



COUR EUROPÉENNE DES DROITS DE L'HOMME EUROPEAN COURT OF HUMAN RIGHTS

© **Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012.** İşbu çeviri, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakıf Fonu'nun desteğiyle yapılmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Bu çeviri, Mahkeme'yi bağlamamaktadır. Daha fazla bilgi için, bu belgenin sonunda bulunan, telif haklarına ilişkin belgeyi okuyunuz.

© **Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012.** This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court. For further information see the full copyright indication at the end of this document.

© **Conseil de l'Europe/ Cour Européenne des Droits de l'Homme, 2012.** La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l'homme du Conseil de l'Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour. Pour plus de renseignements veuillez lire l'indication de copyrights/droits d'auteur à la fin du présent document.

AVRUPA İNSAN HAKLARI MAHKEMESİ

BİRİNCİ SEKSİYON

KİYUTIN/RUSYA DAVASI

(Başvuru no. 2700/10)

KARAR

STRAZBURG

10 Mart 2011

Kesinleşme tarihi

15/09/2011

Nihai karardır. Şekli düzeltmeler yapılabilir.

Kiyutin/Rusya davasında,

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Birinci Seksiyonu, aşağıdaki üyelerden oluşan dairede:

Nina Vajić, *Mahkeme Başkanı*,

Anatoly Kovler,

Christos Rozakis,

Peer Lorenzen,

Elisabeth Steiner,

Mirjana Lazarova Trajkovska,

Julia Laffranque Yargıçlar,

ve Søren Nielsen, *Yazı İşleri Müdürü*,

17 Şubat 2011 tarihinde, kapalı oturumda, aynı tarihte kabul edilmiş olan aşağıdaki kararı vermiştir:

USUL

1. Bu dava, Rusya Federasyonu'na karşı, Özbek vatandaşı olan Bay Viktor Viktorovich Kiyutin ('başvuran') tarafından, 18 Aralık 2009 tarihinde, İnsan Hakları ve Temel Özgürlüklerin Korunmasına İlişkin Sözleşme'nin ('Sözleşme'), 34. maddesi uyarınca, Mahkeme'ye sunulan, 2700/10 numaralı başvuru sonucu görülmektedir.

2. Mahkeme önünde, başvuran, Orel'de avukatlık yapmakta olan, Bayan L. Komolova tarafından temsil edilmiştir. Rus Hükümeti ise, Rusya Federasyonu'nun, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ndeki temsilcisi olan, Bay G. Matyushkin tarafından temsil edilmiştir.

3. Başvurusunda, başvuran, özellikle, Rusya'da oturma izni talep ettiğinde karşılaştığı ve sağlık durumuna dayanan bir ayrımcılığın mağduru olduğunu iddia etmektedir.

4. 5 Mayıs 2010'da, Mahkeme'nin Birinci Seksiyonu'nun başkanı, başvuruyu, Hükümet'e iletme kararı almıştır. Bununla birlikte, başvurunun kabul edilebilirliği ve esasının birlikte incelenmesine karar verilmiştir (Sözleşme'nin 29/1. maddesi).

5. Mahkeme Başkanı'nın, müdahil sıfatıyla davaya katılmasına izin vermiş olduğu (Sözleşme'nin, 36/2. maddesi ve İç Tüzük'ün 44/2. maddesi), Interights (The International Centre for the Legal Protection of Human Rights) yazılı görüş bildirmiştir.

OLAYLAR

I. DAVANIN KOŞULLARI

6. Başvuran, 1971 yılında Özbekistan Sovyet Sosyalist Cumhuriyeti'nde (Sovyetler Birliği) doğmuştur. SSCB'nin çöküşünden sonra, başvuran, Özbek vatandaşı olmuştur.

7. Ekim 2002'de, ilgilinin kardeşi, Lesnoi'da (Rusya Federasyonu, Orel bölgesi) bir ev ve ona bitişik bir arsa almıştır. 2003'te, başvuran, üvey kardeşi ve annesi, Lesnoi'ya yerleşmek üzere Özbekistan'dan ayrılmışlardır.

8. 18 Temmuz 2003'te, başvuran, bir Rus vatandaşıyla evlenmiş ve Ocak 2004'te bir kız çocukları olmuştur.

9. Aradan geçen süreçte, Ağustos 2003'te, başvuran, oturma izni başvurusunda bulunmuştur. Bu çerçevede, kendisinden istenen tıbbi inceleme sonucunda, HIV virüsü taşıyıcısı olduğu ortaya çıkmış ve bu nedenle oturma izni talebi reddedilmiştir. 13 Ekim 2004'te, Orel idare mahkemesi, itirazı kabil olmayan bir kararla, bu ret kararını onamıştır.

10. Nisan 2009'da, ilgili, yeniden geçici oturma izni talebinde bulunmuştur. 6 Mayıs 2009'da, Federal Göç Kurumu, başvuranın, Rusya'da, kanuna aykırı şekilde kaldığını, bu suçun, idari suçlar kanununun, 18.8/1. maddesiyle cezalandırıldığını tespit ederek, kendisine, 2.500 Rus rublesi, para cezası vermiştir.

11. 26 Haziran 2009'da verilen kararla, Orel bölgesi Federal Göç Kurumu, Yabancılar Kanunu'nun, HIV virüsü taşımadığını kanıtlayamayan yabancılara, oturma izni verilmesini yasaklayan, 7/1 13) maddesi uyarınca, ilgilinin, oturma izni talebini reddetmiştir. Federal Göç Kurumu'nun kararı, başvuranın, üç gün içinde, Rusya'yı terk etmesini yoksa sınır dışı edileceğini belirtmekteydi. İlgili, bu karara karşı dava açmıştır.

12. 13 Ağustos 2009'da, Severniy mahkemesi (Orel bölgesi), aşağıdaki şekilde kaleme alınan bir kararla, başvuranın davasını reddetmiştir:

'Bay V.V. Kiyutin, HIV taşıyıcısı olduğu için, Rusya Federasyonu'nda, kendisine oturma izni verilmesi talebinin reddi, hukuki olarak yerindedir'.

13. İlgili, Anayasa mahkemesinin, 12 Mayıs 2006 tarihli kararına (bkz. 24. paragraf) ve Birleşmiş Milletler'in, AİDS'in önlenmesine ilişkin belgelerine dayanarak, bu karara karşı istinaf yoluna başvurmuştur. 16 Eylül 2009'da, Orel Bölge Mahkemesi, başvuranın davasını, kısa gerekçeli bir kararla reddetmiştir.

14. 20 Ekim 2009'da, ilgili, Orel bölgesi AİDS Önleme Merkezi'nde, muayene edilmiştir. İlgilide, asemptomatik dönemde HIV, hepatit B ve Hepatit C virüsü tespit edilmiştir. Hayatını kurtarmak için, kendisine, yüksek etkili antiretroviral tedavi (TARHA) yazılmıştır.

15. 25 Kasım 2009'da, Orel İdare Mahkemesi, yargılamanın yenilenmesi davası açmayı reddetmiş ve davada, daha önce verilen kararların, aşağıdaki gerekçelerle haklı ve yerinde olduklarına karar vermiştir:

‘Yeniden yargılanma talebi bulunan başvurusunda, Bay Kiyutin, mahkemelerin, geçici oturma izni talebine ilişkin karar verirken, aile yaşamını ve sağlık durumunu dikkate almadıklarını ve böylelikle, 12 Mayıs 2006 tarihli Anayasa Mahkemesi kararını ihlal ettiklerine karar vermiştir. Bununla birlikte, bu şikâyet, söz konusu kararların iptal edilmesi için bir gerekçe oluşturmamaktadır.

Yabancı vatandaşların, Rusya Federasyonu'na girişleri ve kalmalarını düzenleyen kurallar, kanunun temsilcilerine ya da mahkemelere, HIV virüsü taşıyıcısı olan yabancılara oturma izni verilip verilmemesi gerektiğinin tespit edilmesi için, sağlık durumlarının ya da sağlık durumlarının klinik aşamasının dikkate alınmasını dayatmamaktadır.

HIV'li bir kişinin yapmış olduğu geçici oturma izni talebi hakkında karar vermesi gereken mahkemeler, zorunda olmaksızın, insani gerekçelerle, bazı özel koşulları dikkate alabilirler.

Bununla birlikte, Rusya'da oturma izni talebinde bulunan yabancılar, HIV'li olmadıklarına dair bir belge sunmalıdırlar. HIV'li olmaları durumunda, kanun, söz konusu iznin verilmesini yasaklamaktadır’.

II. MEVCUT İÇ HUKUK VE UYGULAMA

A. HIV'in Önlenmesine İlişkin Kanun (no. 38-FZ, 30 Mart 1995)

16. HIV'in Önlenmesine İlişkin Kanun'un başlangıç kısmı, aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

‘Yetersiz bağışıklık sistemi sendromuna bağlı olan HIV'in, dünyada çok yaygın olduğunu, Rusya Federasyonu için çok ciddi sosyoekonomik ve nüfussal sonuçları olduğu, bireysel, kamusal ve milli güvenlik ve insanlığın devamı için bir tehdit oluşturduğu ve halkın hakları ve meşru çıkarlarının korunmasını gerektirdiği kabul edilmektedir (...)'.

17. Kanun'un, 4/1. maddesi uyarınca, devlet, HIV virüsü taşıyan Rus vatandaşlarına, ücretsiz tıbbi yardım sağlamaktadır.

18. 11/2. madde, Rusya topraklarında bulunan ve HIV virüsü taşıyan, yabancı vatandaşlar ve vatansızların, sınır dışı edilmeleri gerektiğini öngörmektedir.

B. Yabancılar Kanunu (no. 115-FZ, 25 Temmuz 2002)

19. Yabancılar Kanunu'nun 5. maddesi, Rusya Federasyonu'na, vizesiz giriş yapma izni olan yabancı vatandaşların, 90 günü aşmayacak bir süreyle orada kalabileceklerini ve bu sürenin bitiminde, ülkeyi terk etmeleri gerektiğini öngörmektedir.

20. 6/3 4) ve 6.2). madde, eşi veya çocuğu Rus olan bir yabancının, Hükümet tarafından belirlenen mesleki kotalar kendisine karşı ileri sürülmeksizin, üç yıllık oturma izni alabileceğini öngörmektedir.

21. Kanun'un 6/8. maddesi ve 1 Kasım 2002 tarihli ve 789 no.lu Hükümet Kararı, yabancılar tarafından yapılan oturma izni taleplerine eklenmesi gereken belgelerin bir listesini öngörmektedir, bu listede, ilgililerin, HIV taşıyıcısı olmadıklarına dair doktor raporu bulunması gerektiği de yer almaktadır.

22. 7. madde, geçici oturma izni verilmesinin reddini haklı hale getiren ya da daha önceden verilmiş bir oturma izninin iptal edilebilmesi için gerekçeleri sıralamaktadır. Bu madde, özellikle, uyuşturucu bağımlısı yabancılara ve HIV taşıyıcısı olduğunu kanıtlayan bir belgesi bulunmayan yabancılara, oturma izni verilemeyeceğini öngörmektedir (paragraf 1 13)).

C. Yabancı Vatandaşlara Tıbbi Bakım Yapılması

23. Rusya topraklarında bulunan yabancı vatandaşlara tıbbi bakım yapılmasına ilişkin yönetmelik (546 no.lu ve 1 Eylül 2005 tarihli yönetmelik), sadece, acil tıbbi bakımın ücretsiz olarak yapılabileceğini öngörmektedir (paragraf 3). Diğer tıbbi bakımlar ücret karşılığında verilmektedir (paragraf 4).

D. Anayasa Mahkemesi'nin İçtihadı

24. 12 Mayıs 2006 tarihinde, Anayasa Mahkemesi, HIV taşıyıcısı bir Ukrayna vatandaşı olan ve Rusya'da, her ikisi de Rus vatandaşı olan, eşi ve kızıyla yaşamakta olan, Bay X. tarafından açılan davayı reddetmiştir (karar no. 155-O). Davasında, Bay X., HIV'in Önlenmesine İlişkin Kanun'un 11/2. maddesi ve Yabancılar Kanunu'nun 7/1 13) maddesinin, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına ve tıbbi destek alma hakkına saldırı oluşturduğunu öne sürmüştü ve bunların ayrımcı olduklarını eklemiştir.

25. Anayasa Mahkemesi, yasa koyucunun, HIV virüsü taşıyan yabancı vatandaşların geçici oturma haklarını, anayasal değerler ve özellikle de, kamu sağlığı açısından devletin korunma hakkını gözetenerek, söz konusu hükümlerin Anayasa'ya uygun olduklarına karar vermiştir (3.3. paragraf).

26. 27 Haziran 2001 tarihinde Birleşmiş Milletler tarafından kabul edilmiş olan HIV/AİDS Taahhüt Deklarasyonu, Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu'nun kararları ve HIV'e bağlı ayrımcılık yapılmasını

yasaklayan diğer uluslararası metinler ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, genel olarak yabancıların sınır dışı edilmesi ve HIV taşıyıcısı yabancıların sınır dışı edilmesine ilişkin içtihadına atıfta bulunarak ve hedeflenen anayasal amaçların gerçekleştirilmesi için alınan tedbirlerin orantılılığının altını çizen Anayasa Mahkemesi, aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır:

‘Aynı korumadan faydalanan, anayasal hükümler arasında ihtilaf olması halinde, kanun temsilcileri ve mahkemeler, HIV virüsü taşıyan bir kişinin, Rusya Federasyonu’nda, geçici oturma izni alıp alamayacağını tespit edilmesi için, insani gerekçelerle, bazı özel durumları dikkate alabilirler.

Sonuç olarak, HIV’in Önlenmesine İlişkin Kanun’un, 11/2. maddesi ve Yabancılar Kanunu’nun 7/13. maddesinin hükümleri, kanun temsilcileri ve mahkemelerin, ilgili kişinin, Rusya Federasyonu’ndan sınır dışı mı edilmesi gerektiğini yoksa Rusya topraklarında geçici oturma izni mi verilmesi gerektiğini tespit ederken, insani gerekçelerle, HIV virüsü taşıyan yabancı bir vatandaşın ya da bir vatansızın, ailevi durumunu ya da başka çıkarılara ilişkin istisnai koşulları dikkate almalarını yasaklamamaktadır. Her halükarda, bu kişi, HIV’in yayılmasını sınırlamak için kanunun dayattığı, önleyici tedbirlere saygı göstermekle yükümlüdür.’ (paragraf 4.2)

E. Ceza Kanunu

27. Ceza kanununun, 122. maddesi, bilinçli şekilde, HIV virüsünü başkasına bulaştırmanın ya da başkasını, HIV virüsünü kapmaya açık hale getirme fiilinin, bir yıla kadar hapisle cezalandırılabilceğini öngörmektedir.

III. MEVCUT ULUSLARARASI BEGELER

28. Birleşmiş Milletler Genel Kurulu’nun, 27 Haziran 2001 tarihinde kabul ettiği, HIV/AIDS Taahhüt Deklarasyonu’nun (Karar no. S-26/2), ilgili kısımları aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır:

« 1. (...) için bir araya gelen, Devlet ve Hükümet başkanları ve Devlet ve Hükümet temsilcileri olan bizler, (...) her yönü ile HIV/AIDS sorununu acil olarak yeniden gözden geçirmek ve tespit etmek, ve aynı zamanda ulusal, bölgesel ve uluslararası düzeyde hastalıkla kapsamlı bir biçimde mücadele etmek üzere çabaları daha koordineli ve güçlendirilmiş olarak küresel bir taahhüt şeklinde ortaya koymak amacıyla toplanmış bulunmaktayız

13. Damgalama, sessizlik, ayrımcılık, inkar ve güven eksikliğinin, önleme, bakım ve tedavi çabalarına engel olduğunu, ve salgının bireyler, aileler, topluluklar ve uluslar üzerindeki etkisini artırdığını ve bunların çözülmesi gerektiğini not etmiş bulunmaktayız. (...)

16. İnsan hakları ve temel özgürlüklerin herkes için tam olarak gerçekleştirilmesinin, önleme, bakım, destek ve tedavi alanları da dahil, HIV/AIDS salgınına gösterilecek küresel tepkide önemli bir unsur olduğunu ve HIV/AIDS hastalığı ya da riskiyle yaşayan insanlara karşı yapılan damgalama ve buna bağlı

ayrımcılığı önlediğini ve HIV/AIDS'e karşı korunmasızlığı azalttığını kabul etmekteyiz. (...)

31. HIV/AIDS kapmış ya da bu hastalıktan etkilenmiş insanların ailelerinin, önleme, bakım, destek ve tedavide oynadıkları anahtar rolü teyit etmekte ve farklı kültürel, sosyal ve politik sistemlerde çeşitli aile yapılarının bulunduğunu aklımızda tutmaktayız. (...)

HIV/AIDS ve İnsan Hakları

58. 2003 yılına kadar, HIV/AIDS'le yaşayan insanlara ve korunmasız grup üyelerine karşı her türlü ayrımcılığı ortadan kaldırmak ve bu insanların tüm insan hakları ve temel özgürlüklerden ve özellikle de eğitim, veraset, iş, sağlık bakımı, sosyal ve sağlık hizmetleri, önleme, destek ve tedavi, bilgilendirme ve yasal korunmadan yararlanmalarını sağlamak için gerekli olan mevzuat, yönetmelik ya da önlemleri yürürlüğe koymak, güçlendirmek ya da uygulamak ve bunları yaparken söz konusu insanların mahremiyetlerine saygılı olmak ve salgınla ilgili damgalama ve sosyal dışlamayla mücadele etmek için stratejiler geliştirmek (...)

29. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komisyonu, 1995/44 sayılı ve 3 Mart 1995 tarihli 53. seansta kabul edilen Karar'ında ('Bağışıklık sistemi yetersizliği virüsü bulunan (HIV) ya da yetersiz bağışıklık sistemi sendromu (AIDS) bulunan kişilerin, temel haklarının korunması'), ilk defa, HIV/AIDS'e bağlı, ayrımcılık ve karalamayı kınamıştır. Bu metnin, ilgili hükümleri aşağıdaki gibidir:

' 1. HIV virüsü kapmış ya da AIDS' yakalanmış kişilerin, gerçek veya farazi durumlarına dayanarak ayrımcılık yapılmasının, insan haklarına ilişkin, mevcut uluslararası kurallarla yasaklanmış olduğunu ve insan haklarıyla ilgili uluslararası metinlerde bulunan ayrımcılığı yasaklayan hükümlerdeki, 'herhangi başka bir durum' ifadesinin, sağlık alanında, özellikle de HIV ve AIDS'le ilgili durum olarak yorumlanması gerektiği teyit edilmektedir;

2. Tüm devletler, HIV'le ve AIDS'le mücadele kapsamında kabul edilmiş olan tüm kanunlarının, politika ve uygulamalarının, özel yaşamın ve HIV ya da AIDS'e yakalanmış olan kişilerin bütünlüklerinin korunması hakkı da dahil olmak üzere, insan haklarına ilişkin kurallara riayet etmeleri ve HIV ve AIDS'e ilişkin ayrımcılık yapılmasını yasaklamaları ve HIV ve AIDS'in önlenmesine ilişkin ve HIV ya da AIDS'e yakalanan kişilere uygulanan tedavi programlarının yürütülmesine engel olmayacaklarını taahhüt etmektedirler (...).

Komisyon, HIV/AIDS'e ilişkin olarak yapılan ayrımcılığı, 21 Nisan 2005 tarihinde yapılan 61. seansta kabul edilen 2005/84 sayılı Karar'ında, tekrar kınamıştır.

30. Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 2/2. maddesine göre, 'Bu Sözleşme'ye Taraf Devletler, bu Sözleşme'de belirtilen hakların ırk, renk, cinsiyet, dil, din, siyasal ya da başka fikir, ulusal ya da toplumsal köken, mülkiyet, doğum ya da başka bir statü bakımından herhangi bir ayrım gözetilmeksizin uygulanmasını taahhüt ederler'. Ayrımcılık yapılmamasına ilişkin Genel Gözlemi'nde (no.20, 2009), Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komisyonu, Sözleşme'nin,

2/2. maddesinde belirtilen, ‘her farklı durum’ kategorisinin, özellikle de HIV virüsü taşıyıcılığı olmak üzere, sağlık durumunu kapsadığını açıkça beyan etmiştir:

‘33. Sağlık durumu, bir kişinin, fiziksel ya da ruhsal sağlığını kapsamaktadır. Taraf devletler, gerçek ya da farazi sağlık durumunun, Sözleşme’nin güvence altına aldığı hakların gerçekleştirilmesine engel oluşturmamasına dikkat etmelidirler. Kamu sağlığının korunması, devletler tarafından, sıkça, bir kişinin sağlık durumu nedeniyle, insan haklarının kısıtlanmasına gerekçe olarak gösterilmektedir. Oysa örneğin, HIV taşıyıcılığının, eğitime, işe, tıbbi tedavilere, seyahatlere, sosyal güvenliğe, lojman ve sığınma konularına erişimin kısıtlanmasına bir gerekçe olarak sunulduğunda olduğu gibi, bu kısıtlamaların birçoğu, ayrımcıdır (...)’.

31. Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi (‘APCE’), HIV/AİDS sorununu, bir takım metinlerde, incelemiştir. 1116 (1989) no.lu ve AİDS ve İnsan Haklarına İlişkin Tavsiye Karar’ında, Parlamenter Meclis, aşağıdaki ifadeleri kullanmıştır:

‘ 3. Avrupa Konseyi, 1983’ten beri, önlemeyle ilgilenmişse de, etik unsurların üzerinden geçilmiştir;

4. İnsan hakları ve temel özgürlüklerin, AİDS’in neden olduğu korkuyla, tehlikeye atılmamasının sağlanmasının esas olduğu kanaatinde olan ve

5. Özellikle de, HIV virüsü taşıyıcısı kişilerin ya da bazı hastalıkları olan kişilere yapılan ayrımcılıktan endişeli olan AKPM;

(...)

8. Bakanlar Komitesi’ni:

A. İnsan Hakları Yönetici Komitesi’ni, ya sağlık gerekçesini, yasaklanan ayrımcılık gerekçelerinin arasına koyarak ya da kanun önünde eşit muameleye ilişkin genel bir hüküm hazırlayarak, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesindeki, ayrımcılık yapılmaması hükmünün güçlendirilmesine öncelik vermekle görevli kılmayı (...) ; ve

D. Avrupa Konseyi’ne üye devletleri;

(...)

3. sadece, ilgilinin, HIV virüsü taşıması ya da AİDS’e yakalanmış olması nedeniyle, sığınma taleplerinin reddetmemeye, davet etmektedir’.

1536 (2007) sayılı Karar’ında, APCE, HIV/AİDS’li tüm kişilere karşı ayrımcılık yapılmasıyla mücadele etmeye ilişkin taahhüdünü yinelemiştir:

‘HIV/AİDS salgınının, hem tıbbi, hem de sosyal ve ekonomik bir acil durum arz ettiğinin altını çizen, Meclis, Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin Parlamentoları ve hükümetlerini, aşağıdaki hükümleri dikkate almaya davet etmektedir :

9.1. Tüm kanun, politika ve uygulamalarının, HIV/AIDS çerçevesinde, insan haklarına ve özellikle de, eğitim, iş, özel hayata saygı duyulması, korunma ve önlemeye, tıbbi bakım ve desteğe erişim konularına saygı göstermelerine;

9.2. HIV/AIDS'le yaşayan kişileri, hem kamu sektöründe hem de özel sektörde, ayrımcılığa karşı korumaya (...)':

32. 3 Mayıs 2008'de yürürlüğe girmiş olan ve Rusya'nın imzaladığı fakat onaylamamış olduğu, Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşme'nin ilgili hükümleri aşağıdaki şekildedir:

Madde 5 – Ayrımcılık Yapılmaması ve Eşitlik

'2. Taraf Devletler engelliliğe dayalı her türlü ayrımcılığı yasaklar ve engellilerin herhangi bir nedene dayalı ayrımcılığa karşı eşit ve etkin bir şekilde korunmasını güvence altına alır. (...)'

Madde 18 – Seyahat Özgürlüğü ve Uyrakluk

'1. Taraf Devletler engellilerin diğer bireylerle eşit koşullar altında seyahat ve yerleşim yerini seçme özgürlüğüne ve uyrakluk hakkına sahip olduğunu kabul eder ve engellilerin aşağıdaki haklarını sağlar:

(...)

b) Kişinin engelli olması nedeniyle uyrakluğuna veya kimliğine ilişkin diğer belgeleri elde etme, bu belgelere sahip olma ve bu belgeleri kullanma veya seyahat özgürlüğünden yararlanmasını sağlamak için gerekli olabilecek göçmenlik işlemleri gibi süreçleri yürütme olanağından mahrum bırakılmaması;

(...)'

Article 23 – Hane ve Aile Hayatına Saygı

1. Taraf Devletler evlilik, aile, ebeveynlik ve özel ilişkilere dair meselelerde engellilere karşı ayrımcılığı ortadan kaldırmak için uygun tedbirleri etkin bir şekilde ve engellilerin diğer bireylerle eşit olduğunu gözeterek alır. Bu çerçevede aşağıda belirtilenler sağlanmalıdır: (...)'.
'

33. Seyahatların HIV'e ilişkin olarak kısıtlanmasıyla ilgili olarak Haziran 2004'te kabul edilmiş olan, BM AIDS ve IMO Deklarasyonu (HIV/AIDS/Uluslararası Göç Örgütü Ortak Programı), özellikle aşağıdaki tavsiyeleri içermektedir:

[Yazı İşleri'nin çevirisi]

' 1. HIV/AIDS, seyahatler çerçevesinde, kamu sağlığı için bir tehdit olarak görülmemelidir çünkü bulaşıcı olmasına rağmen, HIV/AIDS, bir ülkede, sadece, bu virüsü taşıyan kişilerin bulunmasıyla ya da basit temasla (hava yoluyla ya da yemek ve su gibi şeylerle) geçmez. HIV, neredeyse her zaman özel alandaki davranışlarla bulaşır. Önlenmesi, bu anlamda, isteğe bağlı fiiller gerektirmektedir ve zorlanamaz.

Kısıtlayıcı tedbirler, kamu sağlığı çıkarlarına karşı olabilirler çünkü vatandaş olmayan ve HIV virüsü taşıyan kişilerin devre dışı bırakılması, HIV ve AIDS'li kişilerin kınanması ve onlara karşı ayrımcılık yapılmasına katkıda bulunmaktadır ve vatandaşları ve vatandaş olmayanların, HIV önleme ve tedavi merkezlerine başvurmalarına mani olma riski taşımaktadır. Bununla birlikte, vatandaş olmayan ve HIV virüsü ile yaşayanlar hakkındaki kısıtlamalar, halka, HIV/AIDS'in çözümü, kamu sağlığı alanında ve diğer önleme metodlarına ilişkin aktif bir eğitimden ziyade sınırda yapılan kontrollerde bulunabilecek olan, 'dış' bir sorun olduğuna dair yanlış bir izlenim verebilir.

(...)

3. HIV/AIDS bulaşması da dahil olmak üzere, sağlık gerekçelerine dayanan, giriş çıkışlara ilişkin kısıtlamaların uygulanması, özellikle de ayrımcılık yasağı ve mültecilerin ülkeden atılmaması, özel yaşam hakkı, ailenin korunması, göçmenlerin haklarının korunması ve çocuğun üstün çıkarlarının korunması gibi insan haklarından kaynaklanan yükümlülükler riayet etmelidir. Bunun yanı sıra, insani zorunluluklar da gerektiği gibi dikkate alınmalıdır.

4. Bir kişinin sağlık durumuna ilişkin olarak seyahate getirilen kısıtlamalar yalnızca bu kişinin dinlenmesinden sonra dayatılabilir. İlgili kişi, hakkında alınan, ülkede bulunma ya da kalmasına ilişkin yasaktan, yazılı ve sözlü olarak haberdar edilmelidir.

5. Benzer sağlık sorunları, HIV'e yakalanan kişilerin, maliyet bakımından oluşturdukları yükü aynı muameleyi görmelidir. HIV/AIDS'le yaşayan ve ülkeye kısa ya da uzun süreli olarak girmek isteyen kişilerin talepleri, mali gerekçelerle reddedilmemelidir.

6. Bir kişinin, sağlık durumunun gerektirdiği tıbbi tedavi ve sosyal yardımın potansiyel maliyeti nedeniyle kabul edilmemesi, sadece, her durumun bireysel olarak incelenmesinden ve ilgili kişinin, tıbbi tedaviye ve sosyal yardıma ihtiyacı olduğunun, yakın bir gelecekte, bunlara başvuru yapabileceğinin, söz konusu maliyetlere karşı koymak için gerekli imkânları olmadığının (mesleki ya da özel sigorta, şahsi kaynaklar ya da bir topluluk tarafından sağlanan yardım gibi) ve bu maliyetlerin, yüksek avantajlara telafi edilmediğinin (özel yetki ya da bağışlar, iş pazarına katkı, vergi ödenmesi, kültürel farklılıklara katkı, iş yaratma ya da gelir üretme kapasitesi) kanıtlanması durumunda mümkün olur.

7. HIV/AIDS'li bir kişinin, muhtemel sınır dışı edilmesi, özellikle, adil yargılanma hakkı ve sınır dışı kararına itiraz edilebilmesi için uygun başvuru yollarının bulunmasına ilişkin uluslararası hukuki yükümlülüklerle uyumlu olmalıdır. İlgili kişinin, ülkede kalmasına izin verilmesi için, kaçınılmaz insani gerekçeler dikkate alınmalıdır (...).

34. BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği tarafından yayınlanan, HIV/AIDS ve insan haklarına ilişkin uluslararası direktifler (2006 versiyonu), aşağıdaki ifadeleri içermektedir:

' 102. İnsan haklarına ilişkin ve devletlerin, HIV'e karşı eylemlerinin etkili olması için gereken temel prensipler, değişik uluslararası enstrümanlarda belirtilmiştir (...). HIV ve AIDS çerçevesindeki insan haklarından, özellikle aşağıdakiler belirtilmelidir:

- Ayrımcılık yapılmaması hakkı, eşit koruma sağlanması ve kanun önünde eşitlik hakkı

(...)

- Serbest dolaşım hakkı

(...)

104. Uluslararası insan hakları hukuku çerçevesinde, devletler, bazı belirgin durumlarda, bazı hakların kullanılmasına ilişkin olarak ve kısıtlamaların da, kamu sağlığı, başkalarının hakları, ahlak, kamu düzeni, demokratik bir ülkede refah ve milli güvenlik gibi diğerlerinden daha üstün olan amaçlara ulaşılması için gerekli olması halinde, uygulanabilir (...)

105. Kamu sağlığı, HIV kapsamında, insan haklarına kısıtlama uygulayan devletlerin en çok ileri sürdükleri gerekçedir. Bununla birlikte, bu kısıtlamaların çoğunluğu, ayrımcılık yapılmaması prensibine aykırılık oluşturmaktadır: bu, örneğin, HIV virüsünün bulaşmasının, eğitim, iş, tedavi, seyahat, sosyal güvenlik, lojman ve sığınma hakkına erişim konularında yapılan farklı muameleye gerekçe olarak kullanılması durumlarında söz konusu olmaktadır (...)

127. Kamu sağlığı iddiası, HIV bulaşması gerekçesiyle, seyahat özgürlüğünün ya da ikametgâhını seçme özgürlüğünün kısıtlanmasını haklı çıkaramaz. Yürürlükteki, Uluslararası Sağlık Yönetmelik'ine göre, uluslararası seyahat için aşı karnesinin talep edildiği tek hastalık, sarı ateş hastalığıdır (dipnot kaldırılmıştır). Bu haklara getirilen ve sadece, uluslararası seyahat eden kişilerde HIV tespit edilmesi de dahil olmak üzere, gerçek ya da şüphelenilen HIV enfeksiyonuna dayanan her türlü kısıtlama, ayrımcıdır ve kamu sağlığı gerekçesiyle haklı çıkarılamaz.

128. Devletler, HIV'li kişilere, bunların, neden olacakları masraflar nedeniyle, uzun süreli oturma izni verilmesini yasaklasalar da, bu uygulamayı, benzer durumlarla karşılaştırdıklarında, sadece, HIV enfeksiyonu için yapmamalıdır ve bu masrafların, sadece oturma izni talep eden bir yabancı söz konusu olması durumunda da geçerli olacağını kabul etmelidirler. Bir ülkeye kabul edilme taleplerinin incelenmesinde, aile birleşmesi ve sığınma sağlama gerekliliği gibi insani mülahazalar, ekonomik mülahazalardan üstün kılınmalıdır.'

35. 2008'de, BM AIDS'in davetiyle toplanan, Uluslararası Düşünce Birimi'nin, HIV nedeniyle seyahatlerin kısıtlanmasına ilişkin raporu, aşağıdaki sonuçları içermektedir:

'Düşünce Birimi, bir ülkeye giriş, kalma ve ikamet etmeye ilişkin olarak, HIV nedeniyle yapılan sınırlamaların ayrımcı olduklarını, kamu sağlığını korumadıklarını ve kamu fonlarına yük oluşturabilecek kişileri rasyonel şekilde tespit etmediklerini teyit etmektedir. Daha özel olarak, Birim, aşağıdaki sonuçlara ulaşmıştır:

- Hiçbir şey, HIV nedeniyle ülkeye giriş, kalma ve ikamet etmeye getirilen kısıtlamaların, kamu sağlığını koruduğunu göstermemektedir; bu kısıtlamalar, daha ziyade, bu yöndeki çabaları baltalamaktadır.

– Özellikle, bezer hastalıkların aksine, HIV’i hedef alan ya da/ ve de, sadece HIV statüsüne dayanan ve ülkeye giriş, kalma ve ikamet etmeye ilişkin kısıtlamalar, ayrımcıdırlar.

– HIV’li kişilerin, muhtemel muayene ve tıbbi destek masraflarını önlemek için bir ülkeye kabul edilmeme ya da sınır dışı edilmeleri, ortaya çıkabilecek masrafların tek tek değerlendirilmesi üzerinde kurulu olmalıdır, özellikle HIV’i hedef almamalıdır ve insan hakları ve insani zorunlulukları dikkate alınmalıdır.’

IV. KARŞILAŞTIRMALI VERİLER

36. Mayıs 2009’da, BM AIDS’in (HIV/AIDS’e ilişkin BM Ortak Programı), ‘HIV’li kişilere uygulanan ülkeye giriş, kalma ve ikametlerine ilişkin kısıtlamalarla ilgili harita’ adı altında yaptığı çalışmanın, 2010 yılında güncellenmiş haline, internet sitesinden ulaşılabilir.

37. Bu çalışmaya göre, yedi tanesi Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin oluşturduğu, 124 ülke, toprak ve alan, HIV taşıyıcısı olan kişilerin, ülkeye girişine, kalmasına ve ikamet etmesine ilişkin hiçbir kısıtlama getirmemektedirler.

38. Avrupa Konseyi’ne üye devletlerin hiç biri, HIV virüsü taşıyan kişilere, vize ya da kısa süreli oturma izni verilmesini reddetmemektedir. Ermenistan, Moldova Cumhuriyeti ve Rusya’dan oluşan üç devlet, HIV taşıyıcısı olan kişilerin sınır dışı edilmelerini öngörmektedir. Bu devletler ve diğer üç devlet (Andora, Kıbrıs ve Slovakya), oturma izni başvurusu yapanların, HIV virüsü taşımadıklarını kanıtlamalarını zorunlu kılmaktadır. Litvanya ise, oturma izni talep edenleri, ‘kamu sağlığı için bir tehdit oluşturan bir hastalıkları bulunup bulunmadığını’ belirtmeye davet etmektedir.

HUKUK

I. SÖZLEŞME’NİN 14. MADDESİNİN 8. MADDEYLE BİRLİKTE İHLAL EDİLDİĞİ İDDİASI

39. Sözleşme’nin 8.13.14 ve 15. maddelerini öne süren başvuran, Rusya’da oturma izni talebinin resmi makamlar tarafından reddedilmesinin, kamu sağlığının korunmasına ilişkin meşru amaçla orantılı olmadığını ve ailesiyle birlikte yaşama hakkına saldırı oluşturduğunu öne sürmektedir. Mahkeme, başvurunun ortaya çıkardığı temel sorunun, oturma izni talep eden ilgilinin, sağlık durumu nedeniyle maruz kaldığı, muamele farkı olduğunu tespit etmektedir. Mevcut olayın koşullarını dikkate alarak ve davanın olaylarının, hukuki olarak nitelendirilmesini konusunda otorite

olduğu düşüncesiyle (*Guerra ve diğerleri/İtalya*, 19 Şubat 1998, paragraf 44, *Karar ve Davalar* 1998-I) hareket eden Mahkeme, başvuranın şikâyetlerini, Sözleşme'nin 14. maddesi ve 8. maddesiyle birlikte incelenmeleri gerektiği kanaatindedir (bkz karşılaştırmalı olarak, *Abdulaziz, Cabales et Balkandali/Birleşik Krallık*, 28 Mayıs 1985, paragraf 70, seri A no. 94). Söz konusu hükümler, aşağıdaki şekilde kaleme alınmıştır :

Madde 8

'1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.

2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu otoritesinin müdahalesi, ancak ulusal güvenlik, kamu emniyeti, ülkenin ekonomik refahı, dirlik ve düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için, demokratik bir toplumda, zorunlu olan ölçüde ve yasayla öngörülmüş olmak koşuluyla söz konusu olabilir.'

Madde14

' Bu Sözleşmede tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya sosyal köken, ulusal bir azınlığa mensupluk, servet, doğum veya herhangi başka bir durum bakımından hiçbir ayırimcılık yapılmadan sağlanır.'

A. Tarafların İddiaları

1. Hükümetin İddiaları

40. Hükümet, başvuranın, aile bağları ve sağlık durumu nedeniyle sınır dışı edilmemiş olduğunu ve halen Orel bölgesinde yaşadığını öne sürmektedir. Hükümet, söz konusu oturma izninin verilmesinin reddedilmesinin, ilgilinin, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına müdahale oluşturmadığını ve her halükarda, söz konusu müdahalenin, Yabancılar Kanunu'nun 7/1 13) maddesinde öngörülmesi nedeniyle, yasal bir dayanağı bulunduğunu iddia etmektedir. Hükümet, oturma izni verilmesi talebinin reddedilmesinin, Rus makamların, HIV'in kitlesel olarak yayılma riski ve bunun, Rusya Federasyonu için, sosyo-ekonomik ve nüfusa ilişkin sonuçlarıyla ilgili endişeleri, bireysel, kamusal ve milli güvenlik için oluşturduğu tehdit ve halkın meşru çıkarlarının korunması gerekçesiyle haklı olduğunu açıklamaktadır. Hükümet, oturma izninin reddedilmesinin, HIV enfeksiyonunu önlemek ve bununla mücadele etmek için gerekli bir tedbir olduğu kanaatindedir.

41. Hükümeti başvuranın, yabancıların, ülkeye giriş, çıkış ve kalmalarıyla ilgili düzenlemelere uyması halinde, Rus topraklarında oturma hakkı olduğunu öne sürmektedir. Hükümet, ilgilinin, oturma izni verilmesi

koşullarını yerine getirmediğini fakat Rusya Federasyonu'na, vizesiz olarak girme ve en fazla 90 gün kalmasına izin verildiği için, Rusya topraklarından her 90 günde bir çıkarak tekrar gelebileceğini belirtmektedir. *Slivenko/Letonya* ([Büyük Daire], no. 48321/99, AİHM 2003-X) ve adı geçen *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* kararına atıfta bulunana Hükümet, oturma izni talebinin reddedilmesinin, ilgilinin, karısı ve kızıyla, aile hayatı yaşamak üzere Özbekistan'a yerleşmesini engellemediğini eklemektedir.

42. Mahkeme'ye gönderdiği ek görüşlerinde, Hükümet, HIV'in, tüm dünyada artışının ve başvuranın, Özbekistan'da ağır suç ve cürüm işlemiş olmasından dolayı suçlu bulunduğunu ve bu unsurların, başvuranın, halk için bir risk oluşturduğu iddiasını güçlendirdiğini belirtmiştir. Nihayet, Hükümet, milli mahkemelerin, ilgilinin bireysel durumuna eğilmelerinin ya da sağlıklı durumuna ve yaşam şekline ilişkin bilgilerin incelenmesinin gereksiz olduğunu çünkü bunların, verilecek karar için önemli olmadıklarını belirtmiştir.

2. Başvuranın iddiaları

43. Başvuran, Hükümet'in belirttiğinin aksine, ulusal makamların, milli mahkemelerin verdiği kararlarda, bu unsurların bulunmadığını öne sürerek, sağlık durumunu ve ailevi durumunu dikkate almadıklarını ve 12 Mayıs 2006'da Anayasa Mahkemesi tarafından verilen kararın, somut etkileri olmayan basit bir bildirge olduğunu ileri sürmektedir. Başvuran, halen sınır dışı edilmemiş olmasının, ulusal prosedürün tamamlanmasını beklemiş olan ve şu andan itibaren de Strazburg Mahkemesi'nin vereceği kararı bekleyen Rus makamların 'ihtiyatlı' tutumlarından kaynaklandığını belirtmektedir. Bununla birlikte, Hükümetin, sağlık durumundan, genel olarak, HIV'li olması ya da bir süredir yakalandığı ve hastaneye kaldırılmasını gerektiren ve hareket etmesini engelleyen, tüberkülozu belirtmeden, bahsettiğini öne sürmektedir.

44. Müdahalenin varlığına gelince, başvuran, Yabancılar Kanunu'nun 5. maddesinin, Rusya'daki kalma süresini 90 günle sınırladığını ve aynı Kanun'un, HIV'li olmadığına dair rapor getirmeye zorlayan 7. maddesinin, bunun uzatılmasına engel olduğunu öne sürmektedir. Başvuran, HIV virüsü taşıdığını, Rusya'ya taşındıktan sonra öğrendiğini ve bu nedenle, Rusya'da oturma izni alamayacağını öngöremeyeceğini belirtmektedir. Ona göre, annesi de dahil olmak üzere ailesinin tüm fertleri Rusya'da ikamet etmektedirler ve karısı ve kızı orada doğmuşlardır ve kendisinin, bu ülkeyle, çok güçlü, sosyal, ekonomik ve kişisel bağları bulunmaktayken, Özbekistan'da ne ebeveyni, ne işi ne de lojmanı bulunmaktadır. Bu bağlamda, mevcut olay, Rus makamlarının, aile reisi olan *Slivenko*'ya, Kursk'ta bir daire vermiş oldukları, *Slivenko c. Letonya* davasından farklıdır.

45. Öne sürülen müdahalenin, ilgilinin aile hayatıyla orantılı olması meselesine gelince, Rus mahkemeler, ilgilinin, toplum için ciddi bir tehlike

oluşturduğunu kabul etmişlerdi fakat yaşam şeklini incelememiş ve nasıl bir salgın başlatabileceğini, nasıl milli güvenliği, kamu düzenini ya da Rusya'nın ekonomik refahını etkileyebileceğini ya da başkasının hak ve özgürlüklerine zarar verebileceğini incelememişlerdi. Başvuranın düzenli bir cinsel yaşamı vardır, uyuşturucu bağımlısı değildir ve kendi durumunun gerektirdiği önlemlerin hepsini almaktadır. Bu unsurların, Rus mahkemeler tarafından dikkate alınmaması, sağlık durumuna dayanan ve kabul edilemez bir ayrımcılığın göstergesidir.

3. Müdahil Tarafın Görüşleri

46. Davaya müdahil olan örgüt Interights, ilk olarak, evrensel ya da bölgesel insan hakları sözleşmelerinin, genel ayrımcılık karşıtı hükümlerinin, kesin veya farz edilen HIV ya da AIDS'e bağlı olarak ayrımcılık yapılmasını yasaklama yönünde yorumlandıklarını öne sürmektedir. Interights, bu yorumun, BM İnsan Hakları Komitesi, Ekonomik, Sosyal ve Kültürel Haklar Komitesi, Ayrımcılığın Önlenmesi ve Azınlıkların Korunması Alt Komisyonu ve Çocuk Hakları Komitesi tarafından da benimsendiğini belirtmektedir. Interights, BM Genel Kurulu'nun, Ağustos 2001'de kabul ettiği HIV/AIDS Taahhütü'nde, üye devletlerin, HIV/AIDS'e yakalanan kişilere karşı her türlü ayrımcılığın ortadan kaldırılmasına yönelik kanunlar kabul etmeye ya da uygulamaya zorlandıklarını ve Avrupa seviyesinde, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi'nin, Sözleşme'nin 14. maddesindeki ayrımcılık yapılmaması hükmünün, HIV/AIDS taşıyıcıları için güçlendirilmesi ve bu kişilerin hem kamu sektöründe hem de özel sektörde korumalarının daha da güçlendirilmesi için çağrıda bulunduğunu eklemektedir.

47. İkinci olarak, Interights, HIV/AIDS'le yaşayan kişilerin, sadece, uluslararası hukukun getirdiği genel ayrımcılık karşıtı kurallardan değil, fakat hem diğer sistemlerde hem de Mahkeme'nin içtihadında bulunan, engellilik nedeniyle ayrımcılık yapılmasının yasaklanmasından da yararlanmaları gerektiğini öne sürmektedir. Bu bağlamda, Interights, HIV/AIDS'le yaşayan kişilere, Sözleşme'nin getirdiği ve engelli haklarına ilişkin olarak uygulanan, engellilik nedeniyle ayrımcılık yapılmasını yasaklayan düzenlemenin uygulanmasının, İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Dünya Sağlık Örgütü, HIV/AIDS'e ilişkin (BMAIDS) BM Ortak Programı tarafından, 2009 yılında, engelli olmaya ve HIV'e ilişkin olarak hazırlanan yönlendirme notunda da teyit edildiğini belirtmektedir. Ona göre, HIV'in, bir engel olarak algılanması, engelli olmaya ilişkin düzenlemelerini, açıkça veya zımnen, HIV'i de kapsayacak şekilde genişleten birçok devletin yasal mevzuatı ve uygulaması tarafından da benimsenmiştir (Almanya, Kanada, Birleşik Devletler, Norveç ve Birleşik Krallık). Mahkeme, *Glor/İsviçre* (no. 13444/04, paragraf 80, AIHM 2009), kararında, Sözleşme'nin 14. maddesinin, engelli olma gerekçesiyle ayrımcılık yapılmasını yasakladığını kabul etmiştir.

48.Uluslararası hukuk tarafından, yurt dışına yerleşmeye dair bir hak bulunmadığı için, seyahate ilişkin olarak yapılan kısıtlamalar, tarafsız şekilde uygulanmaları halinde, gayri meşru değildir. Bununla birlikte, HIV'le yaşayan kişilere, tarafsız bir gerekçe bulunmaksızın, farklı bir muamele uygulanmasına neden olan kısıtlamalar, ayrımcılık karşıtı kurallara aykırıdır. Muamele farklılıklarının yerinde olup olmadığı hakkında karar verecek olan, Mahkeme, özellikle, Romlar, eşcinseller, akıl hastalarından oluşan ve zayıf durumda olan ve uzun zamandır, ön yargı ve sosyal dışlama mağduru olan bir grup kişi hakkında, devletlerin takdir marjının kısıtlı olduğunu belirtmiştir. Avrupa Konseyi'nin bazı bölgeleri de dahil olmak üzere, HIV/AIDS'li kişiler bu gruplarda bulunmaktadır. Bu koşullar altında, devletin, söz konusu kişilere farklı bir muamele yaparken, çok kısıtlı bir takdir marjı olması gerekmektedir.

49. HIV nedeniyle farklı muamele uygulanmasının, iki muhtemel gerekçesi bulunmaktadır, biri, bunun, kamu sağlığı için yarattığı tehditle ilgili, diğeri de, sosyal maliyetiyle ilgilidir. İlkine gelince, uzmanlar ve uluslararası kamu sağlığı konusunda uzmanlaşmış örgütler, Uluslararası Sağlık Örgütü, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği, Uluslararası Göç Örgütü, BM Mülteciler Yüksek Komiserliği, Dünya Bankası, Uluslararası Çalışma Örgütü, Avrupa Parlamentosu ve Avrupa Komisyonu'nun, bazı belgeleri ve beyanlarının de gösterdiği gibi, bu olayda, söz konusu olan tedbirlere benzer tedbirlerin, HIV'in yayılmasını önlemek için etkili olmadıkları konusunda hem fikir olmaktadır. 2008'de, BMAIDS HIV nedeniyle seyahatlerin kısıtlanmasına dair Uluslararası Düşünce Birimi, HIV nedeniyle seyahatlerin kısıtlanmasının, kamu sağlığını koruduğunun kanıtlanmadığını ortaya koymuştur. HIV, bulaşıcı bir hastalık olmasına rağmen, hava yolu ya da olağan temaslarla bulaşmamaktadır ve daha ziyade, korunmasız cinsel ilişkiler ya da virüslü şırıngaların kullanılmasıyla bulaşmaktadır ve buda, HIV'li olmayan kişilerin, bulaşıcılığa karşı önlem almalarına izin vermektedir. Mevcut olayda, seyahat kısıtlamaları, ülkeye, yurtdışında kaldıktan sonar geri dönen ya da ülkede, kısa süreli kalan yabancı turistlere uygulanmadıkları için kamu sağlığı argümanının öne sürülmesi, yerinde değildir. Bununla birlikte, eleştirilen tedbirler, yerel halkın kamu sağlığı için tehlike oluşturabilirler çünkü bu tedbirler, HIV/AIDS'i dış bir sorun gibi göstererek ve emin tutumlar benimsenmesi gerekliliğini önemsemeyerek ve göçmenlerin, enfeksiyonu önleme birimleri ve tedavi birimlerinden mahrum kalacak şekilde, HIV kontrollerinden kaçması ve kaçak yaşamalarına neden olarak, yanıltıcı bir güvenlik duygusu yaratmaktadır.

50. Ulusal göç politikalarının incelenmesi, dünyadaki ülkelerin çoğunluğunun, HIV'e bağlı seyahat kısıtlamalarının, kamu sağlığının korunması için etkili bir yol oluşturmadıkları konusunda hem fikir olduklarını göstermektedir. Bu bakış açıları topluluğu, bunların çoğunluğunun, bu tür kısıtlamalar öngörmemesinden ve Birleşik Devletler,

Çin ve Namibiya gibi bazılarının, HIV'in, kamu sağlığı için bir tehdit oluşturmadığını kabul ettikten sonar, bunları ortadan kaldırmış olmalarından kaynaklanmaktadır. Birleşik Krallık ve Almanya, kısıtlamalar yapmayı planlamış fakat sonradan vazgeçmişlerdir ki, bu da, söz konusu tedbirler ve önlemenin etkinliği arasında hiçbir rasyonel bağ olmadığını göstermektedir. Bununla birlikte, kamu sağlığının korunması için, gönüllü tarama, muayene ve bilgilendirme kampanyaları gibi daha az kısıtlayıcı ve daha çok etkili tedbirler olduğunu tespit etmek gerekmektedir.

51. Kamu sağlığı sistemlerini, aşırı yük altında bırakmama gerekliliğine ilişkin iddiaya gelince, Mahkeme'nin *G.N. ve diğerleri/İtalya* (no. 43134/05, paragraf 129, 1 Aralık 2009) kararında ulaştığı sonuçların dikkate alınması gerekmektedir, buna göre, kamu sağlığı politikası anlamında, kaynak eksikliği, keyfiliğe ilişkin kriterlere dayanan tedbirlerin alınmasını haklı çıkaramaz. HIV'i hedef alan ve kalp-damar hastalıkları ya da böbrek hastalıkları gibi aynı derecede maliyeti olan başka hastalıkları dikkate almayan, göçle ilgili kısıtlamalar, keyfi ve ayrımcı olmaktadır. Bununla birlikte, kamusal fonları yönetme endişesiyle getirilen kısıtlamalar, belli bir hastalığın varlığından ziyade, ilgili kişilerin sağlığı ve maddi durumlarının bireysel olarak incelenmesi üzerine kurulu olmalıdır. Bu bağlamda, hizmetlerin değerlendirilmesinin, hastalığın, nasıl kendini gösterdiğine göre değil de sadece, sınıflandırılma kriterine göre talep edilmeleri, bireysel değil cinsle ilgili olacaktır ki, bunun sonucu da, 'belli bir zayıflığı olan kişilerin ve hatta, ülkeye kabul edilmesi, kamu fonları için yük oluşturmayacak olan kişilerin bile, otomatik olarak devre dışı bırakılmasına neden olacağı (...)' (*Hilewitz/Kanada (Göç ve Vatandaşlık Bakanı); De Jong/Canada*, 2005 CSC 57, paragraf 56) sonucuna ulaşan, BM AIDS ve IMO Deklarasyonu'nda bulunan Tavsiye Kararları (bkz. 33. paragraf) ve Kanada Yüksek Mahkemesi'nin içtihadına atıfta bulunmak gerekmektedir.

B. Kabul edilebilirlik

52. Mahkeme, başvurunun, Sözleşme'nin 35/3. maddesi bağlamında, açıkça dayanaktan yoksun olmadığını ve başka bir kabul edilmezlik gerekçesi bulunmadığını tespit etmektedir. Böylelikle, başvurunun kabul edilebilir olduğuna karar vermektedir.

C. Esas

1. 14. maddenin 8. madde ile birlikte uygulanması

a) Davanın olaylarının 8. maddenin ‘uygulama alanına’ girip girmediği sorunu

53. Mahkeme, Sözleşme’nin, bir yabancıya, belli bir ülkeye giriş ya da oraya yerleşme hakkını güvence altına almadığını hatırlatmaktadır. Göç konusunda, ne 8. madde ne de Sözleşme’nin başka bir hükmü, bir devlet için, evli çiftlerin ortak ikamet seçimlerine saygı göstermek ve aile birleşmesini sağlamak adına genel bir yükümlülük oluşturacak şekilde yorumlanamaz (*Gül/İsviçre*, 19 Şubat 1996, paragraf 38, *Dergi* 1996-I). Bu davada, taraflar, buna itiraz etmemektedirler. Bununla birlikte, 8. madde, yabancılara, bir ülkeye yerleşme ya da oturma izni alma hakkı vermemektedir, göç denetimi, devlet tarafından, yabancının insan haklarına, özellikle de, özel hayat ve aile hayatına saygı gösterilmesi ve ayrımcılığa maruz kalmama hakkına saygı gösterilecek şekilde yapılmalıdır (adı geçen *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, 59-60. paragraflar; ve *Nolan et K./Rusya*, no. 2512/04, paragraf 62, 12 Şubat 2009).

54. Ayrımcılığa karşı koruma konusunda, 14. maddenin, sadece, Sözleşme’nin ve Ek Protokollerin diğer maddi hükümlerini tamamladıklarını hatırlatmak gerekmektedir. 14. madde, sadece güvence altına alınan, ‘hak ve özgürlüklerin kullanılması’ için geçerli olduğundan, bağımsız bir madde değildir (diğerlerinin yanı sıra bkz., *Şahin/Almanya* [Büyük Daire], no. 30943/96, paragraf 85, AİHM 2003-VIII). Bu maddenin uygulanması, Sözleşme’de güvence altına alınan hakların ihlal edilmiş olmasını gerektirmemektedir. Davanın olaylarının, Sözleşme ya da Protokollerin en azından bir hükmünün ‘uygulama alanına’ girmesi gerekmektedir (*Petrovic/Avusturya*, 27 Mart 1998, paragraf 22, *Dergi* 1998-II).

55. Rus kökenli Özbek vatandaşı olan başvuran, 2003’ten beri Rusya’da yaşamaktadır. Oturma sürelerinden bağımsız olarak sınır dışı edilmeleri düşünülen ülkelerde yerleşen göçmenlerin, 8. madde anlamında, ‘aile hayatı’ olmadığı sabit ise de (*Maslov/Avusturya* [Büyük Daire], no. 1638/03, paragraf 63, AİHM 2008), ‘aile hayatı’ kavramı, kurgusal değil başvuran ve kendisinden bir çocuğu olan Rus karısının evlilikleri gib yasal bir evlilikten doğan bir ilişkiyi kapsamaktadır (adı geçen *Abdulaziz, Cabales et Balkandali* kararı, paragraf 62). Bu koşullar altında, Mahkeme, davanın olaylarının, Sözleşme’nin 8. maddesinin ‘uygulama alanına’ girdiği kanaatindedir.

b) Başvuranın sağlık durumunun, 14. madde bağlamında ‘başka bir durum’ olarak görülüp görülemeyeceği sorunu

56. 14. madde, her türlü muamele farkını yasaklamamaktadır, sadece, tespit edilebilir, tarafsız ya da kişisel (‘durum’) ve kişiler ya da grupları birbirinden ayıran bir özellik nedeniyle yapılan bazı farklılıkları yasaklamaktadır (*Carson ve diğerleri/Birleşik Krallık* [Büyük Daire], no. 42184/05, 61 ve 70. paragraflar, AİHM 2010 VE *Kjeldsen, Busk Madsen VE Pedersen/Danimarka*, 7 Aralık 1976, paragraf 56, seri A no. 23). Bu hüküm, bir ‘durumu’ oluşturan, cinsiyet, ırk ya da mal varlığı gibi belirgin unsurları sıralamaktadır. Bununla birlikte, 14. maddedeki ‘özellikle’ (İngilizce ‘*any ground such as*’) (*Engel ve diğerleri/Hollanda*, 8 Haziran 1976, paragraf 72, seri A no. 22; ve adı geçen *Carson*, paragraf 70) ifadesinin ve bu listedeki, ‘diğer her durum’ (İngilizce ‘*any other situation*’) ifadelerinin de gösterdiği gibi sınırlayıcı değil gösterici bir niteliği bulunmaktadır. ‘Diğer her durum’ ifadesi (adı geçen *Carson*, paragraf 70) yalnızca, kişinin içinde ya da özünde olan kişisel nitelikteki özelliklerle sınırlı olmayan (*Clift/Birleşik Krallık*, no. 7205/07, 56-58. paragraflar, 13 Temmuz 2010) bir şekilde yorumlanmaktadır.

57. Başvuran, HIV’li olduğunun ortaya çıkmasından itibaren, HIV taşıyıcısı olmadığını kanıtlayamayan yabancılara oturma izni verilmesini yasaklayan yasal hüküm gereğince, Rusya topraklarında hukuki olarak oturma izni alamamıştır. 14. maddenin, sağlık durumu ya da hastalığı, yasaklanan ayrımcılık gerekçeleri arasında göstermemesine rağmen, Mahkeme, yakın bir geçmişte, fiziksel bir engelin ve bazı sağlık sorunlarının, bu hükmün uygulama alanına girdiklerini kabul etmiştir (adı geçen *Glor*, 53-56. paragraflar, ve adı geçen *G.N.*, paragraf 119). Mahkeme, BM İnsan Hakları Komisyonu’na göre, insan haklarına ilişkin ve ayrımcılığı yasaklayan metinlerdeki ‘diğer her durum’ ifadesinin, sağlık sorunlarının ve özellikle de HIV taşıyıcılığını kapsayacak şekilde yorumlanmaları gerektiğini belirtmektedir (yukarıdaki 29. paragraf). Mahkeme, bu tutumun, Avrupa Konseyi Parlamenterler Meclisi’nin 1116 (1989) sayılı ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi’nin 14. maddesindeki ayrımcılık yapılmaması hükmünün, yasaklanan farklılık gerekçeleri arasına sağlığın da eklenerek güçlendirilmesine çağrıda bulunan Tavsiye Kararı ile üye devletlere, engelli olma nedeniyle ayrımcılık yapılması yasağını dayatan, Engellilerin Haklarına İlişkin BM Sözleşmesi (bkz. paragraf 32) ile uyumlu olduğunu tespit etmektedir. Bu koşullar altında, Mahkeme, bir kişinin sağlık durumunun, özellikle de HIV’li olmasıyla ilgili sağlık sorununun, Sözleşme’nin 14. maddesinde kullanılan, ‘diğer her durum’ ifadesi kapsamında, engel ya da engelle aynı değerde bir ayrımcılık gerekçesi olarak değerlendirilmesi gerektiği kanaatindedir.

58. Mevcut durumda, Sözleşme’nin 14. maddesi, 8. madde ile birlikte uygulanabilir.

2. 14. maddenin 8. madde ile birlikte incelenmesi

a) Başvuranın, diğer yabancılara benzer bir durumda bulunup bulunmaması sorunu

59. Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, ayrımcılık, tarafsız ve makul bir gerekçe olmaksızın, aynı veya benzer durumda bulunan kişilere farklı muamele yapılması anlamında gelmektedir (*D.H. et autres/Çek Cumhuriyeti* [Büyük Daire], no. 57325/00, paragraf 175, AİHM 2007-IV, ve *Burden/Birleşik Krallık* [Büyük Daire], no.13378/05, paragraf 60, AİHM 2008).

60. Bir Rus vatandaşının karısı ve Rus vatandaşlığı olan bir çocuğun babası olan başvuran, Rusya'daki aile bağları nedeniyle kendisine oturma izni verilmesini, HIV kontrolü yaptırmak ve HIV'li olmadığını kanıtlayan bir rapor sunmak şartıyla, talep edebilirdi (bkz. 20. paragraf). İlginin, söz konusu test sonucunda, HIV taşıyıcısı olduğu ortaya çıktıktan sonra, yapmış olduğu oturma izni talebi, HIV'li olmadığını kanıtlayan raporun bulunmadığı sebebiyle reddedilmiştir ve bu gerekçe, Rus Göç Birimi ve ulusal mahkemelerin kararlarında belirtilen tek gerekçe olmuştur (bkz. 11-13. paragraflar). Hükümetin, ilginin, Özbekistan'da ağır suçlar nedeniyle mahkûm edilmiş olması nedeniyle kamu düzeni için tehdit oluşturduğunu öne sürmesine rağmen, Mahkeme, bu iddiayı destekleyen hiçbir belirgin delil ya da belgenin bulunmadığını ve ulusal makamların, başvuranın, oturma izni talebini reddetmelerinin, adli siciline ilişkin bilgilerden ziyade, HIV'li olmasıyla gerekçelendirildiğini tespit etmektedir.

61. Bu koşullar altında, Mahkeme, ilginin, haklı olarak, Rusya'daki aile bağları nedeniyle, oturma izni verilmesi talebinde bulunan diğer yabancılarla aynı durumda bulunduğunu öne sürebileceği kanaatindedir.

b) Muamele farklılığının tarafsız ve makul şekilde gerekçelendirilmesi sorunu

62. Bir başvuran, muamele farklılığı bulunduğunu kanıtladıktan sonra, bunun, yerinde olduğunu kanıtlamak, savunmacı hükümete düşmektedir (*Chassagnou et autres/Fransa* [Büyük Daire], no. 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 91-92. paragraflar, AİHM 1999-III). Bu gerekçelendirme, tarafsız ve makul olmalıdır, yani, meşru bir amacı olmalı ve kullanılan araçlar ve hedeflenen amaç arasında makul bir orantı olmalıdır. Bunun dışında, sözleşmecî devletler, benzer durumlar arasındaki farklılıkların, farklı muameleleri haklı çıkarıp çıkarmadığını ya da hangi ölçüde haklı çıkardığını tespit etmek için belli bir takdir marjına sahiptirler. Bu takdir marjının genişliği, koşullara, alanlara ve çerçeveye göre değişmektedir (adı geçen *Burden*, paragraf 60; *Carson*, paragraf 61, ve *Clift*, paragraf 43).

63. Temel hakların kısıtlanmasının, geçmişte kayda değer bir ayrımcılığa maruz kalmış olan, toplumun özellikle zayıf olan gruplarına uygulanması durumunda, devletin takdir marjı kısıtlanır ve devletin, söz

konusu kısıtlamayı dayatmak için, zorunlu gerekçelere ihtiyacı vardır. Bazı sınıflandırmaları sorgulanabilir hale getiren bu muhakeme, bu grupların maruz kaldıkları ve toplumdan dışlanmalarına neden olan ve sürekli sonuçları olan elverişsiz muamelelerle haklı çıkarılmaktadır. Bu tür muameleler, tüm bireylere, aynı şekilde uygulanan ve onların kapasite ve ihtiyaçlarının, bireyselleştirilmiş bir değerlendirilmesinin yapılmasına izin vermeyen yasal mevzuatın sonucu olabilir (*Alajos Kiss/Macaristan*, no. 38832/06, paragraf 42, 20 Mayıs 2010). Önceki durumlarda, Mahkeme, cinsiyet (adı geçen *Abdulaziz, Cabales et Balkandali*, paragraf 78, ve *Burghartz/İsviçre*, 22 Şubat 1994, paragraf 27, seri A no. 280-B), cinsel eğilim (*Schalk ve Kopf/Avusturya*, no. 30141/04, paragraf 97, AİHM 2010, ve *Smith et Grady/Birleşik Krallık*, no. 33985/96 ve 33986/96, paragraf 90, AİHM 1999-VI), ırk ya da etnik köken (adı geçen *D.H.*, paragraf 182, ve *Timichev/Rusya*, no. 55762/00 ve 55974/00, paragraf 56, AİHM 2005-XII), zihinsel melekeleri (adı geçen *Alajos Kiss*, paragraf 42, ve *mutatis mutandis*, *Chtoukatourov/Rusya*, no. 44009/05, paragraf 95, AİHM 2008) ya da engelleri (adı geçen *Glor*, paragraf 84) nedeniyle, bir çok ayrımcılık mağduru olan bazı gruplar tespit etmiştir

64. 80'li yıllarda, bu salgının başından beri, HIV/AIDS'le yaşayan kişiler, Avrupa Konseyi bölgesinde bile (bkz. özellikle, 31. paragrafta adı geçen ve insan hakları ve AIDS'le ilgili olan 1116 (1989) sayılı Tavsiye Kararı ve 1536 (2007) sayılı Kararın 9.2. noktası), kayda değer derecede, kınanmış ve dışlanmışlardır. HIV/AIDS teşhisinin neredeyse her zaman ölümcül olduğu ve bulaşma riskiyle ilgili olarak neredeyse hiç bir şey bilinmeyen dönem olan, salgının ilk yıllarında, hastalığı taşıyan kişilerin saldıkları korku, bulaşma korkusuyla açıklanmaktaydı. Bu hastalığın, hangi yollarla bulaştığının bilinmemesi, virüs taşıyıcılarının kınanmasına ve marjinalleştirilmesine neden olan ön yargıları beslemiştir. HIV/AIDS'in bulaşma şekilleri daha iyi anlaşıldığında, HIV'in kaynağının, toplumlar tarafından kınanan, eşcinsel ilişkiler, uyuşturucu enjeksiyonu, hayat kadınlığı ve izdiham gibi davranışlarda aranması gerektiği ve bunun da, bazı sorumsuz bireysel davranışlar ve bulaşma arasında yanlış bir korelasyon kurulmasına ve ırkçılık, homofobi ve kadın düşmanlığı gibi diğer kınama şekillerinin daha da artmasına neden olmuştur. HIV'in önlenmesi için yakın geçmişteki gelişmelere ve virüsün tedavisine erişim konusundaki gelişmelere rağmen, HIV/AIDS'le yaşayan kişilerin damgalanması ve ayrımcılığa maruz kalmaları, bu alanda çalışan tüm uluslararası örgütler için, halen, ciddi kaygı verici bir konudur. HIV/AIDS Taahhüdü Beyannamesi, bu damgalamanın, 'salgının, bireyler, aileler, topluluklar ve milletler üzerindeki etkilerini ağırlaştırdığını' belirtmektedir (bkz. 28. paragraf). BM Genel Sekreteri, Bay Ban Ki-moon, 6 Ağustos 2008'de, 'dünyanın neredeyse her yerinde, ayrımcılığın, değişik derecelerinin, HIV'le yaşayan kişilerin, gündelik bir gerçeği halinde geldiğini' beyan etmiştir. Bu anlatılanlara bakıldığında, Mahkeme, HIV'li kişilerin, uzun zamandır, ön

yargı ve kınamaya maruz kalan zayıf bir grup olduğunu ve devletlerin, bu grubun üyelerinin HIV’li olmalarına dayanan özel bir muamele benimsemek için, kısıtlı bir takdir marjları olması gerektiği kanaatindedir.

65. Savunmacı devletin, takdir marjının, kısıtlı mı, geniş mi olması gerektiğini tespit etmek için, aynı zamanda, Avrupa’da bir uzlaşma söz konusu olup olmadığı da tespit edilmelidir (*Dickson/Birleşik Krallık* [Büyük Daire], no. 44362/04, paragraf 81, AİHM 2007-V, ve *S.L./Avusturya*, no. 45330/99, paragraf 31, AİHM 2003-I). Ortak bir kural varsa ve savunmacı devlet buna uymamışsa, bu, Mahkeme’nin, özel durumlarda, Sözleşme’nin hükümlerini yorumlarken, dikkate alacağı bir durum olabilir (*Tănase/Moldova* [Büyük Daire], no.7/08, 176. paragraf, AİHM 2010, ve *Demir et Baykara/Türkiye* [Büyük Daire], no. 34503/97, paragraf 85, AİHM 2008). Mahkeme, Avrupa Konseyi’ne üye olan kırk yedi devletten, sadece altısının, oturma izni talebi olan kişilerden, HIV’li olmadıklarına dair bir rapor sunmalarını istediklerini, bir devletin, HIV taşıyıcısı olunmadığına ilişkin beyan talep ettiğini ve sadece, üç devletin de, HIV’li yabancıların sınır dışı edilmesini öngördüğünü tespit etmektedir (bkz. 37 ve 38. paragraflar). Diğer devletlerde, ülkeye giriş, kalma ya da ikamet konularında, HIV’li olmaya ilişkin olarak hiç bir kısıtlama bulunmamaktadır. HIV’li kişilere oturma izni verilmesinin reddedilmesinin, Avrupa seviyesinde bir uzlaşmayı yansıtmadığı ve bu politikanın, Avrupa Konseyi’ne üye ülkeler arasında destek bulmadığı açıktır. Sonuç olarak, başvuranın, mağduru olduğunu söylediği muamelenin haklı çıkarılması için, kaçınılmaz gerekçeler bulunduğunu kanıtlamak, savunmacı devlete düşmektedir.

66. Hükümet, eleştirilen kısıtlamaların, farklı amaçları olduğunu ve bunların, HIV’in Önlenmesine İlişkin Kanun’un başlangıç kısmıyla uyuştuklarını belirtmektedir (bkz. 16-40. paragraflar). Hükümet, başvuranın kişisel durumu ve milli güvenliğe ve insanlığın devamına ilişkin tehdit, ilgilinin, Rusya’da bulunmasının, muhtemel sosyo-ekonomik ve nüfussal sonuçları ve kendisine oturma izni verilmesinin reddedilmesinin, başkalarının hak ve çıkarlarını güçlendirmesi iddiaları arasındaki muhtemel bağa ilişkin hiçbir açıklama yapmamaktadır. Bununla birlikte, Anayasa Mahkemesi’nin kararından, HIV’li yabancı vatandaşların, geçici oturma iznilerine ilişkin olarak getirilen kısıtlamanın, kamu sağlığının korunmasını güvence altına almayı hedeflediği çıkmaktadır (bkz. 25. paragraf). Söz konusu amaç, meşru ise de, burada, başvuranın, sağlık durumu nedeniyle maruz kalmış olduğu muamele farklılığının da meşru olduğu sonucu çıkmamaktadır. Takip edilen amacın ve buna ulaşmak için kullanılan araçların, orantılı olup olmadıklarının araştırılması gerekmektedir.

67. Mahkeme, Sözleşme’nin sağladığı güvenceleri yorumlamak ve ilgili alanda, ortak bir kural olup olmadığını tespit etmek için, her zaman, ilgili uluslararası raporları ve enstrümanları dikkate aldığıın altını çizmektedir.

Dikkat gerektiren uluslararası rapor ve enstrümanlara ve bunlara atfedilmesi gereken değer hakkında karar vermek görevi Mahkeme'ye aittir (adı geçen *Tănase*, paragraf 176, ve *Demir et Baykara*, 85-86. paragraflar). Mevcut olayda, Mahkeme, müdahil tarafın, uzmanlar ve kamu sağlığı alanında uzmanlaşmış olan uluslararası kurumlar arasında, HIV nedeniyle seyahatlerin, kamu sağlığı gerekçesiyle kısıtlanmalarının haklı çıkarılamayacağına dair uzlaşmaya ilişkin olarak sunduğu görüşlerin şüpheye yer vermediği kanaatindedir. 1987'den beri, Dünya Sağlık Örgütü, HIV'in yayılmasının önlenmesi için seyahate getirilen kısıtlamaların etkisizliğinden şikâyet etmiştir (Uluslararası seyahatler ve HIV enfeksiyonuna ilişkin inceleme raporu, 2-3 Mart 1987). O zamandan beri, BM İnsan Hakları Yüksek Komiserliği (bkz. HIV/AIDS ve insan haklarına ilişkin uluslararası direktifler için, 34. paragraf), Uluslararası Göç Örgütü (33. paragraftaki, BMAIDS ve IMO Beyannamesi), BM Mülteciler Yüksek Komiserliği (HIV/AIDS, mültecilerin, yerinden edilmiş kişilerin ve HCR'nin görev alanına giren diğer kişilerin korunmasına ilişkin not), Dünya Bankası (HIV/AIDS'e ilişkin hukuki mülahazalar, 2007) ve daha yeni olan, Dünya Çalışma Örgütü (HIV ve AIDS ve iş dünyasıyla ilgili olan Tavsiye Kararı (no.200), bu tutumu benimsemişlerdir. Avrupa'da, Avrupa Parlamentosu, Avrupa Komisyonu ile, 'HIV'li kişilere karşı seyahat etme yasağını haklı çıkaracak tarafsız gerekçeler olmadığı' konusunda anlaşmıştır (22 Mayıs 2008 tarihli Karar). Savunmacı hükümet, uluslararası uzmanların ortak görüşüne karşı çıkan bir uzmanlık raporu ya da bilimsel bir araştırma raporu sunmamıştır.

68. Şüphesiz, seyahatlere getirilen kısıtlamalar, kolera, sarı ateş ya da ağır nefes darlığı sendromu (SRAS) ve kısa süre önce belirmiş olan 'kuş gribi' (H5N1) gibi kısa bir kuluçka dönemi olan ve ciddi anlamda bulaşıcı olan hastalıklara karşı etkili olabilirler. Bu tip hastalıklara yakalanmış kişilerin, bir ülkeye girişlerine getirilen kısıtlamalar, bu hastalıkların yayılmasını, söz konusu yolcuların ülkede bulunmaları, basit temasları ya da hava parçacıklarının dışa atılması nedeniyle yayabilecekleri hastalığın, bu kişilerin ülkeye alınmayarak engellenmesine katkıda bulunabilir. Sonuç olarak, HIV'li bir kişinin, bir devletin topraklarında bulunması, kamu sağlığı için tehdit oluşturmamaktadır çünkü HIV, basit temaslara değil, daha ziyade, özellikle de cinsel ilişkiler ve başkalarına ait şırıngaların kullanılması gibi belli davranışlarla bulaşmaktadır. Bu nedenle, önlenmesi, HIV'li yabancılarla ilgili değildir çünkü HIV bulaşmasına karşı, kişiler kendilerini korumak için tedbirler alabilirler (cinsel ilişkilerde korunarak ve enjeksiyon için emin uygulamalar yoluyla). HIV'in bulaşmasını önlemek amacıyla, HIV'li yabancılara dayatılan belli bir ülkeye giriş ya da orada kalma yasağı, bu kişilerin riskli davranışları benimsemeye eğilimli oldukları ve vatandaşların korunmadıkları varsayımına dayanmaktadır. Bu genelleme, hiçbir olgusal temele dayanmamaktadır ve başvuranın durumunda olduğu gibi bireysel durumları dikkate almamaktadır. Bunun dışında, HIV'li

olduğunu bilen bir kişinin, üçüncü bir kişiyi HIV’i kapma riskiyle karşı karşıya bırakan her davranış, Rus hukukuna göre, hapisle cezalandırılacak bir cezai fiildir (bkz. 27. paragraf). Hükümet, neden, HIV’i bulaştırmaya yönelik davranışlar karşısında, neden bu müeyyidenin, yeterli ve etkili bir caydırma aracı olmadığı kanaatinde olduğunu açıklamamıştır.

69. Bunun dışında, HIV nedeniyle, seyahate getirilen kısıtlamalar, Rusya’da kısa süre kalan ziyaretçilere ve turistlere uygulanmamaktadır ve ülkeye dönen Rus vatandaşları için, HIV taraması yapılması öngörülmemektedir. Bir kişinin, vatandaşlığı ve bir ülkede kalma süresi ne olursa olsun, HIV’in bulaşma yolları aynı olduğundan, Mahkeme, HIV nedeniyle getirilen kısıtlamaların, Rusya’da oturma izni talep eden yabancılar uygulandığı halde, yolcuların ve göçmenlerin büyük kısmını oluşturan, yukarıda belirtilen kişilere uygulanmaması için bir gerekçe görmemektedir. Hiçbir şey, bu kişilerin, yerleşik göçmenlere göre, riskli davranışları benimsemeye daha az eğilimli olduklarını göstermemektedir. Bu bağlamda, Mahkeme, Hükümet’in başvuranın, Rusya’dan her 90 günde bir çıkış yapıp geri gelerek, Yabancılar Kanunu’nu dolanabileceğini öne sürdüğünü büyük bir kaygıyla belirtmektedir. Mahkeme, Hükümet’in, başvuranın, Rusya’da bulunmasını sorgulamak için, öne sürdüğü kamu sağlığı gerekçelerinin samimiyetinden şüphe etmektir. Bununla birlikte, mevcut durumda, Rusya’da oturma izni talep eden kişilerin, yaptırımları gereken HIV taramaları, kişiye yeni bulaşmış olan ya da virüsün tespit edilemez olduğu ve aylarca sürebilecek olan süreç geçmeden yapıldıklarında, kişide virüs bulunduğunu tespit edemeyebilirler. Böylelikle, uzun süreli oturma izni talep eden kişilere, HIV nedeniyle uygulanan kısıtlamalar, HIV’in, taşıyıcı göçmenler tarafından bulaştırılmasında etkili bir önlem oluşturmamaktadırlar.

70. Uzun zamandır yerleşik olan HIV’li göçmenler ve kısa süreli ziyaretçiler arasındaki muamele farkı, göçmenler, kamu sağlığı sistemi ve toplum için yük oluşturmalarıyla tarafsız şekilde gerekçelendirilebilir ve bu risk ikinci grup için söz konusu değildir çünkü onlar, yurtdışında kendilerini tedavi ettirebilirler. Bununla birlikte, HIV’li adayları, oturma hakkından mahrum bırakmayı hedefleyen bu ekonomik mülahazalar, sadece, yabancılara, ulusal sağlık sisteminden, ücretsiz ya da cüzi ücretle faydalanma imkanı tanıyan hukuk sistemlerinde ileri sürülebilir. Bu durum Rusya’da, yabancıların, acil tedaviler dışındaki tüm tıbbi hizmetler için ödeme yapmaları gerektiğinden dolayı, geçerli değildir (bkz. 23. paragraf). Sonuç olarak, başvuran, oturma izni sahibi olsa da, olmasa da, Rus sağlık sisteminden faydalanamamaktadır. Sonuç olarak, ilgilinin, Rus sağlık sistemi için mali bir yük oluşturma riski, ikna edici şekilde kanıtlanamamıştır.

71. Nihayet, Mahkeme, HIV’li kişiler için, seyahatlere ve kalmaya getirilen kısıtlamaların, salgının yayılmasını önlemek için sadece etkisiz değil, aynı zamanda, ülkedeki kamu sağlığı için, iki nedenle, tehdit

oluşturduklarını tespit etmektedir. İlk olarak, bu kısıtlamalar, resmi makamlar aleyhine, ilgilileri, HIV'li olduklarını ortaya çıkarabilecek ve gereken tedbirlerin alınmasını, riskli davranışların önlenmesinin ve HIV'le ilgili bilgilere ve HIV önleme hizmetlerine erişimi sağlayacak olan HIV taramasından kaçmaya yönlendirmektedir. İkinci olarak, HIV'li yabancıların ülkeden kovulması, yerel halkı, HIV/AIDS'i, ilgililerin sınır dışı edilmeleri ve ülkeye yerleşmelerinin reddedilmesiyle çözümlenebilecek olan bir 'dış sorun' olarak görmeleri yönünde, yanıltıcı bir güvenlik duygusu ve emin davranışlar benimsemenin gereksiz olduğu yönünde bir duygu yaratılmasına neden olabilir.

72. Böylelikle, Mahkeme'ye göre, kamu sağlığının korunması, kesinlikle meşru bir amaç olsa da, Hükümet, tarafsız ve karara vardırıci nitelikte ve mevcut olayda, bu amaca, başvuranın, sağlık durumu nedeniyle, kendisine oturma izni verilmeyerek, ulaşılabileceğine dair bir iddia ileri sürmemektedir. Eleştirilen tedbirin, sistematik ve genel nitelikleri, Mahkeme için kaygı vericidir. Yabancılar Kanunu'nun 7/1 13) maddesi, her oturma izni talebinin, başvuru yapanın, HIV'li olmadığını kanıtlamadığı durumlarda, reddedilmesi gerektiğini açıkça belirtmektedir. HIV'in Önlenmesine İlişkin Kanun'un, 11/2. maddesi, HIV'li yabancıların, sınır dışı edilmeleri gerektiğini öngörmektedir. Bu hükümler, her durumun özel koşullarının, bireysel olarak incelenmesi ihtimalini, devre dışı bırakmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin, söz konusu maddelerin, istisnai durumlarda, insani mülahazaların dikkate alınmasını engellemediğini belirtmiş olmasına rağmen (bkz. 24. paragrafta belirtilen, 12 Mayıs 2006 tarihli karar), bu kararın, milli mahkemelere, Yabancılar Kanunu'nun, 7/1 13) maddesinde belirtilen emredici hükmü devre dışı bırakmalarına izin verecek bir takdir marjı bırakıp bırakmadıkları bilinmemektedir.

73. Mevcut olayda, Federal Göç Birimi, kaza mahkemesi ve bölge mahkemesi, Anayasa Mahkemesi'nin benimsediği tutumu dikkate almamışlardır. Başvuranın, 12 Mayıs 2006 tarihli kararı ve ilgili uluslararası enstrümanları açıkça öne sürmüş olmasına rağmen, mahkemeler, oturma izni talebini, sadece, Yabancılar Kanunu'nun gerekliliklerine dayanarak ve gerçek sağlık durumu ve Rusya'daki aile bağlarını dikkate almadan, reddetmişlerdir. İlginin, yeniden yargılanma talebini reddetmek için, idare mahkemesi, açıkça, mahkemelerin, insani mülahazaları dikkate almak zorunda olmadıklarını ve HIV'li olunmadığına dair bir rapor sunulmasını gerektiren 7/1 13). madde hükümlerinin, hiçbir durumda, bir kenara bırakılamayacaklarını kabul etmiştir (bkz. 15. paragraf). Mahkeme'ye sunduğu son görüşlerde, Hükümet, başvuranın, bireysel durumunun, hiçbir hukuki önemi olmadığını ve ulusal mahkemelerin, ilgilinin sağlık durumu ya da aile bağlarını dikkate almakla yükümlü olmadıklarını teyit etmiştir (bkz. 42. paragraf). Mahkeme, oturma izni talebinin, ilgili kişilerin durumunun bireyselleştirilmiş hukuki değerlendirmesi yapılmadan ve sadece, sağlık problemine dayanarak sistematik şekilde reddedilmesi, 14.

maddenin sağladığı koruma ile uyumlu olmadığı kanaatindedir (bkz, *mutatis mutandis*, *Alajos Kiss*, paragraf 44).

74. Başvuranın, özellikle zayıf bir grubun bir üyesi olması, kendisine oturma izni verilmemesinin, mantıklı ve tarafsız olarak yerinde olduğunun kanıtlanamamış olması ve eleştirilen hukuki hükümlerin, her türlü bireysel değerlendirme yapılması ihtimalini devre dışı bıraktıkları dikkate alındığında, Mahkeme, Hükümet'in, mevcut olayda, sahip olduğu kısıtlı takdir marjını aştığı kanaatindedir. Sonuç olarak, başvuran, Sözleşme'nin 14. maddesi ve 8. maddesine aykırı şekilde, sağlık durumu nedeniyle ayrımcılık mağduru olmuştur.

III. SÖZLEŞME'NİN ÖNE SÜRÜLEN DİĞER İHLALLERİ

75. Sözleşme'nin 6/1. maddesini öne süren başvuran, ulusal mahkemelerin, şikâyetinin, kapalı oturumda incelenmesini talep etme hakkı olduğundan kendisini, haberdar etmediklerinden ve kapalı oturum yapılmasına re'sen karar vermediklerinden şikâyet etmektedir.

76. Mahkeme, başvuranın, hukuki bilgisi olmadığını ve temsil edilmediğini fakat davasının, kapalı oturumda incelenmesine ilişkin talebini açıkça ifade edebileceğini, ya da en azından, bu talebini, ulusal mahkemeler önündeki başvurusunda dile getirebileceğini tespit etmektedir. İlginin, hangi tür prosedürün uygulanmasına ilişkin talebi olduğunu belirtmemesi üzerine, ulusal mahkemeler, re'sen, kapalı oturum yapılmasını emretmekle yükümlü değildirler. Böylelikle, başvurunun, bu kısmı, temelden yoksundur ve Sözleşme'nin 35/3 ve 35/4. maddesi uyarınca reddedilmelidir.

III. SÖZLEŞME'NİN 41. MADDESİ

77. Sözleşme'nin 41. maddesine göre,

‘ Mahkeme işbu Sözleşme ve protokollerinin ihlal edildiğine karar verirse ve ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç hukuku bu ihlali ancak kısmen telafi edebiliyorsa, Mahkeme, gerektiği takdirde, hakkaniyete uygun bir surette, zarar gören tarafın tatminine hükmeder.’

A. Tazminat

78. Başvuran, manevi zararı için, kendisine 20.000 avro ödenmesini talep etmektedir.

79. Hükümet, talep edilen miktarın, aşırı olduğunu öne sürmektedir.

80. Mahkeme, başvuranın, sağlık durumu nedeniyle maruz kaldığı ayrımcılığın, kendisinde sıkıntı ve yoksunluk duygusuna neden olduğundan şüpheli değildir. Hakkaniyet çerçevesinde, Mahkeme, başvurana,

uygulanabilecek her türlü vergi ile birlikte, 15.000 avro ödenmesine hükmetmektedir.

B. Yargılama Giderleri

81. Başvuran, yargılama giderleri ve çeviri masrafları için kendisine 14.700 Rus rublesi ödenmesini talep etmektedir.

82. Hükümet, sadece, Mahkeme önündeki yargılama ihtiyaçları için yapılan masrafların geri ödenebileceğini öne sürmektedir.

83. Mahkeme'nin içtihadına göre, bir başvuranın yargılama giderleri ancak, bunların, gerçek olmaları, gerekli olmaları ve makul oranda olmaları halinde karşılanabilir. Mevcut olayda, elindeki belgelere ve söz konusu kriterlere göre, Mahkeme, ilgiliye, hem ulusal mahkemeler önündeki yargılama için hem de kendi önündeki yargılama için, uygulanabilecek her türlü vergi ile birlikte 350 avro'nun ödenmesine karar vermektedir.

C. Gecikme faizi

84. Mahkeme, Avrupa Merkez Bankası'nın marjinal kredi kolaylıklarına uyguladığı faiz oranına üç puanlık bir artışın eklenmesinin uygun olduğuna karar vermiştir.

BU GEREKÇELERLE, MAHKEME, OYBİRLİĞİYLE,

1. Oturma izni verilmesi talebinin reddedilmesine ilişkin şikâyetin kabul edilebilirliğine ve başvurunun, kalan kısmının *reddine*;
2. Sözleşme'nin 14. maddesinin, 8. madde ile birlikte *ihlal edildiğine*;
3. *Mahkeme*,
 - a) Sözleşme'nin 44/2. maddesine uygun olarak, savunmacı devletin, başvurana, işbu kararın kesinleşmesinden itibaren üç ay içinde, manevi tazminat olarak 15.000 avro (on beş bin avro) ve yargılama giderleri için 350 avro'yu (üç yüz elli avro), uygulanabilecek her türlü vergi ile birlikte ve ödeme tarihindeki oran dikkate alınarak, Rus rublesine çevrilerek ödemesine;
 - b) Bu sürenin sona erdiği tarihten itibaren ödemenin yapılmasına kadar, Avrupa Merkez Bankası'nın o dönem için geçerli olan marjinal kredi kolaylığı oranının üç puan fazlasına eşit oranda faiz uygulanmasına;
4. Fazlaya ilişkin adil tazmin talebinin *reddine*;

KARAR VERMİŞTİR.

İşbu karar, İngilizce olarak hazırlanmış ve 10 Mart 2011’de, İç Tüzük’ün 77/2 ve 3. maddesi gereğince tebliğ edilmiştir.

Søren Nielsen
Yazı İşleri Müdürü

Nina Vajić
Mahkeme Başkanı

© **Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2012.** Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin resmi dilleri, İngilizce ve Fransızca’dır. İşbu çeviri, Avrupa Konseyi İnsan Hakları Vakıf Fonu’nun desteğiyle yapılmıştır (www.coe.int/humanrightstrustfund). Bu çeviri, Mahkeme’yi bağlamamaktadır ve Mahkeme, bu çevirinin kalitesine ilişkin olarak hiçbir sorumluluk almamaktadır. Bu çeviri, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin içtihat veritabanı olan HUDOC’tan veya HUDOC’un ilettiği diğer veritabanlarından indirilebilir (<http://hudoc.echr.int>). Bu çeviri, ticari olmayan amaçlarla ve davanın adının tam olarak belirtilmiş olması ve yukarıdaki telif hakkı bilgisiyle beraber olması koşulu ve İnsan Hakları Vakfı’na atıfta bulunmak suretiyle alıntılanabilir. Bu çeviriyi kısmen veya tamamen, ticari amaçlarla kullanmak isteyenlerin, bunu aşağıdaki adrese bildirmeleri gerekmektedir: publishing@echr.coe.int.

© **Council of Europe/European Court of Human Rights, 2012.**

The official languages of the European Court of Human Rights are English and French. This translation was commissioned with the support of the Human Rights Trust Fund of the Council of Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). It does not bind the Court, nor does the Court take any responsibility for the quality thereof. It may be downloaded from the HUDOC case-law database of the European Court of Human Rights (<http://hudoc.echr.int>) or from any other database with which the Court has shared it. It may be reproduced for non-commercial purposes on condition that the full title of the case is cited, together with the above copyright indication and reference to the Human Rights Trust Fund. If it is intended to use any part of this translation for commercial purposes, please contact publishing@echr.coe.int.

© **Conseil de l’Europe/ Cour Européenne des Droits de l’Homme, 2012.**

Les langues officielles de la Cour Européenne des Droits de l’Homme sont le français et l’anglais. La présente traduction a été effectuée avec le soutien du Fonds fiduciaire pour les droits de l’homme du Conseil de l’Europe (www.coe.int/humanrightstrustfund). Elle ne lie pas la Cour, et celle-ci décline toute responsabilité quant à sa qualité. Elle peut être téléchargée à partir de HUDOC, la base de jurisprudence de la Cour Européenne des Droits de l’Homme (<http://hudoc.echr.int>), ou de tout autre base de données à laquelle HUDOC l’a communiquée. Elle peut être reproduite à des fins non commerciales, sous réserve que le titre de l’affaire soit cité en entier et s’accompagne de l’indication de copyright ci-dessus ainsi que de la référence au Fonds fiduciaire pour les droits de l’homme. Toute personne souhaitant se servir de tout ou partie de la présente traduction à des fins commerciales est invitée à le signaler à l’adresse suivante : publishing@echr.coe.int.