77.

⁵⁴² *W. v. The United Kingdom*, § 64-5.

⁵⁴³ *McMichael v. The United Kingdom*, 16424/90, 24.02.1995, § 92; *Elsholz v. Germany*, § 53. Bkz.: *Heringa ve Zwaak*, 2006, s. 700.

⁵⁴⁴ *H. v. The United Kingdom*, 9580/81, 08.07.1987, § 89.

⁵⁴⁵ *Johansen v. Norway*, § 78; *Chernaț and Others v. Romania*, 13212/09, 03.07.2012, § 32.

⁵⁴⁶ *Gajdošová*, 2008, s. 80-81. Bkz.: *Chepelev v. Russia*, 58077/00, 26.07.2007, § 25.

⁵⁴⁷ *Hokkanen v. Finland*, § 64; *Moser v. Austria*, § 62.

karar verilmiştir⁵⁴⁸. Moser kararında ise yeni doğmuş bir çocuğun velayetinin yalnız yaşayan annesinden alınarak devlet makamlarına (*Youth Welfare Office*) verilmesi 8. maddeye aykırı bulunmuştur. Mahkeme, annenin herhangi bir psikolojik ya da fiziksel hastalığı bulunmadığını yalnızca ekonomik bazı zorluklar çektiğini saptamış, böyle durumlarda çocuğun velayetini anneden almak yerine başka önlemlerin düşünülmesi gerektiğini belirtmiştir⁵⁴⁹.

Çiftlerin ayrılma ve boşanmalarından sonra, ortak çocukların velayetinin hangi ebeveyne bırakılacağı meselesi de 8. madde kapsamında incelenir⁵⁵⁰. Ebeveynlerin ayrılması, ebeveynler ile çocuk arasındaki aile hayatını sonlandırmadığı için, velayet hakkının ebeveynlerden birine verilmesi diğer ebeveynin çocuk ile arasındaki aile hayatına kaçınılmaz olarak bir müdahale teşkil eder⁵⁵¹. Öte yandan, devletlerin bu konudaki takdir alanları çok geniştir; izlenen prosedür keyfi olmadığı ve ilgili tarafların hak ve çıkarları yeterince dikkate alındığı müddetçe velayetin ebeveynlerden birine verilmesi kararının 8. maddeyi ihlal etme ihtimali düşüktür⁵⁵².

3.2.2.2. Velayetin Belirlenmesinde Ayrımcılık

Velinin belirlenmesinde ayrımcı bir uygulamaya gidilmesi, 8. madde bağlamında 14. maddenin ihlaline yol açabilir⁵⁵³. Mahkemeye göre; velayetin babaya verilmesinde, büyük ölçüde annenin dini mensubiyetinin dikkate alınması, 8. madde ile birlikte 14. maddenin ihlali sonucunu doğurur⁵⁵⁴. *Salguerio Da Silva Mouta* kararında ise, cinsel yönelim temelinde bir ayrımcılık yapılması Sözleşmeye aykırı bulunmuştur⁵⁵⁵. Karara konu olayda başvuru baba eşinden ayrılmış ve bir erkekle yaşamaya başlamıştır. Bunun üzerine başvuru eşi tarafından boşanma işlemleri başlatılmış ve sonuçta çocuğun velayeti anneye verilmiştir⁵⁵⁶. Yerel makamlara göre çocuklar anormal ve alışılmadık koşullar değil, geleneksel

⁵⁴⁸ Hokkanen v. Finland, § 63.

⁵⁴⁹ Moser v. Austria, § 68, 72.

⁵⁵⁰ Arslan Öncü, 2011, s. 272.

⁵⁵¹ Gajdošová, 2008, s. 81; Heringa ve Zwaak, 2006, s. 697.

⁵⁵² Kilkelly, 2001a, s. 88.

⁵⁵³ Heringa ve Zwaak, 2006, s. 697; Gajdošová, 2008, s. 81.

⁵⁵⁴ Örnek olayda başvuru Yehova Şahidi olması dolayısıyla ayrımcılığa maruz kaldığı iddia etmiştir. Bkz.: Hoffmann v. Austria, 12875/87, 23.06.1993, § 36.

⁵⁵⁵ Bkz.: Arslan Öncü, 2011, s. 274, 5.

⁵⁵⁶ Salguerio Da Silva Mouta v. Portugal, 33290/96, 21.12.1999, § 9, 14.

aile koşullarında büyümeli ve gelişmelidir⁵⁵⁷. Mahkeme, yerel makamların bu ifadelerinden yola çıkarak, velayetin anneye verilmesinde, babanın cinsel yöneliminin karar verici bir unsur olarak dikkate alındığını ve bu ayrımın objektif ve makul bir temele dayanmadığını belirtmiştir⁵⁵⁸.

Velayet ile ilgili meselelerde ayrımcılık yapılması, 7. Ek Protokolün⁵⁵⁹ “eşler arası eşitlik” başlığını taşıyan 5. maddesi kapsamında da gündeme gelebilir⁵⁶⁰. Madde metni şöyledir⁵⁶¹: “Eşler evlilikte, evlilik süresince ve evliliğin sona ermesi durumunda, kendi aralarında ve çocukları ile ilişkilerinde medeni haklar ve sorumluluklardan eşit şekilde yararlanırlar. Bu madde devletlerin çocuklar yararına gereken tedbirleri almalarını engellemez.”⁵⁶²

Mahkemeye göre bu madde, temel olarak, eşlerin çocuklarla ilişkisi hakkında eşitliğin sağlanması için gerekli yasal düzenlemeleri yapma şeklinde, devletlere pozitif bir yükümlülük yüklemektedir⁵⁶³. Bu sebeple *Iosub Caras* davasında Mahkeme, başvuru yasal düzenlemelerle ilgili şikayette bulunmadığını, şikayetlerin yasal düzenlemelerin yerel makamlar tarafından uygulanma biçimine yöneldiğini ve ilgili yasal düzenlemelerin eşler arası eşitliğe aykırı olmadığını belirterek başvurunun açıkça dayanaktan yoksun olduğuna karar vermiştir⁵⁶⁴. Mahkemenin bu kararından anlaşıldığı kadarıyla, bu madde yalnızca ilgili iç hukuku ilgilendirmekte, iç hukukun uygulanış biçimini açısından dikkate alınmamaktadır.

3.2.2.3. Boşanma Sonrasında Ebeveyn-Çocuk İlişkileri

Velayet ile ilgili meseleler ayrımcı uygulamalarla sınırlı değildir. Velayet hakkı bulunmayan ebeveynin çocukla kuracağı ilişkiler de aile hayatı kapsamında

⁵⁵⁷ Salguerio Da Silva Mouta v. Portugal, § 34.

⁵⁵⁸ Salguerio Da Silva Mouta v. Portugal, § 35, 36.

⁵⁵⁹ Protokol 22.11.1984'te Strasbourg'ta imzaya açılmış 7 imzacı devletin onayıyla birlikte 01.11.1988'de yürürlüğe girmiştir. Hali hazırda 43 devlet tarafından onaylanmıştır. Türkiye ise bu protokolü 14.03.1985'te imzalamış fakat henüz onaylamamıştır. Bkz.: <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=7&DF=16/09/2014&CL=ENG> (16.09.2014)

⁵⁶⁰ Gomien, Harris ve Zwaak, 1996, s. 242.

⁵⁶¹ Gemalmaz, 2011a, s. 167.

⁵⁶² Bu ifadelerden anlaşıldığı üzere, madde –8. maddeden farklı olarak– yalnızca resmen kurulmuş evlilik ilişkilerini kapsamakta, evlilik öncesi ya da evlilik dışı ilişkilere uygulanmamaktadır. Bkz.: Explanatory Report on Protocol No. 7, http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/1_17.htm (16.09.2014).

⁵⁶³ AİHK'nin Purtonen v. Finland (32700/96, 09.09.1998) kararı; Cernecki v. Austria (Admissibility) 31061/96, 11.07.2000; *Iosub Caras v. Romania*, 7198/04, 27.07.2006, § 56.

⁵⁶⁴ *Iosub Caras v. Romania*, § 57-8.

önemli sorunlardandır. Strasbourg organlarının yerleşmiş içtihadına göre; 8. madde, velayet hakkı bulunmayan ebeveynin çocukla kişisel ilişki kurma hakkını da içermektedir ve bu hakkın kullanımını sağlamak için devletlerin üzerinde bir pozitif yükümlülük bulunmaktadır⁵⁶⁵. Yerel mahkemelerin görüşmeyi karara bağlaması yetmez, hakkın pratik olarak kullanılabilmesi için gerekli önlemler alınmalıdır⁵⁶⁶.

Görüşme hakkının, çocukla birlikte yaşayan ebeveyn tarafından engellendiği durumlarda, yerel makamlar, bu ebeveyn tarafından bertaraf edilemeyecek yaptırımları uygulamaya geçirmekle yükümlüdür⁵⁶⁷. Örneğin; *Glaser* davasında Mahkeme, başvuranın çocukla ilişki kurma hakkının kullanılabilmesi için erişilebilir ve zorlayıcı bir mekanizmanın bulunup bulunmadığının incelenmesi gerektiğini ifade etmiştir⁵⁶⁸. Davada başvurucunun eski eşi, çocukla görüşmesini engellemiş ve çocuğu kaçırmıştır. Mahkeme ise görüşmenin sağlanması ile ilgili yargısal süreçlerin basit ve etkili olduğunu ifade etmiş⁵⁶⁹; yetkili makamların, başvurucunun haklarını korumak için gerekli önlemleri almakta herhangi bir başarısızlıklarının olmadığını belirtmiştir⁵⁷⁰.

Çocuğun ebeveyn tarafından kaçırılması ile ilgili içtihatlar, doğal olarak, velayet hakkına sahip ebeveynler yararına da geçerlidir. Örneğin *Ignaccolo-Zenide* davasında çocuk velayet hakkına sahip olmayan ebeveyn tarafından kaçırılmıştır. Başvurucu, eşi ve çocukları Fransa'da yaşamaktayken evlilik sona ermiş ve velayet başvurucuya verilmiştir. Başvurucunun eşi çocuklarla birlikte ABD'ye oradan da Romanya'ya gitmiştir⁵⁷¹. Mahkeme; Romanya icra makamlarının, çocuğun başvurucuya iade edilmesini emreden kararın ardından, çocuğu kaçıran ebeveynin evine toplam dört defa gittiklerini, ilk iki gidişin ilgili kararın hemen ardından gerçekleşmesine rağmen diğer iki gidişin karardan sırasıyla 5 ay ve 1 yıl

⁵⁶⁵ AİHK'nin X v. Sweden (7911/77, 12.12.1977) kararı; AİHK'nin X v. Sweden (8075/77, 04.05.1979) kararı; AİHK'nin Malchin v. Germany (21548/93, 11.01.1994) kararı; Glaser v. The United Kingdom, 32346/96, 19.09.2000, § 65; Hokkanen v. Finland, § 55; Gluhakovic v. Croatia, 21188/09, 12.04.2011, § 56; Fuşcă v. Romania, 34630/07, 13.07.2010, § 34.

⁵⁶⁶ Gluhakovic v. Croatia, § 62.

⁵⁶⁷ Maire v. Portugal, 48206/99, 26.06.2003, § 76; Maumousseau and Washington, 39388/05, 06.12.2007, § 83.

⁵⁶⁸ Glaser v. The United Kingdom, § 68.

⁵⁶⁹ Glaser v. The United Kingdom, § 69.

⁵⁷⁰ Glaser v. The United Kingdom, § 74.

⁵⁷¹ Ignaccolo-Zenide v. Romania, 31679/96, 25.01.2000, § 15, 27. Davanın uluslararası çocuk kaçırma boyutuna aşağıda değinilecektir.

sonra gerçekleştiğini kaydetmiştir⁵⁷². Davalının evde bulunamaması üzerine, ilgili kararın uygulanması için icra makamlarının bir yıldan fazla bir süre herhangi bir önlem almadığını vurgulayan Mahkeme, bu gecikmelerin davalı hükümet tarafından açıklanamadığını belirtmiştir⁵⁷³. Mahkemeye göre, yetkili makamlar velayet hakkının zorla yerine getirilmesine ya da çocuğun başvurucuya dönüşünü hazırlamaya yönelik hiçbir önlem almamıştır⁵⁷⁴.

Gluhakovic davasında ise yerel mahkemelerin, başvurucunun içinde bulunduğu koşulları değerlendirmeden görüşmenin gerçekleşme şeklini karara bağlaması Sözleşmeye aykırı bulunmuştur⁵⁷⁵. Başvurucu üç iş günü tam gün çalışıp dördüncü gün tatil yapan biridir. Bu yüzden görüşmelerin haftanın belirli bir günü değil de, her dört ya da sekiz günde bir yapılmasını talep etmektedir⁵⁷⁶. Ayrıca görüşmenin yapılması için yerel mahkemenin belirlediği “Danışma Merkezi”nin fiziksel koşulları elverişli değildir ve başvurucu, kızıyla, ilgili yerin mutfağında ya da personelin odalarında görüşmektedir⁵⁷⁷. Başvurucunun ısrarlı taleplerine rağmen bu olumsuz koşullar, hiçbir gerekçe gösterilmeksizin, görmezden gelinmiştir⁵⁷⁸.

Ebeveynin görüşme hakkı bulunmakta ise de, çocuğun ruhsal durumunun ya da fiziksel sağlığının korunması için ebeveynin bu haktan mahrum edilmesi, 2. fıkra kapsamında meşru kabul edilebilir. Ancak belirtmek gerekir ki; yerel makamların ebeveynlerden birini velayet hakkından mahrum etme gerekçesi, bu ebeveyni çocukla görüşme hakkından da mahrum etmenin gerekçesi olamaz⁵⁷⁹. Örneğin *Hokkanen* kararında, ebeveynin velayetin alınması, ilgili devletin takdir alanı içinde görülürken, kişisel ilişki kurma hakkının engellenmesi Sözleşmeye aykırı bulunmuştur⁵⁸⁰. Velayet hakkından mahrum kalan ebeveynle çocuğun ilişkilerinin tamamen ortadan kaldırılması için çok daha ciddi gerekçeler

⁵⁷² Ignaccolo-Zenide v. Romania, § 103

⁵⁷³ Ignaccolo-Zenide v. Romania, § 104.

⁵⁷⁴ Ignaccolo-Zenide v. Romania, § 105.

⁵⁷⁵ Gluhakovic v. Croatia, § 79.

⁵⁷⁶ Gluhakovic v. Croatia, § 64.

⁵⁷⁷ Gluhakovic v. Croatia, § 70.

⁵⁷⁸ Gluhakovic v. Croatia, § 69.

⁵⁷⁹ Heringa ve Zwaak, 2006, s. 697-8.

⁵⁸⁰ Hokkanen v. Finland, § 61, 62, 64.

bulunmalıdır⁵⁸¹. *Nuutinen* kararında, çocuğunun annesine hamileyken şiddet uygulayan başvurucuya son derece sınırlı görüşme hakkı verilmiş, ancak annenin direnci yüzünden başvurucu bu hakkını kullanamamıştır. Bunun üzerine başvurucu yerel mahkemeye dava açmıştır. Yerel mahkeme anneyi dinledikten sonra çocuğun, babasından şiddet görebileceğine ikna olmuş ve görüşme hakkını tamamen ortadan kaldırmıştır⁵⁸². Kararın verilmesinde babanın psikolojik sorunlarının tekrar nüksetmeye başladığı yönünde uzman raporları da etkili olmuştur. Ayrıca uzman raporlarına göre, çocuğun babasıyla görüşmesi; annenin korkmasına sebep olmaktadır ve bu korkunun çocuğa da geçmesiyle çocukta depresyon, anksiyete gibi risklere yol açmaktadır. Bu sebeple 14-15 yaşlarına gelinceye kadar babasıyla görüştürülmemesi çocuğun yararınadır⁵⁸³. AIHM, olayın bu özelliklerini göz önünde bulundurarak, görüşme hakkının tamamen ortadan kaldırılmasını Sözleşmeye uygun bulmuştur⁵⁸⁴.

3.2.2.4. Uluslararası Çocuk Kaçırma ve Lahey Sözleşmesi

Ignaccolo-Zenide davası örneğinde de görüldüğü üzere, boşanmadan sonra velayetle ilgili düzenlemelere rağmen ebeveynler, bazen çocuklarının eski eşlerinin kültüründe yetişmesini engellemek için, bazense eski eşlerinden intikam almak amacıyla çocuklarını oturmakta oldukları ülkenin yetki alanı dışına kaçırmaktadır⁵⁸⁵. Böyle durumlarda çocuğun getirilmesi için hangi ülkenin makamlarına başvurulacağı ve nasıl bir prosedür izleneceği hakkında sorunlar doğabilmektedir⁵⁸⁶. Mahkeme bu tür durumlarda –eğer davalı devlet tarafsız– “*Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi*”ni⁵⁸⁷

⁵⁸¹ *Anayo v. Germany*, 20578/07, 21.12.2010, § 66; *Görgülü v. Germany*, 74969/01, 26.02.2004, § 43; *Sommerfeld v. Germany* [GC], 31871/96, 08.07.2003, § 62, *Elsholz v. Germany* [GC], 25735/94, 13.07.2000, § 48-49.

⁵⁸² *Nuutinen v. Finland*, 32842/96, 27.06.2000, § 70.

⁵⁸³ *Nuutinen v. Finland*, § 71.

⁵⁸⁴ *Nuutinen v. Finland*, § 136.

⁵⁸⁵ Köseoğlu, B. (2007). *Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları (Bilimsel İçtihatlar ve Yargı İçtihatları)*. Ankara: TBB Yayınları, s. 2.

⁵⁸⁶ Roagna, 2012, s. 93.

⁵⁸⁷ “Madde 7: Merkezî makamların, aralarında işbirliği yapmaları ve çocukların acilen geri dönmesini sağlamak ve işbu sözleşmenin diğer amaçlarını gerçekleştirmek üzere Devletlerinin yetkili makamları arasında işbirliğini teşvik etmeleri gerekmektedir.

Özellikle, gerek doğrudan doğruya, gerek, aracılardan yardımıyla;

a) Kanuna aykırı biçimde yeri değiştirilen veya alıkonan bir çocuğun bulunması;

b) Çocuk için yeni tehlikelerin veya ilgili tarafların uğrayabilecekleri zararların önlenmesini, geçici önlemler olarak veya aldırarak sağlamak;

(Lahey Sözleşmesi) dikkate almaktadır⁵⁸⁸. Bu durum özellikle görüşme/velayet hakkının bir an önce ve özenle yerine getirilebilmesi açısından önemlidir. Çünkü gerekli önlemlerin alınmasında ortaya çıkacak gecikmeler, çocukla birlikte yaşamayan ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilerde telafisi imkansız sonuçlar ortaya çıkarabilir⁵⁸⁹.

Lahey Sözleşmesinin 11. maddesine göre, “*Tüm Taraf Devletlerin adlî ve idarî makamlarının, çocuğun geri dönmesini teminen en kısa zamanda gereğine tevessül etmeleri yükümlülükleridir (f.1). Müracaatta bulunulan adlî veya idarî makam, müracaattan itibaren 6 hafta içinde karar vermezse, talep eden veya talep edilen Devletin merkezî makamı kendi girişimi ile gecikmenin nedenlerine dair bir belge isteyebilir. Cevap, talep edilen Devletin merkezî makamına gelir ise, bu makamın, cevabı, talepte bulunulan devletin merkezî makamına veya icabında müracaat sahibine intikal ettirmesi gereklidir (f.2).*”⁵⁹⁰

Örneğin yukarıda değinilen *Ignaccolo-Zenide* davasında Mahkemenin ihlal kararı verme gerekçelerinden biri, Lahey Sözleşmesinin yukarıda alıntılanan 11 ve çocuk kaçırma durumunda devletin alması gereken önlemleri düzenleyen 7. maddelerine aykırılık tespit etmiş olmasıdır⁵⁹¹. Keza, *Iglesias Gil and A.U.I.* davasında Lahey Sözleşmesi kapsamında girişimlerde bulunulmaması ihlal gerekçelerinden biridir. Dava İspanya’ya karşı açılmıştır ve başvurucunun çocuğunun kaçırıldığı ülke ABD’dir. Mahkeme, iki devletin de Lahey Sözleşmesine taraf olmalarına rağmen İspanya Hükümetinin Lahey Sözleşmesi kapsamında girişimlerde bulunmadığını tespit etmiştir⁵⁹². Hatta *Barjami* davasında, davalı

-
- c) Çocuğun isteyerek iadesini veya dostane bir çözümü kolaylaştırmak;
 - d) Faydalı görülür ise, çocuğun sosyal durumuna ilişkin bilgilerin teatisi;
 - e) Devletlerinin, Sözleşmenin uygulanmasına ait hakları konusunda genel bilgiler temini;
 - f) Çocuğun geri dönmesi ve gerektiğinde, ziyaret hakkının tesisi ile fiilen kullanılması yolunda, adlî ve idarî dava açılması veya bunun teşviki;
 - g) Gerekirse, bir avukatın katılması dahil, adlî ve hukukî yardım sağlamak veya bunu kolaylaştırmak;
 - h) İdarî alanda, gerekli ve uygun ise, çocuğun tehlikesizce dönüşünü sağlamak,
 - i) Sözleşmenin işleyişi konusunda karşılıklı olarak birbirlerini bilgilendirmek ve uygulanmasında muhtemelen karşılaşılabilecek engellerin olanaklar ölçüsünde kaldırılması;
- için uygun tüm önlemleri almaları gerekmektedir.” Bkz.: Köseoğlu, 2007, s. 51, 52.

⁵⁸⁸ Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], § 132; Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain, 56673/00, 29.04.2003, § 51; Ignaccolo-Zenide v. Romania, § 95.

⁵⁸⁹ Ignaccolo-Zenide v. Romania, § 102. Bkz.: Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 400.

⁵⁹⁰ Köseoğlu, 2007, s. 53, 54.

⁵⁹¹ Ignaccolo-Zenide v. Romania, § 102, 113.

⁵⁹² Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain, § 59.

devletin Lahey Sözleşmesini onaylamamış olmaması ihlal sebebi sayılmıştır⁵⁹³. Mahkemeye göre Sözleşme, her ne kadar devletlere bazı uluslararası sözleşmeleri onaylama yükümlülüğü getirmese de, birey haklarının ve bu arada ebeveynin çocuk ile birlikte olma hakkının korunması için gerekli önlemleri alma yükümlülüğü getirmektedir. İlgili uluslararası antlaşmaların imzalanmamış olması, başvurucunun haklarının korunması için yeterli ve etkili bir mekanizmanın mevcut olmaması sonucunu doğurmuştur⁵⁹⁴.

Görüldüğü üzere, Mahkeme, konuyla ilgili davalarda Lahey Sözleşmesine özel bir önem atfetmektedir. Öte yandan bu durum, Lahey Sözleşmesinin uygulanabildiği durumlarda çocuğun kaçırıldığı ülkeden otomatik olarak geri getirilmesi gerektiği anlamına gelmez⁵⁹⁵. AİHS'nin 8. maddesi doğrultusunda, her durumda çocuğun yüksek menfaatleri hesaba katılmak zorundadır. Esasen bu mantık Lahey Sözleşmesinde de yer almaktadır⁵⁹⁶. Bu sözleşmenin 13. maddesinin (b) bendine göre; “*Geri dönmesinin çocuğu fiziki veya psikolojik bir tehlikeye maruz bırakacağı veya başka bir şekilde, müsamaha edilemeyecek bir duruma düşüreceği yolunda ciddi bir risk olduğu*” tespit edilirse, çocuk geri gönderilmek zorunda değildir⁵⁹⁷. Görüldüğü üzere Lahey Sözleşmesi, çocuğun yüksek menfaatine aykırı bir şekilde uygulamaya meydan vermemektedir. Çocuğun fiziksel şiddete maruz kalacağına düşünülüyor durumlarda –ki çocuğun geldiği ülkede fiziksel şiddete uğramış olması bu ihtimale delalet eder– çocuğu geri gönderme zorunluluğu yoktur⁵⁹⁸. Yine, çocuğun manevi zarar görme tehlikesi de iadenin önünde bir engeldir. Çocuk kaçırıldığı ülkedeki yer ve ortama uyum sağlamışsa, kaçırılmadan önce yaşadığı ülkede manevi bir zarara maruz kalmışsa ya da yer değiştirme öncesi yahut sonrasında, çocuğun bakımı ve gözetiminin ihmal edilme riski varsa iadeden imtina edilmelidir⁵⁹⁹.

Bu bağlamda Mahkeme, *Neulinger and Shuruk* davasında, uluslararası çocuk kaçırma durumlarında, yabancıların sınır dışı edilmesiyle ilgili içtihadın da göz önünde bulundurulması gerektiğini belirtmiştir. Zira ilgili içtihat, çocuğun da

⁵⁹³ Bajrami v. Albania, 35853/04, 12.12.2006, § 68. Bkz.: Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 401.

⁵⁹⁴ Bajrami v. Albania, § 66, 67.

⁵⁹⁵ Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], § 138.

⁵⁹⁶ Neulinger and Shuruk, § 137, 138.

⁵⁹⁷ Köseoğlu, 2007, s. 54.

⁵⁹⁸ Bu durum ilgili iadeyi reddeden taraf devlet tarafından belgelenmelidir. Belgeleme için psikiyatri raporları vs. de gündeme gelebilir. Bkz.: Köseoğlu, 2007, s. 26.

⁵⁹⁹ Köseoğlu, 2007, s. 26, 27.

etkilendiği bir sınır dışı işleminin “orantılılık” testini geçebilmesi için; çocuğun yüksek menfaatlerinin, özellikle gönderildiği ülkede karşılaşılabilecek zorlukların dikkate alınması gerektiğini vurgulamaktadır. Buna ek olarak çocuğun sınır dışı edildiği ve gideceği ülkelerle kurmuş olduğu sosyal, kültürel ve ailevi bağların karşılaştırılması gerekir⁶⁰⁰. Somut olayda, çocuğu sınır dışına kaçıran kişi başvuruçudur. Eğer başvuruçu ülkeye geri dönerse çocuk kaçırma fiilinden dolayı cezai soruşturmaya ve muhtemel hapis cezasına maruz kalacaktır. Bu durumda, diğer ebeveynin çocuğun bakımını üstlenemeyeceği dikkate alındığında, çocuğa bakacak kimse kalmayacaktır⁶⁰¹. İlgili uzman raporları çocuğun tek başına dönmesinin de çocuğun sağlığı üzerinde ciddi sonuçlar doğuracağını ifade etmektedir⁶⁰². Bu sebeplerle, her ne kadar Lahey Sözleşmesine göre çocuğun gönderilmesi gerekiyorsa da, çocuğun sınır dışı edilmesi Sözleşmenin 8. maddesini ihlal eder⁶⁰³.

3.2.2.5. Usulî Boyut: Velayetin Belirlenmesine İlişkin Prosedür

Çocuğun devlet koruması altına alınmasında olduğu gibi, velayet ile ilgili meselelerde de ebeveynlerin karar süreçlerine dahil edilmelerini gerektiren bir usulî yükümlülük bulunmaktadır⁶⁰⁴. *C. v. Finland* davasında, velayetin tahsisine ilişkin kararın, duruşma açılmadan ve babaya kendi çıkarlarını ifade etme olanağı verilmeden, yalnızca çocukların ifadelerine dayanılarak verilmesi, usulî yükümlülüğün ihlali olarak değerlendirilmiştir⁶⁰⁵. *Görgülü* davasında ise Mahkeme, velayet ile ilgili duruşma açıldığını, başvuruçunun her aşamada çıkarlarını ifade etme imkanı bulduğunu, sonuçta çıkan kararın da psikolojik raporlara dayandığını göz önünde bulundurarak usulî yükümlülüğün ihlal edilmediğine karar vermiştir⁶⁰⁶.

Başka bir olayda davaya bakan daire, çocukların görüşleri alınmadan velayetin tahsisine ilişkin karara varılmasını, başvuruçunun usulî süreçlere dahil olma hakkının ihlali olarak değerlendirmiştir⁶⁰⁷. Büyük Daire ise, velayetin tahsisi

⁶⁰⁰ Neulinger and Shuruk, § 146.

⁶⁰¹ Neulinger and Shuruk, § 150.

⁶⁰² Neulinger and Shuruk, § 147.

⁶⁰³ Neulinger and Shuruk, § 151.

⁶⁰⁴ *C. v. Finland*, 18249/02, 09.05.2006, § 56; *Sahin v. Germany*, 30943/96, 08.07.2003; § 68; *Görgülü v. Germany*, § 52.

⁶⁰⁵ *C. v. Finland*, § 58.

⁶⁰⁶ *Gorgulu v. Germany*, § 53.

⁶⁰⁷ *Sahin v. Germany*, 30943/96, 11.10.2001, § 47, 48.

ile ilgili meselelerde yerel mahkemelerin her zaman çocuğu dinlemek zorunda olduklarını söylemenin fazla ileri gitmek olduğunu, olayın özel koşullarına, bu bağlamda çocuğun yaşı ve olgunluğuna göre, durumun değişebileceğini belirtmiştir⁶⁰⁸.

3.2.3. Evlilik Dışı Çocuk ile İlişkiler

Kişisel ilişki kurma hakkı, evlilik dışı birleşme sonucunda doğan çocuklarla kurulan ilişkiler bakımından da geçerlidir. Bu bağlamda, soy bağı ile ilgili yasal ve yargısal sorunların yanında; görüşme hakkı gibi sosyal ve ailevi sorunlar da gündeme gelebilir.

3.2.3.1. Yasal İlişkiler: Soy Bağı

3.2.3.1.1. Soybağının Kurulması

Aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, aile bireyleri arasındaki ilişkinin yasal olarak tanınması hakkını da içermektedir⁶⁰⁹. Mahkeme, anne ile evlilik dışı çocuk arasında soy bağının kurulması bakımından, “*mater semper certa est*”, yani “*anne her zaman bellidir*” ilkesini benimsemektedir⁶¹⁰. Mahkemeye göre, anne ile soy bağının kurulması için doğum yeterli olmalıdır. *Marckx* kararında, anne ile çocuk arasında soy bağı kurulmasının doğuma ek bazı işlemlere bağlanması Sözleşmeye aykırı bulunmuştur⁶¹¹. Mahkemeye göre, bu konuda devletlerin pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır:

“... bu madde bir devleti aile yaşamına sadece müdahale etmeye zorlamakla kalmamaktadır; aile yaşamına ‘saygı’ kavramının içinde bazen pozitif yükümlülükler de bulunabilir. Bu demektir ki, evli olmayan anne ile çocuğu arasındaki ilişkiyi düzenleyen iç hukuk hükümlerinin, bu kişilerin normal bir aile gibi yaşamalarına olanak verecek şekilde, yani çocuğun doğumundan itibaren aileyle bütünleşmesini sağlayacak biçimde düzenlenmesi gerekir. Bu bağlamda, devlet bu amacı gerçekleştirmek için çeşitli araçlar kullanabilir; ancak bu gereği yerine getirmeyen bir yasa

⁶⁰⁸ Sahin v. Germany [GC], 30943/96, 08.07.2003, § 73.

⁶⁰⁹ Heringa ve Zwaak, 2006, s. 695; Verschraegen, 2002, s. 39-40.

⁶¹⁰ Yıldırım, 2004, s. 416. Bu konuda bkz.: Serozan, R. (2005). *Çocuk Hukuku*. İstanbul: Vedat Kitapçılık, s. 165.

⁶¹¹ Marcx v. Belgium, § 36, içinde: Doğru ve Nalbant, 2013, s. 76.

*hükmü, Sözleşmenin 8(2). fıkrasına göre incelemeye geçilmeden, birinci fıkrasını ihlal eder.*⁶¹²

Babanın çocukla kurduğu soy bağı açısından ise, aile hukukunda bir başka ilke genel kabul görmektedir: “*pater est quem nuptiale demonstrant*” yani, “*baba, annenin kocasıdır*”⁶¹³. “Babalık karinesi” olarak da bilinen bu ilke, birçok ülkede uygulanmaktadır. Böyle bir karinenin varlığı, kendiliğinden, Sözleşmenin 8. maddesini ihlal etmez⁶¹⁴. Bununla birlikte, bazı yazarlar 8. maddenin biyolojik babaya bu karinelere karşı koyma imkanı verdiğini belirtmektedirler. Yani, bu yazarlara göre, çocuğun evlilik içinde doğduğu durumlarda geçerli olan ve babayı annenin kocası olarak tescil eden yasal karinenin, dava yoluyla çürütülebilir bir karine olması gerekmektedir. Bu gereklilik 8. maddeden kaynaklanır⁶¹⁵. Ancak bize göre, Sözleşme ya da Mahkeme içtihatları böyle bir genel yükümlülük getirmemektedir.

Mahkemeye göre devletler, çocuğun doğumundan ya da aile bütünlüğünün sağlanmasından hemen sonra, çocuk ile aile bağları kurulup geliştirilmesi ve bu bağların hukuken korunmasını sağlayacak şekilde davranma yükümlülüğü altındadır⁶¹⁶. Bu bağlamda, *Kroon and Others* davasında Mahkeme, biyolojik babanın babalık davası açmasına imkan vermeyen yasal mevzuatın Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir. Olayda, başvurucunun partneri, yani çocuğun annesi yaklaşık 6 yıldır görüşmediği başka bir adamla resmi olarak evlidir ve çocuk doğduktan bir hafta sonra boşanma davası açmıştır⁶¹⁷. Biyolojik baba (başvurucu), resmi makamlardan, çocuğun babası olarak kendisini kaydetmelerini istemiştir. Ancak olay sırasında geçerli hukuka göre, evlilik içinde doğan çocuğun babayla soy bağının ortadan kaldırılması için yalnızca koca ya da -evliliğin sona ermesinden 306 gün sonra- anne dava açabilmektedir⁶¹⁸. Mahkeme, olayın bu özelliklerini göz önünde bulundurmuş ve genel bir ilke olarak; biyolojik ve sosyal gerçekliğin, tarafların isteklerini ve hakikati hiçe sayan yasal karinelere üstün gelmesi gerektiğini belirtmiştir⁶¹⁹. Bu bağlamda; mevcut olayda, karine aksini

⁶¹² Doğru ve Nalbant, 2013, s. 76.

⁶¹³ Serozan, 2005, s. 170.

⁶¹⁴ Harris, O’Boyle, Bates ve Buckley, 2013, s. 381.

⁶¹⁵ Doğru ve Nalbant, 2013, s. 29; Yıldırım, 2004, s. 416.

⁶¹⁶ Johnston and Others v. Ireland, § 55; Keegan v. Ireland, § 50.

⁶¹⁷ Kroon and Others v. The Netherlands, § 7, 8, 9.

⁶¹⁸ Kroon and Others v. The Netherlands, § 37.

⁶¹⁹ Kroon and Others v. The Netherlands, § 40.

gösterse de, başvuru ile çocuk arasında 8. madde anlamında aile hayatı bulunmaktadır. Bu yüzden, söz konusu aile hayatının yasal olarak mümkün olduğunca çabuk tanınmasına izin vermek konusunda davalı devletin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır⁶²⁰. Hükümet bu noktada, çocuğun evlat edinilmesi ya da vesayet altına alınması yollarının yasal bağların kurulması açısından mümkün ve yeterli olduğunu belirtmiştir. Ancak Mahkeme bu yolları etkili hukuki çareler olarak kabul etmemiştir⁶²¹.

Biyolojik babanın, çocuğuyla yeterince ve düzenli ilişki kurmadığı *Yousef* davasında ise Mahkeme, davalı devletin tanıma hakkı vermemesini Sözleşmeye uygun bulmuştur⁶²². Olayda başvuru iki buçuk sene boyunca çocuktan uzak kalmıştır. Çocuğu tekrar görmeye başladıktan sonra ise çocuğun annesi ölmüş ve vasi olarak çocuğun dayısı atanmıştır⁶²³. Mahkeme başvuru ile çocuk arasında yeterli ilişki kurulmadığından, çocuğu yeni ailesinden ayırmanın, çocuğun yüksek menfaatlerine aykırı olacağını belirtmiştir⁶²⁴.

Bu davada, ret kararı verilmişse de, bu kararın ortaya çıkmasında çocuğun yüksek menfaatleri ağır basmıştır. Ancak evlilik dışı babanın çocuğunu tanıması teorik olarak kabul edilmiştir. Yine *Kroon and Others* davasında da babalık karinesine karşı koymanın yasal olarak mümkün olması gerektiği belirtilmiştir. Yani, bu iki davada, evlilik dışı babanın çocukla yasal ilişki kurma hakkının mevcut olduğu kabul ilke olarak kabul edilmektedir.

Öte yandan, *Kroon and Others* davasıyla benzer koşulları taşıyan *Chavdarov* davasında ise tam tersi bir sonuca ulaşılmıştır. Olayda başvuru 13 yıl boyunca başka biriyle evli olan bir kadınla yaşamış ve bu kadından üç çocuğu olmuştur. Çocukların babası olarak ise, annenin kocası kaydedilmiş ve çocuklara bu kişinin soyadı verilmiştir. Daha sonra, başvuru eşiyle ilişki sona ermiş ve başvuru çocuklarla birlikte yaşamına devam etmiştir. Başvuru, çocukları hukuken tanımak için bir avukata danışmış, avukatsa başvuru çocuğunu tanıyabilmesi için hiçbir yasal yol olmadığını belirtmiştir. Bu sebeple başvuru doğrudan AİHM'e müracaat etmiştir⁶²⁵.

⁶²⁰ *Kroon and Others v. The Netherlands*, § 36.

⁶²¹ *Kroon and Others v. The Netherlands*, § 38, 39.

⁶²² Karagözler, 2013, s. 74; Gomien, 2005, s. 84; *Yousef v. The Netherlands*, 33711/96, 05.11.2002, § 69.

⁶²³ *Yousef v. The Netherlands*, § 10-17.

⁶²⁴ *Yousef v. The Netherlands*, § 73.

⁶²⁵ *Chavdarov v. Bulgaria*, 3465/03, 21.12.2010, § 4-9.

Davada Mahkeme; Sözleşmeye taraf 24 ülkenin iç hukukları incelendiğinde, babalık karinesine karşı koyma imkanı verilmesi hakkında bir konsensüs bulunmadığını, dolayısıyla ahlaki, dini ve sosyal yönleri bulunan soy bağı konusunda devletlerin takdir marjından yararlandıklarını belirtmiştir⁶²⁶. Mahkemeye göre, başvuru ile çocukları arasındaki ilişkinin sürdürülmesi açısından bir engel de bulunmamaktadır⁶²⁷. Öte yandan başvuru ve çocuklar arasında yasal bağın bulunmayışı, eğitim ve çocukların bakımı gibi konularda sorunlar ortaya çıkarabilmektedir. Ancak Mahkemeye göre, bu sorunların üstesinden gelmek için iç hukukta yeterli hukuki çareler mevcuttur⁶²⁸. Şöyle ki; başvuru isterse sosyal hizmet kurumlarından çocukların koruyucusu olarak atanmasını talep edebilir⁶²⁹ ya da çocuklarını evlat edinebilir. Evlat edinme için yasal velilerin rızasına gerek yoktur çünkü çocuklar, yasal velileri tarafından terk edilmiştir. Evlat edinme gerçekleştiği takdirde; başvurunun, çocukların babası olarak tescil edilmesi mümkün olacaktır⁶³⁰. Görüldüğü üzere, her ne kadar iç hukukta babalık karinesine karşı koyma imkanı yok ise de, çocuklarla yasal bağların kurulabilmesi için bir takım hukuki yollar mevcuttur. Ancak başvuru bu yolları denememiştir. Mahkeme, başvurunun hareketsizliğinden davalı devleti sorumlu tutamayacağını belirtmiştir. Bu gerekçelerle Sözleşmenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir⁶³¹.

Mahkemenin, yukarıda ayrıntılarıyla belirtilen üç kararından çıkan sonuçlar şunlardır:

- Biyolojik ve sosyal gerçeklik, çocuğun yüksek menfaatleri aksini gerektirmedikçe, hukuki karinelere üstün gelmelidir.
- “Babalık karinesine karşı koyma” hakkı gibi genel ve mutlak bir hak Sözleşmenin 8. maddesinden çıkarılamaz.
- Olayın somut özellikleri değerlendirilerek, biyolojik ve sosyal gerçekliğin yasal karinelere üstün gelmesi ve evlilik dışı baba ile çocuklar arasında yasal bağ kurulabilmesi için başka hukuki çareler bulunup bulunmadığına bakılır.

⁶²⁶ Chavdarov v. Bulgaria, § 47.

⁶²⁷ Chavdarov v. Bulgaria, § 50.

⁶²⁸ Chavdarov v. Bulgaria, § 51.

⁶²⁹ Chavdarov v. Bulgaria, § 52.

⁶³⁰ Chavdarov v. Bulgaria, § 53.

⁶³¹ Chavdarov v. Bulgaria, § 56.

3.2.3.1.2. Soybağının Reddi

Babalık karinesine karşı koyma ile ilgili bazı davalarda ise başvuruçular, babalığın reddini talep eden kişilerdir. Ancak bu davalarda, ilgili çocuk ile - karinenin gösterdiği, mefruz- baba arasında 8. madde anlamında aile hayatı ilişkisi yoktur⁶³². Yine, biyolojik babanın çocuğuyla yeterince yakın kişisel ilişki kuramadığı durumlarda, aile hayatı ilişkisi bulunmamaktadır. Bu sebeple Mahkeme, birçok kararında, olayda aile hayatı bulunmadığı için konuyu özel hayat bağlamında ele almıştır⁶³³. Çünkü babalık ile ilgili durumlar kişinin fiziksel ve sosyal kimliğini de kimliğini de ilgilendirmektedir ve kişinin kimliği, özel hayatı kapsamındadır⁶³⁴.

Örneğin, biyolojik babanın, kızıyla aile hayatı geliştiremediği *Ahrens* davasında Mahkeme, biyolojik babanın çıkarları ile, çocukla resmi ve sosyal ilişkiler geliştiren kocanın (karineye göre baba) çıkarlarını karşılaştırma olanağı bulmuştur. Mahkemeye göre olayda başvuruç (biyolojik baba) ile kızı (*R.*) arasında aile hayatı kurulmamıştır. Çünkü başka bir adamla (*Bay M.*) birlikte yaşamakta olan kızın annesi (*Bayan P.*) ile başvuruç arasında, yalnızca cinsel ilişkiye dayanan ve kalıcı olmayan bir beraberlik söz konusu olmuştur⁶³⁵. *M.*, doğumdan önce, çocuğu hukuken kızı olarak tanımış ve *P.* ile birlikte çocuğun sorumluluğunu üzerine almıştır. Mahkemeye göre *M.*, çocukla resmi ilişkisinin ötesinde bir ilişki kurmuş, sosyal açıdan “baba rolü”nü üstlenmiştir⁶³⁶. Mahkeme, Sözleşmeden ya da Mahkeme içtihatlarından, babalık karinesine karşı koyma olanağı vermek şeklinde bir yükümlülük çıkmadığını belirtmiş ve Avrupa Konseyine üye 26 ülke arasında karşılaştırmalı bir incelemeye gitmiştir. Bu noktada, ülkeler arasında babalık karinesine karşı koyma açısından bir konsensüs bulunmadığını tespit etmiş, dolayısıyla bu konuda davalı devletin takdir alanı bulunduğunu belirtmiştir⁶³⁷.

⁶³² Doğru ve Nalbant, 2013, s. 30. Örneğin bkz.: Mikulić v. Croatia, 53176/99, 07.02.2002, § 53; Phinikaridou v. Cyprus, 23890/02, 20.12.2007, § 45.

⁶³³ Örneğin bkz.: Mikulić v. Croatia, § 53; Phinikaridou v. Cyprus, § 45; Shofman v. Russia, 74826/01, 24.11.2005, § 30; Tavli v. Turkey, 11449/02, 09.11.2006, § 25 (son iki kararda Mahkeme, davanın özel hayat mı yoksa aile hayatı kapsamında mı sınıflandırılması gerektiği sorusunu cevapsız bırakmıştır).

⁶³⁴ Mikulić v. Croatia, § 53. Bkz.: Salihpaşaoğlu, 2013, s. 237 vd.

⁶³⁵ Ahrens v. Germany, 45071/09, 22.03.2012, § 59.

⁶³⁶ Ahrens v. Germany, § 74. Koşulları açısından benzer bir dava için bkz.: Kautzor v. Germany, 23338/09, 22.03.2012.

⁶³⁷ Ahrens v. Germany, § 75.

Tablo: Babalık karinesine karşı koyma imkanı bulunan ülkeler⁶³⁸

Babalık karinesine karşı koyma imkanı bulunan ülkeler	Azerbaycan, Hırvatistan, Kıbrıs, Estonya, Fransa, Gürcistan, İrlanda, İtalya, Litvanya, Moldova, Romanya, Rusya, San Marino, İspanya, Türkiye, Ukrayna, Birleşik Krallık
Babalık karinesine karşı koyma imkanı bulunmayan ülkeler	Ermenistan, Bulgaristan, Macaristan, İzlanda, Letonya, Hollanda, Polonya, Slovakya, İsviçre

Mahkemenin *Ahrens* kararındaki yaklaşımı, sosyal gerçekliğin biyolojik gerçekliğe üstün geldiği anlamına gelebilir. Çocuğun sorumluluğunu paylaşmayan, çocukla sosyal bağlılık geliştirmeyen biyolojik baba Mahkeme tarafından 8. madde korumasına alınmamıştır. Daha önce verilen *Mizzi* davasında da benzeri bir yaklaşım sergilendiği anlaşılmaktadır. Sözleşmenin ihlal edildiğine karar verilen *Mizzi* davasında başvuru, biyolojik olarak değil, yasal açıdan çocuğun babasıdır ve çocuk ile hiç birlikte yaşamamıştır. Dolayısıyla soybağının reddini sağlamak istemektedir ancak başvurucuya imkan verilmemiştir⁶³⁹. Benzer koşullara sahip olan *Tavlı* davasında da başvuru, ilgili çocuğun kendisinden olmadığını kanıtlamak için dava açmış, 1982 yılında Türkiye’de yapılan kan testi sonuçlarına göre baba olduğuna karar verilmiştir. Başvuru 1997 yılında Almanya’da bir test daha yaptırmış ve bu test çocuğun kendisinden olmadığını göstermiştir. Ancak ilgili yerel mahkemeler yeniden yargılama taleplerini reddetmişlerdir⁶⁴⁰. AİHM, bilimsel kanıtlara göre kendisine ait olmayan bir çocuğun babalığını reddetmek için en az bir fırsat verilmesinin başvuranın yasal hakkı olduğu gibi, gerçek babasını öğrenmenin ilgili çocuğun da yararına olduğunu belirtmiştir⁶⁴¹.

⁶³⁸ *Ahrens v. Germany*, § 27, 28. Fransa ve İspanya’da, yasal karinenin baba olarak gösterdiği kişi ile çocuk arasında sosyal ilişki açısından bir aile hayat kurulmuşsa; biyolojik babaya, karineye karşı koyma imkanı verilmemektedir (§ 27).

⁶³⁹ *Ahrens v. Germany*, § 74. Bkz.: *Mizzi v. Malta*, 26111/02, 12.01.2006, § 108 – 111.

⁶⁴⁰ *Tavlı v. Turkey*, 11449/02, 09.11.2006, § 7, 9, 17. Dışişleri Bakanlığı’nın çevirisinden yararlandık. Bkz.: <http://hudoc.echr.coe.int/sites/eng/pages/search.aspx?i=001-125028> (24.10.2014).

⁶⁴¹ *Tavlı v. Turkey*, § 34. T. C. Dışişleri Bakanlığı’nın çevirisinden yararlandık. Benzer bir dava için bkz.: *Ostace v. Romania*, 12547/06, 25.02.2014.

Babalığın reddi için hak düşürücü süre öngörülmesi de Sözleşmeyi ihlal edebilir. *Shofman* davasında, babalık karinesine göre baba olan ve çocuğun biyolojik olarak da kendisinden olduğunu düşünen başvuru, çocuğunun kendisinden olmadığını doğumdan yaklaşık iki sene sonra öğrenmiştir. Yerel makamlar ise iç hukuka göre babalığın reddi için, çocuğun babası olarak kaydedildiğini öğrenmesinden itibaren bir sene içinde dava açması gerektiğini belirtmiş ve davayı reddetmişlerdir⁶⁴². Mahkeme; başvuru, “baba olmayabileceğini keşfetmediği için” babalığın reddi davasını açmaktan men edilmesini Sözleşmeye aykırı bulmuştur⁶⁴³. Dolayısıyla bu karar, hak düşürücü sürenin baba olmama durumunun öğrenildiği tarihten itibaren başlaması gerektiği şeklinde yorumlanabilir. Ancak, bu karardan hareketle, hak düşürücü süre uygulamasının kendiliğinden Sözleşmeye aykırı olduğunu söyleyemeyiz. Mahkemeye göre, çocuğun yüksek menfaatlerinin korunması ve aile ilişkilerinde hukuki kesinliğin sağlanması amaçlarıyla hak düşürücü süre öngörülmesi mümkündür⁶⁴⁴. Zira *Yıldırım* kararında, baba olmadığını çocuğun doğumundan önce bilen başvurucuya, hak düşürücü sürenin (doğumdan itibaren bir yıl) geçmesinden sonra dava açma hakkı verilmemesi Sözleşmeye uygun bulunmuştur. Başvuru babalık karinesinin farkında olmadığını belirtmiş, hukuken baba olarak kaydedildiğini öğrendikten sonra ise dava açmak için bir hak düşürücü süre olduğunu bilmediğini ileri sürmüştür. Bu argümanlar yerel makamlar ve Mahkeme tarafından mazeret olarak kabul edilmemiştir⁶⁴⁵.

3.2.3.1.3. Kişinin Kökenini Bilme Hakkı

Kökenini bilme hakkı, ÇHS'nin 7. maddesinde⁶⁴⁶ de ifade edilen, günümüzde büyük çoğunlukla üzerinde uzlaşılan bir haktır. Ancak bu hak, diğer kişilerin haklarıyla, örneğin, ebeveynin mahremiyet haklarıyla, kamusal menfaatlerle, hatta bazen çocuğun yüksek menfaatleri ile çekişme halinde olabilen bir haktır⁶⁴⁷. Bu sebeple, kişinin kökenini bilme hakkını ya da örneğin ebeveynin

⁶⁴² *Shofman v. Russia*, 74826/01, 24.11.2005, § 14.

⁶⁴³ *Shofman v. Russia*, § 45.

⁶⁴⁴ *Rasmussen v. Denmark*, 21.11.1984, 8777/79, § 41.

⁶⁴⁵ *Yıldırım v. Austria (Admissibility)*, 34308/96, 19.10.1999.

⁶⁴⁶ “Çocuk (...) anne-babasını bilme (...) hakkına sahip olacaktır.” Bkz.: Gemalmaz, 2011b, s. 600.

⁶⁴⁷ Besson, S. (2007). Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 21, s. 138.

mahremiyet haklarını mutlak olarak kabul etmektense, bu hakları adil bir şekilde dengelemek gerekir, Mahkemenin içtihatları da bu yöndedir⁶⁴⁸.

Mahkeme birçok kararında; kişinin, kimliğinin önemli bir yönünü ilgilendiren meselelerde gerçeğe ulaşmasında ve bu konuda herhangi bir belirsizliği gidermesinde önemli bir yararı bulunduğunu belirtmektedir. Bu sebeple, herkes kökenini(*origins*) bilme hakkına sahiptir. Bu hak “özel hayat”⁶⁴⁹ kavramının geniş bir şekilde yorumlanmasından çıkarılmaktadır. Öte yandan kamunun yasal belirlilikteki menfaati ya da ebeveynlerin isimlerinin gizli kalmasını istemekteki menfaatleri göz ardı edilemez⁶⁵⁰. Bu bakımdan menfaatler arasında bir denge olmalıdır.

Odièvre davasında isminin gizli kalmasını isteyen bir biyolojik anne ile annesinin izini süren çocuk arasındaki menfaat çatışması hakkında karar verilmiştir. Mahkemeye göre bu olay, kişinin (bilgiye erişim talep ettiği tarihte 38 yaşında) kökenini bilme hakkı yanında, annenin kimliğini gizleyerek sağlıklı bir doğum yapma hakkını da ilgilendirmektedir⁶⁵¹. Burada genel yararın da hesaba katılması gerektiği söylenebilir. Davalı devlet, annenin kimliğini gizlediği durumlarda kürtaj (özellikle yasa-dışı kürtaj) gibi yollara sapmasını önlemek istemektedir. Bu yüzden, herhangi bir sebeple bebeğini terk etmek zorunda kalan annenin kimliğini gizli tutarak sağlıklı koşullarda doğum yapması, hem bebek hem anne sağlığı açısından önem taşımaktadır⁶⁵². Mahkeme bu bağlamda, Sözleşmecî devletler arasında da uzlaşma olmadığını belirterek, davalı devletin bu konuda geniş bir takdir alanından yararlanması gerektiğini ifade etmiştir⁶⁵³. Somut olayın değerlendirilmesinde Mahkeme, başvurucuya, anne ve babasıyla ilgili bazı bilgilerin verilmiş olmasına önem atfetmiştir. Başvurucu, ebeveynlerinin isimleriyle ilgili değil, bazı fiziksel özellikleriyle (boy, kilo, göz rengi vs.) ilgili bilgi sahibi olmuştur. Mahkemeye göre, böylece, 3. kişilerin ve başvurucunun menfaatleri

⁶⁴⁸ Besson, 2007, s. 139, 140.

⁶⁴⁹ Mahkeme bu davalarda aile ilişkisi bulunmadığından, konuyu “özel hayat” kavramı altında değerlendirmektedir. Bkz.: Mikulić v. Croatia, § 52.

⁶⁵⁰ Örneğin; Mikulić v. Croatia, § 64; *Odièvre v. France*, 42326/98, 13.02.2003, § 42-44; *Roman v. Finland*, 13072/05, 29.01.2013, § 51; *Godelli v. Italy*, 33783/09, 25.09.2012, § 50; *Jäggi v. Switzerland*, 58757/00, 13.07.2006, § 34.

⁶⁵¹ *Odièvre v. France*, § 44.

⁶⁵² *Odièvre v. France*, § 45.

⁶⁵³ *Odièvre v. France*, § 47.

arasında denge kurulmuştur⁶⁵⁴. Buna ek olarak Mahkeme, davalı devlette kişinin kökeni hakkında bilgilere erişim taleplerini inceleyen bağımsız bir mercinin olduğunu ve başvuruçunun bu merciye başvurabileceğini, dolayısıyla davalı devletin ilgili menfaatler arasında ölçülü bir denge gözetmeye yönelik bir mevzuata sahip olduğunu belirtmiştir⁶⁵⁵. Sonuç olarak Odievre davasında ihlal tespit edilmemiştir.

Godelli kararında da isminin gizli tutulmasını isteyen bir anne ile kökeni hakkında bilgi edinmeye çalışan bir çocuğun çıkar çatışması durumu mevcuttur. Ancak bu davada Mahkeme, çocuğun menfaatleri ile ilgili hiçbir dengelemeye gidilmediği için ihlal kararı vermiştir. Odievre kararının aksine, başvuruçunun annesi hakkındaki bilgi talebi tamamen ve mutlak olarak reddedilmiştir⁶⁵⁶. Yine, Odievre kararında görülen Fransız sisteminin aksine, davalı İtalya'nın sisteminde, menfaat dengesini sağlamakla görevli herhangi bir merci bulunmamaktadır⁶⁵⁷. Yani İtalyan sisteminde, çocuğunu terk eden anne ismini gizli tutmuşsa, çocuğun bu kişiye ulaşma imkanı bulunmamaktadır. Mahkeme, annenin menfaatlerine kökenini araştıran kişinin menfaatleri karşısında mutlak bir üstünlük tanıyan bu durumun, Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir⁶⁵⁸.

Babalığın belirlenmesi için DNA testi gerektiği bazı durumlar da kişinin kökenini bilme hakkı bağlamında gündeme gelebilir. *Mikulić* davasında, başvuruçunun biyolojik baba olduğunu iddia ettiği kişi DNA testini reddetmiş, bu sebeple babalık davası sona ermiştir. Mahkemeye göre; ebeveyne, hiçbir yaptırım olmadan, DNA testini reddetme hakkı verildiği durumlarda, babalığın belirlenmesi için başka hukuki çareler yoksa Sözleşmenin 8. maddesi ihlal edilmiş olur. Mahkeme bu davalarda çocuğun yüksek menfaatlerinin dikkate alınması gerektiğini, mevcut koşullarda ebeveyn ile çocuğun menfaatleri arasında makul bir denge kurulmadığını ifade etmiştir⁶⁵⁹. Benzer şekilde, *Jäggi* davasında, ölen bir kişiden DNA örneği alınmasına izin verilmediği için Sözleşmenin ihlal edildiğine karar verilmiştir⁶⁶⁰.

⁶⁵⁴ *Odièvre v. France*, § 48. Ayrıca bkz.: § 12.

⁶⁵⁵ *Odièvre v. France*, § 49.

⁶⁵⁶ *Godelli v. Italy*, § 55.

⁶⁵⁷ *Godelli v. Italy*, § 57.

⁶⁵⁸ *Godelli v. Italy*, § 58.

⁶⁵⁹ *Mikulić v. Croatia*, § 64, 65.

⁶⁶⁰ *Jäggi v. Switzerland*, § 42-44.

3.2.3.2. Sosyal İlişkiler

Mahkeme, evlilik dışı babaların çocuklarla görüşmesi konusunu ilgilendiren birkaç dava incelemiştir⁶⁶¹. *Anayo* ve *Schneider* davalarında; çocukların yüksek menfaatleri düşünülmeden, biyolojik babanın görüşme taleplerinin reddedilmesi Sözleşmeye aykırı bulunmuştur⁶⁶². Söz konusu davalara konu olan olaylarda, başka bir adamla evli olan kadından doğan çocukların biyolojik babası başvuruçulardır. Annenin kocası ise babalığı reddetmemiş, aksine çocuklarla sosyal açıdan aile ilişkisi kurmuştur⁶⁶³. Mahkeme, davalı devletin çocuklarla birlikte yaşayarak bir aile ilişkisi kuran ve çocuğun yasal olarak babası olan kişiye, biyolojik babaya nazaran, öncelik verilmesi amacının farkındadır. Ancak yine de, biyolojik baba ile çocuklar arasında görüşme sağlanmasının, çocukların yararına olup olmadığı değerlendirilmelidir⁶⁶⁴. Bu yapılmadığı için, görüşme hakkı ile ilgili karar süreçlerinde tarafların çıkarları arasında adil bir denge sağlanamamıştır. Dolayısıyla, başvuruçuların 8. maddeden kaynaklanan menfaatleri yeterince korunamamıştır⁶⁶⁵.

Görüldüğü üzere, Mahkeme, biyolojik babanın iddialarını ileri sürdüğü karar süreçlerinin yeterli koruma sağlaması gerektiğine işaret etmektedir. Gerçekten de, *Şahin* kararında başvuruçunun şikayetlerinden biri, görüşme hakkı ile ilgili karar süreçlerine yeterince dahil olamaması idi⁶⁶⁶. Mahkeme, karar süreçlerinin başvuruçunun çıkarlarını yeterince koruyup korumadığını olayın koşullarını da göz önüne alarak değerlendirdiğini belirtmiş ve başvuruçunun; görüşme düzenlemelerine ilişkin her türlü argümanı ileri sürebilir bir konumda olduğunu, her türlü bilgi ve belgeye ulaşmasının da mümkün olduğunu göz önünde bulundurarak, Sözleşmenin bu yönden ihlal edilmediğine karar vermiştir⁶⁶⁷.

Biyolojik babanın çocukla kuracağı ilişkiler, ayrımcılık yasağı açısından da gündeme gelmiştir. Örneğin, yukarıda değinilen *Şahin* davasında Mahkeme, evlilik

⁶⁶¹ Gomien, 2005, s. 84.

⁶⁶² *Anayo v. Germany*, § 69; *Schneider v. Germany*, 17080/07, 15.09.2011, § 95. Benzer bir dava için bkz.: *Görgülü v. Germany*. Davada başvuruçucu evlilik dışı sürekli bir ilişkiden doğan bir çocuğun babasıdır. Ancak çocuğun annesi, doğumdan sonra çocuğu evlatlık olarak vermiştir. Davacı olayı öğrendikten sonra velayet ve görüşme hakkı için dava açmıştır (§10, 17, 27.). Ancak yerel makamlar görüşme taleplerini reddetmiştir. Mahkeme bu durumun Sözleşmeyi ihlal ettiğine karar vermiştir (§ 48).

⁶⁶³ *Anayo v. Germany*, § 8-10; *Schneider v. Germany*, § 11-14

⁶⁶⁴ *Anayo v. Germany*, § 70; *Schneider v. Germany*, § 103.

⁶⁶⁵ *Anayo v. Germany*, § 71; *Schneider v. Germany*, § 104

⁶⁶⁶ *Sahin v. Germany*, 30943/96, 08.07.2003, § 55.

⁶⁶⁷ *Sahin v. Germany*, , § 70, 71.

içi ve evlilik dışı doğum temeline dayanan ayrımcı muamelelerin Sözleşmeye uygun olabilmesi için çok önemli gerekçelerin bulunması gerektiğini belirtmiş, evlilik dışı bir ilişkiden doğan çocuğun babası ile boşanmadan dolayı sonuçlanmış bir evlilikten doğan çocuğun babası arasında, görüşme hakları açısından ayrımcılık yapılmasını Sözleşmeye aykırı bulmuştur⁶⁶⁸. Başvurucu; boşanan babalara kendiliğinden görüşme hakkı verilirken, evlilik dışı babaların bu hakkı elde etmek için annenin rızasını almak ya da dava açmak zorunda kalmasını ayrımcı bir muamele olarak değerlendirmektedir⁶⁶⁹. Benzer koşullardaki *Zaunegger* davasında, bu sefer evlilik dışı babanın velayet hakkı tartışılmıştır. Davalı devletin iç hukukuna göre, evlilik dışı babanın anne ile birlikte velayet hakkı elde edebilmesi için annenin rızası gerekmekte, başka hiçbir koşulda velayet için dava açılmamaktadır⁶⁷⁰. Mahkeme, başvurusunun; doğumdan itibaren 5 yaşına kadar çocukla birlikte yaşadığını ve her zaman çocuğa destek olduğunu göz önünde bulundurmuş ve annenin rızası olmadan velayet hakkına ilişkin dava açamamasını ayrımcılık yasağının ihlali olarak görmüştür⁶⁷¹. *McMichael* davasında ise, evli baba ile evlilik dışı baba arasında ayırım yapılmasının haklı temele dayandığı ifade edilmiştir. İlgili iç hukuka göre, sadece evli babalara velayet hakkı verilirken, evlilik dışı babalar yalnızca dava açmakla bu hakkı kazanabilmektedir⁶⁷². Böylece, sadece çocuğa bağlılığı bulunan ve ilgi gösteren evlilik dışı babanın velayet hakkı kazanabilmesi sağlanmak istenmiştir. Mahkeme bu gerekçenin ayrımcı muameleyi meşrulaştırdığını belirtmiştir⁶⁷³.

3.2.4. Tutuklu ve Mahkumların Aileleriyle Görüşmeleri

Herhangi bir sebeple alıkonulma, doğal olarak, kişinin aile ilişkilerinin sınırlandırılması sonucunu doğurur. Bu sebeple, disiplin ve hapisane hayatının sonucu olan normal sınırlandırmalar 8. maddeyi ihlal etmez⁶⁷⁴. Çünkü bu sınırlandırmalar “müdahale” olarak değerlendirilmeyecek; değerlendirilse bile, 2. fıkra kapsamında meşru kabul edilecektir⁶⁷⁵.

⁶⁶⁸ Sahin v. Germany, § 94.

⁶⁶⁹ Sahin v. Germany, § 86.

⁶⁷⁰ Zaunegger v. Germany, 22028/04, 03.12.2009, § 46.

⁶⁷¹ Zaunegger v. Germany, § 57, 63.

⁶⁷² McMichael v. The United Kingdom, 16424/90, 24.02.1995, § 96

⁶⁷³ McMichael v. The United Kingdom, § 98.

⁶⁷⁴ Heringa ve Zwaak, 2006, s. 715.

⁶⁷⁵ D.G. v. Ireland, 39474/98, 16.05.2002, § 104.

Öte yandan, “demokratik bir toplumda gereklilik” kriterini sağlamayan, yani ulaşılmak istenen amaçla orantılı olmayan ve mahpusun aile ilişkilerini gereğinden fazla sınırlandıran müdahaleler 8. maddeyi ihlal eder⁶⁷⁶. Örnek olarak, *Moiseyev* kararından bahsedilebilir⁶⁷⁷. Olayda, Rusya Federasyonu’na ait gizli bilgileri Güney Kore ajanlarına verdiği için, vatana ihanet suçundan dört yıl altı ay hapis cezasına çarptırılan⁶⁷⁸ başvurucunun, mahkûmiyetin ilk dokuz ayında ailesiyle görüşmesi yasaklanmıştır. Daha sonra ise görüşmeler ayda iki defa bir saat olmak üzere sınırlandırılmıştır. Görüşmeler sırasında; bir gardiyan bulunmakta; ayrıca, fiziksel teması engellemek için, başvurucu cam bir bölmenin içinde tutulmakta ve konuşmalar telefon vasıtasıyla gerçekleştirilmektedir⁶⁷⁹. Mahkeme bu sınırlandırmaları ölçüsüz bulmuştur⁶⁸⁰.

Bununla birlikte, bir mahkûmun organize suç örgütüyle ilişkilerinin önlenmesi amacıyla aile görüşmelerine sınırlandırmalar getirilmesi *Messina (No.2)* kararında Sözleşmeye uygun bulunmuştur⁶⁸¹. Davalı hükümet, ilgili sınırlandırmaların; mahkumun mafyadaki varlığını sürdürmesini ve hapisshaneden bazı önemli suçların işlenmesini sağlamasını engellemeyi amaçladığını ileri sürmüştü ve bu savunmalar Mahkeme tarafından kabul edilmiştir⁶⁸². İlgili davada mahkumun görüşmeleri ayda iki defaya indirilmiş ve görüşmeler, bir gardiyan gözetiminde, mahkum cam bir bölmede olacak şekilde düzenlenmiştir⁶⁸³. Mahkeme, mafyatik ilişkilerde ailelerin oynadığı önemli rolü de göz önünde bulundurarak, ilgili sınırlamaların düzensizliğin ve suçun önlenmesi amacıyla orantılı olduğuna karar vermiştir⁶⁸⁴.

Benzer şekilde *Öcalan (No. 2)* kararında Mahkeme, görüşme hakkına getirilen sınırlamaların, başvurucunun örgütle irtibata geçmesini engellemek amacıyla yapıldığını göz önünde bulundurmıştır. Mahkemeye göre hükümet, başvurucunun önceden lideri olduğu ayrılıkçı silahlı terör örgütüyle tekrar

⁶⁷⁶ AİHK’nin X. v. The United Kingdom (5712/72, 18.07.1974) kararı.

⁶⁷⁷ Bkz. White ve Ovey, 2010, s. 351.

⁶⁷⁸ *Moiseyev v. Rusia*, 62936/00, 09.10.2008, § 12, 51.

⁶⁷⁹ *Moiseyev v. Rusia*, § 244

⁶⁸⁰ *Moiseyev v. Rusia*, § 255.

⁶⁸¹ Bkz. *Heringa ve Zwaak*, 2006, s. 718-9.

⁶⁸² *Messina (No.2) v. Italy*, 25498/94, 28.09.2000, § 66. Benzer bir karar için bkz.: *Bastone v. Italy (Admissibility)*, 59638/00, 18.01.2005.

⁶⁸³ *Messina (No.2) v. Italy*, § 62.

⁶⁸⁴ *Messina (No.2) v. Italy*, § 66.

bağlantıya geçmesinden endişe duyduğu için gerekli önlemleri almaktadır⁶⁸⁵. Bu bağlamda Mahkeme; cezaevi yetkililerinin, mümkün olduğunca yakın akrabaların ziyaretlerine haftada bir defa ve kişi sınırlaması olmaksızın, izin vermesini vurgulamıştır. Ek olarak CPT'nin önerileri doğrultusunda; başvurunun, akrabalarıyla bir masa etrafında görüşebilmesi sağlanmıştır⁶⁸⁶. Bu düzenlemelerin demokratik toplumda gereklilik esasına aykırı olmadığı belirtilmiş ve 8. maddenin ihlal edilmediğine karar verilmiştir⁶⁸⁷.

Görüldüğü üzere, örgütlü suçlarla ilgili kararlarda, Mahkeme Sözleşmeciler devletlere daha geniş bir takdir alanı tanımaktadır. Dolayısıyla mahpusun görüşme hakları söz konusu olduğunda, suçun niteliği göz önünde bulundurulmuş unsurlardan biridir⁶⁸⁸. Buna ek olarak, bir suçtan dolayı hapiste tutulan kişinin aile hayatı kapsamındaki hakları, tutulmanın sebebine göre de değişebilir: Bir mahkûmiyet sebebiyle hapis cezası çeken kişi, AİHS m. 5'te gösterilen diğer hallerde tutulan kişilere nispetle 8. madde bağlamında daha az koruma görür⁶⁸⁹. Örneğin, (ilgili mahkemenin psikolojik muayeneye gitmesi emrine uymadığı için) zorlama hapsi sebebiyle tutulan başvurunun ailesiyle görüşmelerinin ayda bir defa olarak sınırlandırılması Sözleşmeye aykırı bulunurken⁶⁹⁰, mahkumların kaçmalarından endişe edilerek görüşmelerine çok daha sıkı sınırlandırmanın getirildiği *Lorse and Others* ve *Van der Ven* davalarında Sözleşmeye aykırılık tespit edilmemiştir⁶⁹¹.

Görüşme hakkı ile ilgili Mahkeme önüne gelen konulardan biri de, mahpusların eşleriyle cinsel ilişki kurmalarına izin verilmemesidir. Starsbourg organlarının bu konuya temkinli yaklaştıkları söylenebilir. Komisyon, incelediği kararların çoğunu, kabul edilemez bulmuştur. Mahkeme de, bu yöndeki taleplerin güvenlik riski endişesiyle reddedilmesini Sözleşmeye uygun bulmuştur⁶⁹².

⁶⁸⁵ Öcalan v. Turkey (No.2), 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, 18.03.2014, § 160.

⁶⁸⁶ Öcalan v. Turkey (No.2), § 163.

⁶⁸⁷ Öcalan v. Turkey (No.2), § 164.

⁶⁸⁸ Gajdosava, 2008, s. 86.

⁶⁸⁹ Gomien, 2005, s. 85.

⁶⁹⁰ Nowicka v. Poland, 30218/96, 03.12.2002, § 77.

⁶⁹¹ *Lorse and Others v. The Netherlands*, 52750/99, 04.02.2003, § 85, 86; ve *Van der Ven v. The Netherlands*, 50901/99, 04.02.2003, § 71, 72.

⁶⁹² Livingstone S. (2000). Prisoners' Rights in the Context of the European Convention on Human Rights. *Punishment & Society*. 2(3), s. 318; Jackson, E. (2007). Prisoners, Their Partners and the Right to Family Life. *Child and Family Law Quarterly*. 19(2), s. 243. Bkz.: AİHK'nin E.L.H. and P.B.H. v. The United

Mahkeme, Sözleşmeye taraf devletlerin yarısından çoğunun bu tarz görüşmelere izin vermeye yönelmekte olduğunu gözlemlemesine rağmen, Sözleşmenin böyle bir yükümlülük içermediğini ve bu konuda devletlerin geniş bir takdir alanından yararlandıklarını belirtmiştir⁶⁹³. Örneğin *Ailev* davasında, işlediği cinayet suçundan dolayı ömür boyu hapis cezası çekmekte olan başvurucunun eşiyle cinsel ilişki kurma talebinin reddi Sözleşmeye aykırı bulunmamıştır⁶⁹⁴. Ancak, davalı Litvanya iç hukukunun, mahkûmlara eşleriyle cinsel ilişki kurma hakkı vermesine rağmen, yargılama öncesi uzun süredir tutuklu bulunan başvurucunun bu yöndeki taleplerinin reddedilmesi, 8. madde bağlamında 14. maddenin ihlal edilmesi sonucunu doğurmuştur⁶⁹⁵.

Benzer bir konu; bir mahkumun, eşiyle birlikte, yapay dölleme yoluyla çocuk sahibi olmak istediği *Dickson* kararında Mahkeme önüne gelmiştir. Mahkeme, her ne kadar bu konuda da Sözleşmeci devletlerin geniş bir takdir alanından yararlandıklarını belirtse de, başvurucuların çıkarları gözetilmeden karar verilmesini Sözleşmeye aykırı bulmuştur⁶⁹⁶. Olayda, başvuruculardan biri kasten öldürme suçundan dolayı hapis yatmaktadır ve hapisten çıkabileceği en erken tarih 2009'dur. Bu tarihte ise, eşinin yaşı dolayısıyla çocuk sahibi olmaları imkansızdır. Sonuç olarak çiftin çocuk sahibi olmasının tek çaresi, mahkumun hapis cezası çektiği esnada yapay dölleme yoluna başvurmaktır⁶⁹⁷. Hükümetin yapay dölleme talebini reddetme sebeplerinden biri, doğacak çocuğun uzun yıllar babasız büyümek zorunda olması ve böyle bir durumun çocuğun yüksek menfaatlerine aykırı olmasıdır. Ancak Mahkeme, çocuğun yüksek menfaatleri kavramının, çocuk sahibi olmak isteyen kişileri engelleyecek ölçüye varmaması gerektiğini belirtmiştir⁶⁹⁸. Yani, bu kavramın, henüz doğmamış bir çocuk için uygulanması anlamsızdır⁶⁹⁹.

Yukarıda değinilen kararlarda, alıkonulan kişilerin yakınlarının hapis haneye ziyarete gelmelerinden bahsedilmekteydi. Ancak bazı kararlarda, mahpusların

Kingdom, (32094/96, 32568/96, 22.10.1997) kararı; *Kalashnikov v. Russia* (Admissibility), 47095/99, 18.09.2001.

⁶⁹³ *Dickson v. The United Kingdom*, 44362/04, 04.12.2007, § 81; *Varnas v. Lithuania*, 44362/04, 04.12.2007, § 109.

⁶⁹⁴ *Aliev v. Ukraine*, 41220/98, 29.04.2003, § 11, 15, 188. Bkz.: Gomien, 2005, s. 85.

⁶⁹⁵ *Varnas v. Lithuania*, § 93, 121.

⁶⁹⁶ *Dickson v. The United Kingdom*, § 84, 85.

⁶⁹⁷ *Dickson v. The United Kingdom*, § 12.

⁶⁹⁸ *Dickson v. The United Kingdom*, § 76.

⁶⁹⁹ Jackson, 2007, s. 241, 2.

hapishane yönetiminden, dışarıdaki aile üyelerini ziyaret etmek üzere, izin istemeleri söz konusu olmaktadır. Bu tür durumlar, genellikle bir aile üyesinin ölümü, ağır hastalığı gibi olağan dışı durumlarda söz konusu olmaktadır⁷⁰⁰. Mahkeme, bu konuda devletlerin geniş bir takdir alanından yararlandıklarını ve Sözleşmenin 8. maddesinden, mahpusların yakınlarını ziyarete gitmelerine izin verme gibi bir genel yükümlülük çıkarılamayacağını belirtmiştir. Her ne kadar takdir alanı geniş tutulmuşsa da, bir mahpusun önemli durumlarda ailesini ziyarete gitmesine izin verilmemesi 8. maddeye müdahale teşkil eder. Ancak Mahkeme her konuyu kendi özel koşulları içinde takdir alanı ile dengeleyecektir. Bu bağlamda “demokratik toplumda gereklilik” testi için Mahkeme; yargılama sürecinin hangi safhada olduğu, mahpusun işlediği suçun niteliği, başvuruçunun karakteri, hasta olan yakının durumunun ağırlığı, yakınlığın derecesi, bir güvenlik görevlisinin mahpusa eşlik etme imkânının olup olmadığı gibi hususları göz önünde bulundurur⁷⁰¹.

Örneğin *Ploski* kararında Mahkeme, şiddet içermeyen bir suçtan (hırsızlık) dolayı tutuklu bulunan, yani henüz hüküm giymemiş başvuruçunun, bir ay arayla ölen anne ve babasının cenaze törenlerine katılmasına izin verilmemesi gündeme gelmiştir⁷⁰². Mahkeme, söz konusu iznin verilmemesi sonucunu doğuran zorlayıcı nedenlerin gösterilmemesi ve başvuruçunun bir görevlinin eşliğinde ilgili törene katılıp katılamayacağını değerlendirilmemesi sebebiyle Sözleşmenin ihlal edildiğine karar vermiştir⁷⁰³. Yine, *Feldman* kararında; bir mahpusun, ailesinden birinin cenazesine katılma talebinin ancak zorlayıcı sebeplerin varlığı durumunda reddedilebileceği belirtilmiş ve başvuruçunun içinde bulunduğu koşullar değerlendirilmeden talebin reddi Sözleşmeye aykırı bulunmuştur⁷⁰⁴. Buna rağmen, *Sannino* kararında, kasten öldürme suçundan mahkum olan ve güvenilmez bir karakteri bulunan başvuruçunun, sağlık durumu çok kötü olmayan ve çok yakın bağlarının bulunmadığı dedesini ziyaret etme talebinin reddi Sözleşmeye uygun bulunmuştur⁷⁰⁵. *Schemkamper* kararında da başvuruçunun babasının durumu çok kötü olmadığı ve oğlunu hapishanede ziyaret edebileceği göz önünde

⁷⁰⁰ Gajdošová, 2008, s. 86 (dipnot 262).

⁷⁰¹ Lind v. Russia, 25664/05, 06.12.2007, § 95.

⁷⁰² Płoski v. Poland, 26761/95, 12.11.2002, § 10-20.

⁷⁰³ Płoski v. Poland, § 36, 37.

⁷⁰⁴ Feldman v. Ukraine (No. 2), 42921/09, 12.01.2012, § 35.

⁷⁰⁵ Sannino v. Italy (Admissibility), 72639/01, 03.05.2005.

bulundurularak ziyaret talebinin reddedilmesi Sözleşmeye uygun bulunmuştur⁷⁰⁶. *Lind* kararında ise, kanser hastası olan ve ötenaziye karar veren babasını ölmeden önce son bir defa görmek için izin isteyen başvurucuya izin verilmemesi Sözleşmeye aykırı bulunmuştur⁷⁰⁷. İlgili davada başvurucu Başkanlık idari binasının giriş katını işgal etme eylemine katıldığı için üç yıl hapis cezasına çarptırılan bir mahkumdur⁷⁰⁸ ve başvurucunun babası davalı Rusya devletinin sınırları dışında, Hollanda'dadır⁷⁰⁹. Olayın bu özelliklerine rağmen Mahkeme ihlal kararı vermiştir.

3.2.5. Aile Üyelerinin Cenaze İşlemleri ve Cesedin Teslim Edilmesi

Birinci bölümde belirtildiği üzere, aile üyelerinin cenaze işlemleri ve cesedin teslim edilmesiyle ilgili meseleler “aile hayatı” kapsamında değerlendirilmektedir.

Örneğin *Pannullo and Forte* davasında başvurucular ölen çocuklarının cesetlerinin, otopsi incelemesinden sonra 7 ay boyunca kendilerine teslim edilmemesinden yakınmaktadırlar⁷¹⁰. Otopsi işleminde gerekli dokular alındığı ve cesedin teslim edilmesinin mümkün olduğu yetkili makamlar tarafından bilindiği halde ceset teslim edilmediği için Sözleşmenin ihlal edildiğine karar verilmiştir⁷¹¹.

Benzer bir karar, bir terör eylemine katılan kişilerin cesetlerinin teslim edilmediği *Sabanchiyeva* davasında verilmiştir. Davaya konu olayda, başvurucuların cesetleri teslim alma talepleri ilgili iç hukuk uyarınca yetkili makamlar tarafından reddedilmiş ve söz konusu cesetler yakılarak imha edilmiştir⁷¹². Mahkeme, ölen kişilerin faaliyetlerini değerlendirerek, cenazede çıkabilecek karışıklıkların önlenmesi ya da ölünün eylemlerini destekleyen ya da bu eylemlere karşı çıkan insanların hukuk dışı eylemlerinden kaçınmak amacıyla, böyle durumlarda cenaze işlemleri ya da cesedin teslimiyle ilgili bazı sınırlamaların Sözleşmeye uygun olabileceğini kabul etmiştir⁷¹³. Bununla birlikte, yukarıdaki amaçlar göz önünde bulundurulsa bile, başvurucuların söz konusu cenaze törenlerine katılımının veya en azından ölen kişilere son saygılarını gösterme

⁷⁰⁶ Schemkamper v. France, 75833/01, 18.09.2005, § 35.

⁷⁰⁷ Lind v. Russia, § 96.

⁷⁰⁸ Lind v. Russia, § 9, 40.

⁷⁰⁹ Lind v. Russia, § 97.

⁷¹⁰ Pannullo and Forte v. France, § 22-25.

⁷¹¹ Pannullo and Forte v. France, § 38, 39.

⁷¹² Sabanchiyeva and Others v. Russia, § 26.

⁷¹³ Sabanchiyeva and Others v. Russia, § 141.

fırsatının reddedilmesini haklı gösteren bir sebep bulunmamaktadır⁷¹⁴. Ayrıca, ölen kişilerin yakın akrabaları, ölen aile bireyinin cesedinin gömülmesini organize etme, cenazeye katılma, mezarının yerini öğrenme ve sonradan ziyaret etme olanaklarından tamamen mahrum kalmışlardır. Bu sebeple Mahkeme, başvurucular ile ölüden kalanların bulunduğu yer arasındaki bağlantı daimi olarak kesildiği için, söz konusu tedbirlerin çok ciddi olduğunu ifade etmiştir⁷¹⁵. Sonuç olarak Mahkeme ilgili tedbirlerin kamu güvenliği ve düzensizliğin önlenmesi amacıyla orantılı olmadığı ve takdir alanı sınırlarının aşıldığını belirterek ihlal kararı vermiştir⁷¹⁶. *Sabanchiyeva* davası ile aynı koşullara sahip olan ve Rusya aleyhine yapılan, *Zalov and Khakulova, Arkhestov and Others, Abdulayeva ve Kushtova and Others* başvuruları da 8. maddenin ihlaline ilişkin hükümlerle sonuçlanmıştır⁷¹⁷.

Ölü doğan bir bebeğin ebeveynlere haber verilmeden bilinmeyen bir yere gömüldüğü ve sıradan bir taşıma kamyoneti içinde aceleyle hastaneden taşındığı *Hadri-Vionnet* davasında Mahkeme ilgili işlemlerin yasal temeli olmadığı için ihlal sonucuna ulaşmıştır⁷¹⁸. Bu işlemler “hukuken öngörülme/yasaya uygunluk” kriterini sağlamadığı için, söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı incelemesine geçilmemiştir. Benzer şekilde, ölü doğan bebeğin klinik atık olarak imha edildiği *Maric* davasında da ihlal sonucuna ulaşılmıştır. Başvurucu, bebeğin nereye gömüldüğünü bilmemektedir ve cenaze işlemlerini yapamadığı için aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmektedir⁷¹⁹. Mahkeme, bebeğin cesedinin tıbbi atık olarak imha edilmesi, kanun tarafından öngörülmediği, yani hukuksal dayanaktan yoksun olduğu için 8. maddenin ihlal edildiğine karar verilmiştir. Mahkeme müdahalenin meşru bir amaca yönelip yönelmediğini ya da demokratik toplumda gerekli olup olmadığını incelemeyi gereksiz bulmuştur⁷²⁰.

⁷¹⁴ *Sabanchiyeva and Others v. Russia*, § 143.

⁷¹⁵ *Sabanchiyeva and Others v. Russia*, § 138.

⁷¹⁶ *Sabanchiyeva and Others v. Russia*, § 145, 146.

⁷¹⁷ *Zalov and Khakulova v. Russia*, 7988/09, 16.01.2014, § 84-96; *Arkhestov and Others v. Russia*, 22089/07, 16.01.2014, § 90-102; *Abdulayeva v. Russia*, 38552/05, 16.01.2014, § 36-48; *Kushtova and Others v. Russia*, 21885/07, 16.01.2014, § 41-53.

⁷¹⁸ *Hadri-Vionnet v. Switzerland*, 55525/00, 14.02.2008, § 43 ve 58-60.

⁷¹⁹ *Maric v. Croatia*, 50132/12, 12.06.2014, § 56.

⁷²⁰ *Maric v. Croatia*, § 70, 71.

3.3. AİLE HAYATININ EKONOMİK YÖNÜ: MİRAS PAYLAŞIMINDA AYRIMCILIK

Bu bölümün başında da ifade edildiği üzere, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, yalnızca aile bireyleri arasındaki ilişkilerle sınırlı değildir. Mahkemenin, aile hayatıyla ilgili birçok konuda ilkesel nitelikte olan *Marckx* kararında belirttiği üzere;

*“Aile hayatı sadece sosyal, ahlaki ya da kültürel ilişkileri içermez. (...) Bakım ile ilgili yükümlülüklerde (nafaka) ve çoğu Sözleşmecî devletin iç hukukunda yer alan, mirastan saklı pay alma gibi durumlarda görüldüğü üzere, maddi menfaatleri de içerir”*⁷²¹.

Bu ifadeler Mahkemenin sonraki pek çok kararında tekrar edilmiştir⁷²². Dolayısıyla Mahkemenin birçok davada tekrarladığı bu ifadelerden hareketle hakkın, nafaka ve miras konularını da kapsayan, ekonomik bir boyutu da olduğu, en azından teorik planda, söylenebilir⁷²³.

Öte yandan, Mahkemenin nafaka hakkının 8. madde kapsamında korunduğunu ifade eden bir kararı henüz mevcut değildir. Yalnızca *Iosub Caras* davasında konuya dolaylı olarak değinilmiştir. Bu dava esasen uluslararası çocuk kaçırma konusunu ilgilendirmektedir. Ancak başvuru; nafakanın karara bağlandığı yargısal sürecin, az olan nafaka miktarının ve karara bağlanan nafakanın kızına hiçbir zaman verilmemesinin 1. Ek Protokolün 1. maddesini (P.1/m.1) ihlal ettiğini de ileri sürmüştür⁷²⁴. Mahkeme ise bu iddianın, 8. madde altında incelediği şikâyetle bağlantılı ve bu sebeple kabul edilebilir olduğunu ifade etmiştir⁷²⁵. Ancak P.1/m.1'in ihlal edildiği iddiasına temel oluşturan yargılamaların 8. maddeyle ilgili şikâyetler bağlamında zaten değerlendirildiğini, bu sebeple P.1/m.1'in ihlal edildiği iddiasının incelenmesine gerek olmadığını belirtmiştir⁷²⁶.

Görüldüğü üzere, ne bu davada ne de başka bir davada nafaka hakkının 8. madde kapsamında değerlendirilmesi gerektiği yönünde bir ifade

⁷²¹ *Marckx v. Belgium*, § 52.

⁷²² Örneğin; *Merger and Cros v. France*, 68864/01, 22.12.2004, § 46; *Pla and Puncernau v. Andorra*, 69498/01, 13.07.2004, § 26; *Şerife Yiğit v. Turkey*, 3976/05, 02.11.2010, § 95.

⁷²³ *Arslan Öncü* (2011, s. 275) ve *Karagözler* (2013, s. 114) *Iosub Caras v. Romania* (7198/04, 27.07.2006, § 50-54) davasından hareketle 8. maddenin nafaka ile ilgili davalara uygulanabileceğini belirtmektedirler.

⁷²⁴ *Iosub Caras v. Romania*, 7198/04, 27.07.2006, § 50.

⁷²⁵ *Iosub Caras v. Romania*, § 53.

⁷²⁶ *Iosub Caras v. Romania*, § 54.

bulunmamaktadır. Bu sebeple, nafaka hakkının 8. madde bağlamında korunduğunu söylemek için henüz yeterli veri olmadığını düşünüyoruz.

Mahkemenin miras ile ilgili kararları da bu düşüncemizi desteklemektedir. Mahkemeye göre 8. madde miras hakkını güvence altına almaz, vasiyet yoluyla ya da başka bir şekilde aile üyelerini malvarlığından pay alma şeklinde genel bir yükümlülük yüklemeyiz⁷²⁷. Ancak miras paylaşımında ayrımcılık yapılması 14. maddenin ihlaline yol açabilir.

Böylece, miras paylaşımında eşitsizlik yapılması sebebiyle, 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin ihlal edildiği iddiasının incelendiği bir dizi dava görülmüştür. Öte yandan, miras açısından, mülkiyet hakkının düzenlendiği P.1/m.1 altında gündeme gelen birçok dava da mevcuttur⁷²⁸. Bu sebeple, öncelikle, bu madde ile Sözleşmenin 8. maddesi arasında ayırım yapmak gerekir. Mahkemeye göre, P.1/m.1 kişinin sahip olduğu, yani mülkiyetinde bulundurduğu mallar için geçerlidir. Miras ya da gönüllü ilişkiler yoluyla *mülk edinme* hakkı P.1/m.1 kapsamına girmez⁷²⁹. Dolayısıyla, örneğin *Mazurek* davasında, evlilik dışı çocuğa mirastan nispeten az pay verilmesi; miras açılmış, yani uyuşmazlık konusu mal (diğer mirasçılarla ortak olmak üzere) başvuruçunun mülkiyetine geçmiş olduğu için, 8. madde kapsamında değil, P.1/m.1 kapsamında değerlendirilmiştir⁷³⁰.

Miras paylaşımındaki eşitsizlikler hakkında 8. madde kapsamında incelenen ilk dava *Marckx* davasıdır. Mahkemeye göre, evlilik birliği içinde doğan çocuk ile evlilik dışı çocuk arasında ayırım yapılması; evlilik dışı çocuğun annesinden miras edinmesini kısıtlamakta ve annesi tarafından akrabalarına mirasçı olmasını engellemektedir. Ancak, eşitliğe aykırı olan bu uygulamaların hiçbir objektif ve makul sebebi yoktur. Bu yüzden 8. madde ile birlikte 14. madde ihlal edilmiştir⁷³¹. Benzer şekilde *Camp and Bourimi* davasında, evlilik dışı çocuk babasının ölümünden sonra dünyaya geldiği ve bu sebeple mirastan pay alamadığı için ihlal kararı verilmiştir. Çocuk, doğumdan bir süre sonra babası adına nüfusa geçirilmiş olsa da, bu nüfusa geçirme işlemi geriye etkili kabul edilmemiş ve mirastan pay

⁷²⁷ Karagözler, 2013, s. 113, 114. Bkz.: *Marckx v. Belgium*, §53; *Camp and Bourimi v. the Netherlands*, 28369/95, 03.10.2000, § 35; *Merger and Cros v. France*, § 47.

⁷²⁸ White ve Ovey, 2010, s. 344.

⁷²⁹ *Marckx v. Belgium*, § 50.

⁷³⁰ Karagözler, 2013, s. 113. Bkz.: *Mazurek v. France*, 34406/97, 01.02.2000, § 24.

⁷³¹ *Marckx v. Belgium*, § 59. Mahkemenin benzer şartlarda ihlal verdiği başka bir karar için bkz.: *Vermeire v. Belgium*, 12849/87, 29.11.1991, § 28; *Brauer v. Germany*, 3545/04, 28.05.2009, § 44.

alması mümkün olmamıştır. Bu sebeple aynı durumdaki evlilik içi çocuklara nazaran ayrımcılığa maruz kalmıştır⁷³².

Pla and Puncernau davasında ise Mahkeme bu içtihadını iradi bağışlamaları da kapsayacak şekilde genişletmiştir⁷³³. Vasiyetnamedeki “oğul” (*son*) kelimesinin, yerel makamlar tarafından evlatlık olan çocuğu kapsamayacağı şeklinde yorumlandığı bu davada 14. maddeye aykırılık tespit edilmiştir. Mahkemeye göre, murisin niyeti sadece biyolojik çocuklara vasiyet bırakmak olsaydı bunu açıkça belli ederdi. Bu yönde açık bir ifade yokken, “oğul” kelimesinden yalnızca biyolojik çocuklar anlaşılacağı ve evlatlıkların dışlanması herhangi bir objektif ve makul temele dayanmamaktadır⁷³⁴. Yine ihlal kararı çıkan *Merger and Cros* davası da sağlararası ya da vasiyete bağlı bağışlama konusunu ilgilendirmektedir. Davalı devlette geçerli mevzuat, evlilik dışı çocuğu, evlilik içinde doğmuş olsaydı saklı pay olarak alabileceği miras payının yarısından fazlasından mahrum bırakmaktadır. Bu miktarı aşan bağışlamaları, bağvurucu, ölenin diğer mirasçılara geri vermek zorunda kalacaktır⁷³⁵.

Dini evlilikle birlikte yaşıyan eşlerden birinin ölümü üzerine, hayatta kalan eşin mirasçı statüsüne sahip olamadığı *Şerife Yiğit* davasında ise Sözleşmeye aykırılık tespit edilmemiştir. Bağvuru, kocasının ölümü sebebiyle dul maaşı ve sosyal güvenlik ödemeleri talep etmektedir. Ancak mevzuata göre, yalnızca mirasçı statüsünde olanlar bu ödemeleri talep edebilmektedirler. Mahkeme, eşler arasındaki ilişkinin 8. madde açısından aile hayatı olarak değerlendirildiğini tespit etmiş ve davalı devletin herhangi bir idari ya da cezai müeyyide ile bu aile hayatına müdahale etmediğini belirtmiştir. Ancak Mahkemeye göre, devletlerin dini evliliği tanımak gibi bir pozitif yükümlülüğu yoktur⁷³⁶. Bu sebeple dini evliliğe mirasçılık ya da sosyal güvenlik ödemeleri gibi, yasal sonuçlar bağlanmamış olması 8. maddenin ihlal edilmesi sonucunu doğurmamıştır⁷³⁷.

Sonuç olarak, Mahkeme uygulamasına göre, 8. maddeden miras hakkı şeklinde genel bir yükümlülük çıkartılamayacağı ancak mirasla ilgili ayrımcılık durumlarının 8. madde ile bağlantılı olarak 14. madde kapsamında

⁷³² Camp and Bourimi v. the Netherlands, § 36, 38.

⁷³³ Fabris v. France, 16574/08, 07.02.2013, § 57.

⁷³⁴ Pla and Puncernau v. Andorra, § 58, 61.

⁷³⁵ Merger and Cros v. France, § 49.

⁷³⁶ Şerife Yiğit v. Turkey, § 102. Çeviri: Serkan Cengiz, İzmir Barosu Dergisi, 2013(2), s. 343.

⁷³⁷ Bu davada bir diğer iddia P.1/m.1 ile bağlantılı olarak ayrımcılık yapıldığı yönündeydi. Mahkeme bu iddiayı da reddetmiştir. Bkz.: Şerife Yiğit v. Turkey, § 102.

değerlendirileceği söylenebilir. Henüz yeterli veri olmasa da benzer bir durumun nafaka açısından da geçerli olabileceği düşünülebilir. Yani, Mahkeme nafaka hakkı şeklinde genel bir yükümlülük öngörmese de, bu konu bağlamında ayrımcılık yapılmasının 8 ve 14. maddeleri ihlal ettiği yönünde bir karar alabilir.

SONUÇ

Bu çalışmada Mahkemenin geliştirdiği ilkeler bağlamında aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını ele almaya çalıştık. Dolayısıyla Mahkemenin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ile ilgili içtihatlarında sıklıkla değindiği ilkeler çalışmamız açısından önem kazanmaktadır. Çünkü Mahkeme bu ilkelere, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin kararlarında sıklıkla atıf yapmaktadır. Biz de Mahkemenin benimsemiş olduğu bu ilkeler ışığında aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını incelemenin uygun olduğunu düşündük.

Mahkemenin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına yaklaşımını ortaya koyarken karşımıza çıkan ilk sorun “Mahkemeye göre aile hayatı nedir?” olmaktadır. Çünkü aile hayatına saygı gösterilmesi hakkından bahsederken, doğal olarak, öncelikle “aile hayatı”nın ne olduğunu belirlemek gerekir. Çünkü “aile hayatı” kavramı, Sözleşmeye taraf devletlerin ya da üçüncü kişilerin bu hakka “saygı duyma” yükümlülüğünün doğabilmesi için bir şart niteliğindedir. Bireyler, ancak bir “aile hayatı”nın parçası olmakla bu hakkın sahibi olabilirler ve böylece, başkalarından bu hakka saygı duymalarını talep edebilirler.

Mahkemeye göre “aile hayatı” yalnızca resmi evliliklerle sınırlı olmayan, evlilik dışı, *de facto* ilişkileri de kapsayan bir kavramdır. Bu durum Mahkemenin benimsemiş olduğu “özerk kavramlar doktrini”nin doğal sonucudur. Çünkü Mahkeme, aile kavramını Sözleşmeye taraf devletlerin aile tanımlarıyla ya da resmi evlilik ile sınırlandırmamış, “aile”nin Sözleşmesel anlamını ortaya çıkarmaya çalışmıştır. Mahkemeye göre bireyler arasındaki ilişkinin “aile hayatı” sayılabilmesi için önemli olan, ilişkinin yakın ve gerçek olmasıdır. Böylece Mahkeme, yalnızca resmi ilişkilerin aile hayatı oluşturması düşüncesini reddetmiş ve bunun yerine, aile ilişkilerinin varlığına karar verilmesinde; resmi, biyolojik ve sosyal boyutları içeren bir kriter oluşturmuştur⁷³⁸. Eşlerin birlikte yaşamaları, ilişkinin uzun süreli olması, birlikte çocuk edinmiş olma gibi bağlılığı ve yakınlığı ortaya koyan faktörlerin varlığı durumunda evlilik dışı bir ilişki de “aile hayatı” olarak değerlendirilir.

Bu bağlamda Mahkeme, birçok ilişki tipini “aile hayatı” olarak nitelendirmiştir. Mahkemenin benimsemiş olduğu evrimci yorum anlayışı sonucunda, “aile hayatı” kavramının kapsamı genişlemiştir. Mahkemeye göre

⁷³⁸ Janis, Kay ve Bradly, 2010, s. 385.

Sözleşme “yaşayan bir belge”dir ve Avrupa toplumundaki gelişmeleri takip ederek yorumlanmalıdır. Böylece Mahkeme daha önce aile hayatı olarak kabul etmediği bazı ilişki biçimlerini aile hayatı olarak görmeye başlamıştır. Eşcinsel ilişkiler bu duruma en güzel örnektir. Komisyon ve Mahkemenin eski tarihli kararlarında eşcinsel ilişki aile hayatı kapsamında değerlendirilmezken, 2010 yılında verilen *Schalk and Kopf* kararından sonra bu tür ilişkiler de “aile hayatı” olarak kabul edilmektedir. Öte yandan Mahkemeye göre Sözleşmenin ne 8. maddesi ne de evlenme hakkını düzenleyen 12. maddesi eşcinsel çiftlere “evlenme hakkı” şeklinde bir hak tanımamaktadır.

“Aile hayatı” kavramını ortaya koyduktan sonra şu sorunun çözüme kavuşturulması gerekir: “Aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı hangi menfaatleri korur ve hangi yetkileri verir?” Bu sorun, hakkın kapsamına ve içeriğine ilişkindir.

Mahkeme kararları ve ilgili literatür incelendiğinde, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkından iki tür hak doğduğu görülmektedir: “Birlikte yaşama hakkı” ve birlikte yaşamın mümkün olmadığı durumlarda “kişisel ilişki kurma hakkı”.

Mahkemeye göre birlikte yaşam aile hayatının temel unsurudur. Birlikte yaşama müdahale edilmesi ya da birlikte yaşama “saygı”nın gerçekleştirilmesine yönelik yükümlülüklerin ihmalı, 8. maddenin ihlaline sebep olur. Bu bağlamda incelenmesi gereken konulardan biri, bir ülkede aile hayatı kurmuş olan bireyin sınır dışı edilerek ailesinden koparılmasıdır. Mahkemenin yerleşmiş içtihatlarına göre bu durumda aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı ihlal edilebilir.

Aile üyelerinden birinin sınır dışı edilmesine ilişkin davaların çoğu, bir suç işlendikten sonra yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkindir. Sözleşmeye taraf devletler kamu düzeninin sağlanması amacıyla suç işleyen yabancıları sınır dışı edebilmektedir. Ancak sınır dışı işlemi birlikte yaşamayı imkansız hale getirdiğinden aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale niteliği taşımaktadır. Bu sebeple kamu düzeni ile aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı arasında bir menfaat çatışması olduğu söylenebilir ve bu menfaatlerin dengelenmesi gerekmektedir.

Mahkeme bu tür konularda olayın kendine özgü koşullarını değerlendirerek sonuca varmaktadır. Böylece, zaman içinde, sınır dışı davalarında göz önünde bulundurulması gereken unsurlara ilişkin kriterler oluşmuştur. Mahkeme bu kriterleri *Boultif* davasında bir araya getirmiştir. Bu sebeple bu kriterlere doktrinde “*Boultif Kriterleri*” denmektedir. Sınır dışı edilerek ailesinden koparılan

başvurucunun aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının ihlal edilip edilmediğini ortaya koyarken Mahkemenin yararlandığı *Boultif Kriterleri* şunlardır:

- işlenen suçun niteliği ve ağırlığı;
- kişinin ihraç edildiği ülkede ne kadar süreyle kaldığı;
- suçun işlenmesinden sonra geçen zaman ve bu süre zarfında kişinin davranışları;
- ilgili kişinin vatandaşlığı; ilgili kişinin aile durumu, örneğin evliliğin süresi;
- çiftin gerçek ve hakiki bir aile ilişkisi yaşayıp yaşamadıklarını ortaya koyan diğer faktörler;
- aile ilişkisi başladığında, diğer eşin suçtan haberi olup olmadığı;
- ilgili kişinin çocuğu olup olmadığı ve varsa yaşı⁷³⁹.

Bu kriterlere ek olarak, çocuğun yüksek menfaatleri ilkesinden bahsetmek gerekir. Mahkemeye göre bu tür davalarda, çocuğun etkilendiği durumlarda, onun menfaatleri hesaba katılarak bir sonuca varılması gerekmektedir.

Boultif kriterlerinde görüldüğü üzere, sınır dışı davasına ilişkin kriterlerden biri, sınırdışı edilen kişinin işlediği “suçun niteliği ve ağırlığı”dır. Bu bağlamda, uyuşturucu ile ilgili suçlarda, sınır dışı işleminin Sözleşme ihlali olarak değerlendirilmediği birçok dava bulunmaktadır. Bu sebeple, bu tür suçlarda Mahkemenin Sözleşmeciler devletlerin takdir alanlarını geniş tuttuğu ve kamu düzenine, diğer suçlara nispeten daha fazla ağırlık verdiği söylenebilir.

Birlikte yaşama hakkı kapsamında incelenmesi gereken diğer konu ise, aile üyeleri ile birleşmek amacıyla bir ülkeye girmek isteyen bir yabancının bu yöndeki taleplerinin reddidir. Mahkeme bu davaları “pozitif yükümlülükler doktrini” ışığında ele almaktadır. Buna göre; aile hayatının, kişinin vatandaşı olduğu ülkede sürdürülmesi önünde ciddi ve zorlayıcı engeller bulunuyorsa, bu kişinin ülkeye kabul edilmesi yönünde bir pozitif yükümlülük bulunmaktadır. Ailesiyle bir araya gelmeye çalışan kişinin çocuk olduğu durumlarda, çocuğun yüksek menfaatleri ilkesi de dikkate alınmaktadır. Bu bağlamda Mahkemeye göre, çocuk açısından aile hayatının sürdürülmesi için en uygun yer neresi ise aile hayatı orada sürdürülmelidir. Bu sebeple, ailesiyle birleşmek üzere bir ülkeye girmeye çalışan çocuğun kabul edilmesi gerektiği yönünde bir pozitif yükümlülük olduğu söylenebilir.

⁷³⁹ Boultif v. Switzerland, § 48.

Birlikte yaşama aile hayatının temel unsuru olsa da, aile hayatı birlikte yaşamın mümkün olmadığı durumlarda da devam edebilmektedir. Bu bağlamda “kişisel ilişki kurma hakkı”ndan bahsetmek gerekir.

Devlet koruması altına alınan çocukların aileleriyle kuracakları ilişkiler bu kapsamda incelenmiştir. Mahkemeye göre, çocuğun yüksek menfaatleri gerektirdiği takdirde çocuklar devlet koruması altına alınabilir. Çocuğun devlet koruması altına alınmasına karar verilmesi konusunda, olaya en yakın konumda bulunan makamlar yerel makamlar olduğundan, Sözleşmeye taraf devletlerin geniş bir takdir alanı bulunmaktadır. Öte yandan devlet koruması altına alınan çocuk ile ebeveynleri arasındaki ilişkinin de göz önünde bulundurulması gerekir. Bu noktada, çocuğun yüksek menfaatleri ile ebeveyn hakları arasında bir denge kurulmak zorundadır. Ebeveyn-çocuk ilişkilerinin ileride tekrar kurulacak olan aile birliğini sağlamak amacı göz önünde bulundurularak ayarlanması gerekmektedir. Yine Mahkemeye göre, çocuğun devlet koruması altına alınması ile ilgili yargısal ve idari süreçlere ebeveynin katılabilmesi şeklinde bir usuli yükümlülük bulunmaktadır. Bu, pozitif yükümlülükler doktrininin bir yansımasıdır.

Kişisel ilişki kurma kapsamındaki diğer bir konu velayet ve boşanma sonrası çocukla ilişkiler konusudur. Velayetin ebeveynlerden birine verilmesi konusunda geniş bir takdir alanı bulunmakta ise de, velayet kendisine verilmeyen ebeveynin çocukla kuracağı ilişkiler konusunda takdir alanı daralmaktadır. Yerel mahkemelerce karara bağlanan görüşme hakkının etkin bir şekilde uygulanması konusunda devletlerin pozitif yükümlülüğü bulunmaktadır. Bu bağlamda, uluslararası çocuk kaçırma davaları göze çarpmaktadır. Mahkemeye, çocuğun ülke dışına kaçırıldığı durumlarda “*Uluslararası Çocuk Kaçırmanın Hukuki Veçhelerine Dair Lahey Sözleşmesi*”ni dikkate almaktadır. Lahey Sözleşmesine taraf devletler görüşme hakkının yerine getirilmesi için gereğini yapmakla yükümlüdür. Ancak yüksek menfaatlerine aykırı olacak şekilde çocuğun geri verilmesi, hem Lahey Sözleşmesi hem de AİHS’ye aykırı olacaktır.

Evlilik dışında doğan çocukla kurulacak ilişkiler de kişisel ilişki kurma kapsamında değerlendirilmiştir. Burada özellikle çocuğun babasının (biyolojik baba) durumu ön plana çıkmaktadır. Anne ile kurulan soybağı, doğum olgusuna dayanmakta iken, baba ile kurulan soy bağı ya babalık karinesine ya da evlilik dışında doğan babanın çocuğu tanımasına bağlıdır. Bu sebeple bazı durumlarda babalık karinesi sosyal ve biyolojik olgulara ters düşebilmektedir. Mahkemeye göre

bu durumlarda biyolojik babanın babalık karinesine karşı koyabilmesi için bazı hukuki çareler mevcut olmalıdır. Ancak Mahkeme, çocuğun sorumluluğunu paylaşmayan, çocukla sosyal bağlılık geliştirmeyen biyolojik baba söz konusu olduğunda, karineye karşı koyma imkanının bulunmasına rağbet etmemektedir.

Tutuklu ve mahkumların aile üyeleriyle görüşmeleri açısından da kişisel ilişki kurma hakkı gündeme gelebilir. Bu konuda örgütlü suçlar konusu ön plana çıkmaktadır. Örgütlü bir suçtan dolayı hapis cezası alan mahkumun görüşme hakkına getirilen sınırlamalar konusunda Sözleşmeciler devletlerin takdir alanı geniştir. Yine tutulmanın gerekçesi de görüşme hakkı bakımından önemlidir. Bir mahkûmiyet sebebiyle hapis cezası çeken kişi, AİHS m. 5'te gösterilen diğer hallerde göre tutulan kişilere nispetle 8. madde bağlamında daha az koruma görür⁷⁴⁰.

Mahkeme içtihatlarında yaptığımız araştırmada, ölümden sonra cesedin teslim edilmesi ya da cenaze işlemleri ile ilgili konularla ilgili birçok dava göze çarpmıştır. Bu sebeple bu davaların da aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı kapsamında ele alınması zorunluluğu ortaya çıkmıştır. Bizim sistematiğimiz açısından bu içtihatların değerlendirilebileceği en uygun yer, kişisel ilişki kurma hakkı başlığı idi. Ölen aile bireyinin cesedinin teslimi ya da cenaze işlemlerinin yerine getirilmesi bir nevi manevi ilişki olarak değerlendirilebilir. Bu bağlamda, cesedin gereğinden fazla geç teslim edilmesi ya da hiç teslim edilmeyerek imha edilmesi sebebiyle; ölen kişilerin yakın akrabaları, ölen aile bireyinin cesedinin gömülmesini organize etme, cenazeye katılma, mezarının yerini öğrenme ve mezarı sonradan ziyaret etme gibi olanaklardan tamamen ya da kısmen mahrum kalabilirler ve bu durum 8. maddenin ihlaline yol açabilir.

Aile hayatına saygı gösterilmesi hakkıyla ilgili bazı kararlar ise hakkın ekonomik bir yönü olabileceğini ortaya koymaktadır. Miras paylaşımı ile ilgili bazı davalarda Mahkeme, 8. madde ile bağlantılı olarak 14. maddenin, yani ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir. Özellikle evlilik dışı çocuk ve evlilik içinde doğan çocuk arasında ayrımcı bir uygulamaya gidilmesi Sözleşmenin ihlali sonucunu doğurmaktadır. Öte yandan, miras veya nafaka gibi konuların doğrudan 8. madde altında değerlendirildiği bir dava henüz bulunmamaktadır.

⁷⁴⁰ Gomien, 2005, s. 85.

Mahkemenin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin genel yaklaşımı yukarıdaki gibidir. Mahkemenin değerlendirmelerinde hukuki gerçeklikten çok sosyal gerçekliğe önem verdiği sonucuna ulaşmak mümkündür. “Aile hayatı” kavramının belirlenmesinde ya da evlilik dışı biyolojik babanın çocukla ilişkilerinin düzenlenmesinde bu açıkça görülmektedir.

Yine, ocuğun etkilendiği olaylarda “ocuğun yüksek menfaatleri” ilkesinin belirleyici önemde bir etkisi olduğu görülmektedir. Gerek birlikte yaşama hakkına ilişkin sınır dışı ve ülkeye kabul davalarında, gerekse kişisel ilişki kurma hakkına ilişkin devlet koruması altına alma, velayet, boşanma sonrası ilişkiler gibi konularda çocuğun yüksek menfaatleri ilkesi büyük önem taşımaktadır.

Takdir alanı, pozitif yükümlülükler, özerk kavramlar doktrinleri ve evrimci yorum anlayışının kararlara etkisi ve önemi de Mahkemenin yaklaşımında göze çarpmaktadır. Mahkemenin bazı konulardaki içtihatlarının toplumdaki gelişmelere endeksli olarak değişmesi evrimci yorum anlayışının; devlet koruması ya da velayet ile ilgili meselelerde ebeveynlerin ilgili idari ya da yargısal süreçlere katılmaları gerektiği yönündeki usuli yükümlülükler, pozitif yükümlülükler doktrinin etkisine örnek olarak gterilebilir. Yine, hakkın sınırlandırılmasına ilişkin konularda takdir alanı doktrininin rol oynadığı görülmektedir. Sonuç olarak, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ilişkin Mahkeme içtihatlarının, tezimizin birinci bölümünde gösterdiğimiz ilkeler ışığında şekillendiğini söylemek mümkündür.

KAYNAKLAR

KİTAP VE MAKALELER

- Akandji-Kombe, Jean-François. (2008). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Pozitif Yükümlülükler (Birinci Baskı)*. Belçika: Avrupa Konseyi Yayınları.
- Akın, İlhan. (1987). *Kamu Hukuku (Beşinci Bası)*. İstanbul: Beta.
- Algan, Bülent. (2007). *Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Hakların Korunması*. Ankara: Seçkin.
- Alston, Philip. (1994). The Best Interests Principle: Towards a Reconciliation of Culture and Human Rights. *International Journal of Law and the Family*, 8(1), s. 1-25.
- Anayurt, Ömer. (2004). *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*. Ankara: Seçkin.
- Arai-Takahashi, Yutaka. (2001). *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Antwerpen – Oxford – New York: Intersentia Publishers.
- Arslan Öncü, Gülay. (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı Özel Yaşamın Korunması Hakkı*. İstanbul: Beta.
- Atak, Songül. (2007). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Kararlarında Yabancıların Aile Yaşamı Hakkı. *Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11(1-2), s. 105-127.
- Atakan, Arda. (2010). Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Takdir Yetkisi Doktrinine İlişkin Bir İnceleme. *Marmara Üniversitesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 16(3-4), s. 29-36.
- Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi. (2013). *Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi Çocuk Dostu Adaletle İlişkin Rehber*. Avrupa Konseyi: Council of Europe Publishing.

- Bahçeci, Barış. (2007). Özel Hayata Saygı Hakkı Alanında Devletin Pozitif Edim Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ile Anayasa Mahkemesi İçtihatları. *Erdoğan Teziç'e Armağan*. İstanbul: Beta.
- Besson, Samantha. (2007). Enforcing the Child's Right to Know Her Origins: Contrasting Approaches under the Convention on the Rights of the Child and the European Convention on Human Rights. *International Journal of Law, Policy and the Family*, 21, s. 137-159.
- Boyar, Oya. (2013). Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki. İçinde: Sibel İnceoğlu (Editör), *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa* (Üçüncü Baskı). İstanbul: Beta.
- Carens, Joseph H. (2003). Who Should Get in? The Ethics of Immigration Admissions. *Ethics and International Affairs*. 17(1), s. 95-110.
- Chapman, Samuel. (2001). *Polygamy, Bigamy and Human Rights Law*, United States of America: Xlibris.
- Christoffersen, Jonas. (2009). *Fair Balance: Proportionality, Subsidiarity and Primarity in the European Convention on Human Rights*. The Netherlands: Martinus Nijhoff Publishers.
- Clayton, Gina. (2008). *Textbook on Immigration and Asylum Law (Third Edition)*. United Kingdom: Oxford University Press.
- Connelly, A.M. (1986). Problems of Interpretation of Article 8 of the European Convention on Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, 35(3), s. 567-593.
- Çağırın, Mehmet Emin. (2011). *Uluslararası Alanda İnsan Hakları (İkinci Baskı)*. Ankara: Barış Kitap.
- Dinç Güney. (2006). *Sorularla Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (Birinci Baskı)*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- Doğan, İlyas. (2013). *İnsan Hakları Hukuku Ders Kitabı*, Ankara: Astana.

- Doğru, Osman ve Nalbant, Atilla. (2013). *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Açıklama ve Önemli Kararlar Cilt II (İkinci Baskı)*. İstanbul: Legal.
- Eekelaar, John. (1992). Importance of Thinking That Children Have Rights. *International Journal of Law and the Family*, 6(1), s. 221-235.
- Erten, Seda. (2009). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi Bağlamında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması* (Danışman: Fatih Selami). Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, İstanbul: İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Feldman, David. (1997). Developing Scope of Article 8 of the European Convention on Human Rights. *European Human Rights Law Review*. 1997(3), s. 265-274.
- Freeman, Michael. (2007). Article 3: The Best Interests of the Child. İçinde: A. Alen, J. Vande Lanotte, E. Verhellen, F. Ang, E. Berghmans, M. Verheyde and Bruce Abramson (Editörelere), *Commentary on the United Nations Convention on the Rights of the Child*. Leiden – Boston: Martinus Nijhoff Publishers.
- Gajdošová, Jana. (2008). *Article 8 ECHR and Its Impact on English Law*. Yayınlanmamış Doktora Tezi, University of East Anglia Law School, s. 68, https://ueaeprints.uea.ac.uk/10564/1/Thesis_n069532_ARTICLE_8_ECHR_AND_ITS_IMPACT_ON_ENGLISH_LAW_Jana.Gajdosova.pdf (03.06.2014).
- Gemalmaz, Haydar Burak. (2005). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Çocukun Bedensel Cezaya Karşı Korunması*, İstanbul: Legal.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. (2011a). *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri: I. Cilt Bölgesel Sistemler*. İstanbul: Legal.
- Gemalmaz, Mehmet Semih. (2011b). *Ulusalüstü İnsan Hakları Hukuku Belgeleri: II. Cilt Uluslararası Sistemler*. İstanbul: Legal.
- Gemalmaz, M. S. (2012). *Ulusalüstü İnsan İnsan Hakları Hukukunun Genel Teorisine Giriş Cilt I (8. Bası)*. İstanbul: Legal.

- Gómez-Arostegui, H. Tomas. (2005). Defining Private Life Under the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations. *California Western International Law Journal*, 35(2), s. 153-202.
- Gomien, Donna; Harris, David ve Zwaak, Leo. (1996). *Law and Practice of the ECHR and Social Charter*. Germany: Council of Europe Publishing.
- Gomien, Donna. (2005). *Short Guide to the European Convention on Human Rights*. Council of Europe: Council of Europe Publishing.
- Gözübüyük, Ahmet Şeref ve Gölcüklü, Feyyaz. (2011). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması – Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İnceleme ve Yargılama Yöntemi (Dokuzuncu Bası)*. Ankara: Turhankitabevi.
- Greer, Steven. (1997). *The exceptions to Articles 8 to 11 of the European Convention on Human Rights*. Council of Europe: Council of Europe Publishing.
- Harris, D.J., O'Boyle, M., Bates, E.P. ve Buckley, C. M. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (çev.: M. Bingölcü Kılıcı). Ankara: Avrupa Konseyi Yayınları (Eserin orijinali 2009'da yayımlandı).
- Hart, Betty de. (2009). Love Thy Neighbour: Family Reunification and the Rights of Insiders. *European Journal of Migration and Law*. 11, s. 235–252
- Heringa, A. W. ve Zwaak, L. (2006). The Right to Respect for Privacy. İçinde: Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A. ve Zwaak, L. (Editörler). *Theory and Practise of European Convention on Human Rights (Fourth Edition)*. Antwerpen – Oxford: Intersentia, s.663-751.
- Hodgkin, Rachel ve Newell, Peter. (2007). *Implementation Handbook for the Convention on the Rights of the Child*. Geneva – Switzerland: UNICEF.
- Hutchinson, Michael R. (1999). The Margin of Appreciation Doctrine in the European Court of Human Rights. *International and Comparative Law Quarterly*, 48(3), s. 638-650
- Jackson, Emily. (2007). Prisoners, Their Partners and the Right to Family Life. *Child and Family Law Quarterly*. 19(2), s. 239-246

- Kalabalık, Halil. (2013). *İnsan Hakları Hukuku (Üçüncü Baskı)*. Ankara: Seçkin.
- Kapani, Münci. (1993). *Kamu Hürriyetleri (Yedinci Tıpkı Basım)*. Ankara: Yetkin
- Karagözler, Meriç. (2013). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Aile Hayatına Saygı Hakkı*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi, (Danışman: Oğuz Şimşek). İzmir: Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.
- Kilkelly, Ursula. (2001a). *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı (Birinci Baskı)*. Almanya: Avrupa Konseyi Yayınları.
- Kilkelly, Ursula. (2001b). The Best of Both Worlds for Children's Rights? Interpreting the European Convention on Human Rights in the Light of UN Convention on the Rights of the Child. *Human Rights Quarterly*, 23(2), s. 308-326.
- Kilkelly, Ursula. (2002). Effective Protection of Children's Rights in Family Cases: An International Approach. *Transnational Law and Contemporary Problems*, 12(2), 336-354.
- Kilkelly, Ursula. (2004). Children's Rights: A European Perspective. *Judicial Studies Institute Journal*, 4(2), s. 68-95.
- Kilkelly, Ursula. (2010). Protecting Children's Rights under the ECHR: The Role of Positive Obligations. *Northern Ireland Legal Quarterly*, 61(3), s. 245.
- Koch, Ida Elisabeth. (2005). Dichotomies, Trichotomies or Waves of Duties? *Human Rights Law Review*, 5(1), s. 81-103.
- Köseoğlu, Bilal. (2007). *Uluslararası Çocuk İadesi ve Uluslararası Nafaka Alacakları Davaları (Bilimsel İctihatlar ve Yargı İctihatları)*. Ankara: TBB Yayınları.
- Lagoutte, Stéphanie. (2003). Surrounding and Extending Family Life: The Notion of Family Life in the Case Law of the European Court of Human Rights, *Nordic Journal of Human Rights*. 21(3), s. 292-306.
- Letsas, George. (2004). The Truth in Autonomous Concepts: How to Interpret the ECHR. *European Journal of International Law*, 15(2), s. 279-305.

- Liddy, Jane. (1998). Current Topic: The Concept of Family Life Under The ECHR. *European Human Rights Law Review*, 1998 (1), s. 15-25.
- Livingstone, Stephen. (2000). Prisoners' Rights in the Context of the European Convention on Human Rights. *Punishment & Society*. 2(3), s. 309-324.
- Marguenaud Jean Pierre. (2004). İnsan Hakları Avrupa Mahkemesinin Yorum Yöntemleri. İçinde: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Birinci Baskı)*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları.
- O'Donnel, Thomas A. (1982). The Margin of Appreciation Doctrine: Standards in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights. *Human Rights Quarterly*, 4(4), s. 474-496.
- Pekel, Abdulkadir. (2014). İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak "Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması". *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(2), s. 367-394.
- Puppinc, Gregor. (2013). Abortion and the European Convention on Human Rights. *Irish Journal of Legal Studies*. 3(2), s. 142-193.
- Roagna, Ivanna. (2012). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması* (Birinci Baskı) (çev. A. G. Alkış Schäling). Avrupa Konseyi: Avrupa Konseyi Yayınları (Eserin orijinali 2012'de yayınlandı).
- Salihpaşaoğlu, Yaşar. (2013). Özel Hayatın Kapsamı: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatları Işığında Bir Değerlendirme. *Gazi Üniversitesi Hukuk 'de Fakültesi Dergisi*, 17(3), s. 227-266.
- Sancakdar, Oğuz. (2005). AİHM Kararlarının Türk İdare Hukukuna Etkileri Konusunda Genel Gözlemler. *Amme İdaresi Dergisi*, 38(1), s. 89-112.
- Seyfettinoğlu, Ümit. (2010). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Özel Hayat Kapsamında Haberleşmenin Gizliliği*. Yayınlanmamış Yüksek Lisans Tezi (Danışman: Sabahattin Nal), Hatay: Mustafa Kemal Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü.

- Spijkerboer, Thomas. (2009). Structural Instability: Strasbourg Case Law on Children's Family Reunion. *European Journal of Migration and Law*. 11, s. 271-293.
- Storey, Hugo. (1990). The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg. *International and Comparative Law Quarterly*, 39(2), s. 328-344.
- Tezcan, Durmuş; Erdem, Musatafa Ruhan ve Sancakdar, Oğuz. (2002). *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Işığında Türkiye'de İnsan Hakları Sorunu (Birinci Baskı)*. Ankara: Seçkin.
- Thym, Daniel. (2008). Respect for Private and Family Life under Article 8 ECHR in Immigration Cases: A Human Right to Regularize Illegal Stay? *International & Comparative Law Quarterly*, 57(1), s. 87-112.
- Tümay, Murat. (2008). The "Margin of Appreciation Doctrine" Developed by the Case Law of the European Court of Human Rights. *Ankara Law Review*, 5(2), s. 201-234.
- UNHCR Guidelines on Determining the Best Interests of the Child, 2008, Geneva-Switzerland.
- Üzeltürk, Sultan. (2004). *1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre Özel Hayatın Gizliliği Hakkı*. İstanbul: Beta.
- Van Dijk, Pieter ve Van Hoof G.J.H. (1998). *Theory and Practise of the European Convention on Human Rights*. Hague – the Netherlands: Kluwer Law International.
- Van Dijk, Pieter; Van Hoof, Fried; Van Rijn, Arjen ve Zwaak, Leo. (2006). The System of Restrictions (Revised by Yutaka Arai). İçinde: Van Dijk, P., Van Hoof, F., Van Rijn, A. ve Zwaak, L. (Editörler). *Theory and Practise of European Convention on Human Rights (Fourth Edition)*. Antwerpen – Oxford: Intersentia, s. 333-350.

- Verschraegen, Bea. (2002). *International Encyclopedia for Family and Succession Law – Suppl. 20* (May 2002 – Council of Europe), Editör: W. Pintens. The Netherlands: Kluwer Law International.
- Warbrick, Colin. (1998). The Structure of Article 8. *European Human Rights Law Review*. 1998(1), s. 32-44.
- White, Robin C. A. ve Ovey, Clara. (2010). *Jacops, White and Ovey: The European Convention on Human Rights (Fifth Edition)*. United States: Oxford University Press.
- Yıldırım, Gülşen. (2004). Özel Hayat, Aile Hayatı, Haberleşme ve Mesken: İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesinin 8. maddesinin Genişlemiş Yorumu İle Sağlanan Koruma. İçinde: *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı (Birinci Baskı)*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, s. 427-471.
- Yıldız, Mustafa. (1998). *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargısı (Birinci Baskı)*. İstanbul: Alfa.

İNTERNET KAYNAKLARI

- Committee of Ministers to member States, Recommendation CM/Rec(2012)2 on the participation of children and young people under the age of 18. <http://www.refworld.org/docid/506981802.html> (31.05.2015).
- Council of Europe, Parliamentary Assambly, Recommendation 1504 (2001): Non-expulsion of long-term immigrants. <http://assembly.coe.int/nw/xml/XRef/X2H-Xref-ViewPDF.asp?FileID=16881&lang=en> (18.06.2014).
- Douwe, Korff. *The Standart Approach Under Articles 8-11 ECHR and Article 2 ECHR*. http://ec.europa.eu/justice/news/events/conference_dp_2009/presentations_speeches/KORFF_Douwe_a.pdf (06.03.2015).
- Explanatory Report on Protocol No. 7, <http://conventions.coe.int/Treaty/en/Reports/Html/117.htm> (16.09.2014).
- Susana Almeida, *The Respect For (Private and) Family Life in the case law of ECHR: the protection of new forms of famliy*, s. 9,

[https://www.academia.edu/2269426/The right to respect for private and family life in the case-law of the European Court of Human rights t he pr otection_of_new_forms_of_family](https://www.academia.edu/2269426/The_right_to_respect_for_private_and_family_life_in_the_case-law_of_the_European_Court_of_Human_rights_t he_pr otection_of_new_forms_of_family) (08.05.2014).

- Wikipedia: Recognition of same-sex unions in Europe, http://en.wikipedia.org/wiki/Recognition_of_same-sex_unions_in_Europe (27.05.2015);
- http://aihm.anadolu.edu.tr/ai_hmgoster.asp?id=34 (09.06.2014).
- <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=25> (07.03.2015).
- <http://aihm.anadolu.edu.tr/aihmgoster.asp?id=32> (07.03.2015).
- <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=085&CM=&DF=&CL=ENG> (10.04.2014).
- <http://conventions.coe.int/Treaty/Commun/ChercheSig.asp?NT=117&CM=7&DF=16/09/2014&CL=ENG> (16.09.2014)
- <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2010:083:0389:0403:en:PDF> (04.09. 2014).
- <http://indicators.ohchr.org/> (10.01.2015).
- http://www.echr.coe.int/Documents /Convention_ENG.pdf (26.05.2014).
- <http://www.eskisehirab.gov.tr/userfiles/files/AVRUPA%20B%C4%B0RL%C4%B0%C4%9E%C4%B0%20TEMEL%20HAKLAR%20%C5%9EARTI.pdf> (17.01.2015).
- <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CEDAW.aspx> (04.09.2014).
- <http://www.ohchr.org/EN/ProfessionalInterest/Pages/CRC.aspx> (04.09.2014).
- <http://www.un.org/cyberschoolbus/humanrights/resources/child.asp> (04.09.2014).

MAHKEME KARARLARI

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları:

- A, B and C v. Ireland[GC], 25579/05, 16.12.2010
- A.A. v. The United Kingdom, 8000/08, 20.09.2011
- A.K. and L. v. Croatia, 37956/11, 08.01.2013

- Abdulayeva v. Russia, 38552/05, 16.01.2014
- Abdulaziz, Cabales and Balkandali v. The United Kingdom, 9214/80, 9473/81, 9474/81, 28.05.1985
- Ageyevy v. Russia, 7075/10, 18.04.2013
- Agraw v. Switzerland, 3295/06, 29.07.2010
- Ahmut v. The Netherlands, 21702/93, 28.11.1996
- Ahrens v. Germany, 45071/09, 22.03.2012
- Airey v. Ireland, 6289/73, 09.10.1979
- Aksu v. Turkey, 4149/04, 41029/04, 15.03.2012
- Aliev v. Ukraine, 41220/98, 29.04.2003
- Al-Nashif v. Bulgaria, 50963/99, 20.06.2002
- Amrollahi v. Denmark, 56811/00, 11.07.2002
- Anam v. The United Kingdom(Admissibility), 21783/08, 07.06.2011
- Anayo v. Germany, 20578/07, 21.12.2010
- Arkhestov and Others v. Russia, 22089/07, 16.01.2014
- B. v. France, 43546/02, 22.01.2008
- B. v. Romania (No. 2), 1285/03, 19.02.2013
- B. v. The United Kingdom, 9840/82, 08.07.1987
- Baghli v. France, 34374/97, 30.11.1999
- Bajrami v. Albania, 35853/04, 12.12.2006
- Barthold v. Germany, 8734/79, 25.03.1985,
- Bastone v. Italy (Admissibility), 59638/00, 18.01.2005
- Beldjoudi v. France, 12083/86, 26.03.1992
- Berisha v. Switzerland, 948/12, 30.07.2013
- Berladir and Others v. Russia, 34202/06, 10.07.2012
- Bernh Larsen Holding As and Others v. Norway, 24117/08, 14.03.2013
- Berrehab v. The Netherlands, 10730/84, 21.06.1988
- Blecic v. Croatia, 59532/00, 29.07.2004
- Boso v. Italy (Admissibility), 50490/99, 05.09.2002
- Bouchelkia v. France, 23078/93, 29.01.1997
- Boughanemi v. France, 22070/93, 24.04.1996
- Boujlifa v. France, 122/1996/741/940, 21.10.1997
- Boultif v. Switzerland, 54273/00, 02.08.1990

- Bousarra v. France, 25672/07, 23.09.2010
- Brauer v. Germany, 3545/04, 28.05.2009
- Bronda v. Italy, 22430/93, 09.06.1998
- Buck v. Germany, 41604/98, 28.04.2005
- Butt v. Norway, 47017/09, 04.03.2013
- C. v. Belgium, 21794/93, 07.08.1996
- C. v. Finland, 18249/02, 09.05.2006
- C.G. and Others v. Bulgaria, 1365/07, 24.04.2008
- Camp and Bourimi v. the Netherlands, 28369/95, 03.10.2000
- Carlson v. Switzerland, 49492/06, 06.11.2008
- Catan and Others v. The Republic of Moldova and Russia, 43370/04, 18454/06, 8252/05, 19.10.2012
- Cernecki v. Austria (Admissibility) 31061/96, 11.07.2000
- Chassagnou and Others v. France, 25088/94, 28331/95, 28443/95, 29.04.1999
- Chavdarov v. Bulgaria, 3465/03, 21.12.2010
- Chepelev v. Russia, 58077/00, 26.07.2007
- Chernatǎ and Others v. Romania, 13212/09, 03.07.2012
- Christine Goodwin v. The United Kingdom, 28957/95, 11.07.2002
- Connors v. The United Kingdom, 66746/01, 27.05.2004
- Costello-Roberts v. The United Kingdom, 13134/87, 25.03.1993
- D.G. v. Ireland, 39474/98, 16.05.2002
- D.P. & J.C. v. The United Kingdom, 38719/97, 10.10.2002
- Dadouch v. Malta, 38816/07, 20.07.2010
- Dalia v. France, 26102/95, 19.02.1998
- Darren Omoregie and Others v. Norway, 265/07, 31.07.2008
- Demades v. Turkey, 16219/90, 31.07.2003
- Demir and Baykara v. Turkey, 34503/97, 12.11.2008
- Dickson v. The United Kingdom, 44362/04, 04.12.2007
- Dubská and Krejzová v. The Czech Republic, 28859/11, 28473/12, 11.12.2014
- Dudgeon v. the United Kingdom, 7525/76, 22.10.1981
- Dzhulay v. Ukraine, 24439/06, 03.04.2014

- E.B. v. France, 43546/02, 22.01.2008
- El Boujaïdi v. France, 25613/94, 25.09.1997
- Elli Poluhas Dodsbo v. Sweden, 61564/00, 17.01.2006
- El-Masri v. "The Former Yugoslav Republic of Macedonia", 39630/09, 13.12.2012
- Elsholz v. Germany [GC], 25735/94, 13.07.2000
- Emonet and Others v. Switzerland, 39051/03, 13.12.2007
- Eriksson v. Sweden, 11373/85, 22.06.1989
- Evans v. the United Kingdom, 6339/05, 10.04.2007
- Ezzouhdi c. France, 47160/99, 13.02.2001
- Fabris v. France, 16574/08, 07.02.2013
- Feldman v. Ukraine (No. 2), 42921/09, 12.01.2012
- Ferla v. Poland, 55470/00, 20.05.2008
- Fretté v. France, 36515/97, 26.02.2002
- Funke v. France, 10828/84, 25.02.1993
- Fușcă v. Romania, 34630/07, 13.07.2010
- Gabor Kovacs v. Hungary, 15707/10, 17.01.2012
- Gas and Dubois v. France (Admissibility), 25951/07, 31.08.2010
- Gaskin v. The United Kingdom, 10454/83, 07.07.1989
- Gillan and Quinton v. The United Kingdom, 4158/05, 12.01.2010
- Gillow v. the United Kingdom, 9063/80, 24.11.1986
- Girard v. France, 22590/04, 30.06.2011
- Glas Nadezhda EOOD and Anatoliy Elenkov v. Bulgaria, 14134/02, 11.10.2007
- Glaser v. The United Kingdom, 32346/96, 19.09.2000
- Gluhakovic v. Croatia, 21188/09, 12.04.2011
- Gnahre v. France, 40031/98, 19.09.2000
- Godelli v. Italy, 33783/09, 25.09.2012
- Görgülü v. Germany, 74969/01, 26.02.2004
- Guichard v. France, 56838/00, 02.09.2003
- Gulijev v. Lithuania, 10425/03, 16.12.2008
- Gül v. Switzerland, 23218/94, 19.02.1996
- H. v. The United Kingdom, 9580/81, 08.07.1987

- Haas v. The Netherlands, 36983/97, 14.06.2004
- Haase v. Germany, 11057/02, 08.04.2004
- Hadri-Vionnet v. Switzerland, 55525/00, 14.02.2008
- Hämäläinen v. Finland, 37359/09, 16.07.2014
- Handyside v. The United Kingdom, 5493/72, 07.12.1976
- Hansen v. Turkey, 36141/97, 23.09.2003
- Hasan and Chaush v. Bulgaria, 30985/96, 26.10.2000
- Hatton And Others v. The United Kingdom, 36022/97, 02.10.2001
- Hoffmann v. Austria, 12875/87, 23.06.1993
- Hofmann v. Germany (Admissibility), 1289/09, 23.02.2010
- Hokkanen v. Finland, 19823/92, 23.09.1994
- Hromadka and Hromadkova v. Russia, 22909/10, 11.12.2014
- I.S. v. Germany, 31021/08, 05.06.2014
- Iglesias Gil and A.U.I. v. Spain, 56673/00, 29.04.2003
- Ignaccolo-Zenide v. Romania, 31679/96, 25.01.2000
- Iosub Caras v. Romania, 7198/04, 27.07.2006
- Jaggi v. Switzerland, 58757/00, 22.10.2006
- Johansen v. Norway, 17383/90, 07.08.1996
- Johnston And Others v. Ireland, 9697/82, 18.12.1986
- K. and T. v. Finland, 25702/94, 12.07.2001
- K.A. v. Finland, 27751/95, 14.01.2003
- Kaftailova v. Latvia, 59643/00, 22.06.2006
- Kalashnikov v. Russia (Admissibility), 47095/99, 18.09.2001
- Kanagaratnam v. Belgium, 15297/09, 13.12.2011
- Karner v. Austria, 40016/98, 24.10.2003
- Kautzor v. Germany, 23338/09, 22.03.2012
- Kaya v. Germany, 31753/02, 28.06.2007
- Kearns v. France, 35991/04, 10.01.2008
- Keegan v. Ireland, 16969/90, 26.05.1994
- Khmel v. Russia, 20383/04, 12.12.2013
- Kilyen v. Romania, 44817/04, 25.02.2014
- Kiyutin v. Russia, 2700/10, 10.03.2011
- Klass and Others v. Germany, 5029/71, 06.09.1978

- Kolosovskiy v. Latvia, 50183/99, 29.01.2004
- Konstatinov v. The Netherlands, 16351/03, 24.09.2007
- Kopf And Liberda v. Austria, 1598/06, 17.01.2012
- Kosmopoulou v. Greece, 60457/00, 05.02.2004
- Kotiy v. Ukraine, 28718/09, 05.03.2015
- Kozak v. Poland, 13102/02, 02.03.2010
- Kroon and Others v. The Netherlands, 18535/91, 27.10.1994
- Kushtova and Others v. Russia, 21885/07, 16.01.2014
- Kwakye-NTI and Dufie v. Netherlands, 31519/96, 07.11.2000
- L. v. The Netherlands, 45582/99, 01.06.2004
- Layijov v. Azerbaijan, 22062/07, 10.04.2014
- Lind v. Russia, 25664/05, 06.12.2007
- Liu v. Russia, 42086/05, 06.12.2007
- López Guió v. Slovakia, 10280/12, 03.06.2014
- López Ostra v. Spain, 16798/90, 09.12.1994
- Lorse and Others v. The Netherlands, 52750/99, 04.02.2003
- Lupsa v. Romania, 10337/04, 08.06.2006
- M. P. E. V. and Others v. Switzerland, 3910/13, 08.07.2014
- M.A. v. Austria, 4097/13, 15.01.2015
- M.C. v. Bulgaria, 39272/98, 04.12.2003
- M.P. and Others v. Bulgaria, 22457/08, 15.02.2012
- Maaouia v. France, 39652/98, 05.10.2000
- Maestri v. Italy, 39748/98, 17.02.2004
- Maire v. Portugal, 48206/99, 26.06.2003
- Malofeyeva v. Russia, 36673/04, 30.05.2013
- Marckx v. Belgium, 6833/74, 13.06.1979
- Margareta and Roger Andersson v. Sweden, 12963/87, 25.02.1992
- Marguš v. Croatia, 4455/10, 27.05.2014
- Maric v. Croatia, 50132/12, 12.06.2014
- Maskhadova and Others v. Russia, 18071/05, 06.06.2013
- Maslov v. Austria, 1638/03, 23.06.2008
- Mata Estevez v. Spain (Admissibility), 56501/00, 10.05.2001
- Maumousseau and Washington, 39388/05, 06.12.2007

- Mazurek v. France, 34406/97, 01.02.2000
- McCann and Others v. The United Kingdom, 18984/91, 27.09.1995
- McMichael v. The United Kingdom, 16424/90, 24.02.1995
- Meltex Ltd and Movsesyan v. Armenia, 32283/04, 17.06.2008
- Merger and Cros v. France, 68864/01, 22.12.2004
- Messina v. Italy (No. 2), 25498/94, 28.09.2000
- Michaud v. France, 12323/11, 06.12.2012
- Mikulić v. Croatia, 53176/99, 07.02.2002
- Mizzi v. Malta, 26111/02, 12.01.2006
- Moiseyev v. Russia, 62936/00, 09.10.2008
- Moretti and Benedetti v. Italy, 16318/07, 27.04.2010
- Moser v. Austria, 12643/02, 21.09.2006
- Moustaquim v. Belgium, 12313/86, 18.02.1991
- Mukhitdinov v. Russia, 20999/14, 21.05.2015
- N.F. v. Italy, 37119/97, 02.08.2001
- Nada v. Switzerland [GC], 10593/08, 12.09.2012
- Nasri v. France, 19465/92, 13.07.1995
- Neulinger and Shuruk v. Switzerland [GC], 41615/07, 06.07.2010
- Niemietz v. Germany, 13710/88, 16.12.1992
- Nowicka v. Poland, 30218/96, 03.12.2002
- Nunez v. Norway, 55597/09, 28.06.2011
- Nuutinen v. Finland, 32842/96, 27.06.2000
- Nwosu v. Denmark (Admissibility), 50359/99, 10.07.2001
- Nylund v. Finlande (Admissibility) 27110/95, 29.06.1999
- Odièvre v. France [GC], 42326/98, 13.02.2003
- Oleksandr Volkov v. Ukraine, 21722/11, 09.01.2013
- Olsson v. Sweden (No. 1), 10465/83, 24.03.1988
- Olsson v. Sweden (No. 2) 13441/87, 27.11.1992
- Olsson v. Sweden (No. 2), 13441/87, 27.11.1992
- Omojudi v. the United Kingdom, 1820/08, 24.11.2009
- Ostace v. Romania, 12547/06, 25.02.2014
- Öcalan v. Turkey (No.2), 24069/03, 197/04, 6201/06, 10464/07, 18.03.2014

- P., C. and S. v. the United Kingdom, 56547/00, 16.07.2002
- P.B. and J.S. v. Austria, 18984/02, 22.07.2010
- P.G. and J.H. v. the United Kingdom, 44787/98, 25.09.2001
- P.K. v. Poland, 43123/10, 10.06.2014
- Palanci v. Switzerland, 2607/08, 25.03.2014
- Pannullo and Forte v. France, 37794/97, 30.10.2001
- Pascaud v. France, 19535/08, 16.06.2011
- Penchevi v. Bulgaria, 77818/12, 10.02.2015
- Petri Sallinen and Others v. Finland, 50882/99, 27.09.2005
- Phinikaridou v. Cyprus, 23890/02, 20.12.2007
- Pini and Others v. Romania, 78028/01, 78030/01, 22.06.2004
- Pipoli v. Italy (Admissibility), 27145/95, 30.03.1999
- Pla and Puncernau v. Andorra, 69498/01, 13.07.2004
- Plattform "Ärzte Für Das Leben" v. Austria, 10126/82, 21.06.1988
- Płoski v. Poland, 26761/95, 12.11.2002
- Popov v. France, 39472/07, 39474/07, 19.01.2012
- Powell and Rayner V. The United Kingdom, 9310/81, 21.02.1990
- R. and H. v. The United Kingdom, 35348/06, 31.05.2011
- R. v. The United Kingdom, 10496/83, 08.07.1987
- Ramazanova and Others v. Azerbaijan, 44363/02, 01.02.2007
- Rasmussen v. Denmark, 21.11.1984, 8777/79
- Raw and Others v. France, 10131/11, 07.03.2013
- Rees v. The United Kingdom, 9532/81, 17.10.1986
- Rekvényi v. Hungary, 25390/94, 20.05.1999
- "Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium" v. Belgium (Merits), 1474/62, 1677/62, 1691/62, 1769/63, 1994/63, 2126/64, 23.07.1968
- Roman v. Finland, 13072/05, 29.01.2013
- Rotaru v. Romania, 28341/95, 26.11.2014
- S. and Marper v. The United Kingdom[GC], 30562/04, 30566/04, 04.12.2008
- Sabanchiyeva and Others v. Russia, 38450/05, 06.06.2013
- Sahin v. Germany [GC], 30943/96, 08.07.2003

- Sahin v. Germany, 30943/96, 11.10.2001
- Salduz v. Turkey, 36391/02, 27.11.2008
- Salguero Da Silva Mouta v. Portugal, 33290/96, 21.12.1999
- Samsonnikov v. Estonia, 52178/10, 03.07.2012
- Sannino v. Italy (Admissibility), 72639/01, 03.05.2005
- Schalk and Kopf v. Austria, 30141/04, 24.06.2010
- Schemkamper v. France, 75833/01, 18.09.2005
- Schneider v. Germany, 17080/07, 15.09.2011
- Scozzari and Giunta v. Italy, 39221/98, 41963/98, 13.07.2000
- Sen v. the Netherlands, 31465/96, 21.12.2001
- Shalimov v. Ukraine, 20808/02, 04.03.2010
- Shevanova v. Latvia, 58822/00, 15.06.2006
- Shofman v. Russia, 74826/01, 24.11.2005
- Silver and Others v. The United Kingdom, 5947/72, 25.03.1983
- Slivenko v. Latvia, 48321/99, 09.10.2003
- Sommerfeld v. Germany [GC], 31871/96, 08.07.2003
- Söderbäck v. Sweden, 24484/94, 28.10.1998
- Söderman v. Sweden, 5786/08, 12.11.2013
- Steel and Morris v. The United Kingdom, 68416/01, 15.02.2005
- Stjerna v. Finland, 18131/91, 25.11.1994
- Stoll v. Switzerland [GC], 69698/01, 10.12.2007
- Stubbings and Others v. The United Kingdom, 22083/93, 22095/93, 22.10.1996
- Sunday Times v. The United Kingdom, 6538/74, 26.04.1979
- Şerife Yiğit v. Turkey, 3976/05, 02.11.2010
- T. v. The United Kingdom, 24724/94, 16.12.1999
- Tavli v. Turkey, 11449/02, 09.11.2006
- Tekin v. Turkey (Admissibility), 26252/06, 01.02.2011
- Tereshchenko v. Russia, 33761/05, 05.06.2014
- The United Kingdom [GC], 24876/94, 18.01.2001
- Tiemann v. France and Germany (Admissibility), 47457/99, 47458/99, 27.04.2000
- Titarenko v. Ukraine, 31720/02, 20.09.2012

- Topčić-Rosenberg v. Croatia, 19391/11, 14.11.2013
- Tyrer v. The United Kingdom, 5856/72, 25.04.1978
- Tysiąc v. Poland, 5410/03, 20.03.2007
- Udeh v. Switzerland, 12020/09, 16.04.2013
- Useionov v. The Netherlands (Admissibility), 61292/00, 11.05.2006
- Ünner v. The Netherlands, 46410/99, 05.07.2005
- Ünner v. The Netherlands [GC], 46410/99, 18.10.2006
- Vallianatos and Others v. Greece, 29381/09, 32684/09, 07.11.2013
- Van Der Heijden v. The Netherlands, 42857/05, 03.04.2012
- Van der Ven v. The Netherlands, 50901/99, 04.02.2003
- Varnas v. Lithuania, 44362/04, 04.12.2007
- Vasquez v. Switzerland, 1785/08, 26.11.2013
- Venema v. the Netherlands, 35731/97, 17.12.2002
- Vermeire v. Belgium, 12849/87, 29.11.1991
- Vlasov v. Russia, 78146/01, 12.06.2008
- Vojnity v. Hungary, 29617/07, 12.02.2013
- Von Hannover v. Germany (No. 2), 40660/08, 60641/08, 07.02.2012
- W. v. The United Kingdom, 9749/82, 08.07.1987
- Wieser and Bicos Beteiligungen Gmbh v. Austria, 74336/01, 16.10.2007
- X and Others v. Austria, 19010/07, 19.02.2013
- X and Y v. the Netherlands, 8978/80, 26.03.1985
- X v. Latvia, 27853/09, 26.11.2013
- X, Y and Z v. The United Kingdom, 21830/93, 22.04.1997
- X. , Y. and Z. v. The United Kingdom, 21830/93, 22.04.1997
- Y.C. v. The United Kingdom, 4547/10, 13.03.2012
- Yıldırım v. Austria (Admissibility), 34308/96, 19.10.1999
- Yıldırım v. Turkey (Admissibility), 25327/02, 11.09.2007
- Yousef v. The Netherlands, 33711/96, 05.11.2002
- Z.J. v. Lithuania, 60092/12, 29.04.2014
- Z.M. and K.P. v. Slovakia, 50232/99, 17.05.2005
- Zalov and Khakulova v. Russia, 7988/09, 16.01.2014
- Zaunegger v. Germany, 22028/04, 03.12.2009
- Znamenskaya v. Russia, 77785/01, 02.06.2005

Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları:

- AİHK Raporu, Brüggemann and Scheuten v. Germany, 6959/75, 12.07.1977
- H v. Norway, 17004/90, 19.05.1992
- Agee v. The United Kingdom, 7729/76, 17.12.1976
- Bibi v. The United Kingdom, 19628/92, 29.06.1992
- Boyle v. The United Kingdom, 16580/90, 09.02.1993
- E.A. and A.A v. the Netherland, 14501/89, 06.01.1992
- E.L.H. and P.B.H. v. The United Kingdom, 32094/96, 32568/96, 22.10.1997
- F.P. v. The United Kingdom, 20118/92, 12.10.1992
- Hendriks v. The Netherlands, 8427/78, 08.03.1982
- J.R.M. v. The Netherlands, 16944/90, 08.02.1993
- Keegan v. Ireland, 16969/90, 17.02.1993
- Lamrabeti v. The Netherlands, 24968/94, 18.05.1995
- M. and O.M. v. The Netherlands, 12139/86, 05.10.1987
- M.B. v. The United Kingdom, 22920/93, 06.04.1994
- Malchin v. Germany, 21548/93, 11.01.1994
- Patel v. The United Kingdom, 24723/94, 04.09.1996
- Purtonen v. Finland, 32700/96, 09.09.1998
- Rösli v. Germany, 28318/95, 15.05.1996
- S. and S. v. The United Kingdom, 10375/ 83, 10.12.1984
- S. v. The United Kingdom, 11716/85, 14.05.1986
- Tanko v. Finland, 23634/94, 19.05.1994
- V. v. Malta, 18280/91, 09.04.1992
- Wakefield v. The United Kingdom, 15817/89, 01.10.1990
- X and Y v. The United Kingdom, 9369/81, 03.05.1983
- X v. Sweden, 7911/77, 12.12.1977
- X v. Sweden, 8075/77, 04.05.1979
- X. and Y. v. The United Kingdom, 7229/75, 15.12.1977
- X. v. Switzerland, 8257/78, 10.07.1978
- X. v. The United Kingdom, 5301/71, 03.10.1972

- X. v. The United Kingdom, 5712/72, 18.07.1974
- X. v. The United Kingdom, 7626/76, 11.07.1977
- Yavuz v. Austria, 25050/94, 16.01.1996
- S. v. The United Kingdom, 19788/92, 06.07.1992

Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Komitesi Kararları:

- Committee on the Rights of the Child, General comment No. 13 (2011) on the right to protection from all forms of violence, CRC/C/GC/13
- Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 14 (2013) on the right of the child to have his or her best interests taken as a primary consideration (art. 3, para. 1), CRC/C/GC/2013/14
- Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 6 (2005) on treatment of unaccompanied and separated children outside their country of origin, CRC/C/GC/2005/6
- Committee on the Rights of the Child, General Comment No. 8 (2006) on the right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia), CRC/C/GC/8
- Committee on the Rights of the Child, General comment no. 8 (2006) on the right of the child to protection from corporal punishment and other cruel or degrading forms of punishment (arts. 19; 28, para. 2; and 37, inter alia) CRC/C/GC/2006/08

ÖZGEÇMİŞ

Kişisel Bilgiler

Soyadı, adı : PEKEL, Abdulkadir
Uyruğu : T. C.
Doğum tarihi ve yeri : 26.08.1990 Denizli
Telefon : 0090 544 208 85 75
e-mail : abdulcadirpekel@gmail.com

Eğitim

Derece	Eğitim Birimi	Mezuniyet tarihi
Yüksek lisans	Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü	2015
Lisans	Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi	2012
Lise	Denizli Acıpayam Anadolu Lisesi	2008

Yabancı Dil

İngilizce

İş Deneyimi

- Araştırma Görevlisi: Kütahya Dumlupınar Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Kamu Yönetimi Hukuk Bilimleri Anabilim Dalı (Eylül 2012 – Mart 2013)
- Araştırma Görevlisi: Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Genel Kamu Hukuku Anabilim Dalı (Mart 2013 – Devam Ediyor)

Yayınlar

(2014). İfade Özgürlüğünün Sınırlandırma Sebeplerinden Biri Olarak “Yargı Organının Otorite ve Tarafsızlığının Sağlanması”. *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18(2), s. 367-394.

