

Jakupovic v. Austria Davası¹

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (3. daire)

G. Ress (Başkan), I. Cabral Barreto, L. Caflisch, P. Kuris, H. S. Greve, K. Traja, E. Steiner,
V. Berger (Yazı İşleri Müdürü)

Başvuru No: 36757/97

Karar tarihi: 16 Ocak 2003

Başvuru sahibi Elvis Jakupovic, 1979 yılında doğdu ve olayların olduğu zamanda Avusturya Vöcklabruck'ta yaşamaktadır. Şu an ise, Hırvatistan Banova Jaruga'da yaşamaktadır. Şubat 1991'de Başvurucu, 1985 doğumlu erkek kardeşi ile birlikte Avusturya'ya gelmiş ve orada daha önceden yaşıyor ve çalışıyor olan annesi ile birlikte kalmaya başlamıştır. Daha sonra annesi yeniden evlenmiştir. Başvurucu'nun ailesi, şu anda, annesi, üvey babası, erkek kardeşi ve 1993 ve 1995 doğumlu iki üvey kız kardeşden oluşmaktadır.

14 Ocak 1994'te Polis yetkilileri ev hırsızlığı şüphesi ile başvurucuya karşı suç şikayeti dosyası hazırladı. 14 Mart 1994'te Wels Bölge Mahkemesi (Landesgericht) geçici olarak ceza yargılamasını durdurdu ve başvurucunun mağdurların zararını tazmin etmesi kararı aldı. 11 Mayıs 1995'te Vöcklabruck Bölge Yönetim Yetkilisi, başvurucunun Nisan 1995'te elektrik şok yapan bir araçla bazı kişilere saldırdığı için Silah Kanunu (waffengesetz) uyarınca bu kişinin silah kullanımını yasakladı (waffenverbot). 31 Mayıs 1995'te Başvurucu, yaklaşık elli ev hırsızlığı yaptığı şüphesi ile tutuklandı. 28 Ağustos 1995'te Wels Bölge Mahkemesi, başvurucuyu ev hırsızlığından beş ay mahkum etti ve üç yıl tecil etti. Aynı gün başvurucu tutukluluğundan salıverildi.

28 Eylül 1995'te Vöcklabruck Bölge Yönetim Yetkilisi (Bezirkshaupmannschaft) başvurucu için on yıl ikamet yasağı getirdi. Yukarıdaki olaylar ve başvurucunun mahkumiyeti ile ilgili olarak, Avusturya'da daha fazla kalmasının kamu yararına aykırı olduğuna karar verdi. Bu müzakereler, Avusturya'daki aile bağlantılarına ağır basmadı. 16 Ekim 1995'te kendisine Counsel tarafından yardım yapılan başvurucu, bu karara itiraz etti. Sözleşme'nin 8. maddesi'ne dayanan başvurucu, diğerleri yanında, Bölge Yönetim Yetkilisi'nin kendinin özel ve aile durumlarını yeterli bir biçimde göz önünde bulundurmada başarısız olduğunu dile getirdi. 18 Aralık 1995'te başvurucu, Aralık 1995'te başka ev hırsızlığı yaptığı şüphesi ile tekrar tutuklandı. 26 Şubat 1996'da Wels Bölge Mahkemesi tekrar başvurucuyu ev hırsızlığından mahkum etti ve 10 hafta daha hapis cezası verdi ve bunu da üç sene tecil etti.

2 Mayıs 1996'da Avusturya Üst Kamu Güvenliği Otoritesi (Sicherheitsdirektion), başvurucunun Bölge Yönetim Yetkilisinin 28 Eylül 1995 tarihli kararına yaptığı itirazı reddetti. Başvurucu'nun aile durumu ile ilgili olarak, yetkili, başvurucunun annesi, erkek kardeşi, iki üvey kız kardeşinin Avusturya'da yaşıyor olduğuna dikkat çekti. Ancak, başvurucunun ciddi suçlu davranışı göz önünde bulundurulursa, ikamet yasağı getirilmesi kamu yararı noktasında gereklidir. 21 Haziran 1996'da başvurucu, ikamet yasağına karşı Anayasa Mahkemesi'ne (Verfassungsgerichtshof) şikayet başvurusunda bulunmuştur. 30 Eylül 1996'da Anayasa Mahkemesi kendi görev alanına girmediği gerekçesiyle davayı İdare Mahkemesi'ne (Verwaltungsgerichtshof) havale etmiştir. 9 Aralık 1996'da başvurucu, şikayetini İdare Mahkemesi'ne yapmış ancak 19 Şubat 1997'de başvuruyu

¹ Jakupovic v. Austria kararını İngilizce aslından tam ve özet çeviri yapan ve yorumlayan:
Yard. Doç. Dr. Fatih KARAOSMANOĞLU, Polis Akademisi Güvenlik Bilimleri Enstitüsü

reddetmiştir. Gerekçe olarak ta Mahkeme, yetkililerin ikamet yasağının kamu yararı açısından gerekli olduğu tespitinin yerinde olduğunu ve başvurucunun aile durumuna orantısız bir müdahale oluşturmadığını ortaya koymuştur. 4 Nisan 1997'de başvurucu, ülkeden çıkarılması düşüncesi ile gözaltına alınmış ve 9 Nisan 1997'de Sarayova'ya sınır dışı edilmiştir.

Başvurucu, kendisine konulan ikamet yasağının özel ve aile yaşamına saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürmektedir. Başvurucu, kendisine konulan ikamet yasağının, kendisinin işlediğine karar verilen suçların çocuk suçluluğunda ikinci derecede önemli eylemler olması bakımından, orantısız bir tedbir oluşturduğunu ve Avusturya yetkililerinin kendisinin özel ve aile durumunu yeterli bir biçimde müzakere etmediklerini ileri sürmüştür. Başvurucu, Nisan 1997'de sınır dışı edilmeden önce kendisinin Avusturya ile güçlü bağlantılar geliştirdiğini de ifade etmiştir. Bu süre zarfında, babası ile hiçbir bağlantı içinde olmazken, annesi ve kardeşleri ile birlikte yaşamıştır. En son babası ile 1988'de buluşmuş ve bundan sonra babası Bosna-Hersek'teki savaş sonrası kayıp kişi olarak rapor edilmiştir. Başvurucu, aynı zamanda, Nisan 1998'de oğlunu doğuran Bayan A. S. ile nişanlı olduğunu bildirmiştir.

Hükümet, ikamet yasağının başvurucunun özel ve aile yaşamına saygı hakkına müdahale oluşturduğunu kabul etmekle birlikte, söz konusu tedbirin, Yabancılar Kanununun ilgili hükümlerine uygunluk içinde olması ve kamu düzeninin sağlanması ve suçun önlenmesi meşru amacını takip etmesi bakımından, Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde haklı olduğunu ileri sürmektedir. Hükümet, ayrıca, bu tedbirin Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasının anlamı kapsamında demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ve Avusturya yetkililerinin bu kapsam dışına çıkan bir değerlendirme içinde olmadıklarını ileri sürmektedir. Hükümet, başvurucunun mahkumiyetlerinin ikamet yasağını haklı çıkardığını ileri sürmüştür.

Sonuçta Mahkeme,

1. Sözleşmenin 8. Maddesinin ihlali olduğuna, üçe karşı dört oyla karar vermiştir;
2. İhlal tespitinin kendisinin başvurucunun ileri sürdüğü manevi zararın telafisi bakımından yeterli olduğunu, oybirliği ile karar vermiştir;
3. a) Davalı devletin, Sözleşmenin 44. maddesi 2. fıkrası uyarınca kararın nihai hale gelmeye başlayacağı tarihten itibaren üç ay içinde, masraf ve harcamalar karşılığında 7,936.09 EUR'yu başvurucuya ödemesini,
b) Yukarıda bahsedilen üç aylık sürenin bitiminden ödeme yapılınca kadar geçen süre için de, Avrupa Merkez bankasının basit faiz oranının üç puan üzerinde yıllık oranda basit faizin ödenmesini, oybirliği ile kararlaştırmıştır.
4. Başvurucunun diğer fazla taleplerini oybirliği ile reddetmiştir.

Madde 8: Özel ve Aile yaşamına saygı hakkı

Mahkeme, bir yabancı bir ülkeye giriş yapıp yerleşmesi hakkının sözleşme tarafından güvence altına alınmadığını hatırlatmaktadır. Ancak bir kişinin, yakın aile üyelerinin yaşıyor olduğu bir ülkeden sınır dışı edilmesi, Sözleşme m. 8/1'de güvence altına alınan aile yaşamına saygı hakkının ihlalini oluşturabilir (18 Şubat 1991 tarihli Moustagum v. Belgium kararı, Series A no.193, s.18, p.36).

Özellikle uluslararası hukuk konusu olarak ve sözleşme yükümlülüklerine bağlılık içinde kişilerin haklarını uygulayarak kamu düzenini sağlama, yabancıların ülkeye giriş ve kalışlarını kontrol etme sözleşmeye taraf ülkelerin sorumluluğundadır. Bu amaçla, bu ülkeler suçlardan mahkum olan yabancıları sınır dışı yapma yetkisine sahiptirler. Ancak, bu konudaki kararlar, md. 8/1'de güvence altına alınan hakka müdahale oluşturabileceği sürece, demokratik toplumun gereklerine uygun olmalı, yani, zorlayıcı sosyal ihtiyaçlarla haklı ve gerekli olmalı ve özellikle, takip edilen meşru amaçla orantılı olmalıdır (19 Şubat 1998 tarihli Dalia v. Fransa Kararına bakınız, *Reports of Judgements and Decisions* 1998-1, s.91, p.52; 26 Eylül 1997 tarihli Mehemi v. Fransa kararı, *Reports* 1997-4, s.1971, p.34; Boulitif v. Switzerland, no: 54273/00, p.46, 2 Kasım 2001).

Bundan dolayı, Mahkeme, (16 yaşındaki) genç bir kişinin, yalnız başına, yaşam şartlarında olumsuz etkiler meydana getiren ve yakın akrabalar bırakmayan bir savaş yaşamış bir ülkeye sınır dışı edilmesinin haklılığı bakımından çok ağırlıklı nedenlerin ileri sürülmesinin zorunlu olduğunu düşünmektedir.

Mahkeme, sınır dışı edilmenin haklılığı konusunda asli unsur olan bu suç kaydının çok dikkatli incelemeye alınması gerektiğini düşünmektedir. Bu suç kaydı, ev hırsızlığından dolayı iki mahkumiyeti içermektedir. Mahkeme, Avusturya mahkemelerinin şartlı hapis cezası verdiği bu mahkumiyetlerin, bu suçlar şiddet unsurunu içermediğinden, özellikle ciddi ve ağır olarak düşünülebilmesi yönünde bir sonuca varamamıştır.

PROSEDÜR

1. Bu Dava, 8 Nisan 1997 tarihinde Bosna Hersek vatandaşı olan Elvis Jakupovic tarafından Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin (Sözleşme) 25. maddesi uyarınca, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu'na Avusturya Cumhuriyeti'ne karşı yapılan bir başvuruya (no:36757/97) dayanmaktadır.
2. Başvurucu, Avusturya Wels'de görev yapan bir avukat olan Bay F. Schwarzinger tarafından temsil edilmiştir. Avusturya Hükümeti (Hükümet), Federal Dışişleri Bakanlığı Uluslararası Hukuk Dairesi Başkanı Büyükelçi H. Winkler tarafından temsil edilmiştir.
3. Başvurucu, Avusturya yetkililerince kendisine konulan ikamet yasağının kendisinin özel ve aile yaşamı hakkını ihlal ettiği gerekçesi ile Sözleşmenin 8. maddesi'ne aykırılığın olduğunu ileri sürmüştür.
4. Başvuru, Sözleşme'ye Ek 11 No'lu Protokol'ün yürürlüğe girdiği 1 Kasım 1998 tarihinde Mahkeme'ye intikal ettirilmiştir (11. Protokol, md. 5/2).
5. Başvuru, Mahkeme'nin 3. Dairesi'ne tahsis edilmiştir (İçtüzük md. 52/1). Davaya bakacak bu daire (Sözleşme md. 27/1), İçtüzük md. 26/1 uyarınca oluşturulmuştur.
6. 15 Kasım 2001 tarihli kararı ile Mahkeme, başvurunun kısmen kabul edilebilir olduğunu açıklamıştır.
7. Ne başvuru ne de hükümet, esasa ilişkin başka delillerini ve yazılı görüşlerini sunmamışlardır. İlgili Daire, tarafların görüşünü aldıktan sonra, davanın esasına ilişkin bir duruşmanın yapılmasına gerek olmadığına karar vermiştir.

OLAYLAR

8. Başvurucu, 1979 yılında doğdu ve olayların olduğu zamanda Avusturya Vöcklabruck'ta yaşamaktadır. Şu an ise, Hırvatistan Banova Jaruga'da yaşamaktadır.

9. Şubat 1991'de Başvurucu, 1985 doğumlu erkek kardeşi ile birlikte Avusturya'ya gelmiş ve orada daha önceden yaşıyor ve çalışıyor olan annesi ile birlikte kalmaya başlamıştır. Daha sonra annesi yeniden evlenmiştir. Başvurucu'nun ailesi, şu anda, annesi, üvey babası, erkek kardeşi ve 1993 ve 1995 doğumlu iki üvey kız kardeşden oluşmaktadır.
10. 14 Ocak 1994'te Polis yetkilileri ev hırsızlığı şüphesi ile başvurucuya karşı suç şikayeti dosyası hazırladı. 14 Mart 1994'te Wels Bölge Mahkemesi (Landesgericht) geçici olarak ceza yargılamasını durdurdu ve başvurucunun mağdurların zararını tazmin etmesi kararı aldı. 11 Mayıs 1995'te Vöcklabruck Bölge Yönetim Yetkilisi, başvurucunun Nisan 1995'te elektrik şok yapan bir araçla bazı kişilere saldırdığı için Silah Kanunu (waffengesetz) uyarınca bu kişinin silah kullanımını yasakladı (waffenverbot). 31 Mayıs 1995'te Başvurucu, yaklaşık elli ev hırsızlığı yaptığı şüphesi ile tutuklandı.
11. 28 Ağustos 1995'te Wels Bölge Mahkemesi, başvurucuyu ev hırsızlığından beş ay mahkum etti ve üç yıl tecil etti. Aynı gün başvurucu tutukluluğundan salıverildi.
12. 28 Eylül 1995'te Vöcklabruck Bölge Yönetim Yetkilisi (Bezirkshauptmannschaft) başvurucu için on yıl ikamet yasağı getirdi. Yukarıdaki olaylar ve başvurucunun mahkumiyeti ile ilgili olarak, Avusturya'da daha fazla kalmasının kamu yararına aykırı olduğuna karar verdi. Bu müzakereler, Avusturya'daki aile bağlantılarına ağır basmadı. 16 Ekim 1995'te kendisine Counsel tarafından yardım yapılan başvurucu, bu karara itiraz etti. Sözleşme'nin 8. maddesi'ne dayanan başvurucu, diğerleri yanında, Bölge Yönetim Yetkilisi'nin kendinin özel ve aile durumlarını yeterli bir biçimde göz önünde bulundurmada başarısız olduğunu dile getirdi.
13. 18 Aralık 1995'te başvurucu, Aralık 1995'te başka ev hırsızlığı yaptığı şüphesi ile tekrar tutuklandı. 26 Şubat 1996'da Wels Bölge Mahkemesi tekrar başvurucuyu ev hırsızlığından mahkum etti ve 10 hafta daha hapis cezası verdi ve bunu da üç sene tecil etti.
14. 2 Mayıs 1996'da Avusturya Üst Kamu Güvenliği Otoritesi (Sicherheitsdirektion), başvurucunun Bölge Yönetim Yetkili'sinin 28 Eylül 1995 tarihli kararına yaptığı itirazı reddetti. Başvurucu'nun aile durumu ile ilgili olarak, yetkili, başvurucunun annesi, erkek kardeşi, iki üvey kız kardeşinin Avusturya'da yaşıyor olduğuna dikkat çekti. Ancak, başvurucunun ciddi suçlu davranışı göz önünde bulundurulursa, ikamet yasağı getirilmesi kamu yararı noktasında gereklidir.
15. 21 Haziran 1996'da başvurucu, ikamet yasağına karşı Anayasa Mahkemesi'ne (Verfassungsgerichtshof) şikayet başvurusunda bulunmuştur. 30 Eylül 1996'da Anayasa Mahkemesi kendi görev alanına girmediği gerekçesiyle davayı İdare Mahkemesi'ne (Verwaltungsgerichtshof) havale etmiştir.
16. 9 Aralık 1996'da başvurucu, şikayetini İdare Mahkemesi'ne yapmış ancak 19 Şubat 1997'de başvuruyu reddetmiştir. Gerekçe olarak ta Mahkeme, yetkililerin ikamet yasağının kamu yararı açısından gerekli olduğu tespitinin yerinde olduğunu ve başvurucunun aile durumuna orantısız bir müdahale oluşturmadığını ortaya koymuştur.
17. 4 Nisan 1997'de başvurucu, ülkeden çıkarılması düşüncesi ile gözaltına alınmış ve 9 Nisan 1997'de Sarayova'ya sınır dışı edilmiştir.

HUKUK

SÖZLEŞME'NİN 8. MADDESİNİN İHLAL İDDİASI

18. Başvurucu, kendisine konulan ikamet yasağının özel ve aile yaşamına saygı hakkını ihlal ettiğini ileri sürerek, Sözleşmenin 8. maddesindeki şu hükme dayanmıştır:
 1. Herkes kendi özel ve aile yaşamına saygı hakkına sahiptir.
 2. ...Kamu düzeninin sağlanması ve suçun önlenmesi gibi... hukuka uygunluk ve demokratik bir toplumun gereği dışında Kamu otoritesi tarafından bu hakka müdahale yapılamaz
19. Başvurucu, kendisine konulan ikamet yasağının, kendisinin işlediğine karar verilen suçların çocuk suçluluğunda ikinci derecede önemli eylemler olması bakımından, orantısız bir tedbir oluşturduğunu ve Avusturya yetkililerinin kendisinin özel ve aile durumunu yeterli bir biçimde müzakere etmediklerini ileri sürmüştür. Başvurucu, Nisan 1997'de sınır dışı edilmeden önce kendisinin Avusturya ile güçlü bağlantılar geliştirdiğini de ifade etmiştir. Bu süre zarfında, babası ile hiçbir bağlantı içinde olmazken, annesi ve kardeşleri ile birlikte yaşamıştır. En son babası ile 1988'de buluşmuş ve bundan sonra babası Bosna-Hersek'teki savaş sonrası kayıp kişi olarak rapor edilmiştir. Başvurucu, aynı zamanda, Nisan 1998'de oğlunu doğuran Bayan A. S. ile nişanlı olduğunu bildirmiştir.
20. Hükümet, ikamet yasağının başvurunun özel ve aile yaşamına saygı hakkına müdahale oluşturduğunu kabul etmekle birlikte, söz konusu tedbirin, Yabancılar Kanununun ilgili hükümlerine uygunluk içinde olması ve kamu düzeninin sağlanması ve suçun önlenmesi meşru amacını takip etmesi bakımından, Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrası çerçevesinde haklı olduğunu ileri sürmektedir. Hükümet, ayrıca, bu tedbirin Sözleşmenin 8. maddesinin 2. fıkrasının anlamı kapsamında demokratik bir toplumda gerekli olduğunu ve Avusturya yetkililerinin bu kapsam dışına çıkan bir değerlendirme içinde olmadıklarını ileri sürmektedir.
21. Hükümet, Başvurucunun mahkumiyetlerinin ikamet yasağını haklı çıkardığını ileri sürmüştür. Avusturya'da dört sene kaldıktan sonra 1995'te, ev hırsızlığından kendisi mahkum olmuş ve 1996'da tekrar bu suçtan mahkum olmuştur. Bundan başka, 1995'te, elektrik şoklu bir araçla bazı kişilere saldırmasından dolayı Başvurucu bakımından silah kullanımı yasağı getirilmiştir. Kamu düzeninin bu ciddi ihlalleri düşünülecek olursa, Avusturya yetkilileri, başvurunun ülkede daha fazla kalmasının kamu yararına aykırılık oluşturacağı biçiminde makul bir sonuca varabileceklerdir. Başvurucunun özel ve aile yaşamı ile ilgili olarak, Hükümet, başvurunun 11 yaşında Avusturya'ya annesi ile birlikte yaşamaya gelmiş olduğunu, kendi ülkesinin ana dilini konuşabildiğini bildirmiştir. Bundan dolayı, başvurunun Avusturya'da sahip olduğu gibi ülkesinde bir iş bulabilmesi beklenebilir.
22. Mahkeme, ikamet yasağının, Sözleşme md. 8/1'de güvence altına alınan özel ve aile yaşamına saygı hakkına müdahale oluşturmasının taraflar arasında ortak bir yön olduğunu tespit etmiştir. Ayrıca, müdahalenin hukuka uygunluk oluşturması ve md. 8/2 bağlamında kamu düzeninin sağlanması ve suçların önlenmesi gibi meşru bir amacı takip etmesi bakımından anlaşmazlığın olmadığı Mahkeme tarafından değerlendirilmektedir.
23. Bu davada anlaşmazlık, yapılan söz konusu müdahalenin demokratik toplumda gerekli olup olmadığı sorunu ile ilişkilidir.
24. Mahkeme, bir yabancıнын bir ülkeye giriş yapıp yerleşmesi hakkının sözleşme tarafından güvence altına alınmadığını hatırlatmaktadır. Ancak bir kişinin, yakın aile üyelerinin yaşıyor olduğu bir ülkeden sınır dışı edilmesi, Sözleşme m. 8/1'de güvence altına alınan aile yaşamına saygı hakkının ihlalini oluşturabilir (18 Şubat 1991 tarihli Moustagum v. Belgium kararı, Series A no.193, s.18, p.36).
25. Özellikle uluslararası hukuk konusu olarak ve sözleşme yükümlülüklerine bağlılık içinde kişilerin haklarını uygulayarak kamu düzenini sağlama, yabancıların ülkeye

giriş ve kalışlarını kontrol etme sözleşmeye taraf ülkelerin sorumluluğundadır. Bu amaçla, bu ülkeler suçlardan mahkum olan yabancıları sınır dışı yapma yetkisine sahiptirler. Ancak, bu konudaki kararlar, md. 8/1'de güvence altına alınan hakka müdahale oluşturabileceği sürece, demokratik toplumun gereklerine uygun olmalı, yani, zorlayıcı sosyal ihtiyaçlarla haklı ve gerekli olmalı ve özellikle, takip edilen meşru amaçla orantılı olmalıdır (19 Şubat 1998 tarihli Dalia v. Fransa Kararına bakınız, *Reports of Judgements and Decisions* 1998-1, s.91, p.52; 26 Eylül 1997 tarihli Mehemi v. Fransa kararı, *Reports* 1997-4, s.1971, p.34; Boutilif v. Switzerland, no: 54273/00, p.46, 2 Kasım 2001).

26. Bundan dolayı, Mahkeme'nin görevi, başvuruçunun ikamet izninin şartlar içinde yenilenmesinin reddedilmesinin, bir yanda, başvuruçunun özel ve aile yaşamına saygı hakkı ile, diğer yanda, kamu düzensizliği ve suçun önlenmesi menfaatleri arasında adil bir denge oluşturup oluşturmadığını araştırıp doğrusunu bulmaktır.
27. Mahkeme, başvuruçunun 1995 ve 1996 yılları arasında ev hırsızlığından iki defa on hafta ve beş aylık tecilli hapis cezasına mahkum olduğu gerekçesi ile Avusturya yetkililerinin on sene ikamet yasağı getirdiğini kayda geçirmiştir. Avusturya yetkilileri, işlenen bu suç nedeni ile ikamet yasağının kamu menfaati bakımından gerekli olduğunu ve başvuruçunun Avusturya'da kalma özel menfaatinin kamu menfaatine ağır basmadığını ifade etmektedir.
28. Mahkeme, sınır dışı edilme zamanında başvuruçunun uzun süreden beri-dört yıl-Avusturya'da bulunduğunu ileri sürmektedir. Ayrıca, bu kişinin durumu, on bir yaşında Avusturya'ya ulaşmış, kendi ülkesinde daha önce okula devam etmiş ve dolayısıyla kendi ülkesinin dil ve kültürüne bağımlı hale gelmiş olduğundan, ikinci jenerasyon göçmenlerin durumu ile karşılaştırılabilir değildi. Ancak, ikamet yasağı ciddi biçimde kişinin özel ve aile yaşamını alt üst etmiştir: Söz konusu kişi, annesi ve orada yeniden kurduğu ailesi ile birlikte olmak için erkek kardeşi ile birlikte Avusturya'ya gelmiş ve görüldüğü kadarıyla Bosna'da yakın bir akrabaya sahip değildir. Hükümet tarafından vurgu yapılan bir gerçek olarak Başvuruçunun babası Bosna'da kalmış olmakla birlikte, başvuruçunun babasını en son 1988'de gördüğünü ve bu ülkede savaşın sona ermesinden beri kayıp kişi olarak rapor edildiğini ifade etmiştir.
29. Bundan dolayı, Mahkeme, (16 yaşındaki) genç bir kişinin, yalnız başına, yaşam şartlarında olumsuz etkiler meydana getiren ve yakın akrabalar bırakmayan bir savaş yaşamış bir ülkeye sınır dışı edilmesinin haklılığı bakımından çok ağırlıklı nedenlerin ileri sürülmesinin zorunlu olduğunu düşünmektedir.
30. Hükümet, bu konuda, başvuruçunun suç kaydına dayanmaktadır. Mahkeme, sınır dışı edilmenin haklılığı konusunda asli unsur olan bu suç kaydının çok dikkatli incelemeye alınması gerektiğini düşünmektedir. Bu suç kaydı, ev hırsızlığından dolayı iki mahkumiyeti içermektedir. Mahkeme, Avusturya mahkemelerinin şartlı hapis cezası verdiği bu mahkumiyetlerin, bu suçlar şiddet unsurunu içermediğinden, özellikle ciddi ve ağır olarak düşünülebilmesi yönünde bir sonuca varamamıştır. Şiddet davranışına yönelik başvuruçunun eğilimini gösterebilen tek unsur, Mayıs 1995'te silah kullanımı yasağının getirilmesidir. Bu tedbirin ciddiliği hafife alınmamakla birlikte, şiddet eyleminden dolayı bir mahkumiyetle karşılaştırılmaz, ve başvuruçuya karşı bu yönde ithamların yapıldığına yönelik herhangi bir işaret ve delil yoktur.
31. Ancak Mahkeme, söz konusu menfaatlerin dengesini dikkate alırken, başvuruçunun Bayan A. S. ile ilişkisini ağırlıklı bir unsur olarak görmemektedir. Çünkü, başvuruçunun kendisine ikamet yasağı konulan Eylül 1995'ten önce bu ilişkiye girdiği ve, bu zamandan sonra, Avusturya'da daha fazla kalmasının hukuka aykırı olmasının farkına varmış olması gerektiğine yönelik herhangi bir ifadede bulunmamaktadır.

32. Yukarıdaki bütün unsurlar dikkate alındığında, Mahkeme, olaylar içinde ikamet yasağı getiren Avusturya yetkililerinin, ikamet yasağının gerekliliğini desteklemede gerekçelerin yeterli olarak ağırlıklı olmadığı için, Madde 8 kapsamında takdir çerçevesinin dışına çıktıklarını dile getirmektedir. Mahkeme, bundan dolayı, müdahalenin takip edilen amaçla orantılı olmadığı görüşündedir.
33. Bundan dolayı, Sözleşmenin 8. Maddesinin ihlali bulunmaktadır.

SÖZLEŞMENİN 41. MADDESİNİN UYGULANMASI

34. Sözleşmenin 41. maddesi şunu ifade eder: Eğer Mahkeme Sözleşme ve Protokollerinin bir ihlali olduğuna karar verir ve sözleşmeye taraf ülkelerin iç hukuku zararların kısmi telafisine imkan veriyorsa, Mahkeme, gerektiğinde, zarar gören tarafa hakkaniyete uygun adil bir karşılık verilmesine hükmeder.

A. Manevi zarar

35. Başvurucu, özel ve aile yaşamına saygı hakkı hakkının ihlali konusunda acı ve ızdırap çektiğini ileri sürerek 12,000 Euro (EUR) manevi tazminat talebinde bulunmaktadır.
36. Hükümet, başvurunun talebi konusunda herhangi bir yorumda bulunmamıştır.
37. Mahkeme, mevcut kararın iddia edilen manevi zararın tazmini bakımından yeterli olduğunu düşünmektedir (Mehemi kararına bakınız, op.cit., p.41).

B. İlgili Devlete Emir

38. Başvurucu, ikamet yasağının kaldırılması ve ikamet izninin verilmesi konusunda Mahkemenin Avusturya hükümetine emir vermesini istemektedir. Ancak, Mahkeme, madde 41 uyarınca sözleşme tarafı bir ülkeye böyle bir emir vermeye yetkili olmadığını tekrar etmektedir (13 Temmuz 1995 tarihli Nasri v. Fransa kararına bakınız, Series A no. 320-B, p.50; Mehemi Kararı, op.cit., p.43).

C. Masraf ve Harcamalar

39. Başvurucu, iç hukuk yargılamasında yapılan masraflar için 13,669.22 EUR talep etmektedir.
40. Hükümet, başvurunun bu talebine karşı her hangi bir şey söylememiştir.
41. Mahkeme, yargılama hukukuna göre, masrafların gerçekten gerekli bir biçimde yapıp yapılmadığını ve makul olup olmadığını gözden geçirmek durumunda olduğunu hatırlatmaktadır (Örnek olarak, Bladet Tromso ve Stensaas v. Norveç (GC), no.21980/93, ECHR 1999-3, p.80). Mahkeme, bu durumların ancak, ikamet yasağına ilişkin yargılamada ortaya çıkan masraflarla ilgili olarak ortaya çıkması gerektiğini düşünmektedir ki, başvuru, 4,220.98 EUR ileri sürmektedir. Sonuçta Mahkeme bu meblağa hükmetmektedir.
42. Başvurucu, ayrıca, Sözleşme hukukuna dayalı yargılama masrafı olarak 3,715.11 EUR talep etmektedir.
43. Hükümet, başvurunun talebi konusunda her hangi bir şey söylememiştir.
44. Mahkeme bu talebi makul bulmakta ve tamamen buna imkan vermektedir.

D. Gecikme Faizi

45. Mahkeme, gecikme faizinin Avrupa Merkez bankasının basit faiz oranının üç puan üzerinde yıllık oranda sabit uygulanması gerektiğini düşünmektedir.

BU NEDENLERDEN DOLAYI, MAHKEME

5. Sözleşmenin 8. Maddesinin ihlali olduğuna, üçe karşı dört oyla karar vermiştir;
6. İhlal tespitinin kendisinin başvurusunun ileri sürdüğü manevi zararın telafisi bakımından yeterli olduğunu, oybirliği ile karar vermiştir;
7. a) Davalı devletin, Sözleşmenin 44. maddesi 2. fıkrası uyarınca kararın nihai hale gelmeye başlayacağı tarihten itibaren üç ay içinde, masraf ve harcamalar karşılığında 7,936.09 EUR'yu başvurucuya ödemesini,

b) Yukarıda bahsedilen üç aylık sürenin bitiminden ödeme yapılınca kadar geçen süre için de, Avrupa Merkez bankasının basit faiz oranının üç puan üzerinde yıllık oranda basit faizin ödenmesini,

oybirliği ile kararlaştırmıştır.

8. Başvurucunun diğer fazla taleplerini oybirliği ile reddetmiştir.

Bu karar, Mahkeme İçtüzüğü md. 77/2 ve 3 uyarınca, 6 Şubat 2003 tarihinde İngilizce olarak kaleme alınmış ve yazılı olarak taraflara bildirilmiştir.

Vincent Berger George Ress

Yazı İşleri Müdürü

Sözleşme m. 45/2 ve İçtüzük m. 74/2 uyarınca, Yargıçlar Caflisch, Kuris ve Ress'in karşı düşünceleri bu karara ek olarak sunulmuştur.

G.R.

V.B.

YARGIÇLAR CAFLISCH, KURIS VE RESS'İN KARŞI DÜŞÜNCELERİ

Bu davada çoğunluğun görüşüne katılmıyoruz. Bir yanda, aile yaşamının merkezi Avusturya'da odaklandığından ve on sene ikamet yasağı bakımından uzun bir süre olduğundan, başvurucuya uygulanan tedbirin sert bir tedbir olduğu doğrudur. Diğer yanda, başvuru, kısa bir süreliğine (6 yıl) Avusturya'da yaşamıştır. Orada bütün yaşamını geçirmiş gibi olamaz. Bu kişi, geldiği ülkenin dilini konuşmaktadır ve belki, sınır dışı edilmesinden itibaren, bu ülkede yeniden var olma çabası sergilemektedir. Avusturyalı bir nişanlısının bulunması ve bu ilişki dışında bir oğlunun olmasının bu olgulardan sonra geldiği görülmektedir. Bütün bu durumlar, aksi durumda, özellikle başvurusunun nisbi olarak genç oluşu dikkate alındığında, orantısız görülebilecek bir tedbiri rölatif hale getirmektedir.

Ancak asli unsurun, 1995'te ikinci seri suçlardan mahkumiyet (karar, p.11) ve on yıl ikamet yasağı getirilmesi (ibid.,p.1) sonrası, başvurusunun tekrar mahkumiyetine yol açan seri şekilde ev hırsızlıklarını işlemiş olması görünmektedir (ibid., p.13). Bu durum, başvurusunun aldırış etmemesine ve misafir olarak yaşadığı ülkenin kurum ve hukuk kurallarına karşı gelmenin, ve ayrıca, bu ülkeye getirdiği bir tehlike delili olmaktadır. Bize göre, bu unsurlar, tedbirin oranlılığı konusunda bir kimsenin sahip olmuş olabileceği şüpheleri giderici nitelikte olmalıdır.

Bundan dolayı, 8. maddenin ihlalinin olmadığını görüyoruz.

YORUM

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, grup hakları olarak çocuk haklarına ilişkin spesifik düzenlemeler getirmemekle birlikte, Jakupoviç v. Avusturya kararını, çocuğun özel ve aile yaşamına saygı hakkı bağlamında verilen bir karar olarak ta görebiliriz. Çünkü, 1979 doğumlu olan başvurucu, kendisi hakkında Avusturya yetkilileri tarafından ikamet yasağı getirildiğinde (1995) daha henüz on altı yaşındadır. Birleşmiş Milletler Çocuk Hakları Sözleşmesi'ne göre ise, on sekiz yaşına kadar olan herkes çocuk sayılmaktadır.

Verilen karar üzerinde durulacak olursa, bir kere karşı düşüncede olan yargıçların olduğu ve salt çoğunlukla (üç yargıç) karar alındığı göz ardı edilmemelidir. Bu da gösterir ki, belki bu davada özünde şiddet içermeyen suç olarak ev hırsızlığı yapan oturma izinli yabancı çocuk için, temelde, kamu düzeninin korunması ve suçların önlenmesi gerekçesi ile ülkede ikamet yasağı getirilerek, çocuğun özel ve aile yaşamına saygı hakkının sınırlandırılmasının Avrupa İnsan hakları Sözleşmesi hukukuna aykırı olacağı düşüncesi hakim olmuştur.

Ancak, özel ve aile yaşamına saygı hakkının sahibinin çocuk değil, yetişkin kişiler olması yahut suç çeşidinin farklı olması, özellikle şiddet içeren bir suç işlenmiş olması durumunda acaba benzer karar alınabilecek midir? Kolaylıkla evet diyemiyorum