

**AVRUPA İNSAN HAKLARI
SÖZLEŞMESİ ÇERÇEVESİNDE
KÜÇÜK ÇOCUKLARIN KORUNMASI
HUKUKSAL ÇÖZÜMLEME
(İÇTİHAT)**

**MIJC ve CIAS KONGRESİ HUKUK
VE ÇOCUK HAKLARI**

**AVRUPA KONSEYİ, Strasbourg, 20
Haziran 1990 (H90.7F)**

**Montserrat Enrich Mas
Yönetmen: Avrupa İnsan Hakları
Divanı Bürosu**

Çeviren:Av.Teoman TÖRÜN*

Roma'da 4 Kasım 1950'de imzalanmış olan Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, özel olarak küçüklerin haklarını ilgilendiren herhangi bir hüküm içermemektedir. Bununla birlikte, özellikle 5, 8 ve 14. maddeler olmak üzere bazı maddelerde doğrudan ya da dolaylı olarak bu konuya göndermeler yapıldığı görülmektedir.

Bu boşluğu doldurmak üzere, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, örneğin, Evlad Edinme Konusunda Avrupa Sözleşmesi (24 Nisan 1967), Evlilik Dışı Çocukların Hukuksal Statüsü Konusunda Avrupa Sözleşmesi (15 Ekim 1975) gibi çeşitli alanlarda bir dizi metin hazırlayıp kabul etti¹. Öte yandan, Avrupa

* İstanbul BAROSU-Çocuk Hakları Komisyonu Üyesi

¹ Çocukların korunması ve çocukların korunmasının yeniden düzenlenmesi ve islahı hakkında alınan kararların kabulü ve icrası hakkında Avrupa Sözleşmesine de bakınız (20 Mayıs 1980).

Konseyi Parlamenter Meclisi 1979'da çocuk hakları ile ilgili bir Avrupa Temel Yasası Kabulünü önerdi².

Avrupa Komisyonu ile İnsan Hakları Adalet Divanı ise, kendi yönlerinden, küçük çocukların haklarını ilgilendiren müteaddit başvuru ve davayı zaten kabul etmiş bulunuyorlardı. Bu merciler, çeşitli vesilelerle, ulusal yasamaların ya da belirli teamüllerin Sözleşmenin aşağıda anılan hükümleri ile bağdaşabilirliğini ifade etmişlerdir. Sonuç olarak, bu hukuksal çözümleme gelecekteki Çocuk Hakları Avrupa Temel Yasasının müellifleri için rehber olma hizmetini görebilecektir.

Açıklamam mükemmel olma iddiasını taşıyor. Küçüklerin statüleri ve korunmaları üzerine genel tartışmalar açma çabası içinde, Komisyonun ve Divanın Kararlarının bazılarını yalın biçimde gözönüne getireceğim. Bunları, ilki aile içindeki küçüklere, ikincisi toplumdaki küçüklere ait olmak üzere iki bölümde gruplayacağım.

I- AİLE İÇİNDEKİ KÜÇÜKLER

Bu incelemenin amaçlarının sınırlarını saptama bakımından, her bireyin, doğuştan ulusal mevzuatın, onun haklarını kullanma yeterliğini tanıdığı yaşa erişinceye kadar çocuk telakki edildiği belirtilmelidir. Bu dönem boyunca birey "tüm kişi"ye tanınmış haklara sahiptir, ancak, bunları, özellikle yaşamın ilk yıllarında ana-babası, vasileri ya da yasal temsilcileri aracılığı dışında kullanamaz³. Bu bakımdan, açıklamamın ilk bölümü, bir aile üyesi olarak çocukların ve ergenlerin ana-babaları ve toplumla ilişkilerindeki haklarına taalluk etmektedir.

I- "Aile Yaşamı" Kavramı

a) Geliştirilen Yorum

Sözleşmenin 8. maddesi her kişi'ye "özel ve ailevi yaşam ile ilgili hak" konusunda güvence vermektedir. Divan ve Komisyon'a göre, "aile yaşamı" terimleri sadece evlilikle meşru kılınmış bir aile içinde teessüs eden her türde ilişkiyi değil, doğal bir nesep bağından kaynaklanan ilişkileri de kapsamaktadır⁴.

² 874 sayılı Tavsiye Kararı (1989).

³ İnsan hakları dosyalarından 10 sayılı "Avrupa Konseyi ve Çocuk Korunması", Pascal Boucaud'ya bakınız.

⁴ 13 Haziran 1979, seri A, sayı 31, sayfa 15, par.31 Marcks Kararı; Komisyon'un 10 Aralık 1977, seri B, sayı 29, par.69.

Divan, bu yargı'ya ulaşmak için, uluslararası muayyen belgelerin, özellikle 15 Ekim 1975 tarihli Evlilik Dışı Doğan Çocukların Hukuksal Statüsü Hakkında Sözleşme'nin⁵ hükümlerini olduğu kadar, Sözleşmenin "bugünün koşullarının ışığında" yorumlanması gerektiğinden Avrupa Konseyi üye Devletlerinin çoğundaki töreler ve mevzuatın evrimini gözönünde tutmaktadır. Nitekim, Marcks davasında, bu yorum sonucu, "mater semper certa est-anne daima bellidur" özdeyişini benimsemiş ve "evlilik dışında analığın serahaten kabulüne başvurma zorunluluğunun doğumdan itibaren analığın tümüyle reddinden ortaya çıktığını⁶, bunun da aile yaşamı ile ilgili hakkın tanınmaması ve bundan başka böyle bir koşulun evlilik içi doğmuş çocuklar sözkonusu olmamasından dolayı ayrımcılık anlamına geldiğini kabul etmiştir.

Babalık tarafından nesebe gelince, evlilik halinde bu varsayılr; bunun dışında babalığın tanınması ya da adli merci marifetiyle araştırılması yolu ile tesis edilebilir⁷. Bu bakımdan, Devlet, doğal baba ile evladı arasındaki ilişkilerinin tesisini ve özellikle, babanın bozulamayacak olan evliliği nedeni ile anne ile evlenmesinin mümkün olmadığı hallerde, çocuğun aile ile bütünleşmesini kolaylaştırmak yükümlülüğündedir⁸. Öte yandan, evlilik içinde doğmuş bir çocuk için babalığın reddi ve keza mevcut aile bağlarının ortadan kaldırılması imkanlarının sınırlandırılması, çocuğun yararı ve adli güvenlik olguları ile meşru kılınabilecektir⁹.

Demek ki, "aile yaşamı" münhasıran evliliğe bağlı değildir. Evlilik dışı ilişkilerde de, özellikle, nikahsız çiftin ve çocuklarının yıllardan beri birlikte yaşadığı hallerde ve keza

doğal ebeveyn ile çocuklarının arasındaki nesep ilişkilerinde de mevcuttur.^{10/11}

Öte yandan, boşanma ile evliliğin nihayete ermesi "aile yaşamı"nı ortadan kaldıracak bir etkiye sahip değildir¹²; Böyle bir evlilikten gelen çocuk, sadece muhafazada tutulmasını değil, ebeveynden birinin muhafazası dışında kalmasını da düzenleyen hukuki bir ilişki ile aile bağlarını korur. Bir küçüğün eşlerden birinin muhafazasına verilmesi yolundaki kesin bir karar, kaçınılmaz olarak, diğerinin haklarına müdahale teşkil edecektir. Bu kararları alan mahkemelerin, olayların içindeki tüm tarafların, fakat herşeyin üzerinde de çocuğun çıkarlarını gözönünde tutmaları gerekir. Genelde, boşanmış ya da ayrılmış olup da çocuğu muhafaza hakkından yoksun bırakılmış tarafın onu ziyaret etme hakkı vardır; bu bakımdan ilke olarak "aile yaşamı" ile ilgili hakkı koruyan bu temaslara 8. madde ile güvenceye alınmıştır¹³. Bununla birlikte, görevli mahkemeler çocuğun bedensel ve moral esenliği gibi zihin sağlığı uğruna da bu hakkı vermeyebilirler¹⁴.

Nihayet, bazen ailenin ekonomik ve toplumsal durumu, gelişme ve iyileşmesini tehlikeye atma riskini taşıyorsa, çocuğun sağlığının korunması kaygısı onu kamu korumasına tevdiini gerektirebilir. Böyle bir karar doğal aile ilişkilerini sona erdirmez¹⁵. Gerçekte, Devlet ana-babaların ve çocuklarının bir araya gelmeleri ve ilişkilerini geliştirmeleri olanaklarını hazırlayarak ailenin yeniden bütünleşmesine özen göstermelidir¹⁶.

Dahası, yasal olsun, doğal olsun "aile hayatı"nın sonucu biyolojik bağlar da hukuki ve

⁵ 15 Ekim 1975'de Strasbourg'da imzalandı, 10 Ağustos 1978'de yürürlüğe girdi. Bugün Avusturya, Kıbrıs, Danimarka, Yunanistan, İrlanda, Lüksemburg, Norveç, Portekiz, Birleşik Krallık ve İsviçre'yi kapsıyor.

⁶ Sözü edilen Marcks kararı, seri A, sayı 31, par.41 ve 36.

⁷ Belçika'ya karşı De Mot ve diğerleri hakkında 10961/84 sayılı başvuru, 13 Mayıs 1986 kararı, Kararlar ve Raporlar (K.R.) s.204 ve 11418/85 sayılı başvuru Belçika'da Jolie hk., 14 Mayıs 1986 kararı, K.R. 47, s.243, biri evlilik dışı diğeri zina ilişkisi sonucu doğmuş iki çocuğun doğal babalık tanınması ile ilgili.

⁸ İrlanda'ya karşı 18 Aralık 1986 Johnston ve diğerleri kararı, seri A, sayı 112, par.72; 5 Mart 1965 Komisyon Raporu.

⁹ Danimarka'ya karşı 28 Kasım 1984 Rasmussen kararı, seri A, sayı 87, par.41.

¹⁰ Sözü edilen Johnston ve diğerleri kararı, par.56; 28 Mayıs 1985 Abdülaziz, Kabal ve Balkandalı davası, seri A, sayı 94, s.32, par.62.

¹¹ Sözü edilen Marcks kararı, par. 38-43; İsviçre'de X ve Y hakkında 7289/75 ve 7349/76 sayılı başvurular, K.R.14, s.57.

¹² Alman Federal Cumhuriyetine karşı 7770/77 sayılı başvuru, 2 Mayıs 1978 kararı, K.R.14, s.175.

¹³ İsviçre ile ilgili 911/60 X sayılı başvuru, 4 sayılı Yıllık, s.199; 21 Haziran 1988 Berrehab kararı, seri A, sayı 138, par.21.

¹⁴ Hollanda ile ilgili Hendriks davası, Komisyon'un 8 Mart 1982 raporu K.R. 29, par.95; Alman Federal Cumhuriyeti ile ilgili 2622/66 X sayılı başvuru, K.R. 16, s.105.

¹⁵ Birleşik Krallıkla ilgili 8 Temmuz 1987 B. kararı, seri A, sayı 121, par. 60; B.K. ile ilgili 8 Temmuz 1987 W. kararı, seri A, sayı 121, Par.27, par.59; 24 Mart 1988 Olsson kararı, seri A, no.130, par.59 ve 62.

¹⁶ 22 Haziran 1989 Eriksson kararı, seri A, no.156, par.71, 81 ve 89.

keza evlad edinmeden ve koruyucu aile nezdinde yerleştirilmekten kaynaklanan duygusal bağlar da aynı ölçüde korunmaya değer. Divan, ailesinden alınıp başka kişilerin emanetine tevdi edilen bir çocuğun, zaman içinde, bunlarla, bozulması ya da ortadan kaldırılması yararına olmayacak yeni bağlar kurabileceğini düşünerek tavrını buna göre belirledi¹⁷.

b) "Aile Yaşamı"nı Tesis Eden İlişkilerin Genişliği ve Derecesi

"Aile yaşamı" yeterince sıkı kan bağından ya da hukuki bağlardan oluşan ilişkiler etrafında gelişir.

İlgili kişiler arasındaki kan bağı Strasbourg'daki organların hukuksal çözümlerinde başvurulan ölçütlerden biridir. Ana-baba ve küçük çocukları ile sınırlandırılıp kapsamı daraltılmış aile kavramı Sözleşme ile bahsedilen korumanın esasını teşkil etmektedir.

Bu itibarla, Komisyon evli bir kadın ya da ergin bir erkek ile bunların ana-babaları arasındaki ilişkilerin tekrar bütünleşmeleri bakımından bir "aile yaşamı" tesis etmeyeceğini mütalaa etmiştir¹⁸.

Ancak, evlilik dışı bir çocuğun aile bağlarının tanınması söz konusu olduğunda, Divan 8. maddenin öngördüğü "aile yaşamı"nı en azından en yakın akraba", örneğin ebeveyn (têyze-hala da olabilir) ve torunlar arasındaki ilişkileri de kapsadığını kabul etmektedir¹⁹. Ancak, Komisyon genelde amca (dayı) ile yeğen arasındaki ilişkilerin bu madde ile korunmaya alındığını düşünmemektedir²⁰.

Mevcut bağların mesafesi ne olursa olsun, bundan kaynaklanan aile yaşamı önceden kurulmuş, etkin ve gerçek olmalıdır. Devlet yeni aile bağları kurmak için ülkesine girmek isteyen bir yabancıya izin vermek yükümlülüğünde değildir²¹. Mamafih, her "aile yaşamı" tasarısı (sırf tescil edilmediği için) tümüyle 8. madde kapsamı dışında kalmamaktadır. Divan'a göre, Filipinlerde bu ülke uyrukluğundaki iki kişi arasında, bunların samimiyetle birlikte olmak ve normal bir aile

yaşamını sürdürmek arzusunda ve inancında olmaları ile akdedilmiş dini nikah da aralarında anılan maddenin uygulama alanına alınmağa yeterli yakınlıkta ilişkiler yaratmış olmaktadır²².

Teşekkül etmiş aileler sözkonusu olduğunda, Strasbourg organları, bunların üyeleri arasında yeterince gerçek ve yakın ilişki mevcut olmasını aramaktadırlar. Bu bağ bir beraberlik ya da küçük çocukların durumunda olduğu gibi mali bir bağımlılık şeklini alabilir²³. Düzenli olarak uygulanan bir ziyaret hakkı da sözkonusu olabilir²⁴. Bir baba ile gayrimişru çocukları arasındaki düzenli ilişkiler de bu meyanda sayılabilir²⁵.

c) "Aile Yaşamı"nın Öğeleri

"Aile yaşamı" ekonomik ve toplumsal sorumluluklar olduğu kadar, maddi, hukuki ve duygusal ilişkiler kümesi üzerine inşa edilmiştir.

İlke olarak, ailenin temeli biyolojik ve bedensel bağlara, özellikle üremeye ve birlikte yaşamaya dayanmaktadır. Bunlardan birincisi, Devletçe tanınması gereken hukuksal nesep bağlarını yaratır²⁶.

Bu ilişkiler, Konsey'in Bakanlar Komitesi tarafından "özellikle çocuğun şahsı için gösterilmesi gereken bakımı üstlenmek, onunla kişisel ilişkileri düzenli sürdürmek, onun eğitimini, geçimini, hukuksal temsilciliğini ve mallarının yönetimini sağlamak suretiyle ünsel ve özdeksele esenliğini güvenceye alma amacına yönelmiş yetki ve ödevlerin tümü" diye tanımlanmış "kan bağı sorumluluğu"nu içermektedir²⁷. Divan'a göre, "bir veli ve çocuğu için bir arada olma olgusu gibi bu anılan sorumlulukların da icrası aile yaşamının temel öğelerini göstermektedirler²⁸. Bunlar, bir yandan da, taraflar arasında sıkı duygusal

²²28 Mayıs 1985 Abdülaziz, Kabil ve Balkandalı Kararı, seri A, sayı 84, s.32-33, par.62-63.

²³B.K./k. 2991/66 sayılı Alam ve Khan başvurusu, Yıllık sayı 10, s.479; B.K./k. 8244/78 sayılı Singh Uppal başvurusu, K.R.17, s.149 (karar) ve K.R.20, s.29 (rapor).

²⁴Sözü edilen Berrehab kararı, par.21.

²⁵Sözü edilen Johnston ve diğerleri kararı (not. 20).

²⁶Sözü edilen Marcks Kararı, par.41.

²⁷28 Şubat 1984 Ebeveyn Sorumlulukları Hakkında Tavsiye Kararı R (84) ek'in 1. ilkesi; keza, sözü edilen Marcks Kararı, par.52, ve insan hakları dosyaları sayı 10, op.cit, s.16-17.

²⁸B.K./k. 8 Temmuz 1987 kararı, seri A, sayı 121, par.64.

¹⁷Birleşik Krallığa/k. sözü edilen W. kararı, par.62; B.K./k. sözü edilen B.kararı, par.63.

¹⁸B.K./k. 2991/66 sayılı başvuru, 10 sayılı Yıllık, s.479.

¹⁹Sözü edilen Marcks Kararı, par.45.

²⁰Federal Almanya Cumhuriyetine/k. 3110/67 sayılı başvuru, Kararlar Dergisi (K.R.) 27, par.45.

²¹B.K./k. 7229/75 sayılı başvuru, K.R.12, s.32; İsveç'e/k. 8823/79 sayılı başvuru, 12 Mart 1980 kararları (yayınlanmadı).

ilişkileri beraberinde getirir. Nihayet, yakın akraba arasında miras, ölüme bağlı bağış konusu, bunun yanında toplumsal, törel ve kültürel kişilik yapısı ilişkileri devreye girer, besleme yükümlülükleri ve mirasda korunan pay (mahfuz hisse) gibi özdeksel çıkarları da göz önünde tutmak yerinde olur²⁹.

Ancak, aile bağları, çocuğun esenliğini ağır şekilde etkileyebilecek şekilde ağır olaylar nedeniyle koptuğunda ve kamu otoritesi ebeveyn sorumluluklarını üstüne aldığı anda doğal ebeveyn çocuklarına karşı haklarını tümüyle kaybetmez; "aile yaşamı"nın bir parçası olan ziyaret hakkının kendilerini verilmemesini her zaman talep edebilirler³⁰. Boşanma halinde de muhafaza hakkını almamış olan tarafın ziyaret hakkı bulunmaktadır.

Devlet, aile üyelerinden birinin tutuklanması ya da ülkeden ihracı veya ona ülkeye giriş ya da ülkede ikamet izni bağışlanmasının reddi gibi önlemler nedenlerine dayanarak aile üyelerinin ayrılmasına da yolaçabilir³¹. Bu durumda, Devlet çocuğun doğal ailesi ile bağlarını sürdürmesi hedeflerine yönelik bir ziyaretler düzeni hazırlamalı ya da buna izin vermeli³². Bu bağları koparma riski taşıyan önlemleri almaktan kaçınılmalıdır³³.

2. Devletin Olumlu Yükümlülükleri

Divan müteaddit vesilelerle, Devletin sadece Sözleşmenin 8. maddesinde güvence altına alınmış hakların icrasına tam bir müdahaleden kaçınmak değil, aynı zamanda "aile yaşamına gerçek bir saygıyı gerektiren belli olumlu yükümlülükleri" yerine getirmek; özellikle, aile üyeleri arasında mevcut hukuksal bağların tanınması olsun, onları himaye eden bir hukuksal düzenin tesisi olsun, ilgili taraflara normal bir aile yaşamı sürdürmelerine imkan verecek tarzda davranmak ödevinde olduğunu beyan etmiştir³⁴. Ayrıca, Devlet, herkese "medeni hakları ve yükümlülükleri" ve aile hakkı ile ilgili meseleler hakkında karar alacak bir mahkemeye başvurma hakkını genel olarak herkesin bir mahkemeye başvurma hakkını koruyan 6. madde gereğince garantiye almakta

ve Sözleşmenin başka maddelerinden doğan olumlu yükümlülükleri de taşımaktadır³⁵.

a) Doğal Nesebin Tesisi

"Aile yaşamı" teriminin genişletilmiş yorumu ile ilgili bahisde Belçika'daki Marcks olayına değinmiştim. Bu olayda bekar bir anne, Paula Marcks ile onun kızı Alexandra'nın hukuksal statüsü işlenmektedir. Paula, soy tesisi için kızını hükmen tanımakla ödevlendirildi; bunu yapmakla, bir ana olarak bütün yapabileceklerini maddi varlığından ona bir şeyler vermek ya da miras bırakmakla sınırlandırmış oldu. Alexandra'ya gelince, doğumundan tanınmasına kadar hukuken bir anneden yoksun kalmış göründü. Divan'ın görüşüne göre, daha önce de ifade edildiği üzere, doğumdan itibaren analığı üstlenmenin reddedilmiş olduğu anlamını ortaya koyan bir tedbirle yaratılan bu durum "aile yaşamı" saygınlığı ile bağdaşmıyordu³⁶. Bu karar nedeni ile, Belçika 31 Mart 1987'deki düzenleme ile mevzuatını bu yönde reforme etti³⁷. Bundan böyle anne'nin ihtiyarına bağlı bir tanıma gerekmiyecek.

İrlanda ile ilgili bir örnekte, anne Janice Williams-Johnston ile baba Roy Johnston'un evlenme olanaksızlığı nedeni ile evlilik dışı doğan bir kız Nessa'nın hukuksal statüsü sorunu ortaya çıkmıştı; baba önceden evliydi, İrlanda Anayasası da boşanmayı yasaklıyordu. Mevzuat tüm velilik sorumluluklarını kızının doğumundan itibaren anaya veriyordu; baba ise, tersine, ziyaret hakkı ya da çocuğu yanına alma konularında harekete geçmek istediğinde bu olanakları elde edemiyordu. Komisyon³⁸ ve bilahare Divan, çocuğun, özellikle baba tarafından soy bağı gibi doğal aile bağlarının tezahürüne uygun hukuksal bir rejim bulunmamasının onun olduğu kadar aralarındaki yakın ve samimi ilişkiler bakımından ana-babanın her birinin "aile yaşamı" için gösterilmesi gereken saygıda kusur teşkil ettiği sonucuna vardılar³⁹. 9 Mayıs 1986'da Parlamento'ya sunulan bir yasa

²⁹Sözü edilen Rasmussen kararı, par.32.

³⁰Sözü edilen Marcks kararı, par.36; Vincent Berger, op.cit (sözü edilen eser) ve Maud de Boer-Buquicchio, "Children and the European Convention on Human Rights - Çocuklar ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", Melanges Wiarda, Carl Heymanns Verlag KG. 1988.

³¹4 Mart 1988, DH (88) 3 kararı.

³²İrlanda'ya/k. 9697/82 sayılı Johnston ve diğerleri başvurusu, 5 Mart 1985 raporu; keza: İnsan Hakları Dosyaları no.10, s.15-16, ve Maud de Boer-Buquicchio, op.cit.

³³Sözü edilen Johnston ve diğerleri kararı, par. 75; keza: Vincent Berger, op.cit.

²⁹Sözü edilen Marcks kararı, par. 52; keza: Vincent Berger, Avrupa İnsan Hakları Divanı İçtihadı, Paris, Sirey, 1989, s.103-107.

³⁰B.K./k. sözü edilen W. kararı, par.77 ve 79.

³¹"Özel ve Aile Yaşamı Saygınlığı Hukuku", s.10; içtihat konuları, sayı2, "Aile Yaşamı'na da bakınız (1972).

³²B.K./k. sözü edilen W. kararı, par.77.

³³Sözü edilen Berrehab kararı, par.29.

³⁴Sözü edilen Marcks kararı, par.31.

tasarısında, doğum sicilinde baba olarak gösterilen kişinin, tersi kanıtlanmadıkça, böyle varsayılması suretiyle baba soyu sorununun çözümüne çalışılıyordu; babalığı bu şekilde kabul edilen kişi hukuken anne ile birlikte vesayet ortaklığı talep edebilecek ve bu bakımdan bu çift ebeveyn gibi aynı hak ve sorumluluklara sahip olacaklardı⁴⁰. Çocukların durumu hakkında (Çocukların Statüsü Yasası 1987) yasa 14, Haziran 1988'de yürürlüğe girdi⁴¹.

b) Çocuğun Aile ile Bütünleşmesi

Divan'a göre, "aile yaşamı" saygınlığı "doğuştan itibaren çocuğun aile ile bütünleşmesine olanak veren bir adli himayenin ulusal hukukta bulunması"nın gerektirir⁴². Alexandra Marcks annesi Paula Marcks'in ailesine girmese idi ikisi de yaşam neşelerini kaybedebilirdi.

Bu konuda, Divan, Alexandra ile anne annesinin ve hatta teyzesinin ölene kadar aralarındaki gerçek ilişkilerini gözönüne almaktadır⁴³. Belçika mevzuatı, evlilik dışı doğan çocuğun annesinin ya da babasının ailesi ile tüm hukuksal bağını reddetmekle Sözleşmenin 8. maddesini ihlal etmektedir.

Buna karşı Divan, bir gayri meşru çocuğun onu dünyaya getirenlerin ve onların ebeveynlerinin mirasının bir bölümüne ya da mahfuz hisseye normal bir aile yaşamında mevcut olduğu kadar hakkı olmasının çok gerekli olduğunu düşünmüyor; bu durumda, Alexandra'nın miras hakkına getirilebilecek sınırlandırmalar, ayrımcı niteliği dışında, ne 8. maddeye ne de mevcut malların korunma hakkını garanti etmekle birlikte ab intestato (vasiyet olmadan intikal eden, yasal) miras yoluyla ya da bağışla mal edinme hakkını garanti etmeyen 1 no.lu Protokolün 1. maddesine ters düşmemektedir⁴⁴.

c) Fiili Yasal Temsil

Nesep tesisi, küçük çocuğun yasal temsili dahil olmak üzere ebeveyn sorumluluklarının doğmasını gerektirir. Hollanda ile ilgili bir olayda, Komisyon ve Divan cinsel istismara uğramış onaltı yaşında zihinsel özürli bir genç kızın şikayetlerini inceledi. Davayı, kızı adına baba açmıştı ama

savcılık takibatını kaldırılmasını talep etti. Çünkü kız onaltı yaşında olmadıkça yasal temsilci onun adına hareket edemiyordu. Arnhem istinaf mahkemesi bu konuda özürliülerin zararına bir yasa boşluğu bulunduğunu kabul etti⁴⁵.

Avrupa Divanı da, Hollanda'da onaltı yaşın üzerindeki özürli küçüklerin cinsel istismara uğramasına karşı somut ve etkili himayeyi sağlayan hiçbir ceza ya da başka türde bir hüküm bulunmadığını saptadı. Sözleşme ise Devleti, kurbanın özel yaşamının saygınlığına güvence getirmek amacıyla çözüm bulmak için önlemler almaya zorluyordu⁴⁶. 27 Şubat 1985 tarihli bir yasa Ceza yasasını kurbanın yasal temsilcisine hareket olanağı tanyacak şekilde değiştirdi⁴⁷.

d) Kamu Korumasına Tevdi Edilen Bir Küçükün Kişisel Dosyasını İnceleme Hakkı

Birleşik Krallık'ta, yerel yönetim tarafından ele alınıp koruyucu ailelere emanet edilen küçük çocuklar için kamu himayesine yerleştirilmelerinden itibaren çeşitli evrelerin kayda alındığı mahrem bir dosya tutulur. Son zamanlardaki bir örnekte, M.Gaskin, yerel yönetimin ihmali ile menfaatlerinin zarara uğradığının tesbiti amacıyla dosyasını incelemek istedi, fakat yetkili mahkemeler bu hakkı kısmen reddettiler⁴⁸.

Divan'a göre, böyle bir istemde bulunmak durumunda olanların, buldukları çocukluk çağını tanımaları, anlamaları, keza gelişme yıllarını izleyebilmelerine olanak verecek bilgileri almada, Sözleşme tarafından korunan öncelikli bir yararları vardır. Bu bilgilere ulaşmak, Birleşik Krallıkta olduğu gibi, bunları muhafaza edenlerin kabulüne bağlı olunca, nasafet ilkesi, bu konuda nihai kararı alacak bağımsız bir organın varlığını gerektirir⁴⁹. Bu bakımdan, Divan, resmi prosedürün M.Gaskin'in özel ve aile yaşamının saygınlığını güvenceye almadığına hükmetti.

Bu konuda idari makamların kararı tebliğ edilmeden önce kabul edilen 1 Nisan 1989 tarihli bir tüzük, bundan böyle, sosyal hizmet kurumlarını, sağlıklı ilgili veriler ve adlarını

⁴⁰Sözü edilen Johnston ve diğerleri kararı, par.36.

⁴¹DH (88) 11 kararı.

⁴²Sözü edilen Marcks kararı, par.31.

⁴³Ibid. (yukarı madde atılan kaynak) par.44-46.

⁴⁴Ibid. par.50 ve 53.

⁴⁵Hollanda'ya/k. 26 Mart 1985 X ve Y kararı, seri A sayı, 81; keza: İnsan Hakları Dosyaları, sayı 10, s.45-46.

⁴⁶Hollanda'ya /k. X ve Y kararı, seri A sayı 91, s.13-14, par. 28-30.

⁴⁷18 Ocak 1989 DH (89) 3 sayılı karar.

⁴⁸7 Temmuz 1989 Gaskin kararı, seri A sayı 160.

⁴⁹Ibid. s.20, par.45.

verme rızası olmayan üçüncü kişiler hakkındaki bilgiler dışında, kişisel kayıtları ilgisi olan herkese açmağa zorunlu kıldı⁵⁰.

e) Mahkemeye Başvurma Hakkı

6. maddenin 1. paragrafı herkese, medeni hakları ve yükümlülükleri konusundaki ihtilafları bir mahkemeye götürebilme hakkında güvence vermektedir. Divan'ın görüşüne göre, aile hakkı ile ilgili tüm ilişkilerde, özellikle, bir babalık reddi davası⁵¹, ziyaretlerin sürdürülmesi ya da yeniden tesisi ihtilafı⁵² ya da bir evlad edinme hallerinde medeni hukuka giren türde uzlaşmazlıklar ortaya çıkar⁵³.

Bu uzlaşmazlıkların dava hakkı doğurması, örneğin bunlardan ilkinin, çocuğun ve hukuksal güvenliğin yararına, sukutu hak müddetine tabi olmayacağı anlamına gelmez⁵⁴. Öte yandan, 6. madde, aile bağlarını tehlikeye atma ya da tümüyle koparma risklerini taşıyan önemli sorunlar dışında ziyaretler konusunda mutlaka bir mahkemeden sadır olmuş bir kararın varlığını da öngörmemektedir⁵⁵. Bunun yanında, bir mahkemenin yetkisine tevdi edilmiş olmayıp da yerel yönetime bağlı kararların da aynı şekilde belli güvenceleri taşıması gerekir. Her koşul ve durumda, bunların, her tür karar süreci sırasında bir arada bulunmaları gereken doğal ebeveynin görüşü ve çıkarlarını hesaba katmaları zorunludur⁵⁶.

Başvuru sahiplerinin, çocuklarının kamu korumasına yerleştirilmesi ile ilgili örneklerinde, Divan, bunların, meselenin esasını tetkikle yetkili mahkemece tanımış ziyaret hakları ile ilgili yerel makam kararlarını denetleyemediklerine hükmetti⁵⁷. Ve bazı durumlarda, tetkik konusunun öneminin mahkemeleri ve ilgili makamları istisnai bir sürate zorladığını, zira her gecikmenin, mahkemenin davayı rüyet etmesinden önce doğacak bir emri vaki ile ihtilafın çözümünü riske attığını ilave etti⁵⁸. Ve nihayet, bir Devlet organı tarafından bu amaçla ortaya konmuş araçlar ne olursa olsun, bunlardan yararlanmak

isteyen yurttaşlara tümüyle açık olmamalıdır⁵⁹.

3- Çocukların Doğumundan İtibaren Eşitliği

Sözleşmenin 14. maddesine göre, burada öngörülen hakların kullanılması, doğumdan itibaren, hiç bir ayırım gözetmeden, teminat altına alınmalıdır. Divan, müteaddit defalar, benzer durumlardaki bireyler arasında tanınan farklı konumun "nesnel ve makul yerindeliği" olmadıkça ayrımcılık teşkil ettiğine, "meşru bir amaç" ya da "kullanılan araçlarla gözetilen hedef arasındaki makul bir oransallık ilişkisi" taşımadığına değinmiştir. Devlet, aile yaşamının saygınlığı çerçevesinde, doğuma dayalı her türlü ayrımcılıktan sakınmak ödevindedir⁶⁰.

Böylece, Divan gibi Komisyon da, ana tarafından soy tesisi yöntemi, doğal çocukların ebeveyn ailesi dışında tutulmaları ya da malların ab intestato miras ya da korunmuş paylar yolu ile kazanılması bağlamında, Belçika mevzuatının meşru ve gayrimeşru çocuklar arasında getirdiği farkları ayrımcılık kabul etti. Divan, bekar bir anne ile evli bir anne arasında; malları üzerinde *inter vivos* (yaşayanlar arasında) ya da *causa mortis* (ölüme bağlı olarak) kızı aleyhine tasarruf hakkını kullanma konusunda da işlem farklı düzenlenmiş olmasını ayrımcılık olarak mütalaa etti (1 nolu Protokol'un 1. maddesi, bak not.⁶¹). Onun görüşüne göre, bir hükümet için geleneksel aileyi desteklemek ve özendirme için yasal bir çaba olsa da doğal aileye zarar getirecek önlemler almaktan kaçınmak ödevi de vardır⁶².

Yakın zamanlarda Avusturya'da cereyan eden bir olay miras hakkının mirasçılardan sadece birine bırakıldığı kalıtsal Kärnten tarımsal işletme sistemi ile ilgili idi. Bu bölgenin köylülerinden M. Inze evlilik dışı doğmuş olması keyfiyetinin, ailesinin ölümünden sonra, ondan irsen intikal etmesi gereken hakkını talep etme olanaklarından kendini tümüyle yoksun bırakmaya yeterli olduğundan şikayet etti; gerçekten, Kärnten mevzuatı asal mirasçı belirlenmesinde evlilik dışı doğmuş evlada göre meşru evlada öncelik veriyordu. Divan bakımından, müracaat sahibinin, kendi malları üzerinde 1 no.lu Protokol'un 1. maddesi ile güvenceye alınmış

⁵⁰Ibid. s.13, par.29.

⁵¹Sözü edilen Rasmussen kararı, par.32.

⁵²B.K./k sözü edilen W. kararı, par.77.

⁵³B.K./k 8 Temmuz 1987 H kararı, seri A, sayı 120, par.69.

⁵⁴Sözü edilen Rasmussen kararı, par.41.

⁵⁵B.K./k. W. kararı, par.79 ve yukarıdaki 51. not.

⁵⁶Ibid. par.62-63.

⁵⁷Ibid. par.82.

⁵⁸Ibid. par. 65, ve B.K./k. H kararı, par. 85-89.

⁵⁹Ekim 1979 Airey kararı, seri A, sayı, 32, par. 32-33.

⁶⁰Marcks kararı, par. 32-34.

⁶¹Ibid. par. 43, 48, 59, 62 ve 65; keza: Vincent Berger, op-cit.

⁶²Aynı karar, par.40.

hakkı dava konusu olmuştu, zira ilgili, müteveffa annesinin varlığından bir kısmını zaten miras yoluyla elde etmişti. Günümüzde Avrupa Konseyine üye Devletlerinin, evlilik içi doğan çocuklarla evlilik dışı doğanlar arasında eşitliğe verdikleri önemi göz önünde tutarak, Divan bu konuda ancak çok güçlü ve haklı sebeplerin bir ayrımı destekleyebileceğine hükmetti⁶³. Böylece, bu durumda bir ayrımcılığın mevcut olduğu vargısına ulaştı.

4- Devlet'in Aile Yaşamına Müdahalesi

8. maddenin 2. paragrafı, aile yaşamının saygınlığı hakkına, demokratik bir toplumdaki yasal hedefleri gözetken ve zorunlu olan müdahalelere, yasalarda öngörülen hallerde bu hedeflere ulaşmak için müdahale etmektedir⁶⁴. Bu konuda, Devletlere belli bir takdir marjı tanınmıştır. Çoğu zaman, bu müdahaleler kamu makamları tarafından alınmış olup, ailenin çatlamasını tahrik eden önlemlere dayanır; çoğunlukla bunların hedefi çocuğun esenliğinin teminidir, ama muhacereci denetim altına alma ya da kamu düzenini koruma ve ceza yasalarının ihlallerini önleme amaçlarının peşine de düşerler.

a) Çocuğun Esenliğinin Korunması

Komisyon ve Divan, çok sayıda vesilelerle, gerçek ebeveynlerine karşı küçük çocukların hakları konusunda kamu makamlarınca alınan önlemlerin çıkardığı sorunları incelemişlerdir. Aslında, Strasbourg mercilerine başvuranlar, bir boşanma olayından sonra çocuğu yanına alma ya da ziyaret hakkı elinden alınan ya da bir çocuğun kamu korunmasına yerleştirilmesi halinde ziyaret hakları sınırlandırılan, sonra kaldırılan ana-babalardır. Komisyon'un ve Divan'ın içtihadına göre, çocuğun yararı ile ana-babanın hakları arasında uzlaşmazlık çıkması halinde çocuğun yararlarının iltizam edilmesi ilkesi ortaya çıkmaktadır⁶⁵; bununla birlikte, alınan önlemlerin öngörülen hedefle mütenasip olması gerekiyor.

(i) Bir Çocuğun Kamu Korumasına Yerleştirilmesi

Bir mahkemeye başvurma hakkı ile ilgili bahisde sözü edilen çeşitli İngiliz örneklerinde^{66/67} Divan, yoksul ya da ağır sorunlarla karşılaşmış ailelere karşı, yerel yönetim'e bağlı olarak sosyal hizmet elemanlarının faaliyeti üzerinde durdu. Çocuğun bedensel ve moral sağlığını ve keza zihinsel gelişmesini korumak için, yardım konusundaki emir ve düzenlemeler ya da ana-baba yetki ve nüfuzunu belirleyen kararlar yolu ile yerel yönetim, sözkonusu hallerde, ana-baba sorumluluklarını üstlenmiştir.

İlk zamanlar, bir ara ana-babaya çocuklarını ziyarete müsaade ediliyordu; ancak, daha sonra, çocukların koruyucu aileler nezdinde yerleştirilmeleri, bazı hallerde de evlad edinilmeleri nedenleri ile ziyaretler sınırlandırıldı, sonra tamamen kaldırıldı.

Ancak, Divan, sadece çok istisnai hallerde çocuk ile ana-babası arasındaki temasların olanaksız hale gelebileceklerini gözönüne tutarak, bazen çocuğun doğal ailesine dönmemesinin, onun ebeveyni ile tüm temaslarının uzun süredir inkıtaat uğramış olması ve koruyucu ebeveyni ile yeni bağlar kurması durumunda, onun çıkarlarına yanıt veremeyeceğini kabul etti. Bu nedenle, yerel makamın karar süreci, sorunun çözümü üzerinde çok büyük bir etki taşıyor; Divan'ın görüşüne göre, bu bakımdan, karar prosesi gerçek gereksinimlere yanıt vermeli, hakça ve yansız olmalı, görüşü ile de keyfilikle malul olmamalıdır. Sonuç olarak, doğal ebeveynin görüşleri ve çıkarları nazarı itibara alınmalıdır⁶⁸.

Yerel yönetimce alınmış önlemlerin oransallığını takdir ederken, Divan, ebeveynin; matlup olan himayeden yararlanabilmek için, karar sürecinde yeterli etkinlikte rol almış olmasını arıyor⁶⁹. Tetkik edilen olaylarda böyle bir durum olmadığı sonucuna vardı.

Divan, buna benzer mütalaalara dayanarak, İsveç'in iki meselede Sözleşmenin 8.

⁶³28 Ekim 1987 Inze kararı, seri A, sayı 126, par.38-39; keza: Komisyon'un 4 Mart 1986 raporu, 8695/79 sayılı ve Maud de Boer-Buquicchio kararı, op-cit.

⁶⁴24 Mart 1988 Olsson kararı, seri A, sayı 130, par. 59.

⁶⁵Hollanda'ya/k. Hendrik Davası; Komisyon'un 8 Mart 1982 raporu, K.R.29, s.5; B.K./k. sözü edilen karar, par. 74; keza: Maud de Boer-Buquicchio, op-cit.

⁶⁶9276/81 sayılı başvuru, B.K.ya/k. 0, 3 Aralık 1985 raporu, 8 Temmuz 1987 kararı, seri A, sayı 120; 9580/81 sayılı başvuru, B.K./k. H, 18 Ekim 1985 raporu, sözü edilen karar; 9749/82 sayılı başvuru, B.K./y. W., 15 Ekim 1985 raporu, 8 Temmuz 1987 kararı, seri A, sayı 121; 9840/82 başvurusu, B.K./k. B., 4 Aralık 1985 raporu, sözü edilen karar; 10496/83 sayılı başvuru, B.K./k. R., 4 Aralık 1985 raporu, sözü edilen karar.

⁶⁷İnsan Hakları Dosyaları, sayı 10, s.19-20.

⁶⁸B.K./k. B.kararı, par. 63-64.

⁶⁹İbid. par.65.

maddesini ihlal ettiği hükmüne vardı⁷⁰. Olsson olayında, bir bakıma alma kararının icra şekilleri ailenin bazı üyeleri arasındaki bağları ve onların tekrar bir araya gelme şanslarını zayıflatmıştı; gerçekte, Bayan Olsson, birbirinden uzak şehirlerde ikamet eden üç aile nezdinde yerleştirilen üç yaşlı kardeşinden ayrı kalmıştı; bu durum kolay ve düzenli buluşmaları engelliyordu⁷¹.

Başka bir örnekte, yerel yönetim, bakıma alma kararına itirazın tebliği üzerine Bayan Eriksson'a kızını yerleştirme yurdundan çekmeyi yasaklamış ve ziyaretlerini sınırlamıştı; Divan'ın gözünde, böyle bir karar ana kız arasında onları yeniden birlikte olmaya hazırlayan gerçek buluşmaları zorlaştırmıştı⁷².

Nitekim, Komisyon Alman Federal Cumhuriyetine karşı da bu bazda bir başvuruyu kabul şayan gördü⁷³. Bir çocuğun vasisi anneye haber vermeksizin ve yeni adresi bildirmeksizin okul değiştirmişti.

(ii) Ana-Babanın Ayrılığı ya da Boşanması

Divan, ortak yaşam olmaksızın "aile yaşamı" da olmayacağı anlayışını reddetti; böylece, ana-baba bir arada yaşamıyorsa bile onlarla çocukları arasında daima bir aile yaşamı bulunmaktadır⁷⁴. Bununla birlikte, Divan, boşanmadan sonra çocuğun muhafazası ya da ziyaret hakkına taalluk eden meseleler hakkında kesin hükümler getirmedi.

Komisyon ise, tersine çeşitli vesilelerle bu sorunla ilgilendi. Hollanda'ya karşı ele alınan Hendriks olayında çocukları muhafazasına verilmemiş bulunan baba, hakları nazarı itirabe alınmadan, muhafaza hakkının kaldırılması ve ziyaret hakkının sınırlandırılmasından şikayetçi oldu. Komisyon, bu davayı rüyet eden Hollanda mahkemelerinin çocuk çıkarılarının öncelik taşıdığına hükmettiklerini kabul etti⁷⁵.

⁷⁰10465/83 sayılı başvuru, İsveç'e karşı Olsson, 2 Aralık 1986 raporu, 24 Mart 1988 kararı; 11373/85 sayılı başvuru, İsveç'e Karşı Eriksson, 14 Temmuz 1988 raporu, 22 Haziran 1989 kararı.

⁷¹Sözü edilen Olsson kararı, par.81.

⁷²Sözü edilen Eriksson kararı, par.71.

⁷³118112/84 sayılı başvuru, Federal Alman Cumhuriyetine/k. D., 11 Temmuz 1985 kararı, K.R., 44, s.211.

⁷⁴Sözü edilen Berrehab kararı, par.21.

⁷⁵8427/78 sayılı başvuru, Hollanda'ya karşı, Hendriks, 8 Mart 1982 raporu, K.R., s.5; Maud de Boer-Buquicchio, op-cit.

b) Muhaceretin Denetimi

Divan, Abdülaziz, Kabal ve Balkandalı olayında, muhaceretle ilgili olarak alınan tedbirlerin, 8. madde ile güvenceye alınan aile yaşamı hakkını haleldar etmiş olabileceğini kabul etti⁷⁶. Bununla birlikte, bu konuda Devletlerin, toplumun kaynakları ve gereksinimleri ile ilgili işlevlerinde alınacak önlemleri tayin etmek için geniş bir takdir hakkına sahip olduklarını da kabul ettiler.

Göç eden ebeveynin ülkeye kabulü söz konusu olduğunda, Devletler, göçenlerin menşe ülkelerinde ya da evlendikleri ülkede normal aile yaşamı sürdürmelerini önleyecek engellerin bulunup bulunmadığını nazarı dikkate almalıdırlar. Bu son olayda, Birleşik Krallıkta sürekli ikamet hakkı elde etmiş yabancı kadınların kocalarının ülkeye girişinin ya da yasal ikametlerine izin talebinin reddi, Sözleşmenin 8. maddesini ihlal etmeyecektir⁷⁷.

Ancak, Komisyon, mağdur ile ailesi arasında gerçek ve sıkı ilişkilerin varlığında, özellikle bir mali bağımlılık mevcut olduğunda, bunun 8. madde açısından bir sorunu ortaya çıkartabileceğini düşündü. Birleşik Krallıkla ilgili bazı örneklerde, Komisyon Asya kökenli ilgililerle Hükümeti uzlaşma noktasına getirmeyi başardı⁷⁸. Komisyon, Hollanda'ya karşı, orada on yıldan beri ikamet etmekte olan ve yedi yaşındaki çocuğunu yanına almak isteyen bir Türk yurttaşına ait başvuruyu kabul etti. Hükümetin küçüğe ikamet izni vermesi üzerine baba dilekçesini geri çekti⁷⁹.

Bazen, ikamet izninin uzatılması talebinin reddi ve bunun sonucu bir ülkede bir yabancı kişinin yasa dışı ikametü Devleti ihraç önlemleri almaya zorluyor. Bay Berrehab da böyle bir şeyle karşılaştı, Hollanda'lı karısından boşanmış olan bu Faslı ikamet izninin temdidini sağlayamamıştı. Eşinin bakımında verilmekle birlikte kendisinin de düzenli olarak ziyaret ettiği, eşi gibi Hollanda uyruklu bir kızı vardı. Baba için ziyaret hakkını kullanmak uğruna Fas'dan Hollanda'ya seyahat zorunluluğunun doğurduğu parasal güçlükleri görerek, Divan, şikayet konusu önlemlerin ilgilileri düzenli temasları sürdürmekten

⁷⁶28 Mayıs 1985 kararı, seri A, sayı 94, s.31-32, par. 60 (sözü edilen not 10)

⁷⁷Ibid. s.34, par.67-69.

⁷⁸2991/66 sayılı başvuru, B.K./k. Alam ve Khan, Yıllık sayı 11, s.789; 8244/78 sayılı başvuru, B.K./k. Singh Uppal, K.R. 20, s.29 (rapor).

⁷⁹Hollanda'ya /k. Taşpınar davası, 11026/84 sayılı karar, 9 Ekim 1985 raporu, K.R. 44, s.262; Keza: Maud de Buquicchio, op-cit.

pratikman engellediği, bunun da 8. maddenin ihlalinin teşkil ettiği sonucuna vardı⁸⁰.

Bununla birlikte, Komisyona göre, aile üyeleri de hukuken ihraç edilen kişiyi gönderilen ülkeye izleyebiliyorlarsa bir sorun bulunmuyor, demektir; ilgililerin gönderilen ülke ulusundan olmaları ya da orası ile bağları bulunması halinde de⁸¹, sürme kararı alınan ülkenin vatandaşı olsalar bile aynı şey uygulanabilir⁸², ancak bu son durumda, ihraç önemi konusu olan ebeveynin peşinden gitme mükellefiyetinin haklılığından şüphe edilebilir⁸³.

Sonunda, Komisyon bir çocuğun ve ailenin öteki üyelerinin ihracının, Sözleşmenin insanlık dışı ve aşağılayıcı muameleleri yasaklayan 3. maddesine aykırı düşüp düşmeyeceğinin araştırılması sorununa da eğilmiştir. Oniki yaşındaki ergen Suriye'li Abdulmassih Bulus, annesi, iki ağabeyi ve bir kızkardeşi ile birlikte bir ihraç emri konusu olmuştu. İki ağabeyi ihraç edildi, kendisi ise ihraçtan kurtulmak için saklandı. Komisyon başvuruyu tetkike aldı, ancak, mesele memnuniyet verici bir şekilde muslihane bir anlaşma ile kapatıldı; tüm aile ikamet izni aldı ve İsveç Hükümeti ihraç edilmiş iki kardeşin dünüş ücretini de ödedi⁸⁴.

c) Ceza Hükümlerinin İhlalinin Önlenmesi

Burada bazı ihraç halleri, suçlu iadesi ve tutuklama gibi çeşitli tipleri uygulama alanına girebilir.

İhraç edilecek kişi eşini ve çocuklarını terketme durumunda kalsa bile, bir cezai mahkumiyet sebebiyle tertibedilen ihraç önlemi bir suçu engellemek için zorunlu görülmüş olabilir⁸⁵.

⁸⁰Sözü edilen Berrehab kararı, pár.23.

⁸¹9478/51 sayılı başvuru, 8 Aralık 1981 kararı, K.R.27, s.243; 10207/82 sayılı başvuru, 11 Ekim 1984 kararı (yayınlanmamış); keza: Mark Villiger, "The right to respect for private and family life", Mélanges Wiarda, s.657-62.

⁸²7031/75 sayılı başvuru, 12 Temmuz 1976 sayılı karar, K.R.6, s.124; 10500/83 sayılı başvuru, 10 Ekim 1983 kararı (yayınlanmamış); 11278/84 sayılı başvuru, 1 Temmuz 1985 (yayınlanmamış).

⁸³9203/80 sayılı başvuru, 5 Mayıs 1981 kararı, K.R.24, s.239.

⁸⁴9330/81 sayılı başvuru, İsveç'e/k. Bulus, 19 Ocak 1984 kararı, K.R.35, 57, 8 Aralık 1984 raporu (md.30), K.R.39, sf. 75; keza: Maud de Boer-Buquicchio, op-cit.

⁸⁵10813/84 sayılı başvuru, 3 Temmuz 1984 kararı (yayınlanmamış); 2535/65 sayılı başvuru, 16

Bir suçlu iadesi işleminin infazı bağlamında alınan önlemler de aileyi parçalanmaya götürebilir. Komisyon, bu durumda, 8. maddenin içerdiği anlamda ceza hükümlerinin ihlallerinin önlenmesinde bu tedbirlerin, genellikle, zorunlu bulunduğu hükmetti⁸⁶.

Tutuklanma'da ise, Komisyon ilgilinin özgürlüğünden yoksun kalması ve bunun sonucu ailesinden ayrı kalması olgusunda tutukluluğun ayrılmaz öğelerinden birini gördü. Ancak bazı ahvalde, bireyin yuvasından uzakta tutuklu bulunması aile yaşamının saygınlığı hakkına müdahale teşkil edebilecektir.⁸⁷

II. TOPLUM KARŞISINDA KÜÇÜKLER

Toplumla ilişkilerinde çocuklar ve genç yetişkinler bedensel ve zihinsel bütünlüklerine, özgürlük ve güvenliklerine ya da haklarından her hangi birine gelecek zararlara katlanmak zorunda kalabilirler. Eylemleri ile toplumun zararına neden olabilir, suç işleyebilirler. Ancak, onların kesinlikle, eğitim ve sağlık gibi Devletin sunduğu belli hizmetlerinden yararlanmak hakları vardır. Her halü karda, onlar hakkına bir karar alınırken, Devlet, toplum çıkarları ile küçüklerin esenliği arasında, çocuğun yararının çok öncelikli olduğu olgusunu kabul ederek, adil bir denge bulmaya çalışmalıdır.

Bu bölümlerde, öncelikle, genç suçluların islahı çalışmalarının ortaya çıkardığı sorunları analiz edeceğim ve üçüncü kişilerin etkilerine karşı küçüklerin korunması ve eğitim hakkına da kısaca değineceğim.

1- Genç Suçluların Islahı Çalışmaları

Sözleşmenin 5. maddesi 1. paragrafı küçüklerin eğitim amaçları ile ya da yetkili bir adli makam önünde yargılanmak üzere özgürlüklerinden yoksun bırakılmasına izin veriyor. Devletlerin çoğu, belli bir çağa, örneğin 16 yaşına ulaşmış küçüklere karşı kovuşturma açılmasına izin veriyorlar. Belli durumlarda,

Temmuz 1965 kararı, K.R.17, s.28; keza: Mark Villiger, op-cit.

⁸⁶8971/80 sayılı başvuru, B.K./k. X, 5 Mayıs 1981 kararı (yayınlanmamış), 8897/80 sayılı başvuru, B.K./k. x, 16 Mart 1980 kararı; keza: "Ailevi ve Özel Yaşama Saygı Hakkı", op-cit. s.13.

⁸⁷4185/69 sayılı başvuru, F.Alman Cum./k., K.R.35, s.140; 5512/72 sayılı başvuru, B.K./k.X, K.R.46, s.112.

takip yetkisi çocuk mahkemeleri adı verilen yapısı ve izlediği prosedür bu konuya uygun özel mahkemelere tevdi ediliyor. Bazen de özelliği olan cezalara başvuruluyor.

Komisyon, bir suça karışmış gençlerin tutuklanma ya da soruşturma anında karşılaştıkları durumlarla ilgili olarak ele aldığı örnekte, on yaşında bir çocuğun polis karakolunda saatlerce gözlem altında tutulmasını ya da iki arkadaşı ile birlikte okullarındaki bir hırsızlık olayı hakkında soruşturmaya tabi olmak zorunda kalmasını kabul edilemez buldu⁸⁸. Ancak, başvuruyu işleme almadı.

Buna mukabil, iki İngiliz ve bir Belçikalı genç suçlularla ilgili üç olay Divan'a kadar götürüldü.

Birincisi yerel mahkeme tarafından üç değnek vurulması cezasına hüküm giymiş olan onbeş yaşında Man Adalı Anthony Tyrer ile ilgili idi. Man Adası (Isle of Man) mevzuatı özellikle şiddet içeren bazı suçlar için bedensel adli cezaları hâla muhafaza ediyor⁸⁹. Sözkonusu cezanın ne bir işkence ne de insanlık dışı bir eza teşkil etmediği düşünülerek, Divan ve Komisyon bunun sadece aşağılayıcı bir ceza olduğu hükmüne vardılar⁹⁰.

Man adasının Savcısı, ada kamuoyunda, çok etkili caydırıcı bir silah olarak bedensel adli cezaların muhafazasını iltizam eden kahir bir ekseriyetin varlığından destek alıyordu. Divan, Sözleşmenin 3. maddesinin içeriğindeki aşağılayıcı cezaların yasaklandığı hükmünün mutlak olduğuna, hiçbir Devletin, savaş ya da ulus yaşamını tehdit eden başka bir tehlike halinde hile olsa buna aykırı davranmayacağına; bu itibarla "kamu düzeninin korunmasına taalluk eden hiç bir zorunluluğun" da, Sözleşmenin garanti ettiği hakların Devletin uluslararası ilişkileri sağladığı ülkeleri de kapsamının öngörüldüğü 63. madde, 3. paragrafı karşısında, Devletlere "yerel zorunluluklar mülahazaları" ileri sürülerek bu hükmün aşındırılması hakkını vermediğine dikkati çekti⁹¹.

Başka bir İngiliz örneğinde, onyedili yaşında olması bakımından küçük kabul edilen, ama cezai sorumluluğu olan bir genç Bay Weeks boş bir tabanca ile bir mağazanın kasasından 35

peni soymuş olmaktan ömür boyu hapse mahkum olmuştu⁹². İngiliz yargıçları kararlarında sanığın kişiliğini gözönüne alması, onu tehlikeli görmüşlerdi; ona verdikleri böyle belirsiz süreli bir ceza İçişleri Bakanlığına, onun ahlak yapısındaki gelişme müsaade ettiğinde onu serbest bırakma yetkisini de veriyordu. Divan, kendisine yapılan başvurunun bu ceza için değil de, şartlı tahliyeden sonra cezaevinde tekrarlanan görüşmeler hakkında olmasına rağmen, bunu vesile ittihaz ederek, suçlunun yaşını ve suçun koşullarını dikkate almış, sözkonusu kararlarında saikler göz önüne alınmamışsa mahkumiyetin, gayri insani cezaları yasaklayan 3. maddesi ile bağdaşabilirliği üzerinde ciddi şüpheler uyandırabileceğine işaret etmiştir⁹³.

17 yaşındaki Fas'lı Bay Bouamar, onu yanına kabul edecek bir tedbir müessesesi ya da bir kişi bulmak mümkün olmadığından, 9 kez geçici olarak tutukevine yerleştirildi; toplam olarak 119 gün özgürlüğünden yoksun kaldı⁹⁴. Divan, ceza hukukunun genel kurallarına dayanarak düzenlenmiş Belçika mevzuatının küçüklere karşı liberal espirisini kabul ederek, 5. maddenin amaçlarına göre, kısa süre geçici hapis önlemlerinin uzmanlaşmış bir kurum ortamında, nezaret altında etkili bir eğitim düzeni uygulamalarına imkan vermesi gerektiğine işaret etti. Divana göre, Belçika Devleti genç suçluluğunun islahı için denetim altında eğitim sistemini seçmek suretiyle bu işlevlerini yerine getirme yolunda uygun bir alt yapı tesisi işini üstlenmiş oldu. B.Bouamar'a katıldığı tutuklanmalar bu bakımdan usulsüzdü ve 5. maddenin 1. paragrafını ihlal ediyordu⁹⁵.

2- Çocukların Bir Akıl ve Ruh Hastalıkları Hastanesine Kapatılması

Evlilik dışı olup muhafazası annesine verilmiş olan oniki yaşındaki Danimarka'lı bir çocuk Jon Nielsen, babası ile geçirdiği tatillerden sonra annesine dönmeyi reddetti ve bir süre babası ile saklandı. Baba onu yanına almak için girişimlere başladı. Jon Nielsen, annesinin onayı ile bir psikiyatri hastanesine yollandı⁹⁶.

Komisyon, dilekçe sahibinin, psikiyatri hastanesinin çocuklar koğuşuna kapatılmasının Sözleşmenin 5. maddesi, 1. paragrafı amaçları ile bağdaşacak usüle uygun

⁸⁸8819/79 sayılı başvuru, F.Alman Cum./k. 19 Mart 1981 kararı, K.R.24., s.158; keza bak: Maud de Boer-Buquicchio, op-cit.

⁸⁹Tyrer davası, 25 Nisan 1978 kararı, seri A, sayı 26; Komisyon'un 14 Aralık 1976 raporu, 5856/72 kararı, seri B, sayı 24; keza bak: Vincent Berger, op-cit.

⁹⁰Sözü edilen Tyrer kararı, par.35.

⁹¹İbid. par.37-38.

⁹²Weeks davası, 2 Mayıs 1987 kararı, seri A, sayı 114, Komisyon'un 7 Aralık 1984 raporu.

⁹³Sözü edilen Weeks davası, par.47.

⁹⁴Bouamar davası, 29 Şubat 1988 kararı, seri A, sayı 144; 18 Temmuz 1986 raporu.

⁹⁵Sözü edilen Bouamar davası, par.50-52.

⁹⁶Nielsen davası, 28 Kasım 1988 kararı, seri A, sayı 144, 12 Mart 1987 raporu.

bir zapt teşkil etmediği kanısına vardı, zira, muhafaza hakkına sahip kişi böyle bir karar vermiş olsa da özgürlük kaldıran her türlü önlem Sözleşme tarafından öngörülmuş koşullarla mutabakat halinde olmalıdır⁹⁷.

Divan ise buna karşı, veli yetkisine asaleten sahip olmanın sınırsız hak vermeyeceği ve istismlara karşı tavır alması gerektiği görüşünü benimseyerek Nielsen'in zihinsel hastalıklardan ötürü zapt altına alınmadığına ve özgürlüğüne getirilen kısıtlamaların, oniki yaşında bir çocuğun normal ve olağan bir müdahaleden kaynaklanmadığına dikkati çekti. Suçlanmak suretiyle hastaneye kapatılmanın 5. maddesinin ruhuna göre özgürlüğün kaldırılması olmadığı sonucuna vardı, ancak, annenin velayet haklarını nez'etti⁹⁸. Bu karar, Komisyon görüşüne katılan yedi yargıcın muhalefet oylarına karşı alındı⁹⁹.

3- Üçüncü Kişilerin Etkilerine Karşı Küçüklerin Korunması

Üçüncü kişiler doğrudan etki ile olsun, haklarını kullanırlarken olsun bir çocuğun eza çekmesine sebebiyet verebilirler. Birinci halde Devlet küçüğe matlup olan himayeyi sağlamalıdır. İkincide onu korumak için üçüncü kişilerin haklarını kısıtlayabilir.

Hollanda'da onaltı yaşında özürü bir kız cinsel istismara maruz kalmıştı; ne var ki, Hollanda mevzuatındaki bir boşluk babasını onun namına başvuru yapmaktan alıkoymuyordu. Devletin olumlu yükümlülükleri ile ilgili bahisde değinilmiş olan bu olayda, Divan bir kişinin özel yaşamına iras edilen ağır zararların bir medeni hukuk prosedürü yerine ceza hukuku çerçevesinde takibe alınmasının daha yerinde olacağını düşündü. Kurbanın ceza mahkemesine müracaatla haklarını savunamayacağını göz önünde tutarak olayda 8. maddenin ihlali bulunduğu sonucuna vardı¹⁰⁰.

Handyside olayı Birleşik Krallık'ta "öğrencilerin istifadesi için kırmızı kitapçık" adındaki eserin yayıncısının mahkumiyet ve eserin toplanıp müsadere edilmesi ile ilgili idi. Divan bu önlemlerin Bay Handyside'in ifade özgürlüğüne müdahale teşkil ettiğini kabul etmekle birlikte sözkonusu kitabın en çok oniki ve onsekiz yaş arası çocuklar ve ergenlere hitabettiğine ve onları suç işlemeye ya da onlara

zararlı olabilecek eylemleri gerçekleştirmeye özendirilebileceğine de dikkati çekti¹⁰¹. Bu bakımdan, itiraz konusu kararlar ahlakın korunmasını öngörüyor ve Devlete ait olan takdir hakkı alanına giriyordu.

İsviçre'de cereyan eden ve herkese bir sanat gösterisi olarak sunulurken müstehcen olduğuna hükmedilerek el konan ve müsadere edilen bir tablonun sözkonusu olduğu bir olayda da Divan tarafından buna benzer bir karar alındı¹⁰².

4- Eğitim Hakkı

1 no.lu protokolün 2. maddesi eğitim hakkını tanımaktadır. Bu hüküm mevcut kamu öğrenim kurumlarına girme hakkına taalluk etmekte, ancak belirli bir konuda ya da kendi seçtiği dilde bir eğitim almak için özel bir hakkı içermemektedir. Sözü edilen hak hiç bir ayrımcılık göstermeden güvenceye alınmalıdır¹⁰³.

Bununla birlikte, öğrenim planı ve müfredat uygulaması, Danimarka'da ilkokullarda cinsel eğitim konusunda olduğu gibi öğrencilere toplumsal, felsefi ve dinsel konularda nesnel bilgiler verilmesini serbestçe belirleyebilecek akıt Devletin inhisari olarak yetkiindedir¹⁰⁴. Devlet suistimali önlemek için bu derslerin verilme biçimini denetim altına almaktadır.

Öğrenim kurumlarında disiplinin günlük uygulaması öğretim üyelerine düşmektedir, ama bunun da tüm eğitim sisteminin ayrılmaz bir ögesi olduğu nazara alınarak Devlet de bu konuda işlevler üstlenmiştir. İskoçyada'ki okullarda cismani cezalarla ilgili bir örnekte, Jeffrey Cosans, bedensel cezalandırılmasına kendisinin ve ebeveyninin rıza göstermemesi üzerine önce geçici sonra sürekli olarak okuldan tardedilmiştir. Her ne kadar Devlet eğitim hukukunu düzenleyebilir ise de bunu yaparken hakkın özüne zarar getiremez ya da Sözleşmenin güvenceye aldığı başka hakları zedeleyemez. Sözkonusu ihraç kararı çocuğun öğrenim hakkına olduğu kadar ona inançlarına uygun

⁹⁷Nielsen davasında Komisyon raporu, s.37-49; keza: M.de Boer-Buquicchio.

⁹⁸Sözü edilen Nielsen kararı, par.72-73.

⁹⁹Ibid. s.28-35.

¹⁰⁰Hollanda'ya /k. X ve Y kararı, 26 Mart 1985, seri A, sayı 91, s.13-14, par. 28-30.

¹⁰¹7 Aralık 1976 Handyside kararı, seri A, sayı 24.

¹⁰²24 Mayıs 1988 Müller ve diğerleri kararı, seri A, sayı 133.

¹⁰³"Belçika lisansı" davasında 24 Temmuz 1964 kararı, seri A, sayı 6.

¹⁰⁴7 Aralık 1976 Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen kararı, seri A, sayı23.

eğitim vermek isteyen ebeveynin hakkına karşı da bir kusur teşkil ediyordu¹⁰⁵.

SONUÇLAR

Bu raporda gerçekleştirilen analizden, evvel emirde, Strasbourg organlarının eğiliminin Sözleşme içeriğindeki terimlerin genişletilmiş bir yorumunun kabulü olduğu sonucu ortaya çıkıyor. Divan ve Komisyon "aile" kavramı ile ilgili olarak, sadece, Avrupa Konseyi ve üye Devletlerinin toplumlarının gelişmesini değil, genç suçluluğu ile savaşımında son kriminolojik anlayışları nazarı dikkate almaktadır.

Bu eğilim sadece evlilikle değil, doğal aile ile de yaratılmış liberal bir aile ve dolayısıyla liberal bir toplum görüşü getirmektedir. Bu konuda mutlak bir ayrımcılık yasaklaması, buna en fazla ihtiyacı olana genişletilmiş bir himaye getiriyor, zira yalın şekilde doğal bağlarla birleşmiş bazı kişilerin örneğinde olduğu gibi bunlar bazen yasal tanımadan ya da toplumsal himayeden yoksun kalıyorlar.

Genelde, Sözleşme mercileri yasal ya da doğal nesepten ileri gelen biyolojik bağlara, evlad edinmeden ya da bir koruyucu aile nezdine yerleştirilmeden doğan hukuksal ve duygusal ilişkilere kıyasla daha fazla üstünlük tanıyorlar. Bununla birlikte, çocuğun yararı öncelik taşıyor ve merciler, bazı hallerde, koruyucu ebeveyn ile oluşan yeni bağlar lehine önceki doğal ilişkinin kopması gereğini kabul ediyorlar.

Ancak, ilke olarak, çocuğun çıkarı aileninki ile mutabakat gösterecektir. Bu bakımdan, Divan, çeşitli vesilelerle, çocuğun bedensel ve moral bütünlüğünü ve esenliğini sağlamak amacıyla Devletin olumlu yükümlülüklerinin varlığını kabul etmiştir. Bu yükümlülükler Devletin aile yaşamına hepten müdahale yasağı ilkesi ile dengede yürütülür. Sözleşme mercileri bu yasağın mutlak olmadığı kanaatine vardılar; özellikle, muhaceretin denetlenmesi ya da suç işlenmesinin önlenmesi için Devlete belli bir takdir alanı tanıdılar.

Ancak, küçük çocuk kavramına gelince, genelde üye Devletlerin mevzuatı arasındaki farklılıklardan ileri gelen belli ölçüde bir tereddüt ortaya çıkmaktadır. Her Devlet medeni ve cezai rüşt kavramına farklı yorum getirebilmekte ve belirli rüşt yaşları saptayabilmektedir. Sözleşme mercileri ise her durumda onsekiz yaşındaki küçüklere ve keza onların ana-babalarına takviyeli bir himaye

tanıyorlar; özellikle, onların bedensel ve moral bütünlüklerine verilmiş zararlar için üçüncü kişilere karşı ceza kovuşturmasını haklı buluyorlar; keza, esenlikleri için ana-baba haklarının sınırlandırılmasını, hatta kaldırılmasını onaylıyorlar.

Ancak, suçluluk karşısında bu takviyeli himaye kaldırılıyor. Bazı üye Devletlerde genç suçlular bir hayli farklı biçimlerde muameleye tabi tutuluyorlar. Onlar için uygulanan ceza sistemi çocuk mahkemeleri ve nezaret ya da eğitim önlemleri kurumu içinde genel ceza kurallarının tatbiki ile yürütülüyor. Divan bu son sistemlerin liberal karakterini kabul etti, gene de bunların etkili olması ve işlerliğe konulabilmeleri için toplumun uygun araçları sunması gerekiyor. Buna mukabil, genel ceza kurallarının bazı uygulamaları, bunların, Sözleşmenin insanlık dışı ve aşağılayıcı cezaları yasaklayan 3. maddesine aykırılık teşkil edebildiği ya da aykırılık istidadı gösterebildiği hakkında kuşku duyan Divan'ın örtülü eleştirilerine maruz kalıyor.

Özetle, bazı tereddütlere karşı, Sözleşme organlarının küçük çocuklarla ilgili içtihatlarının toplumun gelişmelerini yansıttığı ve Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilen yeni uluslararası hukuksal belgeler değeri taşımaya başladığı söylenebilir. Dolayısıyla, aynı konudaki Avrupa hukuksal düzenlemelerine de bir hareket noktası teşkil edebilir.

¹⁰⁵25 Şubat 1982 Campbell ve Cosans kararı, seri A, sayı 48, par. 41.