T.C.
ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ
SOSYAL BİLİMLER ENSTİTÜSÜ
KAMU HUKUKU ANA BİLİM DALI

AİHS BAĞLAMINDA ÖZERK KAVRAMLAR DOKTRİNİ VE AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI

Doktora Tezi

Hazırlayan
Ramazan GÜMÜŞAY

Danışman
Prof. Dr. Ayhan DÖNER

Mayıs 2026, ERZİNCAN

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK

"**AİHS Bağlamında Özerk Kavramlar Doktrini ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlıklı** "**Doktora**" tezim tarafımca incelenmiştir. Buna göre tezimde bilimsel etik ihlali ve intihal olarak nitelendirilebilecek herhangi bir durum olmadığını taahhüt ederim. Bu çalışmadaki tüm bilgilerin, akademik ve etik kurallara uygun bir biçimde elde edildiğini; aynı zamanda bu kural ve davranışların gerektirdiği gibi, bu çalışmanın özünde olmayan tüm materyal ve sonuçları tam olarak aktardığımı ve referans gösterdiğimi beyan ederim.

Ramazan GÜMÜŞAY

T.C.

ERZİNCAN BİNALİ YILDIRIM ÜNİVERSİTESİ

Sosyal Bilimler Enstitüsü Müdürlüğü

Ana Bilim Dalı	: Kamu Hukuku
Program Adı	: Doktora
Tez Başlığı	:AİHS Bağlamında Özerk Kavramlar Doktrini ve Aile Hayatına Saygı Hakkı

Yukarıda bilgileri verilen tez çalışmasının a) Giriş, b) Ana bölümler ve c) Sonuç kısımlarından oluşan (Kapak, Ön söz, Özet, İçindekiler ve Kaynakça hariç) toplam 337 sayfalık kısmına ilişkin 20/05/2026 tarihinde **Turnitin** intihal programından aşağıda belirtilen filtreleme uygulanarak alınmış olan özgünlük raporuna göre tezin benzerlik oranı: % 8' dir.

Filtrelemeye tırnak içerisindeki alıntılar dahil edilmiştir. Filtrelemede yedi (7) kelimeden daha az örtüşme içeren metin kısımları hariç tutulmuştur.

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü Tez İntihal Raporu Uygulama Esaslarını inceledim ve bu uygulama esaslarında belirtilen azami benzerlik oranlarına göre tez çalışmasının herhangi bir intihal içermediğini, aksinin tespit edilmesi durumunda doğabilecek her türlü hukuki sorumluluğu kabul ettiğimi ve yukarıda vermiş olduğum bilgilerin doğru olduğunu beyan ederim.

Gereğini bilgilerinize arz ederim. 20/05/2026

Danışman: Prof. Dr. Ayhan DÖNER — İmza

Öğrenci: Ramazan GÜMÜŞAY — İmza

KILAVUZA UYGUNLUK

"AİHS Bağlamında Özerk Kavramlar Doktrini ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlıklı Doktora Tezi, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Lisansüstü Tez Yazım Kılavuzuna uygun olarak hazırlanmıştır.

Hazırlayan	**Danışman**
Ramazan GÜMÜŞAY	Prof. Dr. Ayhan DÖNER
İmza	İmza

KABUL VE ONAY TUTANAĞI

Prof. Dr. Ayhan DÖNER danışmanlığında **Ramazan GÜMÜŞAY** tarafından hazırlanan **"AİHS Bağlamında Özerk Kavramlar Doktrini ve Aile Hayatına Saygı Hakkı"** adlı bu çalışma jürimiz tarafından Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü **Kamu Hukuku** Ana Bilim Dalı'nda **Doktora** tezi olarak kabul edilmiştir.

20.05.2026

JÜRİ:

Danışman	: **Prof Dr. Ayhan DÖNER**	İmza
Üye	: **Doç Dr. Hakan KOLÇAK**	İmza
Üye	: **Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ**	İmza
Üye	: **Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR**	İmza
Üye	: **Dr. Öğr. Üyesi Yeşim ÇELİK**	İmza

ONAY:

Bu tezin kabulü Enstitü Yönetim Kurulu'nun …. /06/2026 tarih ve ……. sayılı kararı ile onaylanmıştır.

……. /06/2026

Doç. Dr. Müge MANGA

Enstitü Müdürü

ÖN SÖZ

“AİHS Bağlamında Özerk Kavramlar Doktrini ve Aile Hayatına Saygı Hakkı” isimli doktora tezimin hazırlanması sürecinde bana koşulsuz destek sağlayan herkese çok teşekkür ederim.

Ramazan GÜMÜŞAY, Erzincan, 2026

TEŞEKKÜR

Bu tezin planlanması, araştırılması ve yazımı sürecinde, değerli bilgi ve birikimleriyle beni yönlendiren, yoğun mesaisi arasında akademik gelişimime en büyük katkıyı sunan ve sabrını hiçbir zaman esirgemeyen saygıdeğer danışman hocam **Prof. Dr. Ayhan DÖNER**'e en içten şükranlarımı sunarım.

Tez izleme ve jüri aşamalarında, yapıcı eleştirileri, önerileri ve değerli katkılarıyla çalışmanın olgunlaşmasını sağlayan jüri üyelerim sayın **Dr. Öğr. Üyesi Fatih AYDEMİR, Dr. Öğr. Üyesi Mehmet Akif ETGÜ**, **Doç. Dr. Hakan KOLÇAK** ve **Dr. Öğr. Üyesi Yeşim ÇELİK**'e tezi titizlikle inceleyerek sağladıkları kıymetli akademik katkılardan dolayı ayrı ayrı teşekkür ederim.

Ayrıca bu araştırmanın yürütülmesinde maddi desteklerini esirgemeyen Türkiye Bilimsel ve Teknolojik Araştırma Kurumu'na (**TÜBİTAK**)'a teşekkürlerimi sunarım.

.

Ramazan GÜMÜŞAY

AİHS BAĞLAMINDA ÖZERK KAVRAMLAR DOKTRİNİ VE AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI

Ramazan GÜMÜŞAY

Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi,

Sosyal Bilimler Enstitüsü

Doktora Tezi, Mayıs 2026

Danışman: Prof. Dr. Ayhan DÖNER

ÖZET

Bu çalışma iki bölümden oluşmaktadır. Birinci bölümde, özerk kavramlar doktrininin ne olduğu, nasıl sistemleştirildiği, nasıl anlaşılması gerektiği ve hangi amaçlarla kullanıldığı gibi teorik hususlar üzerinde durulmuştur. İkinci bölümde ise aile hayatına saygı hakkının uygulamada özerk olarak nasıl yorumlandığı irdelenmiştir.

Çalışmada, AİHM'nin Sözleşme metnindeki kavramları ulusal hukuklarda benimsenen tanımlardan ve anlamlardan bağımsız biçimde ele almasının, Sözleşme'nin etkinliğini korumaya ve taraf devletlerde ortak bir standart oluşturmaya yönelik bir yöntem olduğu tespit edilmiştir. Bu bağlamda Mahkeme'nin "aile hayatı" kavramını yorumlarken sosyal, biyolojik, hukuksal ve duygusal bağları dikkate alarak bir değerlendirme yaptığı ve söz konusu kavramı "geniş" yorumladığı görülmüştür. Araştırmada AİHM içtihatları incelenmiş, aile hayatının varlığını belirlemede "*fiiliyattaki yakın kişisel bağ*" ölçütünün belirleyici olduğu sonucuna ulaşılmıştır.

Tezde ulusal yüksek mahkemelerin (özellikle Türk Anayasa Mahkemesi'nin) özerk yorum ilkesine yaklaşımı incelenmiş ve bu ilkenin ulusal yargı pratiğine yansımaları ortaya konulmuştur.

Son olarak, aile hayatının toplumsal ve ahlaki boyutları nedeniyle özerk yorumunun devletlerin egemenlik yetkileriyle zaman zaman çatıştığı gözlemlenmiştir. Bu nedenle AİHM'nin bu konuya ilişkin yorumunun sınırları da irdelenmiştir.

Anahtar Kavramlar: Özerk Yorum, Özerk Kavram, Aile Hayatı, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, Türk Anayasa Mahkemesi

THE DOCTRİNE OF AUTONOMOUS CONCEPTS IN THE CONTEXT OF THE ECHR AND THE RİGHT TO RESPECT FOR FAMİLY LİFE

Ramazan GÜMÜŞAY

Erzincan Binali Yıldırım University,

Graduate School of Social Sciences

PhD Dissertation, May 2026

Supervisor: Prof. Dr. Ayhan DÖNER

ABSTRACT

This study consists of two chapters. The first chapter addresses theoretical issues such as what the doctrine of autonomous concepts is, how it has been systematized, how it should be understood, and for what purposes it is employed. The second chapter examines how the right to respect for family life is interpreted autonomously in practice.

The study determined that the ECtHR approaches the concepts in the Convention independently from the definitions and meanings adopted in national legal systems as a method aimed at preserving the effectiveness of the Convention and establishing a common standard among the Contracting States. In this context, it was observed that the Court evaluates the notion of "family life" by taking into account social, biological, legal, and emotional ties and interprets this concept broadly. The research analyzed ECtHR case-law and concluded that the criterion of "the existence of close personal ties in practice" is decisive in determining whether family life exists.

The thesis also examined the approach of national high courts (particularly the Turkish Constitutional Court) to the principle of autonomous interpretation and demonstrated how this principle is reflected in national judicial practice.

Finally, it was observed that the autonomous interpretation of family life occasionally conflicts with the sovereign powers of States due to the social and moral dimensions of the concept. Therefore, the limits of the ECtHR's interpretation in this regard were also scrutinized.

Keywords: Autonomous Interpretation, Autonomous Concept, Family Life, European Court of Human Rights, Turkish Constitutional Court

İÇİNDEKİLER

AİHS BAĞLAMINDA ÖZERK KAVRAMLAR DOKTRİNİ VE AİLE HAYATINA SAYGI HAKKI

BİLİMSEL ETİĞE UYGUNLUK ..... **i**

TEZ ÖZGÜNLÜK SAYFASI ..... **ii**

KILAVUZA UYGUNLUK ..... **iii**

KABUL VE ONAY TUTANAĞI ..... **iv**

ÖN SÖZ ..... **v**

TEŞEKKÜR ..... **vi**

ÖZET ..... **vii**

ABSTRACT ..... **viii**

İÇİNDEKİLER ..... **ix**

KISALTMALAR ..... **xviii**

GİRİŞ **1**

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZERK YORUM İLKESİ (ÖZERK KAVRAMLAR DOKTRİNİ)

I. KLASİK YORUM YÖNTEMLERİ İLE TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN YORUMUNDA KULLANILAN ÖZGÜN YORUM İLKELERİ VE TEORİLERİ **6**

A. Klasik Yorum Yöntemleri **8**

1. Lafzî (Sözel) Yorum Yöntemi 8

2. Tarihî (Tarihsel, Kronolojik) Yorum Yöntemi 11

3. Gaî (Amaçsal, Teleolojik) Yorum Yöntemi 14

4. Sistematik Yorum Yöntemi 15

5. Karşılaştırmalı Yorum Yöntemi 18

B. Temel Hak ve Hürriyetlere İlişkin Sözleşmelerin ve Anayasaların Yorumlanmasında Kullanılan Özgün Yorum İlkeleri ve Teorileri 20

1. Temel Haklar Lehine Yorum İlkesi 25

2. Faydalı (Yararlı) Etki (Effet Utile/Useful Effect) İlkesi 29

3. Pozitif Yükümlülükler Teorisi 31

a. Genel Olarak 31

b. Ortaya Çıkışı 31

c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pozitif Yükümlülükler Teorisi 33

d. Pozitif Yükümlülükler Teorisinin Hukuki Dayanağı ve Kapsamı 36

4. Yaşayan Belge (Sözleşme) Teorisi 38

5. Sözleşmenin/Anayasanın Bir Bütün Olarak Yorumlanması İlkesi 41

6. Özerk Yorum İlkesi 45

II. GELİŞMECİ YORUM İLE ÖZERK YORUM İLKESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ 45

A. Genel Olarak 45

B. Gelişmeci Yorum 48

1. Genel Olarak 48

2. Kaynağı 53

3. Çoğulcu Demokrasinin Yerleşmesine Etkisi 54

4. Gelişmeci Yorumu Kullanarak Önemli Kararlara İmza Atan Ulusal Anayasa Mahkemelerinden Örnekler 56

a. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi 56

b. Macaristan Anayasa Mahkemesi 59

c. Polonya Anayasa Mahkemesi 61

d. ABD Federal Yüksek Mahkemesi 63

5. Gelişmeci Yorumun Sınırı 65

C. Gelişmeci Bir Yorum İlkesi Olarak Özerk Yorum İlkesi 66

III. ÖZERK KAVRAMLAR DOKTRİNİ 69

A. "Özerk Kavramlar Doktrini"nin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi 69

1. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları 69

2. Engel ve Diğerleri v. Hollanda Kararı 70

a. Karara Konu Olayın Özeti 70

b. AİHM'nin Tespit ve Değerlendirmeleri 73

3. Chassagnou ve Diğerleri v. Fransa Kararı 77

B. Özerk Kavramlar Doktrininin Dayanağı, Kullanımı ve Kullanım Amaçları 79

1. Genel Olarak 79

2. Özerk Kavramlar Doktrininin Dayanağı 82

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Yer Alan Özerk Kavramlar 85

4. Sınırlamalar: Özerk Yorum İlkesine Başvurulmayan Durumlar ve AİHM'nin "Özerk" Olarak Kabul Etmediği Kavramlar 86

a. Özerk Yorum İlkesine Başvurulmayan Durumlar 86

(1) Ulusal Hukuktaki Tanımın AİHS'deki Tanımdan Daha Fazla Koruma Sağlaması 86

(2) AİHS'nin Açıkça Ulusal Hukuka Atıfta Bulunduğu Durumlar 88

b. AİHM'nin "Özerk" Olarak Kabul Etmediği Kavramlar 89

(1) Yaşam Hakkı 89

(2) Din 91

5. Yorum İlkesi Olarak Özerk Yorum ve Özerk Anlamın Nasıl Oluşturulduğu Hususu 92

a. Özerk Yorumun "Yorum İlkesi" mi "Yorum Yöntemi" mi Olduğu Hususu . 92

b. Özerk Anlamın Nasıl Oluşturulduğu Hususu 94

6. Karşılaştırmalı Yorum Yöntemi ve Uzlaşmanın Özerk Kavramların Oluşumu Üzerindeki Etkisi 98

7. Özerk Kavramlar Doktrini ile Ulaşılmak İstenen Amaçlar 105

a. Gerçek Bir Koruma Sağlama 105

b. Yeknesaklık Sağlama 106

c. Ortak Bir Anlayışın Gelişmesine ve Barışın Tesis Edilmesine Katkı Sağlama 107

d. Daha Sıkı Bir "Birlik" ve "Avrupa Standardı" Oluşturma 108

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dışında Özerk Yorum İlkesine Başvuran Diğer Uluslararası ve Ulusal Mahkemelere Örnekler 109

1. Uluslararası Mahkeme ve Sözleşmelerden Örnekler 110

a. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD) 110

b. Özerk Yoruma Atıf Yapan Bazı Uluslararası Sözleşmeler 116

2. Ulusal Mahkemelerden Örnekler 118

a. Almanya 118

b. Fransa 121

c. Birleşik Krallık 124

d. Türkiye 129

3. Diğer Uluslararası Andlaşmalarda Öngörülen Hükümlerin AİHS'deki Özerk Kavramları Geçersiz Kılıp Kılamayacağı Sorunu 134

D. Özerk Kavramlar Doktrini ile Çatışabilecek Diğer Bazı Kavramlar Arasındaki İlişki 137

1. Egemenlik Kavramı ve Özerk Kavramlar Doktrini 137

2. İkincillik İlkesi ve Özerk Kavramlar Doktrini 141

3. Takdir Marjı ve Özerk Kavramlar Doktrini 145

E. Özerk Kavramlar Doktrinin Sonuçları 151

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ulusal Hukuklardan Bağımsızlaştırılarak Etkin Bir Şekilde Uygulanmaktadır 152

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Asgari Düzeyde Yeknesak Bir Şekilde Uygulanmaktadır 153

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kavramlara İlişkin Yorumu Ulusal Hukuklara Aktarılmaktadır 154

4. AİHM'nin Kavramlara Yönelik Yaklaşımı Sözleşmeye Taraf Devletlere Dayatılmaktadır 155

İKİNCİ BÖLÜM

"AİLE HAYATI" KAVRAMININ ÖZERK YORUMU VE AİLE HAYATINA SAYGI HAKKININ ANLAMI

I. AİLENİN TANIMI, KAPSAMI, İŞLEVLERİ VE ÖNEMİ 157

A. Ailenin Tanımı 157

B. Ailenin Kapsamı 159

C. Ailenin İşlevleri 161

1. Ailenin Biyolojik İşlevleri 161

a. Cinsel Arzuların Meşru ve Doğal Yoldan Tatmini 161

b. Neslin Devamı 162

c. Nesebin Tespiti 163

2. Ailenin Psikolojik ve Duygusal İşlevi 166

3. Ailenin Güvenlik İşlevi 167

4. Ailenin Eğitim-Öğretim ve Terbiye İşlevi 168

5. Ailenin Sosyalleştirme İşlevi 169

D. Ailenin Önemi 170

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA "AİLE HAYATI" KAVRAMININ ÖZERK ANLAMI 172

A. Aile Hayatına Saygı Hakkının Yakından İlişkili Olduğu Diğer Bazı Haklar Karşısındaki Konumu 174

1. Aile Hayatına Saygı Hakkı ile Evlenme ve Aile Kurma Hakkı Arasındaki İlişki 174

2. Aile Hayatına Saygı Hakkı ile Özel Hayata Saygı Hakkı Arasındaki İlişki 182

a. Aile Hayatı ile Özel Hayat Arasındaki Farklar..... 187

b. Aile Hayatı ile Özel Hayatın Bütünlük Arz Etmesi 191

3. Aile Hayatına Saygı Hakkı ile Konuta Saygı Hakkı Arasındaki İlişki 192

4. Aile Hayatına Saygı Hakkı ile Haberleşme Hürriyetine Saygı Hakkı Arasındaki İlişki..... 195

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Özerk "Aile Hayatı" Yorumu 197

1. Önkoşul: Ailenin Varlığı 198

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Özerk Yorum Yetkisi Bağlamında Aile Hayatının Varlık Koşulları 200

a. Resmi (De Jure) Evliliğe Dayalı Aile Hayatı 201

b. Resmi Evliliğe Dayalı Olmayan (De Facto) Aile Hayatı 205

(1) Yakın ve Gerçek Kişisel Bağlar..... 207

(2) Birlikte Yaşama 209

(3) Ekonomik Birliktelik 211

(4) İlişkinin Uzunluğu 212

(5) Diğer Ölçütler 213

C. Aile Hayatına Saygı Hakkının Teminatları ve Devletlerin Yükümlülükleri 214

1. Aile Hayatına Saygı Hakkının Teminatları 214

a. Aile Hayatının Mahremiyetine (Gizliliğine) Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı 214

(1) Genel Olarak 214

(2) Yalnız Kalma Hakkı 216

(3) Ebeveyn Olma Hakkı 218

(4) Aile İçi Faaliyetlerin Gizliliği İlkesi 223

(5) Eşlerin Birbirlerine Karşı Cinsel "Soğukluklarının" Boşanma Davalarında Kusur Dağılımına Konu Edilmesi ve Mahremiyet İlkesi 225

(6) "Aile Hayatının Mahremiyeti" ile Başka Bir Hakkın Çatışması Durumu 229

b. Birlikte Vakit Geçirme (Birlikte Yaşama) Hakkı 231

c. Velayet, Kişisel İlişki Kurma ve Görüşme Hakkı 232

d. Çocuğun Menfaatlerini Koruma Hakkı 234

e. Cezaevindekilerle Görüşme Hakkı 234

f. Maddi Menfaatler 240

g. Tanıklıktan Çekinme Hakkı 242

2. Sözleşmeci Devletlerin Yükümlülükleri 244

a. Negatif Yükümlülükler 245

b. Pozitif Yükümlülükler 250

c. Usuli Yükümlülükler 257

D. Aile Hayatına Saygı Hakkının Sınırlandırılması Rejimi (md. 8/2) 260

1. Kanuna Uygun Olma (*In Accordance With The Law*) 261

2. Meşru Amaçlara Uygunluk 265

3. Demokratik Bir Toplumda Gereklilik 268

a. Zorlayıcı Toplumsal İhtiyaç 270

b. Ölçülülük (Orantılılık) 274

III. TÜRK HUKUKUNDA "AİLE HAYATI" KAVRAMININ ÖZERK ANLAMI 276

A. Anayasal Çerçevede "Aile Hayatı" Kavramı 276

B. Kanuni Çerçevede "Aile Hayatı" Kavramı 282

1. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu 282

2. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun 284

C. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Özerk "Aile Hayatı" Yorumu 288

D. Türk Hukukunda Aile Hayatının Sınırlandırılması Rejimi 294

IV. AİLE HAYATINA SAYGI HAKKININ ÖZERK YORUMU ÇERÇEVESİNDE EŞCİNSEL BİRLİKTELİKLERİN DURUMU 302

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı 303

1. "Schalk ve Kopf/Avusturya" Davasına Kadar Olan Yaklaşım 303

2. "Schalk ve Kopf/Avusturya" Davası ile Birlikte Başlayan Yeni Süreç ve Mahkemenin Güncel Yaklaşımı 305

a. Schalk ve Kopf/Avusturya Davası ile Birlikte Başlayan Yeni Süreç 305

(1) Schalk ve Kopf/Avusturya Davasına Konu Olay 305

(2) AİHM'nin Değerlendirmeleri 307

b. AİHM'nin Konuya İlişkin Güncel Yaklaşımı 309

B. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı 312

C. Hukuki Değerlendirmelerimiz 314

1. Evlenme Hakkı Bakımından 314

2. Aile Hayatına Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı Bakımından 315

a. AİHM'nin "Hassas ve Ahlaki" Konulara İlişkin Özerk Yorum Yaklaşımı . 316

b. Devletlerin Egemenlik Yetkileri 318

c. AİHM'nin "Kural Koyma" Yetkisi Yoktur 320

d. AİHM'nin Yetkisi ve Görevi "İkincil" Niteliktedir 322

e. Devletlerin "Takdir Marjı" Meselesi 323

f. Sözleşmeci Devletlerin Yükümlülükleri Bakımından Ortaya Çıkan Çelişki 326

SONUÇ 329

KAYNAKÇA.....338

ÖZGEÇMİŞ 367

KISALTMALAR

ABD : Amerika Birleşik Devletleri

ACCA : Associations Communales de Chasse Agréée

AICA : Associations Inter-communales de Chasse Agréées

AİHK : Avrupa İnsan Hakları Komisyonu

AİHM : Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi

AİHS : Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi

Akt. : Aktaran

AY. : Anayasa

AYM : Anayasa Mahkemesi

BCB : Bürgerliches Gesetzbuch

Bkz. : Bakınız

BM : Birleşmiş Milletler

Bs. : Baskı/Bası

C. : Cilt

CEDAW : Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women

CBK : Cumhurbaşkanlığı Kararnameleri

Çev. : Çeviren(ler)

Der. : Derleyen

E. : Esas

Ed. : Editör/Editörler

E.S. : Esas Sayısı

E.T. : Erişim Tarihi

dn. : Dipnot

GK : Genel Kurul

K. : Karar

K.T. : Karar Tarihi

m. : madde

N. : Number

pp. : Papers

R.G. : Resmî Gazete

Res DH : Résolution de Droits de L'homme

s. : sayfa

S. : Sayı

Sad. : Sadeleştiren

ss. : sayfalar

TBB : Türkiye Barolar Birliği

TBMM : Türkiye Büyük Millet Meclisi

TCK : Türk Ceza Kanunu

TMK : Türk Medeni Kanunu

TL : Türk Lirası

URL : Uniform Resource Locator

v. : Versus

vb. : ve benzeri

vd. : ve devamı

Vol. **:** Volume

vs. **:** vesaire

Y. **:** Yıl/Year

GİRİŞ

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (AİHS) gibi uluslararası sözleşmelerde ve anayasalarda zaman zaman muğlak, oldukça soyut ve belirsiz kavramlar kullanılmaktadır. Açıkçası bu metinlerde muğlak ve soyut kavramların kullanılması bir anlamda zorunluluktur. Çünkü bu belgelerin kapsayıcı olması; zamana karşı dirençli olması; somut olayın özelliğine göre yargı makamlarına esnek yorum yapma imkânı vermesi; farklı siyasi, sosyal, kültürel ve toplumsal görüşleri uzlaştırabilmesi ve genel ilkeleri, değerleri ve yön gösterici çerçeveyi belirleyebilmesi için tarafların üzerinde uzlaşma sağlayabileceği "adalet", "eşitlik", "hürriyet" ve "aile hayatı" gibi kavramların kullanılması gerekmektedir.

Bu noktada, önüne gelen somut uyuşmazlığı çözecek olan mahkemenin soyut kavrama bir anlam vermesi; diğer bir ifadeyle soyut kavramı yorumlaması gerekmektedir. İşte bu soyut kavramı anlamlandırma çabasında "özerk yorum" ilkesi önemli bir işlev görmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) bakımından özerk yorum, AİHS metninde yer alan kavram ve terimlerin, ulusal hukuklarda kendilerine verilen anlam ve tanımlardan veya ulusal hukuklardaki sınıflandırmalardan bağımsız olmasını ifade eder.[1] Mahkeme; Sözleşme'deki soyut, belirsiz ve muğlak kavramların anlamlarını doğru bir şekilde tespit etmek için başlangıçta, kavramların ulusal hukuktaki anlamlarına başvurmuştur. Fakat bu durum Sözleşme'deki hükümlerin etkisini azaltma riski taşıdığı gibi kavram anarşisinin ortaya çıkması tehlikesini de barındırmıştır.[2] Bu nedenle Mahkeme, AİHS ile güvence altına alınan hakları etkin bir şekilde korumak ve taraf devletlerde de ortak bir biçimde anlaşılmasını sağlamak için kendisine soyut ve muğlak gelen kavramlara "*Sözleşmesel kavramlar*" anlamında özerk yorum ilkesini devreye koyarak bir "Avrupa anlamı" yüklemeye karar vermiştir.[3] Eğer böyle bir yaklaşım

[1] D.J. Harris, M.O'Boyle, E.P. Bates ve C.M. Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku* (Ankara: Şen Matbaa, 2013), 17; Haydar Burak Gemalmaz, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı", (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008), 125.
[2] Ömer Anayurt, *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004), 64.
[3] Anayurt, *Kişisel Başvuru Yolu*, 62.

geliştirilmeseydi, ulusal hukuka bağlı bir uluslarüstü yargı yeri ortaya çıkardı, ki bu durumu Sözleşme'nin konu ve amacıyla bağdaştırmak mümkün olmazdı.[4]

Özerk yorum ilkesi "otantik yorum"[5] yapma yetkisine sahip bütün mahkemelerin kullanabileceği bir ilkedir. Bununla birlikte bu ilke, ilk olarak AİHM tarafından sistemleştirildiği için daha çok AİHM'nin kullanmış olduğu "özgün" yorum ilkelerinden birisi olarak anılmaktadır. AİHM'nin AİHS'yi otantik yorum yetkisine sahip olması ve Mahkeme'nin vermiş olduğu kararların taraf devletler için *bağlayıcı* olması, özerk yorum ilkesinin önemini daha da arttırmaktadır.

Esasında "özerk yorum", bir yorum ilkesi olmakla birlikte, ulusal ve uluslararası doktrinde genellikle *özerk kavramlar doktrini* (*autonomous concepts doctrine*) şeklinde adlandırılmaktadır.[6] Kanaatimizce bu adlandırmada, bu yorum ilkesinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) tarafından kullanılma biçimi ve Mahkeme'nin ulaşmış olduğu sonuçlar önemli bir etken olmuştur.

Özerk kavramlar doktrini uluslararası doktrinde genellikle "yargısal bir yorum tekniği" olarak incelenmiştir. Literatürde yer alan çalışmaların büyük çoğunluğu, doktrini genel hatlarıyla ele almakta; adil yargılanma hakkı, mülkiyet hakkı, suç isnadı veya dernek gibi daha "teknik-hukuki" kavramlar üzerinden örneklendirmektedir.

Mevzubahis doktrin, AİHM'nin Sözleşme'de yer alan hakları koruma ve geliştirmede başvurduğu en temel ve işlevsel yorum metodolojilerinden biri olmasına rağmen, Türk hukuk doktrininde bu konudaki çalışmaların nicelik ve nitelik bakımından oldukça sınırlı kaldığı görülmektedir. Konuya ilişkin akademik ilginin ancak son birkaç yıl içinde arttığı müşahede edilmektedir. Bununla birlikte mevcut çalışmalar, doktrini genel hatlarıyla, teorik bir "yorum ilkesi" olarak ele almakta ve adil yargılanma hakkı,

[4] Gemalmaz, "Mülkiyet Hakkı", 125.
[5] "*Otantik yorum, hukuken kendisine itiraz edilemeyen ve kendisine pozitif hukukun hukuki sonuçlar bağladığı yorumdur*." Bkz. Kemal Gözler, "Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:15 (1998): 214. "Otantik yorum" konusunda ayrıntılı açıklamalar için bkz. Timothy Endicott, "Authentic Interpretation" çev. İsmail Köküsarı, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25/2 (2021); Christian Hillgruber, "Anayasanın Yorumlanması", çev. Yüksel Metin, içinde *Anayasa Teorisi*, ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter (Çeviri Editörü: İlyas Doğan), (İstanbul: Lale Yayıncılık, 2014), 546.
[6] Bkz. Semih Batur Kaya, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021), 111.

mülkiyet hakkı ve suç isnadı gibi "teknik-hukuki" terimler üzerinden yüzeysel bir çerçeve çizmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'de yer alan pek çok kavramı özerk yoruma tabi tutmaktadır. Ancak kanaatimizce, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan ve özerk bir kavram kabul edilen aile hayatı, bu doktrinin en tartışmalı ve dinamik konusu olmanın yanı sıra; özerk kavramlar doktrininin en geniş ve somut uygulama alanlarından birini teşkil etmektedir. Diğer taraftan, "aile hayatı" kavramı "mülkiyet hakkı", "dernek", "yerleşim yeri" veya "suç isnadı" gibi *teknik bir hukuki kavram* değildir; ahlaki içeriğe sahip hassas bir konuyu bünyesinde barındıran bir kavramdır. Toplumun temeli olarak kabul edilen ailenin sağlıklı ve güçlü olması, içinde bulunduğu toplumu da sağlıklı ve güçlü kılacaktır. Bu nedenle aile ile toplum ve devlet arasında doğrudan bir etkileşim vardır. Bu sebeple devletler genel olarak aileyi korumayı ve güçlendirmeyi hedefleyen politikalar üretmeye çalışmakta ve bu alanı hukuki düzenlemelere tabi tutmaktadırlar.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, aile hayatına saygı hakkını özerk bir kavram olarak kabul ettiği için bu kavramın anlamını tespit ederken ulusal hukukun bu kavrama yüklediği anlam ile kendisini bağlı görmemektedir. Mahkeme; sosyal, biyolojik, hukuksal ve duygusal bağları dikkate alarak bir değerlendirme yapmakta, aile hayatının varlığını tespit noktasında genellikle "*fiiliyattaki yakın kişisel bağların varlığı*" kriterinden hareket etmektedir.[7] Bu kapsamda Mahkeme, ulusal hukukta "aile hayatı" oluşturmayan birçok ilişki biçiminin "aile hayatı" oluşturduğuna karar vermiş ve bu alanı adeta yeniden şekillendirmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi özerk yorum ilkesini kullanarak Sözleşme'de güvence altına alınan hak ve hürriyetlerin bütün hukuk düzenlerinde aynı tarzda anlaşılmasını ve uygulanmasının sağlanmasını, kavramların anlamlarını ulusal hukuktaki anlamlarından bağımsızlaştırarak "gerçek bir koruma" sağlamayı ve sözleşmenin asgari düzeyde eşit olarak uygulanmasının sağlanmasını amaçlamaktadır.[8] Bu noktada "dernek", "yerleşim yeri" ve "suç isnadı" gibi *teknik bir hukuki kavrama* ilişkin konularda bu amacın gerçekleştirilmesi daha kolaydır. Ancak "aile hayatı" gibi *hassas* ve *toplumsal değerlere göre değişen ahlaki* konularda, Mahkeme'nin belirli bir yorumu üye devletlere

[7] Gülay Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8* (Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2019), 97.
[8] Anayurt, *Kişisel Başvuru Yolu*, 63-64.

dayatması, sözleşmeci devletlerin direnciyle ve *egemenlik* itirazıyla karşılaşabilir. Bu doğrultuda, "aile hayatı" kavramının özerk olarak nasıl yorumlanacağı, Mahkeme'nin bu kavrama ilişkin yorumunun sınırı ve bu sınırın aşılması halinde karşılaşılabilecek sonuçlar oldukça önemli bir mesele haline gelmektedir.

İşte bu noktada gerek uluslararası doktrinde gerekse de Türk doktrininde aile hayatına saygı hakkı gibi toplumun ahlaki ve sosyolojik yönleriyle doğrudan bağlantılı olan "hassas" bir konuda AİHM'nin özerk yorum yetkisinin meşruiyeti ve sınırları yeterince incelenmemiştir. Ayrıca AİHM'nin 2010 yılından itibaren eşcinsel birlikteliklerin hukuki statüsüne yönelik özerk yorum yoluyla önceki içtihatlarını değiştiren yeni yaklaşımı, konunun incelenme gerekliliğini ve önemini daha da arttırmıştır. Bu çalışma, literatürdeki bu boşluğu doldurarak uygulamadan da örneklerle birlikte aile hayatına saygı hakkı bakımından AİHM'nin özerk yorum yetkisinin meşruiyetini ve sınırlarını ortaya koymayı hedeflemekte; doktrinin "teknik- hukuki" kavramlardaki pozitif etkisini kabul etmekle birlikte, toplumun temel yapı taşı olan aile kurumuna dair hassas meselelerin, ulusal değerlerden ve toplumsal ahlaki kabullerden bağımsızlaştırılmış bir özerk yorum yoluyla ele alınmasının hukuki meşruiyetini sorgulamaktadır.

Çalışmamızın odağının aile hayatına saygı hakkı ile sınırlandırılması, tesadüfi bir tercih değil, bilinçli bir yöntemsel zorunluluktur. "Suç isnadı", "mülkiyet hakkı" veya "yerleşim yeri" gibi kavramlar daha dar ve teknik bir hukuki çerçeveye sahipken "aile hayatı" kavramı, sosyolojik, biyolojik ve ahlaki unsurların iç içe geçtiği en hassas kavramların başında gelmektedir. Özerk kavramlar doktrinin bu hak özelinde incelenmesi, Mahkeme'nin yorum yetkisinin en uç sınırlarını görmemize olanak tanımaktadır. Dolayısıyla çalışmada diğer hakların kapsam dışı bırakılması, doktrinin en tartışmalı ve en geniş uygulama alanlarından birinde derinleşebilmek adına yapılmış stratejik bir yöntem tercihidir.

Diğer taraftan, eşcinsel birliktelikler özelinde AİHM'nin son yıllardaki içtihatları incelendiğinde, özerk kavramlar doktrinin sadece usuli bir yorum ilkesi değil aynı zamanda toplumun en hassas birimi olan "aile" kurumunu yeniden şekillendirme gayretinde kullanılan maddi bir hukuk kaynağı olarak araçsallaştırıldığı görülmektedir.

Dolayısıyla aile hayatına saygı hakkı kavramını özerk kavramlar doktrinin ile birlikte incelemek yöntemsel bir zorunluluk teşkil etmektedir.

Çalışmada normatif analiz yöntemi ile birlikte karşılaştırmalı yargısal analiz yöntemi benimsenmiştir. Bu yöntem, sadece metin analizi yapan geleneksel yaklaşımların aksine, AİHM'nin aile hayatı kavramının kapsamına dahil ettiği örneklerin toplumsal gerçeklere uygun olup olmadığını ve Mahkeme'nin yorumunun devletlerin egemenlik yetkileri ile takdir marjları karşısında hukuki meşruiyet sınırları içerisinde kalıp kalmadığını somut veriler ve içtihat dönüşümleri ışığında saptama avantajı sağlamaktadır. Alternatif bir yöntem olan sadece teorik-betimsel yaklaşımlar, özerk kavramlar doktrininin ulusal mahkemeler üzerindeki etkisini açıklamada etkisiz kalmaktadır. Bu tür kısıtlı yaklaşımlar, doktrinin toplumun en hassas birimi olan aile kurumunu nasıl yeniden şekillendirdiğini ve bu müdahalenin yarattığı meşruiyet krizini analiz etmekte yetersiz kalmaktadır.

Bu doğrultuda, iki temel bölümden oluşan çalışmamızın birinci bölümünde özerk kavramlar doktrini konusu ele alınacaktır. Bu kapsamda öncelikle yorum yöntemleri ve yorum ilkeleri kısaca incelenecek, özerk yorum ilkesi irdelenmek suretiyle özerk kavramlar doktrininin mahiyeti, tarihsel gelişimi, nasıl anlaşılması gerektiği ve hangi amaçlarla kullanıldığı gibi teorik hususlar üzerinde durulacaktır. İkinci bölümde ise aile hayatına saygı hakkının uygulamada AİHM ve Türk Anayasa Mahkemesi tarafından özerk olarak nasıl yorumlandığı izah edilecek ve AİHM'nin 2010 yılından itibaren eşcinsel birliktelikler özelinde geleneksel aile yapısına müdahalesinin meşruiyet zemini tartışmaya açılacaktır.

Son olarak belirtmek isteriz ki; "aile hayatı" ile bağlantılı fakat ayrı bir kavram olan "özel hayat" kavramının "özerk yorumu" çalışmamızın kapsamı dışındadır. Bu nedenle sadece "özel hayat" kapsamında kalan; "cinsel yönelim", "cinsel hayat" ve "cinsel kimlik" gibi konular üzerinde durulmayacaktır.

BİRİNCİ BÖLÜM

ÖZERK YORUM İLKESİ (ÖZERK KAVRAMLAR DOKTRİNİ)

Çalışmamızda ayrıntılı bir şekilde inceleyeceğimiz üzere, "özerk kavramlar doktrini" olarak adlandırdığımız doktrin esasında bir "yorum" tekniğidir.[9] Uluslararası hukukta veya ulusal hukuk kaynaklarında zaman zaman muğlak, oldukça soyut ve belirsiz kavramlar kullanılabilmektedir. Bu kullanım bilinçli bir tercihin ürünü olabileceği gibi yazım yetersizliğinden de kaynaklanabilir. Ancak nihayetinde normu uygulayacak mahkemenin bu soyut kavrama bir anlam vermesi gerekmektedir. İşte bu soyut kavramı anlamlandırma çabasında "özerk yorum" ilkesi de devreye girmektedir. Bu nedenle çalışmamızın ilk kısmında kısaca yorum yöntemlerinden ve yorum ilkelerinden bahsedilecek, sonrasında ise "özerk yorum" ilkesi konusu üzerinde durulacaktır.

I. KLASİK YORUM YÖNTEMLERİ İLE TEMEL HAK VE HÜRRİYETLERİN YORUMUNDA KULLANILAN ÖZGÜN YORUM İLKELERİ VE TEORİLERİ

Hukukta yorum çok önemli bir faaliyettir. Çünkü bir kuralın somut uyuşmazlığa uygulanmasından önce yorumlanması gerekmektedir.[10] Hatta bazı yaklaşımlara göre hukuk, bizatihi yorum işidir.[11] Nitekim bu anlayışın önemli temsilcilerinden birisi olan

[9] Anayurt, *Kişisel Başvuru Yolu*, 64; Kemal Gözler, *İnsan Hakları Hukuku* (Bursa: Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018), 527.
[10] Hillgruber, "Anayasanın Yorumlanması", 520 vd.; Mehmet Tevfik Gülsoy, *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2007), 200 vd.
[11] Sururi Aktaş, "Hukukta Yorum Çabaları", *EBYÜ-HFD*, 15/3-4 (2011): 2; Fazıl Sağlam, "Anayasa Şikâyeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları", içinde *Anayasa Yargısı İncelemeler 1*, ed., Mehmet Turhan, Hikmet Tülen, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2006), 71-111.

Ronald Dworkin'e göre, hukukun uygulanması, genel olarak yorumla ilgili bir çalışmadır.[12]

Hukuktaki yorum faaliyetine temel hak ve özgürlükler boyutuyla baktığımızda; karşımıza en önemli figür olarak devlet çıkacaktır. Çünkü devlet, temel hak ve özgürlüklerin hem koruyucusu hem de ihlalcisi konumundadır. Dolayısıyla temel hak ve özgürlüklerin bir tarafında birey diğer tarafında ise devlet bulunmaktadır. Bu durum temel hak ve özgürlüklerin yorumlanmasında iki temel yaklaşımı beraberinde getirmiştir.[13] Bunlar; "*hak eksenli (rights-based) yaklaşım*" ve "*amaç eksenli (goal-based) yaklaşım*"dır. Hak eksenli yaklaşım, bir davada hâkimin temel hak ve özgürlüklerin korunmasından yana tavır alarak karar vermesini gerektiren yaklaşımdır. Amaç eksenli yaklaşım ise hâkimin toplumun ve devletin yüce amaçları için gerektiğinde bireysel hakları feda etmesini, kurulu düzenin devamı kaygısını öne çıkarmasını gerektiren bir yaklaşımdır.[14]

Taraf olduğumuz Sözleşme (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi) ve bulunduğumuz coğrafya itibariyle AİHM'nin uyguladığı yorum yöntemleri mahkemelerimizi yakından ilgilendirmektedir. Bu sebeple yorum yöntemleri daha ziyade AİHM'nin bakış açısıyla incelenecektir. Ancak bu inceleme ayrıntılı ve kapsamlı değil, nispeten sınırlı, kısa ve öz bir şekilde ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Sözleşmelerin nasıl yorumlanması gerektiğine ilişkin kurallar 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde[15] toplanmış bulunmaktadır. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin özellikle 31-33. maddeleri sözleşmelerin yorumuna ilişkin temel kurallar öngörmektedir. AİHM de pek çok kararında AİHS'nin yorumunda Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin göz önünde bulundurulması gerektiğini açıkça belirtmiştir.[16]

---

[12] Ronald Dworkin, "Law as a Interpretation", *Texas Law Review*, 60 (1982): 527 vd.; Sururi Aktaş, "Hukukta Yorum Çabaları", 2.

[13] Yunus Emre Gül, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararlarında Yararlandığı Klasik ve Özgün Yorum Yöntemleri", *Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 18/36 (2018): 220.

[14] Zühtü Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 17 (2000): 290.

[15] Türkiye henüz Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne taraf değildir. Sözleşme'nin metnine ulaşmak için bkz. https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_ XXIII_01.pdf, (E.T. 20.08.2024).

[16] Bkz. Golder/İngiltere, Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975, § 29; Luedicke, Belkacem ve Koç/Almanya, Başvuru No: 6210/73, 6877/75, 7132/75, 28.11.1978, § 39.

Anılan Sözleşme'nin "*Genel yorum kuralı*" başlıklı 31. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.*" Görüleceği üzere burada "*andlaşmanın bütünü içinde*" ifadesi ile sistematik yorum yöntemi, "*konu ve amacının ışığında*" ifadesi ile gaî (amaçsal) yorum yöntemi ve "*alelade manaya uygun şekilde*" ifadesi ile de lafzî (sözel) yorum yöntemi vurgulanmıştır. Söz konusu hüküm her ne kadar ilk bakışta açık ve belirgin gibi görünse de farklı hukuk sistemlerinin bir sentezini yapmaya çalışan, insan hakları konusunda Avrupa standardını oluşturmak iddiasını ve görevini üstlenen ve iki ayrı dilde (İngilizce ve Fransızca) yazılı bir Sözleşme'yi "somutlaştırmaya" çalışan AİHM için yeterli bir hüküm olmaktan uzaktır.[17] Bu nedenle Mahkeme, Sözleşme hükümlerinin yorumunda neredeyse bütün yorum yöntemlerine başvurabilmektedir. Mahkeme yine aynı sebeple Sözleşmenin bir hükmünü yorumlayıp uygularken ampirik davranmakta; genel ilke koymak yerine dava konusu somut olayın özel koşulları çerçevesinde kalarak sonuca ulaşmayı tercih etmektedir.[18] Dolayısıyla Mahkeme, bazen hukukun tüm alanlarında kullanılan klasik yorum yöntemlerine bazen de geliştirmiş olduğu kendine özgü yorum ilkelerine başvurmaktadır.

A. Klasik Yorum Yöntemleri

Klasik yorum yöntemleri konusunda bir uzlaşının olduğunu söylemek mümkün değildir. Ancak öğretide ağırlıklı olarak beş yorum yöntemi öne çıkmaktadır. Bunlar; lafzî (sözel, literal, metinsel, gramatik veya deyimsel), tarihî (kronolojik, tarihsel veya genetik), sistematik, gaî (amaçsal, amacı esas alan) ve karşılaştırmalı yorum yöntemleridir.[19]

1. Lafzî (Sözel) Yorum Yöntemi

Lafzî yorum yöntemini, çok kısaca; hükmün anlamının yazılı metin vasıtasıyla ortaya konulmasını amaçlayan bir yorum yöntemi olarak ifade etmek mümkündür.

---

[17] Şeref Gözübüyük ve Feyyaz Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2016), 149.

[18] Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 149.

[19] Abdurrahman Eren, "Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 33/1 (2016): 256; Bertil Emrah Oder, "Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları - 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler" içinde *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Haz. Ozan Ergül, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013), 122; Ömer Gedik, *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi (Anayasa Mahkemesinin ilk elli yılı:1962-2012)* (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022), 28.

Dolayısıyla lafzî yorum yönteminde hukuk normunun sözlerine bağlı kalınması ve onun çizdiği sınırların dışına çıkılmaması gerekmektedir.[20]

Bu yorum yöntemi bakımından yorumun amacı, normun açık anlamını araştırmak ve bu anlamla bağlı kalmaktır.[21] Çünkü lafzî yorum yöntemi, "*kanun metninin kanun koyucunun iradesini tam olarak yansıttığı ve kanun koyucunun niyetini ifade etmek için tamamen uygun ifadeler kullandığı varsayımına dayanır.*"[22] Bu nedenle bu yorum türünde normun anlamı; kelimelere, kelimelerin cümle içindeki yerlerine, maddenin sözdizimine ve noktalama işaretlerine bakılarak tespit edilir.[23] Brugger de benzer biçimde lafzî yorumu şu şekilde tanımlamaktadır; "*Lafzî yorum, bir hukukî meselenin çözümüne ilişkin bir kanun hükmünün, semantik (anlambilimsel), dilbilimsel ve gramer açısından analizidir.*"[24] Dolayısıyla bu yorum yönteminde sözlerle tutarlı olmayan yorum geçerli değildir.[25]

Bir normun anlamını tespit ederken ilk bakılan husus, normun metni ve lafzı olduğu için lafzî yorum yöntemi kaçınılmaz olarak yorum faaliyetinde her zaman ve ilk sırada kullanılmaktadır. Bu durum, lafzî yorum yönteminin diğer yorum yöntemleri karşısında en ayırıcı özelliklerinden birisini oluşturmaktadır.[26]

AİHM'nin lafzî yorum yöntemini kullanarak çözümlediği birçok uyuşmazlık bulunmaktadır. Örneğin; Mahkeme, Pretty/Birleşik Krallık kararında, Sözleşme'nin 2.

---

[20] İsmail Köküsarı ve Ömer Gedik, *Türk Anayasa Yargısı* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2024), 27; Aktaş, "Hukukta Yorum Çabaları", 2; Şeref Gözübüyük, *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2002), 74.

[21] Peter J. Smith, "Textualism and Jurisdiction", *Columbia Law Review*, 108/8 (2008): 1899. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 19.04.1993 tarih, 1993/4-16 Esas ve 1993/100 Karar sayılı kararında şu ifadelere yer vererek sözel yorumdan yana tavır almıştır: "… *Yargıç, yorum yaparken kişisel değer yargılarına dayanan bir kişi değil, bir kurumdur. Onun görevi yasaları ayıklamak değil, uygulamaktır. Doğru yorumlamaktır. Sonuçların iyi/kötü olması ahlaki ve yasa koyucusunun siyasal tercihlerini ilgilendirir. Hukukun üstünlüğünü yargıyla sağlamanın yolu, yanılgılı temellere dayanan yasayı düzeltmek, eksik yasanın boşluğunu doldurmak değildir. Bir yargı kararında belirtildiği gibi, yargıçlar zorlama yorumlarla yasa koyucunun işlerine özenemezler (COTE, s.225). Kuşkusuz, yasa maddeleri, istediklerimizi cezalandırmak için ellerimize verilmiş silahlar değildirler*".

[22] Kemal Gözler, *Hukukun Genel Teorisine Giriş (Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu)* (Ankara: Us-A Yayıncılık, 1998), 167.

[23] Gözler, *Hukukun Genel Teorisi*, 166; Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 31-32.

[24] Winfried Brugger, "Concretization of Law And Statutory Interpretation", *Tulane European and Civil Law Forum*, 11 (1996): 234.

[25] Thomas C. Wegerich, "Statutory Interpretation in Germany: The Continental Approach to Dealing with The Law", *Holdsworth Law Review*, 15 (1991-1992): 223; Aktaş, "Hukukta Yorum", 8.

[26] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 34.

maddesinde[27] geçen "yaşam hakkı"na ilişkin normun yorumundan "ölüm hakkı"nın çıkarılamayacağını belirterek, lafzî yorum anlayışına uygun bir şekilde söz konusu başvuruda ihlal olmadığına hükmetmiştir.[28] Yine Mahkeme, Johnston ve Diğerleri/İrlanda kararında, Sözleşme'nin 12. maddesinde[29] düzenlenen "evlenme hakkı"nın "boşanma hakkı"nı kapsamadığını belirterek lafzî yorum anlayışına uygun bir yorum yapmıştır.[30]

Ancak AİHM'nin lafzî yorum yöntemine başvurması noktasında bazı özel durumlar ortaya çıkabilmektedir. Şöyle ki, AİHS aynı derecede geçerli olmak üzere hem Fransızca hem de İngilizce olarak kaleme alınmıştır.[31] Bir dil diğer bir dili tamamen karşılayamadığı için, Sözleşme'de yer alan kavramlar arasında uyuşmazlık çıkması mümkündür. Bu noktada Mahkeme'nin hangi dildeki kavramın anlamına önem ve öncelik vereceği ve uyuşmazlığı nasıl çözeceği sorusu ortaya çıkmaktadır. Mahkeme böyle bir durumla karşılaştığında, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 33. maddesinin[32] de yönlendirmesiyle, her iki metni uyumlaştırmaya ve uzlaştırmaya çalışmaktadır. Örneğin; Mahkeme *The Sunday Times/Birleşik Krallık* davasında böyle bir

---

[27] AİHS'nin "*Yaşam hakkı*" başlıklı 2. maddesi şu şekildedir: "*1. Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur. Yasanın ölüm cezası ile cezalandırdığı bir suçtan dolayı hakkında mahkemece hükmedilen bu cezanın infaz edilmesi dışında, hiç kimsenin yaşamına kasten son verilemez.*
2. Ölüm, aşağıdaki durumlardan birinde mutlak zorunlu olanı aşmayacak bir güç kullanımı sonucunda meydana gelmişse, bu maddenin ihlaline neden olmuş sayılmaz:
a) Bir kimsenin yasa dışı şiddete karşı korunmasının sağlanması;
b) Bir kimsenin usulüne uygun olarak yakalanmasını gerçekleştirme veya usulüne uygun olarak tutulu bulunan bir kişinin kaçmasını önleme;
c) Bir ayaklanma veya isyanın yasaya uygun olarak bastırılması"
[28] Bkz. Pretty/Birleşik Krallık, Başvuru No: 2346/02, 29.04.2002, § 37.
[29] AİHS'nin "Evlenme hakkı" başlıklı 12. maddesi şu şekildedir: "*Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir*."
[30] Bkz. Johnston ve Diğerleri/İrlanda, Başvuru No: 9697/82, 18.12.1986, § 51-54.
[31] Nitekim AİHS'nin son maddesi olan 59. maddesinin son fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: "*Bu Sözleşme, Avrupa Konseyi arşivlerinde saklanmak ve her iki metin de aynı derecede geçerli olmak üzere Fransızca ve İngilizce tek bir nüsha halinde 4 Kasım 1950'de Roma'da düzenlenmiştir. Genel Sekreter bunun tasdikli örneklerini imza eden bütün devletlere gönderecektir*."
[32] Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin "*İki veya daha fazla dilde tevsik edilmiş olan andlaşmaların yorumu*" başlıklı 33. maddesi şu şekildedir: "*1. Bir andlaşma iki veya daha fazla dilde tevsik edildiği zaman, görüş ayrılığı halinde, belirli bir metnin üstün tutulacağını metnin kendisi öngörmedikçe veya taraflar öyle kararlaştırmadıkça, her bir dildeki metin aynı şekilde geçerlidir.*
2. Metnin tevsik edildiği dillerden gayrı bir dildeki bir andlaşma sureti, ancak andlaşmanın öngörmesi veya tarafların kabul etmesi halinde geçerli bir metin telakki edilir.
3. Andlaşma hükümlerinin her bir geçerli metinde aynı manayı taşıdığı farz edilir.
4. Birinci paragrafa göre, belirli bir metnin üstün tutulduğu durumlar saklı kalmak üzere, geçerli metinler arasında yapılan bir karşılaştırma, 31. ve 32. maddelerin uygulanmasının ortadan kaldırmadığı bir mana farkı ortaya koyarsa, andlaşmanın konu ve amacı göz önünde tutulduğunda metni en iyi uzlaştıran mana benimsenecektir." İbrahim Kaya, *Uluslarası Hukukta Temel Belgeler* (Ankara: Seçkin Yayınları, 2024), 82.

sorunla karşılaşmış ve şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "… *Sözleşme'nin 9, 10 ve 11. maddelerinin ikinci fıkralarındaki 'hukuken öngörülmüş' (prescribed by law) ifadesi, Fransızca metindeki 'prévues par la loi' ifadesinin karşılığıdır. Sözleşme'nin 8(2). fıkrasında, Birinci Protokolün 1. maddesinde ve Dördüncü Protokolün 2. maddesinde yine aynı Fransızca ifade yer alırken, İngilizce metinde sırasıyla, 'hukuka uygun olarak', 'hukukun öngördüğü koşullar' ve yine 'hukuka uygun olarak' ifadeleriyle karşılanmıştır. Hukuk yaratan bir andlaşmanın güvenilirlik bakımından eşit, fakat tamamıyla aynı olmayan metinleri ile karşılaşan Mahkeme, bunları mümkün olduğu kadar uzlaştırıcı ve Sözleşme'nin gayesini kavramaya ve amacını gerçekleştirmeye en uygun tarzda yorumlamalıdır…*"[33]

Lafzî yorum yöntemi, her zaman ve ilk başvurulan yorum yöntemi olmakla birlikte, ilgili normun birçok aşamadan geçtiği göz önünde bulundurulduğunda, normu koyan iradenin fikir ve düşüncesinin anlaşılmasının zorlaşması, yorum yaparken lafzî yorum yöntemine tek başına başvurulmasının sakıncasını ortaya çıkarmaktadır. Bu sakıncayı ortadan kaldırmak için lafzî yorum yönteminden diğer yorum yöntemlerine doğru ilerleyen bir "*yorum döngüsünden*" söz etmek mümkündür.[34]

2. Tarihî (Tarihsel, Kronolojik) Yorum Yöntemi

Tarihî yorum yönteminde, kanun koyucunun gerçek iradesini (niyetini) keşfetmek ve belirlemek amaçlanır. Kanun koyucunun kanun hükmünü koyarken izlediği amacı belirlemek için kanunun lafzı yeterli değildir. Kanunun hazırlık çalışmalarına, komisyon ve parlamentodaki konuşmalara, tartışmalara ve kanunun gerekçesine bakmak ve bunlardan yararlanmak gerekmektedir.[35] Görüleceği üzere bu yönteme göre bir kural yorumlanırken, kuralı koyan iradenin kuralı koymadaki amacı ve niyeti doğrultusunda kural anlamlandırılır.

Hukuk kurallarının anlamlarını belirlemede kanun koyucunun iradesini esas alan tarihî yorum yöntemine göre gerek kanun dilinin karmaşıklığından gerek kanundaki

[33] Bkz. The Sunday Times/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6538/74, 26.04.1979, § 48.
[34] Bertil Emrah Oder, *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri* (İstanbul: Beta Yayınları, 2010), 36; Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 34-35.
[35] Ender Ethem Atay, *Hukuk Başlangıcı*, (Ankara: Gazi Kitabevi, 2021), 300 vd.; Kemal Gözler, *Hukuka Giriş*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2017), 267.

terimlerin genelliğinden ve gerekse kanundaki çatışan hükümlerden kaynaklansın, yorumla ilgili şüpheler, kanun koyucunun iradesine başvurularak çözülmelidir.[36]

Tarihî yorum metodunun, yeni çıkan kurallar bakımından daha anlamlı olabileceği, ancak eski tarihli kuralların yorumlanmasında bu yöntemin çok fazla yararlı olamayacağı ileri sürülmektedir.[37]

Toplumsal yaşamın değişim halinde olduğu, kanunun yapıldığı zaman hâkim olan anlayışa göre toplumun ihtiyaçlarını belirlemenin her zaman doğru olmadığı, kanun koyucunun iradesini keşfetmenin zor olduğu, kanunun yürürlüğe girmesinden sonra artık kanun koyucunun iradesinden değil kanunun iradesinden söz etmek gerekeceği, bağlayıcı olanın kanunun metni olduğu, kanunun hazırlık çalışmalarının ve kanunun gerekçesinin bağlayıcı olmadığı noktalarından bu yorum yöntemi eleştirilmektedir.[38] Bu yorum yönteminin, toplumun dinamik yapısına uyum sağlayamaması nedeniyle hukuk kurallarını geçmişin dar kalıpları içine sıkıştırdığı da ifade edilmektedir.[39] Ayrıca yürürlükteki kanun metnini bırakıp, kanun koyucunun ilan edilmemiş iradesini esas almak hukuk güvenliği bakımından tehlikeli olabilir.[40] Bu nedenle bu yorum yöntemine tek başına değil, diğer yorum yöntemlerini "onaylayıcı ve tamamlayıcı" olacak şekilde başvurulmalıdır.[41]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de yorum yaparken, Sözleşme'nin ortaya çıkış sürecini ve taraf devletlerin iradelerini dikkate alması beklenebilir. Ancak Mahkeme, lafzî ve gaî (amaçsal) yorum yöntemlerine daha sık başvurmasına rağmen tarihî yorum yöntemini çok fazla göz önünde bulundurmamaktadır.[42] Dolayısıyla Mahkeme geçmişle çok fazla ilgilenmemekte, güncel olanla daha yakından

[36] Aktaş, "Hukukta Yorum Çabaları", s. 14; Harry Willmer Jones, "Statutory Doubts and Legislative Intention", *Columbia Law Review*, 40/6 (1940): 965; Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 301.
[37] Adnan Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019), 65.
[38] Aktaş, "Hukukta Yorum Çabaları", 14 vd.; Gedik, *Yorum Yöntemleri*, s. 36; Gözler, *Hukuka Giriş*, 269; Atay, *Hukuk Başlangıcı*, 301 vd.; Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 66.
[39] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 36.
[40] Aktaş, "Hukukta Yorum Çabaları", 15.
[41] Zafer Gören, *Anayasa Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006), 28.
[42] Jeremy McBride, *The Doctrines And Methodology of Interpretation of The European Convention On Human Rights By The European Court Of Human Rights*, (Strazburg: Council of Europe, 2021), 43 vd.

ilgilenmektedir.[43] Mahkemenin bu tutumunda, tarihî yorum yöntemi için yukarıda kısaca bahsedilen eleştirilerin de etkisinin olduğunu belirtmek gerekir.[44]

Fakat bu durumdan, AİHM'nin tarihî yorum yöntemine hiç başvurmadığı gibi bir anlam da çıkarılmamalıdır. Mahkeme, kuralların yorumunda zaman zaman tarihî yorum yöntemine de başvurabilmektedir. Örneğin; Bankovic ve diğerleri kararında "yetki alanı" ile ilgili olarak; "… *Avrupa Birliği Danışma Meclisi Komitesi tarafından yasal ve idari sorular üzerine hazırlanan metin, (söz konusu metin daha sonra Sözleşmenin 1. maddesi olmuştur), takip eden hükmü içerir: 'Üye Devletler kendi toprakları üzerinde ikamet eden tüm kişilerin… haklarını sağlamayı üstlenirler.' Uzman Hükümetler Komitesi, Danışma Meclisinin hazırladığı metni de dikkate alarak, 'topraklarında ikamet eden tüm kişiler' ifadesini, 'yetki alanlarında bulunanlar' ifadesi ile değiştirmeye karar verdi…*

Genel Kurul taslağı, Sözleşme'nin etkisini 'İmzacı devletlerin topraklarında ikamet eden tüm kişilere' yaymıştır. Komiteye göre, 'ikamet eden' ibaresi fazla kısıtlayıcıdır. Sözleşme'nin yararlarını imzacı devletlerin topraklarında bulunan herkese yaymak için -bu kişiler yasal anlamda orada ikamet etmeseler bile- iyi gerekçelerin bulunduğu kanısındadır. Bu nedenle Komite, 'ikamet eden' kelimesini 'yetkisi içinde bulunan' kelimesiyle değiştirmiştir. Bu husus ayrıca Birleşmiş Milletler Komisyonu Taslak Sözleşmesi'nin 2. maddesinde de belirtilmiştir…

Konu ile ilgili bir sonraki yorum 25 Ağustos 1950 tarihinde, Sözleşme'nin 1. maddesinin benimsenmesi öncesi, Danışma Meclisi'nin ana oturumu sırasında Belçika temsilcisi tarafından yapılmıştır. Ortaya çıkan sonuç/yorum aşağıdaki gibidir:

Bundan böyle, Sözleşme'nin resmi cümlesine binaen, herhangi bir ayrım ve fark gözetilmeksizin, hangi milliyete sahip olursa olsun, Sözleşme ülkelerinden birinin topraklarında bulanan ve haklarının ihlal edildiğini şikâyet etmek için gerekçeleri olan herkes devletlerimiz tarafından bütünsel bir yetkiyle uygulanan korunma hakkına sahiptir..." şeklinde yorumda bulunmuş ve söz konusu kavramın sözleşmeye taraf devletlerin siyasi sınırlarını ifade ettiği sonucuna ulaşmıştır.[45]

---

[43] Steven Greer, "The Margin of Appreciation: Interpretation And Discretion Under The European Convention On Human Rights", https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17(2000).pdf, (E.T. 15.01.2023).
[44] Bkz. Magyar Helsinki Bızottság/Macaristan, Başvuru No: 18030/11, 08.11.2016, § 125-138.
[45] Bkz. Bankovic ve Diğerleri/Belçika ve 16 Diğer Devlet, Başvuru No: 52207/99, 12.12.2001, § 19-20.

3. Gaî (Amaçsal, Teleolojik) Yorum Yöntemi

Gaî yorum yöntemine göre, kanunun metni ve hazırlık malzemesi kanunun yorumlanmasına ışık tutabilir, fakat sadece bunlarla yetinmek doğru değildir. Hukuk, yaşayan bir düzen olarak her neslin ve her devrin ihtiyaçlarına cevap vermek zorunda olduğu için kanunun amacını ve zamanın ihtiyaçlarını her zaman göz önünde bulundurmak gerekmektedir. Kanunlar, yürürlüğe girdikten sonra kanun koyucunun iradesine bağlı olmaktan çıkıp bağımsız bir varlık haline dönüştükleri için günün koşullarına ve toplumun gereksinimlerine göre yorumlanması gerekmektedir.[46]

Bu yorum yönteminin taraftarları, kanunun statik yapısı ile hayatın dinamik gerçekliği arasındaki çelişkiyi gidermenin hâkimin görevi olduğunu ileri sürerler.[47] Ayrıca zamanla değişen ve gelişen ihtiyaçlar nedeniyle, toplumdaki adalet duygusunu sarsacak sonuçların ortaya çıkması durumunda, kanunun bu adaletsiz durumları ortadan kaldıracak şekilde yorumlanması gerektiğini savunurlar. Örneğin; bu yorum yöntemine göre, hâkim suç işleyen bir küçüğün veya aç kaldığı için fırından bir somun ekmek çalan bir kişinin yargılanmasında önceliği "hukuk normuna" değil, "somut gerçekliğe" vererek adalet duygusuna uygun ve doğru olan bir çözüme ulaşmalıdır.[48]

Gaî yorumla ilgili iki farklı yaklaşımın ileri sürüldüğünü belirtmemiz gerekmektedir. Bu yaklaşımlar "öznel amaçsal yorum" ve "nesnel amaçsal yorum" şeklinde adlandırılmaktadır. Öznel amaçsal yorum, normun amacı belirlenirken önemli olan şeyin, düzenlemenin amacı ve kanun koyucunun düşünceleri olduğunu ileri sürerken; nesnel amaçsal yorum (objektif yorum yöntemi), normun amacı belirlenirken önemli olan şeyin normu çevreleyen hukuk düzeni ve toplumsal değerler olduğunu ileri sürmektedir.[49] Görüleceği üzere, nesnel amaçsal yorumda (objektif yorum yönteminde), norm, teknik gelişmeler ve günün şartları dikkate alınarak anlamlandırılır, kanun koyucunun normun yapıldığı andaki niyeti ve amacı araştırılmaz.

Burada şu hususu da belirtmemiz gerekir ki, inceleme konumuz olan "özerk kavramlar doktrini" "nesnel amaçsal yorumu (objektif yorum yöntemini)" sıklıkla

---

[46] Gözler, *Hukuka Giriş*, 271.
[47] Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 69.
[48] Güriz, *Hukuk Başlangıcı*, 70; Gözler, *Hukuka Giriş*, 271.
[49] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 43; Yüksel Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, (Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2008), 24.

kullanan bir yorum ilkesidir. Ayrıntılı açıklamalara çalışmamızın ilerleyen kısımlarında yer verilecektir.[50]

Henry M. Hart ve Albert M. Sacks'a göre mahkemelerin amaca göre yorum faaliyetlerinde iki önemli sınır vardır: Bu sınırlardan birincisi, kanundaki sözcüklerin taşıyamayacağı bir anlamı veren yorumdur; ikincisi ise açık ifadelerle inşa edilmiş politikaları ihlal eden yorumdur.[51]

Şu noktaya da değinmemiz gerekir ki, gaî yorumun sonucu yorumcunun amacına bağlıdır. Dolayısıyla gaî yorumun her zaman ilerici nitelikte bir yorum yöntemi olduğu düşünülmemelidir. Örneğin; Almanya'da 1934 yılında yürürlüğe giren bir kanun ile Almanlar ile Yahudiler arasındaki evlilik dışı cinsel ilişki suç sayılmıştı. O dönem bu kanunu uygulayanlar, kanun metni ile bağlı kalmamışlar ve yaptıkları amaçsal yorum sonucunda cinsel ilişki boyutuna varmayan basit cinsel hareketleri de cezalandırma yoluna gitmişlerdir.[52]

4. Sistematik Yorum Yöntemi

Sistematik yorum yönteminin temelinde, hukuk sisteminin, kuralların gelişi güzel bir araya gelmesi değil, birbiriyle tutarlı bir bütün oluşturması gerekçesi yatmaktadır.[53] Kuralların birbiriyle uyumlu bir bütün oluşturduğu düşünüldüğü için, bir normun anlamı, içinde bulunduğu metne ve tüm hukuk sistemine bakılarak tespit edilmeye çalışılır. Dolayısıyla bir kelimenin/cümlenin sistematik yorumlanması, o kelimenin/cümlenin yer aldığı bağlam açısından anlamlandırılmasıdır.[54]

Sistematik yorumun ikiye ayrıldığı ileri sürülmektedir.[55] Bunlar; dar anlamda sistematik yorum ve geniş anlamda sistematik yorumdur. Dar anlamda sistematik yorum; bir hukuk sistemine ait bir kuralın, o sistemin pozitif hukuk kurallarıyla tutarlı olabilecek şekilde yorumlanmasıdır.[56] Bu yorum anlayışının temelinde, hukuk normlarının tutarlı bir bütün oluşturduğu fikri bulunmaktadır. Dolayısıyla bu yorum anlayışının, Kelsen ile

[50] Bkz. Birinci Bölüm, III. "Özerk Kavramlar Doktrini" başlığı.
[51] Aktaş, "Hukukta Yorum Çabaları", 18.
[52] Gözler, *Hukuka Giriş*, 272.
[53] Aktaş, "Hukukta Yorum Çabaları", 23; Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 37; Yasemin Işıktaç ve Sevtap Metin, *Hukuk Metodolojisi*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003), 198.
[54] Aktaş, "Hukukta Yorum Çabaları", 22. Brugger'e göre dar anlamda sistematik yorum, yorumlanan hükmü çevreleyen cümlecik, paragraf ve bölümü kapsar. Bkz. Brugger, "Concretization of Law", 238.
[55] Aktaş, "Hukukta Yorum Çabaları", 26; Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 37.
[56] Aktaş, "Hukukta Yorum Çabaları", 26.

birlikte ünlenen "normlar hiyerarşisi" kavramının bir ürünü olduğunu söylememiz gerekir. Dikkat edileceği üzere bu anlayışa göre bir kural, sadece içerisinde bulunduğu metne göre değil, aynı zamanda o hukuk sistemindeki üst normlara da uygun olarak yorumlanmalıdır.[57]

Gedik'e göre; 1961 ve 1982 Anayasaları açısından mülkiyet hakkının konumu, dar anlamda sistematik yorumun açıklayıcı bir örneğini oluşturmaktadır.[58] Nitekim mülkiyet hakkı; hem 1961 Anayasası'nda hem de 1982 Anayasası'nda kelimesi ve virgülü dahil değiştirilmeksizin aynı şekilde kaleme alınmıştır.[59] Dolayısıyla sözel yorum yöntemine göre mülkiyet hakkının her iki Anayasa bakımından da aynı şekilde yorumlanması gerekmektedir. Fakat mülkiyet hakkı, 1961 Anayasası'nda "*Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler*" bölümünde düzenlenirken; 1982 Anayasası'nda, "*Kişinin Hakları ve Ödevleri*" bölümünde düzenlenmiştir. Mülkiyet hakkının bu iki Anayasa bakımından sistematik olarak farklı bölümlerde düzenlenmesi bir rastlantı değildir. Bu durum mülkiyet hakkına yönelik bakış açısının ve düşünsel değişimin bir göstergesidir. Nitekim 1961 Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 36. maddesinin gerekçesinde "*Artık mülkiyet hakkı Roma Hukukundaki anlamda, ferdin toplum menfaatini dahi hesaba katmaksızın istediği gibi kullanabileceği bir hak, hudutsuz bir hürriyet niteliği taşımamaktadır. Batı medeniyetinin öncüleri olan ve kolektif iktisat temayüllerinden çok uzak bulunan memleketlerde ve hatta eski hukukumuzda dahi mülkiyet anlayışı mülkiyetin aynı zamanla sosyal karaktere sahip bir hak olduğu yolundadır*." şeklindeki ifadelere yer verilerek söz konusu hakkın sosyal karakterine vurgu yapılmıştır.[60] Böylece kamulaştırma ve toprak reformu gibi devlet müdahalelerine açık kapı bırakılmıştır.[61]

---

[57] Aktaş, "Hukukta Yorum Çabaları", 26.
[58] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 37-38.
[59] 1961 Anayasası'nın 36., 1982 Anayasası'nın ise 35. maddesinde mülkiyet hakkı şu şekilde düzenlenmiştir: "*Herkes, mülkiyet ve miras haklarına sahiptir. Bu haklar, ancak kamu yararı amacıyla, kanunla sınırlanabilir. Mülkiyet hakkının kullanılması toplum yararına aykırı olamaz*."
[60] Madde gerekçesi için bkz. https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM__/d00/c002/tm__00002034. pdf, (E.T. 03.01.2026).
[61] Anayasa Mahkemesi 28.04.1966 tarih, 1966/3 Esas ve 1966/23 Karar sayılı kararında bu durumu şu şekilde ifade etmiştir: "… *Mülkiyet hakkı eski anlamında ferdin dediği şekilde kullanabileceği bir hak ve sınırsız bir hürriyet olmak niteliğini çoktan yitirmiş, Mülkiyet anlayışı, bu hakkın, bir bakıma, sosyal yapıda bir hak olduğu yolunda gelişmiş, birçok haklar gibi bu hakkın da kamu yararı amacıyla sınırlanabileceği ilkesi kabul edilmiştir. Mülkiyet hakkının Anayasamızın (Temel haklar ve ödevler) kısmının (Sosyal ve İktisadi haklar ve ödevler) bölümünde yer alması ve 36 ncı maddenin ikinci ve ondan sonraki fıkrasiyle 37 nci maddenin ikinci fıkrasına bu hakkın sınırlanabileceğini gösteren, hükümler konulması bu anlayışın ifadesidir.*

1982 Anayasa'nın mülkiyet hakkını düzenleyen 35. maddesinin gerekçesinde (Danışma Meclisi'nin kabul ettiği metnin gerekçesinde) ise mülkiyet hakkının "*Devletten önce de var olan bir gerçek*" olduğu vurgulanarak "*Kişinin, şahsiyetini geliştirebilmesinde, mülkiyetin Anayasaca güvence altına alınmasının azımsanmayacak rolü vardır. Çünkü klasikleşmiş bir kabule göre, insan şahsiyetinin bir parçası ekonomik şahsiyet olarak adlandırılmaktadır. Anayasanın Herkes yaşama, maddî ve manevî varlığını koruma ve geliştirme hakkına sahiptir. diyen 16 ncı maddesinin I inci fıkrası ile mülkiyet güvencesi getiren 43 üncü madde arasında bu açıdan irtibat vardır. Başka deyişle, mülkiyet hakkını Anayasa teminatı altında tutan 43 üncü madde, 16 ncı maddenin I inci fıkrasına nazaran özel hüküm niteliğindedir. Mülkiyetin korunması, hürriyeti de güvence altına alır*." şeklindeki ifadelerle söz konusu hak bireysel hürriyetin bir parçası olarak tanımlanmıştır.[62] Böylece söz konusu hakkın "dokunulmazlık zırhı" kuvvetlendirilmiştir. Ayrıca bu hakkın "*Devletten önce de var*" olduğu belirtilerek, ilgili hakkın "devletin ihsan ettiği bir imkân değil, bireyin temel varlığı" olduğu mesajı verilmiştir.

Geniş anlamda sistematik yorum ise; bir hukuk kuralının, ait olduğu hukuk sisteminin genel felsefesiyle tutarlı olacak şekilde yorumlanmasıdır.[63] Örneğin bu anlayışa göre; liberal felsefeye sahip bir ülkede, "mülkiyet" kavramının liberal felsefe doğrultusunda yorumlanması gerekir. Brugger ve Wegerich ise geniş anlamda sistematik yorumda, karşılaştırmalı hukuktaki norm ve kavramların da göz önünde bulundurulması gerektiğini ileri sürmektedir.[64]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de hem sözleşmenin bir bütün olarak yorumlanması gerektiğine ilişkin "dar anlamda sistematik yorumu" hem de diğer uluslararası sözleşmelerdeki hükümlerden de yararlanılması gerektiğine ilişkin "geniş anlamda sistematik yorumu" kullandığı kararları mevcuttur. Örneğin; Mahkeme, Leander/İsveç kararında; "… *Sözleşme bir bütün olarak yorumlanmalı ve böylece,*

Görülüyorki mülkiyet hakkı Anayasamızda sınırsız bir hak olarak tanınmamış, fert yararı ile toplum yararının karşılaştığı alanlarda, toplum yararı üstün tutulmuştur."

[62] Bkz. https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf, (E.T. 03.01.2026).

[63] Aktaş, "Hukukta Yorum Çabaları," 26.

[64] Bkz. Brugger, "Concretization of Law", 238; Wegerich, "Statutory Interpretation in Germany", 225. Anayasa Mahkemelerinin yorum yaparken karşılaştırmalı hukuktan faydalandıklarına ilişkin bir çalışma için bkz. Aslı Topukcu, "Anayasa Mahkemeleri Arası Etkileşim ve Yargısal Diyalog" (Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019).

Komisyon'un da raporunda hatırlattığı gibi, Sözleşme'nin 13. maddesinin yorumu, Sözleşme'nin mantığıyla ahenkli olmalıdır…" şeklinde görüş belirterek "dar anlamda sistematik yorumu" kullanmıştır.[65] Jersild/Danimarka başvurusunda ise, 1945 tarihli Birleşmiş Milletler Şartı'nı, 1948 tarihli Birleşmiş Milletler Evrensel Bildirisi'ni, 1966 tarihli Medeni ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'ni ve 1965 tarihli Her Türlü Irk Ayrımcılığının Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Uluslararası Sözleşme'deki konuyla ilgili düzenlemeleri göz önünde bulundurmuştur.[66]

5. Karşılaştırmalı Yorum Yöntemi

Karşılaştırmalı yorum yönteminin Avrupa Birliği Adalet Divanı ve AİHM gibi uluslarüstü mahkemeler tarafından geliştirildiğini söylememiz mümkündür.[67] Bu yorum yöntemine Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde açıkça yer verilmemiştir. Bu yorum yönteminde, mahkeme veya hâkim, yabancı yahut uluslararası hukuk kaynaklarını kullanarak hükmün anlamını saptamaya çalışır.[68]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, karşılaştırmalı yorum yöntemi kapsamında, sözleşmeye taraf devletlerin mevzuatlarının yanı sıra, sözleşmeye taraf olmayan devletlerin ve diğer uluslararası andlaşmaların hükümlerinden de yararlanabilir. Ancak Mahkeme'nin daha çok sözleşmeye taraf devletlerin mevzuatlarını ve diğer uluslararası andlaşmaları inceleyerek bir sonuca ulaştığını söylememiz mümkündür. Örneğin; *Opuz/Türkiye* başvurusuna konu olan olayda; başvurucunun annesi, 2002 yılında, evden kaçması için başvurucuya yardım etmeye çalışırken, başvurucunun eşi tarafından silahla vurularak öldürülmüştür. Geçmiş yıllarda da başvurucunun eşi, başvurucu ve annesine şiddet uygulamış, bunları birçok sefer ölümcül şekilde yaralamıştır.[69] Başvurucu ve annesi, bu şiddet olaylarını yetkili makamlara bildirmiş ve can güvenliklerinin olmadığını söylemişlerdir. Ancak söz konusu şikâyetlere ilişkin yeterli tedbirler alınmadığı gibi

---

[65] Bkz. Leander/İsveç, Başvuru No: 9248/81, 26.03.1987, § 78.
[66] Bkz. Jersild/Danimarka, Başvuru No: 15890/89, 23.09.1994, § 21.
[67] Hanneke Ceciel Katrijn Senden, *Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System (An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union),* (Antwerp: School of Human Rights Research Series, 2011), 66.
[68] Robert Alexy, *A Theory of Legal Argumentation; The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification*, (Oxford: Clarendon Press, 1989), 221- 250.
[69] Başvurucunun kocası, başvurucuyu ve annesini dövmüş, bir seferinde onları arabayla ezmeye çalışmış ve bunun sonucunda da başvurucunun annesini ciddi şekilde yaralamıştır. Başka bir seferde başvurucuyu yedi yerinden bıçaklamıştır. Bkz. *Opuz/Türkiye*, Başvuru No: 33401/02, 09.06.2009, § 8-37.

başvurucunun kocasına ağır bir ceza da verilmemiştir.[70] Sonuçta başvurucunun kocası, başvurucunun annesini silahla öldürmüş ve bu suçu da onurunu korumak için işlediğini beyan etmiştir.

2008 yılında, adam öldürmekten suçlu bulunan ve ömür boyu hapis cezasına çarptırılan başvurucunun kocası, yargılamanın temyiz aşamasında tahliye edilmiştir. Tahliye sonrasında başvurucuyu tehdit etmeye devam etmiş ve başvurucu da devlet makamlarından korunmasını istemiştir. Fakat talepten ancak yedi ay sonra, yani AİHM'nin Türkiye'den başvurucunun davasıyla ilgili bilgi istemesinden sonra, devlet makamları başvurucuyu korumak için tedbir almıştır.[71]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, söz konusu başvuruya ilişkin incelemesinde, karşılaştırmalı yorum yönteminden yararlanmış ve bu kapsamda Birleşmiş Milletler (BM)'in "Kadınlara Karşı Her Türlü Ayrımcılığın Önlenmesi Sözleşmesi"ne (CEDAV), Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi'nin, kadınların şiddete karşı korunmasına ilişkin 30 Nisan 2002 tarihli Rec(2002)5 sayılı Tavsiye Kararı'na,[72] Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Velazquez-Rodriguez/Honduras* davasına[73] ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne taraf devletlerin mevzuatlarına atıfta bulunmuştur.[74] Sonuç olarak Mahkeme, yaşam hakkının, insanlık dışı muamele yasağının ve ayrımcılık yasağının ihlal edildiğine karar vermiştir.

Yine Mahkeme, *Marckx/Belçika* davasında 12 Eylül 1962 tarihli Doğal Çocukların Aile Bağlantılarının Kurulmasına Dair Brüksel Sözleşmesi'ne ve 15 Ekim

---

[70] Başvurucunun kocasına karşı bir dizi suçtan (özellikle ölümle tehdit, ağır müessir fiil ve öldürmeye teşebbüs) dolayı açılmış olan ceza soruşturmaları en az iki sefer, mağdurların başvurucunun kocasının tehditlerinden dolayı şikâyetlerinden vazgeçmeleri sonucu düşmüştür. Ancak, sebep olunan yaraların ağırlığından dolayı, araba ve bıçak darbeleriyle işlenen yaralama eylemleriyle ilgili soruşturmalar, ceza davası açılmasıyla sonuçlanmıştır. Bu iki olaydan suçlu bulunan başvurucunun kocası, birinci suç için (sonradan para cezasına çevrilen) üç ay hapis cezasına ve ikinci suç için de taksitlendirilebilen bir para cezasına çarptırılmıştır. Bkz. *Opuz/Türkiye*, Başvuru No: 33401/02, 09.06.2009, § 8-52.

[71] Bkz. *Opuz/Türkiye*, Başvuru No: 33401/02, 09.06.2009.

[72] Kadınların şiddetten korunmasına ilişkin 30 Nisan 2002 tarih ve Rec(2002)5 sayılı Tavsiye Kararı'nda, Avrupa Konseyi Bakanlar Komitesi, sözleşmeye üye devletleri, şiddete karşı gerekli olan her alanda ulusal politikalar başlatmaya, geliştirmeye ya da bu politikaları iyileştirmeye davet etmektedir. Bakanlar Komitesi, sözleşmeye üye devletlere, kadınlara yönelik ciddi şiddet eylemlerini cezalandırmalarını, şiddet kurbanlarına dava açma imkânı sağlayacak ve şiddet kurbanlarının etkin bir şekilde korunmalarını sağlayacak gerekli tüm tedbirleri almalarını ve savcıları kamu davası açıp açmamaya karar verirken kadına yönelik şiddeti ağırlaştırıcı ya da belirleyici bir faktör olarak değerlendirmeye teşvik etmelerini tavsiye etmektedir. Bkz. https://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/461_1.pdf, (E.T. 22.08.2024)

[73] Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, 29.07.1988, (ser. C) No. 4.

[74] Bkz. *Opuz/Türkiye*, Başvuru No: 33401/02, 09.06.2009, § 72-90.

1975 tarihli Evlilikdışı Doğan Çocukların Hukuki Statüsüne Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ne atıfta bulunarak "aile hayatına saygı hakkı" kavramının anlamını tespit etmeye çalışmıştır.[75]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin başvurduğu en önemli yorum yöntemlerinden birisi olan karşılaştırmalı yorum yöntemi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi bağlamında "uzlaşma yöntemi" olarak da adlandırılmaktadır.[76] Çünkü Mahkeme bu yorum yöntemi sayesinde, belirli bir konuda sözleşmeye taraf devletler arasında fikir birliği bulunup bulunmadığını yahut genel eğilimin hangi yönde olduğunu tespit edebilmektedir.

B. Temel Hak ve Hürriyetlere İlişkin Sözleşmelerin ve Anayasaların Yorumlanmasında Kullanılan Özgün Yorum İlkeleri ve Teorileri

Doktrinde yorum yöntemleri (*methods of interpretation*) kavramı ile yorum ilkeleri (*principles of interpretation*) kavramı sıklıkla birbiri yerine kullanılmaktadır. Hatta zaman zaman bu kavramlara yorum araçları kavramı da dâhil olmakta ve bu üç kavram birbirlerinin yerine kullanılabilmektedir. Fakat bu durum sadece Türk hukukuna özgü değildir. Özellikle yorum yöntemleri (*methods of interpretation*) ile yorum ilkeleri (*principles of interpretation*) kavramlarının İngiliz hukukunda da birbirleri yerine kullanıldığı ifade edilmektedir.[77] Ancak terminolojik olarak her üç kavram da farklı anlamları barındıran farklı kavramlardır.

Yorum araçları kavramı, altında yorum yöntemleri ve yorum ilkeleri kavramlarını barındıran üst kavramdır.

---

[75] Marckx/Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979, § 20. Belçika, davanın karara bağlandığı tarih itibariyle, 12 Eylül 1962 tarihli Doğal Çocukların Aile Bağlantılarının Kurulmasına Dair Brüksel Sözleşmesi'ni imzalamış ancak onaylamamıştır. 15 Ekim 1975 tarihli Evlilik dışı Doğan Çocukların Hukuki Statüsüne Dair Avrupa Konseyi Sözleşmesi'ni ise imzalamamıştır.

[76] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 78.

[77] F. Matscher, "Methods of Interpretation of the Convention", içinde *The European System for the Protection of Human Rights*, ed., R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993), 63; Murat Erdoğan, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu" (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019), 28. Bu kavramlar birbiri yerine kullanıldığı gibi, bazı durumlarda, bir yazara göre bir yorum yöntemi, başka bir yazara göre bir yorum ilkesi olabilmektedir. Örneğin Senden'in ifadesine göre hem Matscher hem de Leach, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'ne yaşayan bir araç olarak atıfta bulunmakta, ancak bu yorumsal yardımın niteliğini farklı şekilde nitelendirmektedirler. Matscher bunu bir yorumlama yöntemi olarak ifade ederken Leach ise yorumlayıcı bir ilke olarak görmektedir. Başka yazarlar ise, yorumlama kurallarından bahsederek farklı terminolojilere başvurabilmektedirler. Bkz. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 44.

Yorum yöntemleri "*bir hükmün anlamının belirlenmesi için belli bir yönde akıl yürütülmesini sağlayan nesnel yorum araçlarıdır.*"[78] Yorum yöntemleri ile yorum ilkeleri arasında güncel bir tasnif yapan Senden, lafzî yorum yöntemini, gaî yorum yöntemini, sistematik yorum yöntemini, tarihî yorum yöntemini ve karşılaştırmalı yorum yöntemini "yorum yöntemleri" başlığı altında incelemektedir.[79]

Yorum ilkeleri ise "*farklı yorum yöntemlerinin izlenmesi ile ortaya çıkacak sonuçlar arasında isabetli bir tercih yapmaya yarayan amaçları ifade eder*."[80] Yorum ilkeleri, belirli bir hukuki metnin hükümleri yorumlanırken amaca odaklanır. Ancak bu amaç, belirli bir hükmün amacı değil, bir bütün olarak hukuki metnin amacıdır.[81] Bu amaca ulaşmak için de farklı yorum yöntemleri kullanılır. Yorum ilkelerinin önemli özelliklerinden birisi de pozitif temelden yoksun olmalarıdır. Yorum ilkeleri *eşyanın tabiatından çıkarlar.*[82]

Yorum ilkeleri temelde *gelişmeci* ve *sınırlandırıcı* olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.[83] Örneğin; özerk yorum ilkesi ve yaşayan belge (sözleşme) teorisi gelişmeci; takdir marjı doktrini ise sınırlandırıcı yorum ilkesi sınıfında yer almaktadır.[84]

Yukarıda açıklanan "klasik yorum yöntemleri" hukukun bütün alanlarında ve dallarında uygulanma imkânı bulan yorum yöntemleridir. Bu başlık altında açıklayacağımız yorum ilkeleri ise daha çok AİHM'nin ve anayasa mahkemelerinin (veya federal yüksek mahkemelerin) kararlarında kullandığı yorum ilkeleridir.[85]

Bu başlık altında açıklayacağımız yorum ilkelerinin ortaya çıkmasında önemli rol oynayan öncü mahkeme AİHM'dir. AİHM ayrıca bu yorum ilkelerini kararlarında sıkça kullanmaktadır. Türk Anayasa Mahkemesi de dâhil olmak üzere AİHS'ye taraf birçok devletin anayasa mahkemesi, AİHM içtihatlarını yakından takip etmekte ve genellikle

[78] M. Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 28; Fatih Akıncı, "Anayasa Yargısı ve Genişletici Yorum", *Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 10/2 (2022): 844.
[79] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 50-69. Nitekim benzer şekilde birçok yazar lafzî yorumun, gaî yorumun, sistematik yorumun, tarihsel yorumun ve karşılaştırmalı yorumun "*yorum yöntemi*" olduğunu belirtmektedir. Bkz. Abdurrahman Eren, "Hukuki Yorum Yöntemleri", 256; Bertil Emrah Oder, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 122. Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 28.
[80] M. Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 28-29; Fatih Akıncı, "Genişletici Yorum", 844 vd.
[81] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 45.
[82] Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", içinde *Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Hazırlayan Ozan Ergül, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013), 19 vd.
[83] M. Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 29.
[84] M. Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 29.
[85] Bkz. Kaya, *Anayasal Hakların Yorumu*, 99.

AİHM içtihatlarına uygun kararlar vermeye çalışmaktadırlar. Özellikle Avrupa kıtasındaki devletlerin anayasa mahkemeleri ile AİHM arasındaki etkileşimin ve iletişimin daha yoğun olduğunu söylememiz mümkündür. Örneğin; İspanya Anayasa Mahkemesi, temel hak ve hürriyetleri yorumlarken AİHM içtihatlarını çok yoğun bir şekilde kullanmaktadır.[86] Hukuk sisteminde, AİHS'nin anayasa ile eşdeğerde olduğu Avusturya'da ise Avusturya Anayasa Mahkemesi'nin Sözleşmeyi yorumlarken AİHM içtihatlarını aynen benimsediğini söylemek yanlış olmayacaktır.[87] Hatta AİHS'ye taraf olmayan devletlerin anayasa mahkemelerinin bile AİHM içtihatlarını takip ettiğini ifade etmemiz gerekmektedir. Örneğin; Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, eşcinselliğin cezalandırılmasının anayasaya aykırılığına ilişkin *Lawrence et al. v. Texas*[88] kararında AİHM içtihatlarına dayanmıştır.[89] Dolayısıyla AİHM'nin sadece içtihatları değil, aynı zamanda kendine özgü kullanmış olduğu yorum ilkeleri de anayasa mahkemeleri (veya federal yüksek mahkemeler) tarafından yakından takip edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin, AİHS'yi yorumlarken göz önünde bulundurduğu temel unsur, AİHS'nin "konu ve amacı" ve bu Sözleşme'nin özel (sui generis) niteliğidir. AİHM bu temel unsurdan yola çıkarak kendine özgü yorum ilkeleri geliştirmiş ve geliştirmiş olduğu bu yorum ilkelerini kararlarında sıklıkla kullanmıştır. Aslında AİHM'nin bu temel unsur doğrultusunda ileri sürmüş olduğu şu dört argüman, "özgün yorum ilkelerinin" *ortaya çıkış* noktasını oluşturmaktadır:[90]

1- Öncelikle, AİHM'ye göre AİHS, taraflar arasında yarar uzlaşması sağlayan klâsik tipte bir sözleşme değildir. Konu ve amacı itibariyle taraf devletlere objektif yükümlülükler yükleyen bir "yasa sözleşme (law-making treaty)"dir.[91] Mahkeme'ye

---

[86] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 39.
[87] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 39; Yüksel Metin, "Anayasanın Yorumlanmasında Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunun Yeri ve Önemi" içinde *Ergun Özbudun'a Armağan*, Cilt:2 (Ankara: Yetkin Yayınları, 2008), 445.
[88] ABD Federal Yüksek Mahkemesi Kararı, *Lawrence et al. v. Texas*, No. 02-102, 26.06.2003.
[89] ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin *Lawrence v. Texas* kararı, Federal Yüksek Mahkeme'nin AİHM'nin kararlarına atıf yaptığı ilk kararıdır. (bkz. Christos L. Rozakis, "The European Judge as Comparatist", içinde *Judicial Recourse to Foreign Law A New Source of Inspiration?*, ed. Basil Markesinis, Jörg Fedtke, (Routledge: 2006), 355. ABD Federal Yüksek Mahkemesi bu kararda Texas yasalarında suç olarak düzenlenen eşcinsel ilişkiye ilişkin başvuruyu incelemiş ve AİHM'nin *Dudgeon/Birleşik Krallık*, *P.G.&J.H./Birleşik Krallık*, *Modinos/Kıbrıs* ve *Norris/İrlanda* kararlarına atıf yapmıştır. *Lawrence v. Texas* kararı ile ilgili değerlendirmeler için bkz. Berke Özenç, "Yüksek Mahkeme'nin Eşcinsel Evlilik Kararı Işığında Eşitlik, Demokrasi ve Yargısal Denetim", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 73/2 (2018): 560 vd.
[90] Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 149.
[91] İrlanda/Birleşik Krallık başvurusunda Mahkeme bu durumu şu şekilde açıklamıştır: "*... Klasik türdeki uluslararası antlaşmalardan farklı olarak, Sözleşme, yalnızca Sözleşmeci Devletler arasındaki karşılıklı*

göre; "… *Sözleşme hükümlerinin devletlerin yükümlülüklerini asgariye indirecek şekilde değil, ancak öngörülen amaca ulaşmak ve bu Sözleşme'nin konusunu gerçekleştirmek için hangi yorumun daha elverişli olduğunu araştırarak hareket etmek gerekir. Örneğin; Sözleşme'nin 5. maddesi, suç işlediğinden şüphelenilen kişileri uzun tutukluluğa karşı korumaktadır. Uzun süreli tutukluluktan korunma hakkının, duruşma başladığı anda sona ermek yerine, karar verilene kadar devam etmemesi için bir neden yoktur*…"[92] Bununla birlikte AİHM'ye göre; genişletici bir yorumla Sözleşme'ye yeni hüküm ekler gibi taraf devletlerin yükümlülüklerini arttırıp ağırlaştırmak değil, konu ve amaca uygun düşecek bir yorum yapmaya çalışmak esastır.[93] Nitekim Mahkeme, Golder/Birleşik Krallık[94] ve Soering/Birleşik Krallık[95] başvurusunda, Sözleşme'ye yorum yoluyla yeni bir hak eklemediğini, amaca uygun yorumla mevcut bir hakkın içeriğini (zımnî bir gereğini) saptadığını belirtmiştir.

2- İkinci olarak AİHM, normların yorumunda, Sözleşme'nin konusunu ve Sözleşme ile güdülen amacı öncelikli olarak göz önünde bulundurmaktadır. Nitekim Sözleşme'nin başlangıç kısmı konu ve amacı belirterek normların yorumuna ışık tutmaktadır. Başlangıç kısmından anlaşıldığı kadarıyla AİHS'nin konu ve amacı; "*temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi*", "*temel özgürlüklere derin bağlılık(*ların)" arttırılması; "*özgürlüklere saygı*(lı) *ve hukukun üstünlüğü*(ne)" dayalı "*gerçekten demokratik bir siyasal rejim*(in)" kurulmasıdır.[96]

Nitekim Mahkeme bu hususu şu şekilde açıklamaktadır: "… *Sözleşme yorumlanırken, insan haklarının ve temel özgürlüklerin toplu olarak uygulanmasına yönelik bir antlaşma niteliği göz önünde bulundurulmalıdır (bkz. 18 Ocak 1978 tarihli İrlanda - Birleşik Krallık kararı, Seri A no. 25, s. 90, § 239). Bu yüzden, insan haklarının korunmasına yönelik bir belge olarak Sözleşme'nin konu ve amacı, hükümlerinin, güvencelerin pratik ve etkili olmasını sağlayacak şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını gerektirmektedir (diğerlerinin yanı sıra, bkz. 13 Mayıs 1980 tarihli Artico*

---

yükümlülüklerden daha fazlasını içerir. Karşılıklı, iki taraflı taahhütler ağının ötesinde ve üzerinde, Önsöz'deki ifadeyle 'kolektif bir zorlamadan' yararlanan objetif yükümlülükler oluşturur." Bkz. İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5310/71, 18.01.1978, § 239.

[92] Bkz. Wemhoff/Almanya, Başvuru No: 2122/64, 27.06.1968, A.7, § 8.

[93] Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 150.

[94] Bkz. Golder/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975, § 36.

[95] Bkz. Soering/Birleşik Krallık, Başvuru No: 14038/88, 07.07.1989, § 103.

[96] Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 150.

kararı, Seri A no. 37, sayfa 16, § 33). Ayrıca, güvence altına alınan hak ve özgürlüklerin herhangi bir yorumu, 'demokratik bir toplumun ideallerini ve değerlerini korumak ve geliştirmek için tasarlanmış bir araç olan Sözleşme'nin genel ruhu' ile tutarlı olmalıdır (bkz. Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen kararı 7 Aralık 1976, Seri A no. 23, sayfa 27, § 53). Daha önceki vesilelerle belirtildiği gibi, Sözleşme, bireylerin korunmasına yönelik bir antlaşma olarak özel niteliği ışığında yorumlanmalı ve güvenceleri, onları pratik ve etkili kılacak şekilde uygulanmalıdır…"[97]

3- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre Sözleşme; "*teorik ve hayali hakları değil, somut ve gerçekte var olan hakları korumayı amaçlamaktadır*". Mahkeme bu tespit ve değerlendirmesini birçok kararında açıkça vurgulamıştır.[98] Örneğin Mahkeme, Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye başvurusunda; "… *Eğer 11. madde tarafından güvence altına alınan hak, bir derneğin kurulmasıyla sınırlı olsaydı, büyük ölçüde teorik ve hayali olurdu, çünkü ulusal makamlar Sözleşme'ye uymak zorunda kalmadan derneği derhal dağıtabilirlerdi. Bu nedenle, 11. maddenin sağladığı koruma bir derneğin tüm yaşamı boyunca devam eder ve bir ülkenin yetkilileri tarafından bir derneğin feshedilmesi, bu hükmün 2. paragrafındaki gereklilikleri karşılamalıdır...*" şeklinde değerlendirmelerde bulunmuştur.[99] Yine benzer şekilde G.I.E.M. S.R.L. ve Diğerleri/İtalya başvurusunda; "… *Mahkeme'ye göre, eğer bir tedbirin cezai niteliği, Sözleşme'nin amaçları doğrultusunda, sadece ilgili bireyin iç hukukta suç olarak nitelendirilen bir fiili işlemiş ve bir ceza mahkemesi tarafından bu suçtan suçlu bulunmuş olması temelinde belirlenecek olsaydı, bu durum 'ceza'nın özerk anlamı ile tutarsız olurdu ... Özerk bir ceza kavramı olmaksızın, Devletler cezaları bu şekilde sınıflandırmaksızın uygulamakta serbest olacak ve ilgili bireyler 7 § 1 maddesi kapsamındaki güvencelerden mahrum kalacaklardır. Dolayısıyla, bu hüküm herhangi bir pratik etkiden yoksun olacaktır. Sözleşme'nin, hakları teorik ve hayali değil, pratik ve etkili kılacak şekilde yorumlanması ve uygulanması hayati önem taşımaktadır ve bu ilke*

[97] Bkz. Cruz Varas ve Diğerleri/İsveç, Başvuru No: 15576/89, 20.03.1991, § 94.
[98] Örnek olarak bkz. Golder/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975, § 35; Luedicke, Belkacem ve Koç/Almanya, Başvuru No: 6210/73; 6877/75; 7132/75, 28.11.1978, § 42; Marckx/Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979, § 31.
[99] Bkz. Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 133/1996/752/951, 30.01.1998, § 33.

7. madde için de geçerlidir…" şeklinde değerlendirmelerde bulunarak, hakların pratik ve etkin olacak şekilde yorumlanması gerektiği vurgulamıştır.[100]

4- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; "… *Sözleşme, yaşayan bir belgedir, bu nedenle günümüz hayat koşulları ışığında yorumlanması gerekmektedir…*"[101] Örneğin Mahkeme Soering/Birleşik Krallık başvurusunda; "… *Elbette, 'Sözleşme, günün koşulları ışığında yorumlanması gereken ... yaşayan bir belgedir' ve Mahkeme, belirli bir muamele veya cezanın, Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından insanlık dışı veya aşağılayıcı olup olmadığını değerlendirirken, bu alanda Avrupa Konseyine üye devletlerin ceza politikalarında geliştirdikleri ve ortaklaşa kabul ettikleri standartlardan etkilenebilir…*" şeklinde değerlendirmelerde bulunarak, Sözleşme hükümlerinin "*günümüz hayat koşulları ışığında yorumlanması gerektiğini*" açıkça vurgulamıştır.[102]

Bu açıklamalar ışığında; AİHM, Sözleşme hükümlerinin "lafzından" hareketle, gerektiğinde diğer yorum araçlarına da başvurarak, Sözleşme'nin "özel niteliği", "amacı ve konusu", "günümüz toplumunun değer hükümleri, ihtiyaçları ve gelişmeleri"; yani günümüz "koşullarını" göz önünde tutarak "evrimsel (geliştirici)" ve "ileri götürücü" şekilde Sözleşme'yi yorumlamaya çalışmaktadır.[103]

Bu doğrultuda, klasik yorum yöntemleri haricinde aşağıda kısaca açıklayacağımız yorum ilkeleri geliştirilmiş ve kararlarda kullanılmıştır.

1. Temel Haklar Lehine Yorum İlkesi

"Hürriyet karinesi" veya "özgürlükçü yorum ilkesi" olarak da adlandırılan bu yorum ilkesine göre, temel hak ve hürriyetlerin etkisini güçlendirecek şekilde yorum yapılmalıdır.[104] Bu nedenle, bir kişinin bir hak ve hürriyete sahip olup olmadığı noktasında tereddüt mevcutsa, o kişinin ilgili hak ve hürriyete sahip olduğu kabul edilir.[105] Temel hak ve hürriyetlerin muhatabı devlet olduğu için, bu yorum ilkesinin bir sonucu olarak devlet organlarının yetkileri de "dar yoruma" tabi tutulur. Dolayısıyla bir konuda devlet organlarının yetkili olup olmadığı konusunda belirsizlik mevcutsa, devlet

[100] Bkz. G.I.E.M. S.R.L. ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 1828/06 and 2 others, 28.06.2018, § 216.
[101] Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 151.
[102] Soering/Birleşik Krallık, Başvuru No: 14038/88, 07.07.1989, § 102.
[103] Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 152.
[104] Mithat Sancar, "Temel Hakların Yorumu" (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995), 324; Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, 80.
[105] Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", 80.

organlarının ilgili konuda "yetkisiz" olduğu kabul edilir.[106] Görüleceği üzere bu yorum ilkesi "*Eşyâda aslolan ibâhadır*" kaidesinin bir yansımasıdır.[107] Bu konuda John Locke da insanların devletten daha eski olduklarını, insanlara temel hak ve hürriyetleri devletlerin vermediğini, cezalandırma alanı dışında devletlerin temel hak ve hürriyetlere müdahale edemeyeceğini ileri sürmüştür.[108]

Yine bu yorum ilkesinin bir sonucu olarak temel hak ve hürriyetlere getirilen sınırlamaların açıkça belirtilmesi ve "dar yoruma" tabi tutulması gerekmektedir.[109] Kendiliğinden, karine olarak veya zımnî şekilde bir fiil yahut davranışın yasak olduğu ileri sürülemez. Eğer bir davranış yasaklanmak isteniyorsa, bunun açıkça belirtilmesi gerekmektedir.[110] Ceza hukukundaki "kanunilik" ilkesi ile bu yorum ilkesi arasında oldukça sıkı bir ilişki bulunduğunu hatta "kanunilik" ilkesinin bu yorum ilkesinin bir sonucu olduğunu söylememiz mümkündür.

Bu yorum ilkesinin, temel hak ve hürriyetlere ilişkin sözleşmeler ile anayasaların, değişen sosyal hayata cevap verebilmesi ve metinde biçimsel değişiklik yapılmaksızın çoğulcu toplumun ihtiyaçlarını büyük ölçüde karşılayabilmesi imkânı sunduğunu söylememiz mümkündür.[111]

Örneğin; Federal Alman Anayasa Mahkemesi (FAYM), 25.02.1975 tarihli 1. Kürtaj kararında (*BVerfGE 39, 1 - Kürtaj I*)[112] bu yorum ilkesini kullanmıştır. Söz konusu davada Mahkeme, kürtaj için cezai yaptırım öngören kanun maddesini soyut norm denetimi yoluyla incelemiştir. Mahkeme, kararında; Anayasanın (*Grundgesetz*) 2. maddesinde "herkesin" yaşam hakkının güvence altına alındığını, buradaki "herkes"

---

[106] Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", 79-80.
[107] İslâm hukukunun temel ilkelerinden birisi olan "*Eşyâda aslolan ibâhadır* (*in favorem libertatis*)" ilkesi, haram olduğu belirtilmeyen bir şeyin helal veya caiz olduğu anlamına gelir. Bkz. Kemal Gözler, "İslâm Hukukunun Değeri-2 (Lâik Hukukun Kemirilmesi, İslâm Hukukunun Eleştirisi ve Savunulması), https://www.anayasa.gen.tr/islam-hukuku-2.htm, (E.T. 28.06.2025).
[108] Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları (Ders Kitabı)*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2018), 152-153; Önder Tilci ve Abdül Samet Çelikçi, "John Locke'un Siyaset Felsefesinde Mülkiyet ve Devlet", *İnönü Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, 11/2 (2022): 321-322.
[109] Fuat Altuntaş, *Hukukta Akıl Yürütme Yöntemi Olarak Kıyas (Analoji)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2025), 155.
[110] Gözler bu durumu; "*Sıfat-ı asliyenin değil, sıfat-ı arızanın varlığı ispata muhtaçtır*" ilkesiyle ifade etmekte ve bu ilkeyi de Mecelle'nin 77. maddesinde yer alan "*Beyyine hilâf-ı zahiri isbat ... içindir*." ilkesinden türettiğini belirtmektedir. Kemal Gözler, "Yorum İlkeleri", 37.
[111] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 144.
[112] Karar için bkz. https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html, (E.T. 23.08.2024). Kararın İngilizce çevirisi için bkz. https://groups.csail.mit.edu/mac/users/rauch/germandecision/german_abortion_decision2.html, (E.T. 23.08.2024).

ifadesinin sadece "tam ve sağ doğum" yoluyla dünyaya gelen kişileri değil aynı zamanda anne karnındaki fetüsü de kapsayacağını, bu nedenle henüz doğmamış çocukların da "yaşam hakkının" getirmiş olduğu korumadan belirli koşullar altında yararlanabileceğini belirterek uyuşmazlığı çözümlemiştir.[113]

Geçmiş yıllarda Türk Anayasa Mahkemesi'nin vermiş olduğu bazı kararlar ise bu yorum ilkesi ile bağdaşmayacak kararlara örnek olarak gösterilebilir. Özellikle "laiklik" ve "cumhuriyet" kavramları söz konusu olduğunda, Türk Anayasa Mahkemesi temel hak ve hürriyetlere ilişkin yapmış olduğu yorumlarda "yasakçı zihniyet" örneği sergilemiştir. Örneğin; "Türban Kararı" olarak da bilinen 07.03.1989 tarih, 1989/1 Esas ve 1989/12 Karar sayılı kararında AYM, 3511 sayılı Kanun'un[114] 2. maddesiyle 2547 sayılı Yükseköğretim Kanunu'na eklenen "*Yükseköğretim kurumlarında, dershane, laboratuar, klinik, poliklinik ve koridorlarında çağdaş kıyafet ve görünümde bulunmak zorunludur. Dinî inanç sebebiyle boyun ve saçların örtü veya türbanla kapatılması serbesttir.*" şeklindeki kanun hükmünün soyut norm denetimiyle 1982 Anayasası'na uygun olup olmadığını tartışmıştır.

Öncesinde belirtmek gerekir ki, 1982 Anayasa'sında hiçbir zaman sosyal hayatta yahut kamusal hayatta türban (yahut başörtüsü) takmanın yasak olduğuna ilişkin bir hüküm yer almamıştır. Bu nedenle, aslında, "temel haklar lehine yorum" ilkesinin bir sonucu olarak yukarıdaki kanun maddesinin 2. cümlesine gerek kalmaksızın, dileyen herkesin özgürce boyun ve saç kısmını örtü veya türbanla istediği gibi kapatabilmesi gerekmekteydi.[115] Çünkü yukarıda da belirttiğimiz gibi "yasakların" açıkça belirtilmesi gerekmektedir. Ancak dönemin koşullarının da etkisiyle, bu hürriyetin kullanılabilmesi için kanun çıkarılmasına gereksinim duyulmuştur.

Fakat tüm bu hususlara rağmen Anayasa Mahkemesi, özü itibariyle dinsel inanca dayalı hukuk kuralı konulamayacağı gerekçesiyle ve "laiklik ilkesi" temelinde söz konusu hükmü Anayasa'ya aykırı bulmuş ve iptal etmiştir. Anayasa Mahkemesi'nin bu kararındaki en çarpıcı ifadelerinden birisi de "*... Türk Devrimi temeline oturan ve bu yapıda lâiklik ilkesine özel bir önem ve üstünlük tanıyan Anayasa, özgürlüklere karşın lâiklik ilkesini*

---

[113] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 145; Oya Boyar, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", (Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2008), 194.
[114] "*2547 Sayılı Yükseköğretim Kanununun 44 üncü Maddesinin Değiştirilmesi ve Bu Kanuna Bir Ek ve Dört Geçici Madde Eklenmesine Dair Kanun*", R.G. Tarih ve Sayı: 27.12.1988-20032.
[115] Kemal Gözler, *İdare Hukuku (2. Cilt)*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2009), 336 vd.

özenle korumayı amaçlamış ve bu ilkenin özgürlüklere kıydırılmasına olanak tanımamıştır…" şeklindeki ifade olmuştur. Anayasa Mahkemesi'nin "temel düşüncesini" de yansıtan bu ifadeden de anlaşılacağı üzere, Mahkeme, "özgürlükleri" "laiklik ilkesine" karşı bir "tehdit" olarak görmüştür.

Anayasa Mahkemesi'nin bu iptal kararı üzerine, 3670 sayılı Kanun'un[116] 12. maddesiyle 2547 sayılı Kanun'a; "*Yürürlükteki Kanunlara aykırı olmamak kaydı ile; Yükseköğretim Kurumlarında kılık ve kıyafet serbesttir.*" şeklinde yeni bir hüküm eklenmiştir. Söz konusu hükmün yine Anayasa'ya aykırılığı ileri sürülmüştür.[117] Anayasa Mahkemesi'nin "yorumlu ret" kararlarından birisi olarak da bilinen ve 09.04.1991 tarih, 1990/36 Esas ve 1991/8 Karar sayılı kararına[118] konu olan iptal davasında, Mahkeme, "*İptali İstenen Kuralın Anlam ve Kapsamı*" başlığı altında hangi kıyafetlerin kanunlara uygun ve serbest olacağını belirlemiş, kanun hükmünün ancak benimsediği yorum çerçevesinde hukuk âleminde kalabileceğini belirterek RET kararı vermiştir.[119] Mahkeme söz konusu kararında; "*… Sonuç olarak, ister dini inanç gereği olsun, isterse başka nedenlerle olsun, yükseköğretim kurumlarındaki kılık-kıyafetin çağdaş duruma ters düşmemesi gerekir.*

Anayasa Mahkemesi'nin yukarıda sözü edilen kararında bu husus 'Dinsel olsun olmasın, çağdaşlığa aykırı, devrim yasalarının öngördüğü düzenlemeyle çelişen giysiler uygun karşılanmaz' şeklinde açıklanmıştır…" şeklindeki gerekçelere yer vermiş ve "*… 12. maddenin dinsel giysileri serbest bıraktığı biçimde bir yorumu kabule olanak yoktur…*" sonucuna ulaşmıştır.

Bu kararlardan yola çıkarak; hukukta yorumun, hâkimlerin arzu ettikleri sonuca ulaşmak için kullanabilecekleri bir araç olamayacağını, yorum yapılırken her zaman "dürüstlük ilkesi"nin de göz önünde bulundurulması gerektiğini söyleyebiliriz.[120]

---

[116] "*Kadının Statüsü ve Sorunları Genel Müdürlüğünün Kurulması ile 14.1.1970 Tarihli ve 1211 Sayılı ve 4.11.1981 Tarihli ve 2547 Sayılı Kanunlarda Değişiklik Yapılması Hakkında 422 Sayılı Kanun Hükmünde Kararnamenin Değiştirilerek Kabulüne Dair Kanun*", R.G. Tarih ve Sayı: 28.10.1990- 20679.

[117] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gözler, *İdare Hukuku*, 329 vd.

[118] Bkz. https://normkararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/ND/1991/8?EsasNo=1990%2F36, (E.T. 07.01.2026).

[119] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. İsmail Yüksel, *Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 81 vd.

[120] Mehmet Turhan, "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 62/3 (2007): 379-404.

2. Faydalı (Yararlı) Etki (Effet Utile/Useful Effect) İlkesi

Literatürde Fransızcası olan "*effet utile*" [121] olarak da adlandırılan bu yorum ilkesinin İngilizce karşılığı "*useful effect*" ve Türkçe karşılığı "*faydalı etki*"dir. Bu yorum ilkesi daha çok AİHM tarafından kullanılmaktadır. Bu yorum ilkesi "*özerk kavramlar doktrini*"nin desteklenmesi doğrultusunda kullanılan yorum ilkelerinden birisidir.[122]

Hatırlanacağı üzere yukarıda AİHM'nin dört argüman doğrultusunda "özgün yorum ilkeleri"ni geliştirdiğini ifade etmiştik. Üç numaralı argümanda da belirttiğimiz üzere AİHM'ye göre Sözleşme; "*teorik ve hayali hakları değil, somut ve gerçekte var olan hakları korumayı amaçlamaktadır*". İşte faydalı etki ilkesi de bu argümanın hayata geçirilmesi amacıyla kullanılan yorum ilkelerinden birisidir. Diğer bir ifadeyle faydalı etki ilkesi, üç numaralı argümanın bir sonucudur.

Bu yorum ilkesine göre, somut uyuşmazlığa uygulanacak olan norm, öngörülen sonuçları en etkili biçimde gerçekleştirecek şekilde yorumlanmalıdır.[123] Dolayısıyla bu ilke, normları, yararsız ve boş kalıp olmaktan kurtarıp gerçek amacı sağlar duruma getirmeyi amaçlamaktadır.[124] Zira başka türlü yorum yapıldığında, ilgili normun içi boşaltılmış olacak, o norm bir anlam ifade etmeyecektir. Hatta bazı yazarlara göre bu ilke, normu yorumlayan mahkemeye sözleşmenin bir etki doğurmasını, ona bir etki verilmesini sağlamadan daha fazla bir görev yüklemektedir.[125]

Golder/Birleşik Krallık başvurusu, faydalı etki ilkesinin AİHM tarafından ilk kez kullanıldığı başvurulardan birisidir. Söz konusu başvuruya konu olan olayda başvurucu Golder, cezaevinde çıkan kargaşaya katıldığı iddiasıyla suçlanmıştır. Suçlama üzerine Golder, bir avukat ile görüşmek için İçişleri Bakanlığı'ndan talepte bulunmuştur. Ancak

---

[121] Bkz. Nicolas Jarroux, "L'effet utile du contentieux judiciaire des contrats de la commande publique en question", *Revue Lamy Droit des Affaires*, 165 (2020): 39-42.
[122] Yunus Emre Gül, "Özgün Yorum Yöntemleri", 230.
[123] Bertil Emrah Oder, "Avrupa Birliği'nde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincillik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 22 (2005): 176; Dilara Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri" (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018), 182.
[124] Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 182.
[125] Mehmet Şerif Yılmaz, "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri" (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010), 64.

talebi reddedilmiştir. Söz konusu uyuşmazlığın önüne gelmesi üzerine AİHM, başvuruyu "adil yargılanma hakkı"[126] çerçevesinde incelemiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'nin 6. maddesinde düzenlenen "adil yargılanma hakkı"nın sadece görülmekte olan davalar bakımından mı bir koruma sağladığını, yoksa haklarını ve sorumluluklarını tespit ettirmek için dava açmak isteyenlerin de mahkemeye erişim hakkını güvence altına alıp almadığını tartışmıştır.

Mahkeme öncelikle, Sözleşme'nin yorumunda Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 3. fıkrasının c bendi gereğince[127] "hukukun genel ilkelerinin" ve özellikle "uygar uluslar tarafından kabul edilen ilkelerin" göz önünde bulundurulması gerektiğini; bu doğrultuda da bir hukuki talebin mahkemeye sunulabilmesinin "hukukun evrensel ilkelerinden birisi olduğunu" belirtmiştir. Mahkemeye göre; Sözleşme'nin "görülmekte olan" dava için taraflara ayrıntılı olarak tanıdığı usuli güvencelerin, bu tür güvencelerden yararlanmak için ön koşul olan mahkemeye erişimi korumaması düşünülemez.[128] Çünkü kişilerin dava açma hakkını güvence altına almaksızın, açmış olduğu davaların adil, aleni, süratli olmasının anlamı kalmayacaktır. Ayrıca aksi yorum, yani "mahkemeye erişim hakkı"nın Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında korunmadığını ileri sürmek, sözleşmeye taraf devletlerin mahkemelerini ilga etmeleri durumunda, Sözleşme'nin 6. maddesinin "ihlal edilmediği" gibi bir risk ve tehlikeyi de beraberinde getirecektir. Dolayısıyla "*mahkemeye erişim hakkı*" Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının "kurucu bir unsurunu" teşkil etmektedir.[129]

Görüldüğü üzere AİHM, faydalı etki ilkesini kullanarak Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında açıkça belirtilmemesine rağmen "*mahkemeye erişim hakkı*"nı

[126] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir*."

[127] Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 3(c) fıkrasına göre; "*Andlaşmanın bütünü ile birlikte aşağıdakiler (de) dikkate alınır:... c- Taraflar arasındaki ilişkilerde milletlerarası hukukun tatbiki kabil herhangi bir kuralı.*" Kaya, *Temel Belgeler*, 82.

[128] Bkz. Golder/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975, § 35.

[129] Bkz. Golder/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975, § 25-35.

"*adil yargılanma hakkı*"nın bir unsuru haline getirmiş ve Sözleşme'nin güvencesi kapsamına dâhil etmiştir. Nitekim aksi bir yorum, yani "*mahkemeye erişim hakkı*"nın "*adil yargılanma hakkı*" kapsamında bulunmadığını iddia etmek, "*adil yargılanma hakkı*"nı "*teorik ve hayali, içi boş bir hak*" statüsüne indirgeyecektir.

3. Pozitif Yükümlülükler Teorisi

a. Genel Olarak

Pozitif yükümlülükler teorisi de Sözleşme'nin "*teorik ve hayali değil, somut ve gerçekte var olan hakları korumayı amaçladığı*" varsayımından yola çıkılarak geliştirilmiştir.[130] Temel hak ve özgürlüklerin korunmasında, pozitif yükümlülükler teorisinin "faydalı etki ilkesi" ile yoğun bir etkileşim içerisinde bulunduğunu, pozitif yükümlülükler teorisi olmaksızın faydalı etki ilkesinin tam anlamıyla gerçekleşemeyeceğini, bu yönüyle de pozitif yükümlülükler teorisinin faydalı etki ilkesinin daha "ilerici" bir boyutu olduğunu söylemek mümkündür. Nitekim bu teori, devletlerin haklara müdahale etmemesi yükümlüğünü öngören "negatif yükümlülükler teorisinin" hakları tam anlamıyla gerçekleştirmeye yeterli olmadığını, bu kapsamda devletlerin aynı zamanda eylemde bulunma yükümlülüğünün olduğunu ileri sürmektedir.

Devletlerin, belirli bir haktan yararlanmayı uygulamada gerçekleştirmesi amacıyla "olumlu edimde bulunması yükümlülüğü" farklı bakış açılarıyla ele alınmaktadır. Bu farklı bakış açıları nedeniyle de pozitif yükümlülükler teorisinin tanımına ilişkin doktrinde bir konsensüs bulunmamaktadır.[131] Bu kavram içtihatlarda genel olarak, temel haklara "müdahale etmemeye" ilave olarak insan haklarının uygulamada gerçekleşmesinde devletlerin üstlenmiş olduğu sorumluluğu ifade etmek için kullanılmaktadır.[132]

b. Ortaya Çıkışı

Pozitif yükümlülükler teorisinin "sosyal devlet anlayışı" ile de oldukça yakın bir ilişkisi vardır. Zira modern devlet anlayışına ilk olarak hâkim olan klasik liberal felsefe, temel hak ve hürriyetlerin güvence altına alınmasını, devlet iktidarının sınırlandırılmasını

[130] Bkz. Airey/İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979, § 24; Akandji-Kombe, *Positive obligations*, 9.
[131] "Pozitif yükümlülükler teorisi"ne yönelik olarak doktrinde ileri sürülen tanımlara ilişkin bkz. Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 96-97.
[132] Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 98.

ve sosyal ve ekonomik yaşama devlet müdahalesinin en aza indirgenmesini savunan bir anlayışa sahipti.[133] Yine bu anlayışa göre gerçek hürriyet, negatif özgürlüklerden ibarettir ve bu negatif özgürlüklerin devlet müdahalesine karşı korunması gerekmektedir. Dolayısıyla bu anlayışa göre temel hak ve hürriyetlerin en büyük ihlalcisi devlettir, devlet temel hak ve hürriyetlere müdahale etmediği zaman "rasyonel bireyler" temel hak ve hürriyetlerini gerçekleştirme imkânına sahip olurlar.[134]

Ancak zaman içerisinde bu anlayışın, temel hak ve hürriyetlerin gerçek anlamda hayata geçirilmesi noktasında yetersiz kaldığı anlaşıldı. Çünkü devletin bireyi serbest bırakması, temel hak ve hürriyet alanına müdahale etmemesi, sınırlı bir kesimin hak ve hürriyetlerden gereği gibi yararlanmasına sebep oldu. Zira sanayi devrimi ile birlikte insanlar yeterli maddi varlıkları ve gelirleri olmadığı için zamanlarının büyük çoğunluğunu çalışmakla geçiriyor; hak ve hürriyetlerini kullanmaya zaman ve maddi olanak bulamıyorlardı. En büyük gayesi karnını doyurabilmek ve barınacak bir yer bulabilmek olan bir kişi için kâğıt üzerindeki maddi ve manevi varlığını geliştirme hakkının, ifade hürriyetinin, eğitim hakkının, sağlık hakkının vb. çok da bir önemi yoktu.[135]

Klasik liberal devlet anlayışına tepki olarak ortaya çıkan sosyal devlet anlayışı, hakların kâğıt üzerinde kalmaması, insanların sahip olduğu temel hak ve hürriyetlerin uygulamada gerçekleşmesi için devletin gerektiğinde sosyal ve ekonomik alana müdahale etmesi gerektiğini savundu. Bu anlayışa göre devlet, örneğin; herkese ücretsiz eğitim-öğretim olanağı sağlayacak ve bu şekilde kişiler eğitim hakkından gerçekte faydalanabileceklerdi. Dolayısıyla devletler artık "pasif" kalarak temel hak ve hürriyetlerin korunduğunu iddia edemeyeceklerdir. Devletlerin bu iddiayı ileri sürebilmeleri için harekete geçmesi, eylemde bulunması ve "olumlu edim yükümlülüklerini" yerine getirmesi gerekmektedir. Bu durum da kısaca "pozitif yükümlülükler teorisi" olarak adlandırılmaktadır.[136]

---

[133] Coşkun Can Aktan, "Klasik Liberalizm, Neo-Liberalizm ve Libertarianizm", *Amme İdaresi Dergisi*, 28/1 (1995): 4.
[134] Coşkun Can Aktan, "Klasik Liberalizm", 25.
[135] Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 98 vd.
[136] Semih Batur Kaya, "İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1 (2022): 56-57.

c. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pozitif Yükümlülükler Teorisi

Belirtmek gerekir ki muhtemelen devletler, AİHS'ye taraf oldukları 1950 yılında, kendilerine bu kadar geniş sorumluluk yüklenebileceğini öngörmemişlerdi. Çünkü o yıllarda insan haklarının "etkin" bir şekilde korunması düşüncesinin tezahürü olan pozitif yükümlülükler teorisi tam anlamıyla gelişmemişti. Nitekim AİHS'nin hükümleri, devletlere sadece "negatif yükümlülük", yani koruma altına alınan temel hak ve hürriyetlerin ihlalinden kaçınma yükümlülüğü yüklediği şeklinde kaleme alınmıştır.[137]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kararlarında "pozitif yükümlülük" kavramı ilk olarak 1968 tarihli "*Belçika Eğitim Dili*" olarak adlandırılan davada kullanılmıştır.[138] Mahkeme, içtihadına yeni bir bakış açısı kazandıran bu karardan sonra, bu teoriye her geçen gün yeni unsurlar ekleyerek Sözleşme'nin hükümlerine ve taraf devletlerin sorumluluklarına yeni anlamlar katmıştır.[139]

"*Belçika Eğitim Dili*" davasına konu olan olayda, Belçika vatandaşı olan ve Belçika'da ikamet eden başvurucular, Belçika Devleti'nin, bulundukları bölgede Fransızca eğitim veren bir okul açmadığını, eğitimde kullanılacak dilin yasal mevzuata uygun olmaması durumunda Belçika Devleti'nin maddi destek ve denklik vermediğini, çocuklarını ya bulundukları bölgede kendi inançlarına uygun eğitim vermeyen okullara ya da kendilerine oldukça uzak olan okullara göndermeye zorlandıklarını ileri sürmüşlerdir.[140]

Belçika Devleti söz konusu iddialarla ilgili olarak; vatandaşlarına eğitim ve öğretim sunma gibi bir "olumlu edim yükümlülüğü"nün olmadığını, sadece kişilerin eğitim ve öğretim hakkını "engellememe" yönünde "negatif bir yükümlülüğü"nün bulunduğunu ileri sürmüştür.[141]

---

[137] Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 102-103.
[138] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 117; Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 105; Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 103.
[139] Jean-François Akandji-Kombe, *Positive obligations under the European Convention on Human Rights (A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights)*, (Belçika: 1st printing, 2007), 5-6.
[140] Bkz. Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium/Belçika, Başvuru No:1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968.
[141] Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium/Belçika, Başvuru No:1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirmede; özetle, EK 1 Numaralı Protokol'ün "*Eğitim Hakkı*" başlıklı 2. maddesinde; "*Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz. Devlet, eğitim ve öğretim alanında yükleneceği görevlerin yerine getirilmesinde, ana ve babanın bu eğitim ve öğretimin kendi dini ve felsefi inançlarına göre yapılmasını sağlama haklarına saygı gösterir.*" şeklindeki düzenlemeye yer verildiğini, bu hükmün 1. cümlesindeki "*Hiç kimse eğitim hakkından yoksun bırakılamaz.*" ifadesi her ne kadar "negatif formülasyonla" kaleme alınmış olsa da devletlerin bu hükme dayanarak hiçbir "pozitif yükümlülük"lerinin olmadığını ileri süremeyeceklerini, aksine eğitim hakkı ile ilgili olarak devletlerin "pozitif yükümlülükleri"nin bulunduğunu belirtmiş ve sonuç olarak Belçika eğitim dili mevzuatının Sözleşme'ye aykırı olduğuna karar vermiştir.[142]

"*Airey/İrlanda*" kararı ile AİHM bu teoriyi daha da geliştirmiştir. Karara konu olayda, başvurucu Johanna Airey kocasından şiddet gören ve kocasından ayrı yaşamak isteyen birisidir. Airey, 1972 yılının Ocak ayında, kocasının alkolik olduğu, fiziksel şiddet tehdidinde bulunduğu ve kendisine şiddet uyguladığı iddialarıyla kocasından şikâyetçi olmuştur. Kocası yerel mahkeme tarafından suçlu bulunmuş ve adli para cezasına çarptırılmıştır. Daha sonra, 1972 yılının Haziran ayında, kocası ortak konutu terk etmiştir.[143] Belirtmek gerekir ki o tarihte İrlanda Hukuku'nda "boşanma" müessesi bulunmamaktadır.[144] Sadece eşler, belli bazı şartlar altında birlikte yaşama yükümlülüğünden kurtulabilmektedir. Ancak bu yükümlülükten kurtulmak için de Yüksek Mahkeme'nin kararı gereklidir.[145]

Her ne kadar Airey kocasından ayrı yaşamak amacıyla Yüksek Mahkeme'ye başvurmak istese de yargılama giderlerini ve vekâlet ücretini ödeyebilecek maddi gücü bulunmamaktadır. O tarihte İrlanda hukukunda "medeni uyuşmazlıklar" için "*adli yardım*" müessesi de bulunmamaktadır.[146]

---

[142] Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium/Belçika, Başvuru No:1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968.
[143] Bkz. Airey/İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979, § 8.
[144] Nitekim AİHM'ye başvuru tarihinde İrlanda Anayasası'nın 41. maddesinde; "*Evliliğin sona ermesine izin veren hiçbir yasa çıkarılamaz.*" hükmü bulunmaktaydı. 1995 yılına kadar da bu yasak devam etmiştir. Ancak 1995 yılında yapılan referandum ile bu yasak kaldırılmıştır. Bkz. https://www.diken.com.tr/irlandada-bosanmak-kolaylasiyor-ciftler-dort-yil-yerine-iki-yil-ayri-yasadiktan-sonra-bosanabilecek/, E.T. 10.01.2023.
[145] Bkz. Airey/İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979, § 10-11.
[146] Bkz. Airey/İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979, § 9.

Başvurunun muhatabı olan İrlanda Devleti, söz konusu başvurunun "*Golder Başvurusu*"ndan farklı olduğunu, "*Golder Başvurusu*"nda başvurucunun "*Mahkemeye erişim hakkı*"nın İçişleri Bakanlığı tarafından başvurucunun önüne konulan engel ile engellendiğini; burada ise başvurucunun önüne herhangi bir engel konulmadığını, mahkemeye başvuramama durumunun başvurucunun kişisel mali durumundan kaynaklandığını, ayrıca Sözleşme'nin 6. maddesinin sadece "cezai" meselelerde avukat yardımı yükümlülüğü öngördüğünü, "medeni" konularda böyle bir yükümlülüğün bulunmadığını, bu nedenle de İrlanda Devleti'nin Sözleşme'nin ihlalinden sorumlu tutulamayacağını ileri sürmüştür.[147]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "*Golder Başvurusu*" ile "*Airey Başvurusu*"nun farklı olgulara dayandığına ilişkin İrlanda Devleti'nin itirazını haklı bulmakla birlikte; "engellemenin", "yasal engel" şeklinde de tezahür edebileceğini, "*yasal eksiklikler*" nedeniyle hakkın etkin bir şekilde gerçekleşmemesi durumunda ortada yine bir "engelleme" olduğunu belirtmiştir.[148] Mahkemeye göre, sosyal ve ekonomik hakların daha fazla koruma altına alınması ve gerçekleştirilmesi devletlerin "mali olanaklarına" bağlı olmakla birlikte, Sözleşme'de koruma altına alınan "medeni" ve "siyasi" hakların "sosyal ve ekonomik" uzantıları bulunmaktadır. Ayrıca Sözleşme'nin "günümüz koşulları ışığında" ve "bireyi gerçek ve etkili bir şekilde koruyacak" şekilde tasarlandığı göz önünde bulundurulmalıdır.[149]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, her ne kadar "medeni" uyuşmazlıklarda sözleşmeci devletlerin "adli yardım" yükümlülüğüne ilişkin olarak Sözleşme'de herhangi bir hüküm bulunmasa dahi, avukat ile temsilin zorunlu olduğu durumlarda yahut yargılamanın karmaşıklığının avukat ile temsili zorunlu hale getirdiği durumlarda, mahkemeye etkili bir erişim için devletlerin "adli yardım" sunma yükümlülükleri bulunmaktadır.[150]

---

[147] Bkz. Airey/İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979, § 25.
[148] Mahkeme'ye göre ayrıca, Sözleşme kapsamındaki bir görevin yerine getirilmesi zaman zaman Devlet adına bazı olumlu eylemlerde bulunmayı gerekli kılar; bu tür durumlarda Devlet, basitçe, *pasif* kalamaz ve eylemler ile ihmaller arasında ayrım yapmaya gerek yoktur. Mahkemelere etkin bir erişim sağlama yükümlülüğü de bu görev kategorisine girer. Bkz. Airey/İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979, § 25. Aynı yönde bkz. Marckx/Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979, § 31; Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, Başvuru No: 2832/66; 2835/66; 2899/66, 10.03.1972, § 22.
[149] Bkz. Airey/İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979, § 26.
[150] Bkz. Airey/İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979, § 26.

Görüleceği üzere AİHM'ye göre, Sözleşme'de koruma altına alınan medeni ve siyasi haklar ile devletlerin mali olanakları ölçüsünde gerçekleşecek olan sosyal ve ekonomik haklar arasında çok net ve kesin bir ayrım bulunmamaktadır. AİHM, mahkemeye erişim hakkının etkin bir şekilde uygulanmasını sağlamak üzere "adli yardım" kapsamında devletlere pozitif yükümlülük yüklemiştir. Ayrıca Mahkeme, bütün "medeni" uyuşmazlıklarda devletlerin "adli yardım" yükümlülüğünün olmadığını, karmaşık yargısal prosedürlerin "basitleştirilmesinin" de bir çözüm olduğunu belirtmiştir.[151]

d. Pozitif Yükümlülükler Teorisinin Hukuki Dayanağı ve Kapsamı

Pozitif yükümlülüklerin Sözleşme'nin tamamında mı geçerli olduğu yoksa sadece bazı hakları mı kapsadığı hususunda soru işaretleri oluşabilir. Örneğin; Sözleşme'nin "Yaşam Hakkı" başlıklı 2. maddesinde; "*Herkesin yaşam hakkı yasayla korunur.*" şeklindeki düzenleme ile sözleşmeci devletlere yaşam hakkının korunması hususunda pozitif yükümlülük yüklenmiştir.[152] Yine Ek 1. Protokolün "Serbest Seçim Hakkı" başlıklı 3. maddesinde; "*Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.*" şeklindeki düzenleme ile sözleşmeci devletlere belirlenen ilkeler doğrultusunda "seçim yapma" yükümlülüğü getirilmiştir. Görüleceği üzere bu hükümler bakımından sözleşmeci devletlerin pozitif yükümlülüğünün bulunduğu "lafzî yorum yöntemi" ile dahi anlaşılabilmektedir.

Ancak bütün hükümlerin sözleşmeci devletlere pozitif yükümlülük yüklediğine ilişkin Sözleşme'de açık bir hüküm bulunmamaktadır.[153] Buna rağmen AİHM; Sözleşme'nin 1. maddesinde yer alan sözleşmeci devletlerin yetki alanı içerisindeki herkese hak ve hürriyetleri sağlaması yükümlülüğünden, 13. maddedeki etkili başvuru hakkından ve Sözleşme'nin tamamına hâkim olan hukukun üstünlüğü ilkesinden yola çıkarak, pozitif yükümlülüklerin Sözleşme'deki bütün hak ve hürriyetler için geçerli olduğunu belirtmiştir.[154]

[151] Bkz. Airey/İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979, § 26.
[152] Akandji-Kombe, *Positive obligations*, 9.
[153] Suat Şimşek, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri", *Sayıştay Dergisi,* Sayı: 84 (2012): 3.
[154] Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 123 vd.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 1. maddesine göre, "*Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar.*" Görüleceği üzere Sözleşme'nin 1. maddesi, Sözleşme'de yer alan hak ve hürriyetlerin gerçekleştirilmesini, taraf devletler bakımından "zorunlu bir yükümlülük" olarak ilan etmiştir.[155] Bu madde somut herhangi bir hakkı koruma altına almayan, ancak diğer hak ve hürriyetlerin etkin bir şekilde gerçekleştirilmesi amacı güden çerçeve bir hüküm niteliğindedir.[156] Dolayısıyla "pozitif yükümlülük teorisi"nin, devletlerin yetki alanları (egemenliği) altında bulunan kişilerin hak ve hürriyetlerini koruma yükümlülüğünün doğal bir sonucu olduğunu söyleyebiliriz.

Nitekim AİHM de "pozitif yükümlülükler"le ilgili olarak zaman zaman Sözleşme'nin 1. maddesine atıf yapmaktadır. Örneğin; Türkoğlu/Türkiye başvurusunda Sözleşme'nin 2. maddesi kapsamında korunan "yaşam hakkı" ile ilgili olarak; "… *AİHM, içtihadına göre, 2. madde kapsamındaki yaşam hakkının korunması yükümlülüğü, devletin 1. madde kapsamında genel görevi olan 'kendi sınırları kapsamındaki herkese AİHS'de tanımlanan hak ve özgürlükleri tanıması' bağlamında yorumlandığında, bireylerin kuvvet kullanılması sonucunda öldürüldüğü durumlarda, etkili bir resmi soruşturma yapılmasını gerektirir. Bu yükümlülük, öldürme eyleminin bir devlet görevlisi tarafından gerçekleştirildiğinin kesinleştiği davalarla sınırlı değildir. Aynı şekilde, merhumun ailesinin veya diğerlerinin yetkili bir merciiye ölümle ilgili resmi bir başvuru yapıp yapmadığı da kesin değildir. Makamlara başvuranın kocasının ölümünün bildirilmesi gerçeği, AİHS'nin 2. maddesi kapsamında, ölüm şartlarına yönelik etkin bir soruşturma yapılması yükümlülüğünü ipso facto olarak* (kaçınılmaz bir sonuç olarak/kendiliğinden) *doğurur…*"[157] şeklinde değerlendirmelerde bulunmuş ve "yaşam hakkı" ile bağlantılı olarak ölüm olaylarında devletlerin "etkin soruşturma yapma" yükümlülüklerinin bulunduğunu belirtmiştir. AİHM'ye göre bu yükümlülük, öldürme eyleminin bir devlet görevlisi tarafından gerçekleştirilmediği yahut ölen kişinin ailesinin

[155] F.G. Jacobs ve R.C.A. White, *The European Convention on Human Rights*, (Oxford: Clarendon Press, 1996), 15; Zühtü Arslan, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı", 275.
[156] A.I.L. Campbell, "Positive Obligations under the ECHR: Deprivation of Liberty by Private Actors," *Edinburgh Law Review*, 10/3 (2006): 408.
[157] Bkz. Türkoğlu/Türkiye, Başvuru No: 34506/97, 17.03.2005, § 119.

veya başkalarının herhangi bir şikâyette (veya bildirimde) bulunmadığı durumlarda dahi geçerlidir.[158]

4. Yaşayan Belge (Sözleşme) Teorisi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre AİHS, günün koşulları ışığında ve ulusal ve uluslararası hukukun gelişmekte olan normları doğrultusunda yorumlanmalıdır.[159] Mahkeme yaşayan belge teorisini kullanarak temel hak ve hürriyetleri geniş bir şekilde yorumlamış, temel hak ve hürriyetlerin gelişmesine önemli katkılar sağlamıştır.[160] Görüleceği üzere bu teoriye göre Sözleşme'deki haklar durağan değildir; ulusal ve uluslararası hukuktaki gelişmelere paralel olarak hakların kapsamı değişebilmektedir. AİHM, Sözleşme'yi yorumlarken kendini Sözleşme'nin kaleme alındığı 1950 yılının değerleri ile bağlı görmemektedir.[161]

George Letsas, AİHM'nin son zamanlarda bazı kararlarında, sözleşmeci devletlerin iç hukuklarındaki gelişmelerden ziyade, uluslararası hukuktaki gelişmeleri ve zaman zaman bağlayıcılığı dahi olmayan belgeleri dikkate alarak sonuca ulaştığını ifade etmektedir.[162] Letsas ayrıca, bu yorum yöntemi ile AİHM'nin AİHS'deki hakların kapsamını genişletmediğini, Sözleşme'de mündemiç olarak korunan hakları keşfettiğini ileri sürmektedir.[163]

Yaşayan belge (sözleşme) teorisinden ilk kez ünlü "*Tyrer/Birleşik Krallık*" davasında bahsedilmiştir.[164] Başvuruya konu olay 1972 yılında Man adasında gerçekleşmiştir. Bir okul öğrencisi, Antony Tyrer ve üç arkadaşını okula bira soktukları iddiasıyla şikâyet etmiştir. Antony Tyrer ve arkadaşları bu şikâyet üzerine cezalandırılmışlardır. Antony Tyrer, yaşça kendisinden büyük olan şikâyetçiye saldırmış ve onu yaralamıştır. Yerel Çocuk Mahkemesi bu saldırı eyleminden dolayı Tyrer'i haksız bulmuş ve kaba etine 3 (üç) değnek vurulması cezasına çarptırmıştır. Temyiz talebinin

---

[158] Aynı yönde bkz. Tanrıkulu/Türkiye, Başvuru No: 23763/94, 08.07.1999, § 101-103.
[159] Bkz. Demir ve Baykara/Türkiye, Başvuru No: 34503/97, 12.11.2008, § 68; Kaya, *Anayasal Hakların Yorumu*, 109 vd.
[160] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 113.
[161] Naz Çavuşoğlu, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 'Yaşayan Belge' Yapan Yorum Teknikleri", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt:14, (1992): 143.
[162] George Letsas, "The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy", in *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, ed., Andreas Føllesdal, Birgit Peters, Geir Ulfstein, (Cambridge University Press, 2013), 106-141.
[163] Letsas, "Living Instrument", 120.
[164] Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 77; Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 113.

reddi üzerine karar kesinleşmiş ve polis memurları tarafından söz konusu ceza infaz edilmiştir. Sopa cezasının infazından sonra iddiaya göre Tyrer'in derisi tahriş olmuş ve yaklaşık bir buçuk hafta acı çekmiştir. Tyrer, söz konusu cezanın AİHS'nin "*İşkence Yasağı*" başlıklı 3. maddesinde yer alan "*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz*." hükmüne aykırı olduğu iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur.[165]

Başvuruya yönelik savunmada, Man Adası Adalet Bakanlığı, söz konusu cezanın; infaz edildiği bölgede "aşağılayıcı" olarak görülmediğini, caydırıcı etkiye sahip olduğunu, ayrıca başvurucunun adı açıklanmaksızın özel infaz yöntemleri ile infaz edildiğini ve bu nedenle başvurucunun toplum önünde küçük düşürülmediğini ileri sürmüştür.[166]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi başvuruya ilişkin olarak öncelikle "*Sözleşme'nin bugünün yaşam koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olduğunu*" vurgulamıştır.[167] Mahkemeye göre, cezanın infaz edildiği bölgede bu cezanın "aşağılayıcı muamele (veya ceza)" olarak görülmemesi tek başına yeterli değildir. Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin bu alandaki ceza politikasına ilişkin gelişmeler ve yaygın olarak kabul edilen standartlar da göz önünde bulundurulmalıdır. Yine Mahkeme'ye göre, cezanın "caydırıcı etkisi"nin oldukça fazla olması, AİHS'nin 3. maddesine uygun davranma yükümlülüğünü ortadan kaldırmaz. Mahkeme ayrıca, söz konusu cezanın "aleni" bir şekilde gerçekleştirilmemesinin "aşağılayıcı muamele" olarak değerlendirilmesini engellemeyeceğini, başkalarının nazarında olmasa dahi kişinin kendi nazarında "aşağılandığını" hissetmesi durumunda yine "aşağılayıcı muamele"nin söz konusu olacağını belirtmiştir. Sonuç olarak Mahkeme, olaya ilişkin bütün koşulları değerlendirmiş ve söz konusu bedensel cezanın "aşağılayıcı bir ceza" olduğunu ve Sözleşme'nin 3. maddesinin ihlal edildiğini hüküm altına almıştır.[168]

Kanaatimizce burada Prof. Fr. Rigaux'un belirttiği bir hususa değinmekte fayda vardır. Rigaux'a göre "*insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele*" kavramları Sözleşme'de

[165] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Rick Lawson, "A Living Instrument: The Evolutive Doctrine Some Introductory Remarks", *The European Convention on Human Rights at 70: Themes and Perspectives*, (Strasbourg: Council of Europe Publishing, 2020): 7-13.
[166] Tyrer/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5856/72, 25.04.1978, § 31-32.
[167] Tyrer/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5856/72, 25.04.1978, § 31.
[168] Tyrer/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5856/72, 25.04.1978, § 35.

geçtiği için, burada "özerk yorum" yapmak gerekmektedir. Rigaux, yaşayan belge teorisinin Sözleşme'de karşılığı açık bir şekilde bulunmayan durumlar veya olgular için geçerli olduğunu, "*insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele*" kavramlarının Sözleşme'de açık bir şekilde geçtiğini ve bu nedenle "özerk yorum" yapılması gerektiğini ifade etmiştir.[169]

Yaşayan belge teorisi kullanılarak çözüme kavuşturulan bir diğer önemli dava Soering/Birleşik Krallık davası olmuştur.[170] AİHM, söz konusu davada yaşayan belge teorisine ilişkin olarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "… *Elbette, 'Sözleşme, günün koşulları ışığında yorumlanması gereken ... yaşayan bir belgedir' ve Mahkeme, belirli bir muamele veya cezanın, Sözleşme'nin 3. maddesi bakımından insanlık dışı veya aşağılayıcı olup olmadığını değerlendirirken, 'bu alanda Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin ceza politikalarında geliştirdikleri ve ortaklaşa kabul ettikleri standartlardan etkilenebilir'... Sözleşme'ye taraf devletlerde barış zamanı için ölüm cezası artık fiilen kalmamıştır. Ölüm cezasını barış zamanı suçlar için halen kanunlarında saklı tutan birkaç sözleşmeci devlet, ceza verilmiş olsa bile, bu cezayı bugünlerde uygulamamaktadırlar. Uluslararası Af Örgütü'nün ifadesiyle, 'Batı Avrupa hukuk sistemlerinde, mevcut şartlar için, ölüm cezasının bölgesel adalet standartlarıyla uyumlu olmadığına dair zımni konsensus', barış zamanında ölüm cezasının kaldırılmasını öngören Sözleşme'ye 6. Protokol ile yansıtılmıştır. Sözleşme'ye 6. Protokolün Nisan 1983'te imzaya açılmış olması, Avrupa Konseyi'nin uygulamasında, Konseye Üye Devletlerden herhangi birinin, buna bir itirazının olmadığını göstermektedir. Bu Protokol, Mart 1985'te yürürlüğe girmiş ve bugüne kadar Sözleşme'ye taraf olan on üç devlet tarafından onaylanmıştır; ancak bunlar arasında Birleşik Krallık yer almamaktadır.*

İşaret edilen bu değişikliklerin, ölüm cezasının kendiliğinden Sözleşme'nin 3. maddesindeki kötü muamele yasağı kapsamına girmesi sonucunu doğurup doğurmadığı, Sözleşme'nin yorumuyla ilgili prensiplere dayanılarak belirlenmelidir..."[171]

---

[169] F. Rigaux, "Interprétation consensuelle et interprétation évolutive", *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme: Actes du colloque des*, (1998); Aktaran: Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 78-79.

[170] Soering/Birleşik Krallık, Başvuru No: 14038/88, 07.07.1989. Kararın Türkçe çevirisi için bkz. https://www.izmirbarosu.org.tr/Upload/files/haberler/soering--birleik-krallk.pdf, (E.T. 10.01.2026).

[171] Soering/Birleşik Krallık, Başvuru No: 14038/88, 07.07.1989, § 102.

Yaşayan belge teorisinin doğal bir sonucu olarak AİHM'nin içtihatları da sabit kalmamakta, zamana ve günün koşullarına göre farklılaşabilmektedir.[172] Bu nedenle AİHM'nin genel eğilimi, verdiği tanımın sınırı ile kendini bağlamamaktır. AİHM, aynı eğilimi yaşayan belge teorisi için de sürdürmekte, yaşayan belge teorisini içtihatlarıyla geliştirmekle birlikte soyut bir tanım yapmaktan kaçınmaktadır.[173]

5. Sözleşmenin/Anayasanın Bir Bütün Olarak Yorumlanması İlkesi

Sözleşmenin (anayasanın) bir bütün olarak yorumlanması ilkesi, sistematik yorum yönteminin özel bir görünüm biçimi olarak nitelendirilebilir.[174] Bu yorum ilkesiyle, ilgili belgenin yorumunda "tutarlılık" ve "istikrar" sağlanması amaçlanır.[175] Sözleşmenin (veya anayasanın) hükümleri arasında karşılıklı bir bağımlılık ve ilişki olduğu için bir hükme yönelik yapılan yorumun başka hükme/hükümlere açık bir aykırılık teşkil etmemesi ve metin içerisindeki tutarlılığın sağlanması gerekmektedir.[176] Nitekim Federal Alman Anayasa Mahkemesi, kararlarında bu ilkeyi sıkça kullanmaktadır.[177] Ayrıca belirtmek gerekir ki, anayasanın bütünlüğü ilkesinden yola çıkılarak anayasanın hükümleri arasında bir normlar hiyerarşisi oluşturulamaz.[178]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de birçok kararında, AİHS'nin yorumunda Sözleşme'nin bir bütün olarak ele alınması gerektiğini belirtmiştir. Örneğin Mahkeme, Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık başvurusunda; "… *Her şeyden önce Mahkeme, Sözleşme ve Protokollerinin bir bütün olarak okunması gerektiğini hatırlatır; sonuç olarak, esas itibarıyla Sözleşme'nin hükümlerinden biriyle ele alınan bir mesele, bazı yönlerden başka hükümlerine de girebilir…*" şeklinde açıklamalarda bulunmuştur.[179] Yine, Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka başvurusunda Mahkeme; "… *Buna göre 2. maddenin hükümleri, sadece bu maddede yer alan hükümlerin ışığında*

---

[172] Detaylı açıklamalar için bkz. Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 82 vd.
[173] Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 81.
[174] Buna karşılık Eyrenci'ye göre ise; "*Anayasanın bütünlüğü ilkesini bir sistematik yorum kuralı olarak anlamamak ve normun yaşama aktarılmasında, onun Anayasanın hangi bölümünde yer aldığına bakmakla yetinmemek gerekir.*" bkz. Öner Eyrenci, "Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış" *Amme İdaresi Dergisi*, 14/1 (1981): 55.
[175] Mithat Sancar, *Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti*, (İstanbul: İletişim Yayınları, 2008), 75; Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 140; Kaya, *Anayasal Hakların Yorumu*, 100.
[176] Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, 75; Kaya, *Anayasal Hakların Yorumu*, 100.
[177] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 151.
[178] Öner Eyrenci, "Anayasanın Yorumlanması", 55-56.
[179] Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985, § 60.

değil, ama özellikle Sözleşme'nin anne-babalar ve çocuklar da dâhil, herkesin 8. maddedeki (özel ve aile yaşamına saygı hakkı), 9. maddedeki (düşünce, vicdan ve din özgürlüğü) ile 10. maddedeki (haber ve fikirleri elde etme ve ulaştırma özgürlüğü) hakları ışığında okunmalıdır…"[180] şeklindeki açıklamaları ile Sözleşme'nin bir bütün olarak yorumlanması gerektiğini açıkça belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre sadece Sözleşme değil, Sözleşme ile birlikte Protokoller de bir bütün olarak yorumlanmalıdır. Bu husus, özellikle taraf devletlerin protokolleri onaylamadığı durumlarda önem kazanmaktadır. Mahkemeye göre, Sözleşme veya Ek Protokollerle düzenlenen bir konu diğer maddelerle de ilişkilendirilebilir. Bu nedenle, ihlal edildiği ileri sürülen bir maddeye ilişkin konunun, özel olarak taraf olunmayan Ek Protokolde düzenlendiği itirazı ileri sürülemez.[181] Örneğin; Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık başvurusunda, hükümet, yabancıların ülkeye giriş ve çıkışları ile ilgili konuların 4 numaralı Protokolde düzenlendiğini, 4 numaralı Protokolü ise Birleşik Krallık Devleti'nin onaylamadığını, 4 numaralı Protokolde özel olarak düzenlenen ve onaylanmayan bir konunun Sözleşme'nin başka bir maddesi kapsamında (özellikle 8. maddesi kapsamında) değerlendirilemeyeceğini ve bu nedenle Sözleşme'nin ihlal edilmediğini ileri sürmüştür.[182] Ancak AİHM, söz konusu iddiaya ilişkin olarak; "*… bir ülkeye girme hakkının bazı yönleri, kendisiyle bağlı devletler bakımından Dördüncü Protokol tarafından düzenlenmiş ise de, göçmenlik alanında yapılan işlemlerin, Sözleşme'nin 8. maddesindeki aile yaşamına saygı hakkını etkileyebileceği ihtimali hariç tutulamaz…*" şeklindeki değerlendirmeleri ile davalı Devletin iddialarını kabul etmemiştir.[183]

Sözleşmenin (anayasanın) bir bütün olarak yorumlanması ilkesi ile sıkı sıkıya bağlı bir diğer ilke, ilk olarak Federal Alman Anayasa Mahkemesi'nin geliştirmiş olduğu "pratik uyuşum ilkesi"dir.[184] Aslında bu ilke ilk olarak Hesse tarafından ortaya atılmıştır. Federal Alman Anayasa Mahkemesi Hesse'nin bu ilkeye ilişkin görüşlerini benimsemiş

[180] Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka, Başvuru No: 5095/71; 5920/72; 5926/72, 07.12.1976, § 52.
[181] Naz Çavuşoğlu, "Yorum Teknikleri", 135.
[182] Bkz. Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985, § 59.
[183] Bkz. Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985, § 60.
[184] Öner Eyrenci, "Anayasanın Yorumlanması", 56; Ömer Keskinsoy ve Semih Batur Kaya, "Anayasa Mahkemesi Kararlarını Biçimlendirme Çabası Olarak Yorum", *Hacettepe HFD*, 11/1 (2021): 86.

ve bu ilkeyi kararlarında geliştirerek uygulamıştır.[185] Bu ilkeye göre; "*bir temel hakkın başka bir temel hak ya da anayasanın koruduğu başka bir değerle çatışması halinde öyle bir çözüm bulunmalıdır ki, gerek temel hak gerek anayasanın koruduğu hukuki değer, varlık ve etkilerini optimal düzeyde korusun.*"[186] Bu ilke ile anayasanın normları veya değerleri arasında hiyerarşik bir ilişki kurulmadan, "uyumlaştırma" sağlanarak bir çözüm üretilmeye çalışılır.[187] Dolayısıyla bu ilke ile anayasanın çatışan veya yarışan normları arasında "hassas bir denge" oluşturulmaya çalışıldığını ve böylece anayasanın bütünlüğünün korunduğunu söylemek mümkündür.[188]

Türk Anayasa Mahkemesi de bu ilkeyi hem norm denetiminde[189] hem de bireysel başvuru kararlarında[190] zaman zaman kullanmaktadır. Örneğin; Anayasa Mahkemesi 20.09.2012 tarih, 2012/65 Esas ve 2012/65 Karar sayılı norm denetimine ilişkin kararında, şu açıklamalara yer vermiştir: "… *Dava dilekçesinde, 'Kur'an-ı Kerim' ve 'Hz. Peygamberimizin Hayatı' derslerinin, ortaokul ve liselerde isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulmasını öngören kuralın, İslam dini ile devlet arasında aidiyet ilişkisi kurduğu, devletin tüm dinler karşısında eşit mesafede durmasını engelleyeceği, bu dersleri seçmeyecek öğrencileri dolaylı da olsa inançlarını açıklamaya zorlayacağı ayrıca, ikili bir eğitime yol açacağı, dolayısıyla kuralla, Anayasa'da korunan laiklik ve eşitlik ilkeleri ile din ve vicdan özgürlüğünün ihlal edildiği belirtilerek kuralın, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 10., 14., 17., 24., 27., 41., 42., 65., 90., 153., 163., 166. ve 174. maddelerine aykırı olduğu ileri sürülmüştür.*

[185] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 152.
[186] Fazıl Sağlam, *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*, (Ankara: AÜSBF Yayını, 1982), 41; Kemal Gözler, "Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı", *Ankara Barosu Dergisi*, 1 (1990): 42.
[187] Ömer Keskinsoy ve Semih Batur Kaya, "Yorum", 86.
[188] Nitekim Hesse'nin bu ilkeyi hukuki normlar ve değerler "tartısında" anayasanın bütünlüğü ilkesini korumak üzere geliştirdiği ifade edilmektedir. Bkz. Gedik; *Yorum Yöntemleri*, 152.
[189] Anayasa Mahkemesi bir kararında demokrasi kavramının bütünsel yorumuna ilişkin şu ifadelere yer vermiştir: "… *Anayasanın 2. maddesi Türkiye Cumhuriyetini demokratik, laik ve sosyal bir hukuk devleti olarak tanımlamaktadır. Anayasa Mahkemesinin yerleşik içtihatlarında Anayasada öngörülen demokrasinin klasik ve çağdaş batı demokrasisi biçiminde anlaşılması gerektiği kabul edilmektedir. Bu nedenle demokrasinin kavramsal ve kurumsal niteliği, Anayasanın tüm somut kurallarının bütünsel yorumu ve bu bütünlüğün demokratik anayasacılık tarihi içinde özgülendiği amaç ve felsefe ışığında yorumlanarak anlaşılması gerekir…*" Bkz. Ömer Keskinsoy ve Semih Batur Kaya, "Yorum", 83-84.
[190] Örneğin bkz. Hidayet Karaca [GK], B. No: 2015/144, 14.07.2015, § 75; Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], B. No: 2014/6192, 12.11.2014, § 40; Veysel Kaplan (2) [1. B.], B. No: 2015/9192, 02.12.2015, § 38.

Dava konusu kuralla, 'Kur'an-ı Kerim' ve 'Hz. Peygamberimizin Hayatı' derslerinin ortaokul ve liselerde isteğe bağlı seçmeli ders olarak okutulması öngörülmektedir.

Laiklik, 1937 yılından itibaren anayasalarımızda yer alan temel ilkelerden biridir. Bu kavramı tanımlarken ve unsurlarını ortaya koyarken, sistematik yorum yöntemi kullanmak suretiyle Anayasa'nın konuya ilişkin tüm hükümlerini bütüncül bir yaklaşımla değerlendirmek gerektiği açıktır. Laiklik kavramı, Anayasa'nın Başlangıç'ı ile 2., 13., 14., 68., 81., 103., 136. ve 174. maddelerinde yer almaktadır. Söz konusu maddelerde laiklik, devletin dini inançlar karşısındaki konumunu belirleyen siyasal bir ilke olarak düzenlenmiştir. Diğer bir ifadeyle, laiklik, bireyin ya da toplumun değil, devletin bir niteliğidir…

Diğer yandan, Türkiye Cumhuriyeti Devletinin kuruluşu öncesine giden bazı toplumsal ve siyasal olayların azınlık dinlerinin mensuplarına özgü hukuki düzenlemeleri beraberinde getirdiği de bir gerçektir. Dolayısıyla, dava konusu kuralın diğer dinlerin mensupları aleyhine bir eşitsizliğe neden olup olmadığını incelerken, sistematik yorum gereği hukuk düzenini bir bütün olarak ele almak, konuyu mevzuattaki diğer hükümlerle birlikte değerlendirmek gerekecektir…"[191]

Görüleceği üzere Türk Anayasa Mahkemesi, söz konusu yorum ilkesini "sistematik yorumun bir gereği" olarak nitelendirmiştir.

Bu ilkenin Türk Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru incelemelerinde de sıklıkla kullanıldığı görülmektedir. Örneğin Anayasa Mahkemesi *Türkiye İş Bankası A.Ş. Başvurusu*'nda[192] şu ifadelere yer vermiştir: "… *Anayasa'nın 13. maddesi temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin genel ilkeleri, 35. maddesi mülkiyet hakkının sınırlandırılmasına ilişkin özel ilkeleri tespit ederken, vergi ödevine ilişkin 73. maddesi ise, vergi yoluyla mülkiyet hakkına yapılacak müdahalelerin anayasal sınırlarına ilişkin özel hükümler içermektedir. Bu durumda Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği, başvuru konusu somut olayın değerlendirilmesinde ilgili Protokol hükmü ve Anayasa'nın 35. maddesiyle birlikte 13. ve 73. maddelerinin de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. Böylelikle, mülkiyet hakkına yönelik vergisel müdahalelerin hukuka*

[191] R.G. Tarih/Sayı: 18.04.2013-28622.
[192] Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], B. No: 2014/6192, 12.11.2014, § 40.

uygunluğunu sağlayacak sınırlar ortaya konularak, mülkiyet hakkının Anayasa hükümleri çerçevesinde yeterli ve etkili bir şekilde korunması sağlanmış olacaktır…"[193]

6. Özerk Yorum İlkesi

Özerk yorum ilkesi de anayasaların ve temel hak ve hürriyetlere ilişkin sözleşmelerin yorumlanmasında kullanılan özgün yorum ilkelerinden birisidir.[194] Özerk yorum ilkesi "özgün" bir yorum ilkesi olduğu için burada "özerk yorum ilkesi" başlığını açtık. Ancak bu yorum ilkesine ilişkin kapsayıcı açıklamalar ilerleyen kısımlarda yapılacaktır.[195]

Burada sadece şu hususu belirtmekle yetinmek istiyoruz: Özerk yorum ilkesinin anayasaları (AİHM bakımından AİHS'i) koruma araçlarından en önemlisi olduğu ifade edilmektedir.[196] Anayasanın özerkliği; hiyerarşik olarak kendisinden daha alt metinlere bağlı olmaması, yorum yapılırken anayasa altı hukuk metinlerinin belirleyici rol oynamaması ve anayasanın "egemen norm" vasfını haiz olması anlamına gelmektedir.[197] Bu minvalde AİHS bakımından özerklik, Sözleşme'deki kavramların yorumunda, ilgili kavramın ulusal hukuktaki anlamıyla sınırlı kalmaması, kendine özgü ve bağımsız bir anlama sahip olması anlamına gelmektedir. Dolayısıyla ilgili metne (bu metin anayasa olabileceği gibi AİHS de olabilir) hukuki manada "egemen norm" vasfı kazandırılmak isteniyorsa bu yorum ilkesinin kullanılması zaruri görünmektedir.

II. GELİŞMECİ YORUM İLE ÖZERK YORUM İLKESİ ARASINDAKİ İLİŞKİ

A. Genel Olarak

1 Ekim 1998'de yürürlüğe giren 11 no.lu Protokol[198] ile AİHS'nin denetim mekanizmasında oldukça önemli değişiklikler yapılmıştır. İnsan haklarının uluslararası alanda korunması açısından AİHS'nin *benzersiz* oluşu güçlendirilmiş, ilk kez uluslararası

[193] Benzer yöndeki diğer kararlar için bkz. Hidayet Karaca [GK], B. No: 2015/144, 14.07.2015, § 75; Veysel Kaplan (2) [1. B.], B. No: 2015/9192, 02.12.2015, § 38.
[194] McBride, *The Doctrines And Methodology*, 10 vd.
[195] Bkz. Birinci Bölüm, III. "Özerk Kavramlar Doktrini" başlığı.
[196] Ayhan Kılıç, "Anayasa Mahkemesinin Özerk Yorum Yetkisi", içinde *Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan*, ed., Engin Yıldırım, Yusuf Şevki Hakyemez, Murat Şen, Ömer Gedik, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2024), 2183.
[197] Ayhan Kılıç, "Özerk Yorum Yetkisi", 2184.
[198] Bkz. R.G. Tarih-Sayı: 20.06.1997-23025.

alanda insan hakları zorunlu, hukuken bağlayıcı ve tamamen yargısal olarak organize edilmiş bir denetimle güvence altına alınmıştır.[199] 11 no.lu Protokolle değiştirilen AİHS'nin yeni metninin 32. maddesindeki düzenlemeye göre AİHM, bireysel ve devlet başvuruları dâhil olmak üzere Sözleşme'nin ve Protokollerinin *yorumu* ve *uygulanması* ile ilgili bütün konularda yetkilidir.[200]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin AİHS'yi "*otantik yorum*" yetkisine sahip olması ve Mahkeme'nin vermiş olduğu kararların taraf devletler için *bağlayıcı* olması, "*özerk yorum ilkesi*"nin önemini daha da arttırmaktadır.

Nitekim Sözleşme'nin "*Kararların bağlayıcılığı ve infazı*" başlıklı 46. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Yüksek sözleşmeci taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler*."[201] Bu hükümden de anlaşılacağı üzere sözleşmeci devletler, Mahkeme kararlarına uymakla yükümlüdürler. Sözleşmeci devletin, AİHM kararlarına uyma ve ihlali ortadan kaldırma zorunluluğu, ilgili devletin şu üç yükümlülüğünü de beraberinde getirmektedir:[202]

- Haksız fiili durdurma,

- İhlalin sonuçlarını ortadan kaldırma ve

- Benzer ihlalleri önleme (haksız fiilin tekrarlanmaması).

Devlet bu yükümlülüklerini ise şu üç kategorideki önlemler ile yerine getirmektedir:[203] Tazminat,[204] maddi olmayan bireysel önlemler ve genel önlemler.

---

[199] Ayhan Döner, *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi,* (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003), 177.
[200] Döner, *İnsan Haklarının Korunması,* 158.
[201] Avrupa Konseyi'nin 18.09.2025 tarihli verilerine göre, AİHM kararlarına uyma oranı bütün üye devletlerin ortalaması açısından %91 civarındadır. Türkiye bakımından ise bu ortalama %90 seviyesindedir. Bkz. https://www.coe.int/en/web/execution/closed-cases, (E.T. 12.01.2026).
[202] Anayurt, *Kişisel Başvuru Yolu*, 320; Yasemin Özdek, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*, (Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayınları, 2004), 75; Mehmet Handan Surlu, "Avrupa Mahkemesi İnsan Hakları Kararlarının İcrası Bağlamında Adli Yargı Açısından Yargılamanın Yenilenmesi", (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu), *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, (2004), 637.
[203] Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 543-544; Bahadır Kılınç, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006) 245 vd.; Talha Altıntop, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005), 62 vd.
[204] Tazminat konusunda daha detaylı bilgi için bkz. Recep Ersel Erge, *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakkaniyete Uygun Tatmin*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016).

Sözleşmeci devlet, AİHS'ye uygun hareket etmediğinin Mahkeme tarafından tespit edilmesi halinde, bu tespitle bağlı olduğunu ve bu tespit uyarınca da ihlale son verme ve başvurucunun ihlal öncesindeki durumunun en kapsamlı ölçüde tesis edilmesi, böylesi bir tesisin kısmen veya tamamen mümkün olmaması durumunda ise Mahkeme'nin hükmedeceği adil karşılık tutarını başvurucuya ödeme ve en nihayetinde ulusal hukukta benzer ihlallerin ortaya çıkmasını engellemek amacıyla gerekli mevzuat ve uygulama değişikliklerini hayata geçirme garantisini vermektedir.[205]

Sözleşme'nin 46. maddesinin 2. fıkrasına göre, Mahkeme'nin kesinleşen kararı, infazını denetlemesi amacıyla Bakanlar Komitesi'ne gönderilecek ve Mahkeme kararının gereği gibi yerine getirilip getirilmediği hususu Bakanlar Komitesi tarafından takip edilecektir. Sözleşmeye taraf devlet, ihlal kararını gereği gibi yerine getirmediği takdirde ise yaptırımlarla karşılaşabilecektir.[206]

Bu noktada şu hususu önemle belirtmek gerekir ki, AİHS'deki kuralları yorumlayan ve uygulayan, diğer bir ifade ile Sözleşme'de yer alan hak ve özgürlüklerin anlamını açıklayan ve Sözleşme'nin koruma kapsamını belirleyen Mahkeme'nin içtihatlarıdır. Günümüze kadar, Sözleşme'nin güvence altına aldığı hak ve özgürlüklerin içeriği, Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) ve AİHM tarafından belirlenerek geliştirilmiştir.[207] Sözleşme'nin, denetim organları olan AİHK ve AİHM tarafından sürekli geliştirilmesi, diğer uluslararası sözleşmeler karşısında AİHS'nin *ayırt edici* özelliklerinden birisi olmuştur.[208] Bu nedenle, AİHS'de yer alan hak ve hürriyetler rejimini "*içtihatlarla*" birlikte okumak gerekmektedir. Hem AİHM kararlarının bağlayıcı olması hem de AİHS'nin Mahkeme kararlarıyla sürekli geliştirilmesi, Mahkeme'nin kullandığı yorum tekniklerini oldukça önemli bir hale getirmektedir.

Mahkeme, kararlarında zaman zaman klasik yorum tekniklerini de kullanmakla birlikte; ağırlıklı olarak, Sözleşme'nin "özel niteliği", "amaç ve konusu", "günümüz toplumunun değer hükümleri ve ihtiyaçları", "her alanda saptanan değişim ve gelişmeleri", kısaca "günümüz koşullarını" göz önünde bulundurarak "*gelişmeci*

[205] Scozzari ve Giunta/İtalya, Başvuru No: 39221/98, 41963/98, 13.07.2000, § 249.
[206] Sözleşmeye taraf devletlerin karşılaşması muhtemel yaptırımlar konusunda detaylı açıklamalar için bkz. Ramazan Gümüşay, *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2019), 111 vd.
[207] Andrew Z. Drzemczewski, *European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative Study*, (London, Oxford Clarendon Press, 1983), 26.
[208] Naz Çavuşoğlu, "Yorum Teknikleri", 132.

(geliştirici/dinamik/evrimsel, evolutive, progressif)" yorumu kullanmaktadır.[209] Çavuşoğlu, Mahkeme'nin kullandığı bu "*gelişmeci*" yorum sayesinde, AİHS'nin Avrupa insan hakları hukukunun anayasası haline dönüştüğünü iddia etmektedir.[210]

"*Gelişmeci*" yorumun bir anlamda sonucu ve ürünü ise "*özerk (otonom) kavramlar doktrini*"dir.[211] Bu sebeple bir sonraki başlıkta "*gelişmeci yorum*"dan bahsetmek uygun olacaktır.

B. Gelişmeci Yorum

1. Genel Olarak

Hukuk, toplumun ihtiyaçlarına ve değerlerine göre şekillenen "*yaşayan*" bir mekanizmadır. Fakat *yazılı* bir metnin, değişimlere ve gelişimlere karşı korunması, mevcut hukuki sorunlara cevap verebilmesinin sağlanması ve *anlamsızlaşmasının* önlenmesi kolay bir iş değildir.

Devletlerin akdetmiş olduğu uluslararası bir sözleşmenin, mevcut gelişmelere ve yeni koşullara uyumunun sağlanması için ya sözleşmede bazı değişiklikler, düzeltmeler ve eklemeler yapılması ya da sözleşmenin *bekçisi* konumundaki denetim organının sözleşmede yer alan ve anlamı açık olmayan kavramlara *yeni anlamlar* verebilmesi (yahut sözleşmede yer almayan durumları sözleşmenin kapsamına dahil edebilmesi) gerekmektedir. Bilindiği üzere, her yeni gelişmede, çok taraflı uluslararası bir sözleşmenin "*hantal*" değişim süreçlerinden geçmesi beklenemez. Bu sebeple, AİHS'de, "*demokratik bir toplumda gerekli*", "*ahlakın korunması*", "*özel hayat*" gibi soyut, geniş, yoruma açık ve genel kavramların kullanıldığı ve bu kavramlar sayesinde AİHM'ye zamanın gereklerini karşılama noktasında imkânlar sunulduğu ileri sürülmektedir.[212]

Gelişmeci yorum, Sözleşme'nin kabul edildiği zamanın şartlarına göre değil, güncel gelişmeler ve tutumlar ışığında yorumlanmasını öngörmektedir.[213] Bu yönüyle bu yorum ilkesi "*yaşayan belge teorisi*"ne benzemekte ve çoğu zaman birbirlerinin yerlerine

[209] Naz Çavuşoğlu, "Yorum Teknikleri", 132; Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 152.
[210] Naz Çavuşoğlu, "Yorum Teknikleri", 132.
[211] Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 153.
[212] Franz Matscher, "Methods of Interpretation", 69; Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 74.
[213] Ali Bal, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21/1, (2019): 36.

kullanılmaktadır.[214] Ancak kanaatimizce gelişmeci yorum ilkesi yaşayan belge teorisini de içine alan daha kapsayıcı bir anlama sahiptir. Şöyle ki; yaşayan belge teorisinde Sözleşme'de mevcut olmayan bir duruma/olguya ilişkin anlamlandırma yapılmaktadır. Gelişmeci yorumda ise Sözleşme'de mevcut olmayan bir duruma/olguya ilişkin anlamlandırma yapılabileceği gibi Sözleşme'de mevcut olan bir hüküm veya kavram da bu yorumun konusu olabilir.[215] Nihayetinde gelişmeci yorumda da amaç, Sözleşme ile güvence atına alınan hak ve hürriyetlerin koruma (norm) alanının genişletilmesi ve hakların etkin bir şekilde korunmasıdır.[216]

Melcior'a göre, bu yorum yönteminin işlevi kanun koyucunun eksikliklerini kapatmak veya boşlukları doldurmak değildir. Yazar, bu yorum yetkisinin, sözleşme ve protokolleri yapanların denetim ve kontrol organlarına verdiği yetki dâhilinde düşünülmesi gerektiğini belirtmektedir.[217]

Aslında, AİHM, AİHS hükümleri çerçevesinde faaliyet gösteren uluslararası bir organdır. Bu sebeple, uluslararası hukukun, AİHM'nin yorumuna kaynaklık eden özellikleri de göz önünde bulundurulmalıdır. Nitekim AİHM, Sözleşme'nin yorumunda, özellikle ilk zamanlarda, uluslararası hukukun yorum konusundaki yerleşik kurallarına uygun bir şekilde yorumlama faaliyeti içerisinde bulunmuştur.[218]

Uluslararası hukukta yoruma ilişkin kurallar, uluslararası hukukta önemli bir yere sahip olan 1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde yer almaktadır. AİHM de pek çok kez AİHS'nin yorumunda Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin göz önünde bulundurulacağını açıkça belirtmiştir.[219]

---

[214] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 70-71.

[215] Naz Çavuşoğlu'nun *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni 'Yaşayan Belge' Yapan Yorum Teknikleri* adlı makalesi incelendiğinde de (her ne kadar makalede düzenli bir sistematik yer almasa da) gelişmeci yorum başlığı altında dinamik yorum konusuna yer verildiği ve "*yaşayan belge teorisi*"nin dinamik yorum başlığı içerisinde incelendiği görülmektedir. Bkz. Naz Çavuşoğlu, "Yorum Teknikleri", 132 vd. Benzer şekilde Mehmet Şerif Yılmaz da "*yaşayan belge teorisi*"ni ve "*özerk kavramlar doktrini*"ni gelişmeci yorum (geliştirici yorum) başlığı altında incelemektedir. Bkz. Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 69 vd. Aynı şekilde Erdoğan da *yaşayan belge teorisi (evrimsel yorum)* ile *özerk kavramlar doktrinini* gelişmeci yorum ilkesi içerisinde incelemektedir. Bkz. Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 29, 35-36.

[216] Naz Çavuşoğlu, "Yorum Teknikleri", 132.

[217] M. Melchior, "Notion 'vagues' ou 'indéterminées' et 'lacunes' dans la Convention européenne des Droits de l'Homme," in *Mélanges Offerts en l'Honneur de J. Wiarda* (1988); Aktaran: Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 74.

[218] Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 39.

[219] Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 149; Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 39. Örneğin; AİHM Golder/Birleşik Krallık ve Luedicke, Belkacem ve Koç/Almanya kararında bu hususu şu şekilde belirtmiştir: "*Mahkeme, Hükümet ve Komisyon gibi,*

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır*." Görüleceği üzere Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi, uluslararası bir andlaşmanın *lafza bağlı kalınarak* konu ve amaç çerçevesinde iyi niyetle yorumlanması gerektiğini hüküm altına almıştır. Ancak bu yorum aynı Sözleşme'nin 32. maddesine göre, "*manayı muğlak veya anlaşılmaz bırakıyorsa*" veya "*çok açık bir şekilde saçma olan veya makûl olmayan bir sonuca götürüyorsa*" bu durumlarda hükmün anlamını tespit etmek için diğer tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir.[220] Dolayısıyla Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'ne göre Sözleşme'nin yorumunda *metne bağlılık* yani *lafzî yorum* esastır.

Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yorum yöntemi olarak *lafzî yorum* yöntemini esas alması doğaldır. Çünkü uluslararası andlaşmalar, sözleşmeci devletlerin egemenliklerini sınırlandırdığı ve devletlere hak ve yükümlülükler getirdiği için taraf devletlerce uluslararası andlaşmaların *metne sıkı sıkıya bağlı* bir şekilde yorumlanması arzu edilir.[221]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ilk kararlarında *lafzî yorumu* esas alan bir yaklaşım izlemiş ve bunu kararlarında açıkça belirtme gereği duymuştur. Örneğin; Mahkeme Lawless/İrlanda kararında yorumun genel kurallarına atıfta bulunmuş ve somut uyuşmazlıkta uygulanacak olan Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının c bendinin metninin yeterince açık olduğunu ve tamamlayıcı diğer yorum araçlarına başvurulmasını gerektiren bir durum olmadığını belirtmiştir.[222]

Ancak burada, uluslararası hukuktaki tedrici bir gelişmenin özellikle temel hak ve hürriyetlerin yorumundaki etkisinden kısaca bahsetmemiz gerekmektedir. Bilindiği üzere

---

Antlaşmalar Hukukuna ilişkin 23 Mayıs 1969 tarihli Viyana Sözleşmesi'nin 31 ila 33. maddelerinin rehberliğinde hareket edilmesi gerektiğini düşünmeye hazırdır…". Bkz. Golder/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975, § 29; Luedicke, Belkacem ve Koç/Almanya, Başvuru No: 6210/73, 6877/75, 7132/75, 28.11.1978, § 39.

[220] Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin "*Tamamlayıcı yorum araçları*" başlıklı 32. maddesine göre; "*31. maddenin uygulanmasından hasıl olan manayı teyid etmek veya 31. maddeye göre yapılan yorum,*

a - manayı muğlak veya anlaşılmaz bırakıyorsa,

b - çok açık bir şekilde saçma olan veya makûl olmayan bir sonuca götürüyorsa, manayı tespit etmek için andlaşmanın hazırlık çalışmalarına ve yapılma şartları dahil, tamamlayıcı yorum araçlarına başvurulabilir." Bkz. Kaya, *Temel Belgeler*, 82.

[221] Ali İbrahim Akkutay, *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2013), 145; Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 40.

[222] Lawless/İrlanda, Başvuru No: 332/57, 01.07.1961, § 11-14.

20. yüzyılın başlarına ve özellikle İkinci Dünya Savaşı'na kadar, uluslararası hukuk, esas itibariyle devletlerarası bir hukuk düzeni olarak anlaşılıyor ve bu hukuk düzenin süjesi olarak da sadece devletler kabul ediliyordu.[223] Dolayısıyla bu tarihe kadar birey uluslararası hukukta hak ve yükümlülüklerin sahibi bir süje olarak kabul edilmiyordu. Birey, devletin vatandaşı olması sebebiyle bir öneme sahip oluyordu. Fakat İkinci Dünya Savaşı sonrasında, özellikle 1948 tarihinde İnsan Hakları Evrensel Bildirisi'nin ilanı ve 1950 tarihinde Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin imzalanması ile birey, uluslararası hukukun süjesi haline gelmiştir. Böylece bireylere gerek bölgesel gerekse evrensel andlaşmalarla haklar tanınmış ve bu haklarını uluslararası organlar önünde talep edebilme ve korunmalarını sağlayabilme hususunda yetkiler verilmiştir.[224]

Bu kapsamda devletler, özellikle AİHS ile birlikte temel hak ve hürriyetleri korumakla yükümlü bir süjeye dönüşmüşlerdir. Bu gelişmenin de etkisiyle zamanla AİHM, AİHS'yi temel hak ve özgürlükler lehine olacak şekilde Sözleşme'nin konu ve amacını ön plana çıkararak gelişimlere ve değişimlere uygun bir şekilde yorumlamaya başlamıştır.

Bu yöndeki eğilimler bakımından Mahkeme'nin Wemhoff/Almanya kararı[225] önemli bir karardır. Karara konu olayda, Alman vatandaşı Wemhoff tutukluluğunun uzun sürdüğü şikâyetiyle AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme somut uyuşmazlığın çözümü için Sözleşme'nin 5. maddesinin 3. fıkrasında yer alan "*makul bir süre içinde yargılanma*" hakkını yorumlamıştır.[226] Sonuç olarak Mahkeme, soruşturmanın da bu sürece dâhil olduğuna ve soruşturma sürecindeki tutulmanın da tutukluluk süresinden sayılacağına karar vermiştir.[227] Mahkeme bu sonuca ulaşırken; "… *Sözleşme hükümlerinin devletlerin yükümlerini asgariye indirecek şekilde değil; fakat öngörülen amaca ulaşmak ve bu Sözleşme'nin konusunu gerçekleştirmek için hangi yorumun daha elverişli olduğunu araştırarak hareket etmek gerekir*…"[228] şeklindeki gerekçeyi ileri sürmüştür.

---

[223] Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 32.
[224] Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 34.
[225] Wemhoff/Almanya, Başvuru No: 2122/64, 27.06.1968.
[226] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesinin 3. fıkrası şu şekildedir: "*İşbu maddenin 1.c fıkrasında öngörülen koşullar uyarınca yakalanan veya tutulan herkesin derhal bir yargıç veya yasayla adli görev yapmaya yetkili kılınmış sair bir kamu görevlisinin önüne çıkarılması zorunlu olup, bu kişi makul bir süre içinde yargılanma ya da yargılama süresince serbest bırakılma hakkına sahiptir. Salıverilme, ilgilinin duruşmada hazır bulunmasını sağlayacak bir teminat şartına bağlanabilir*."
[227] Wemhoff/Almanya, Başvuru No: 2122/64, 27.06.1968, § 6-7.
[228] Wemhoff/Almanya, Başvuru No: 2122/64, 27.06.1968, § A-8.

Mahkeme, 1975 yılında vermiş olduğu ünlü Golder/Birleşik Krallık kararı ile yorum konusunda önemli bir eşiği de aşmıştır. Nitekim Mahkeme'nin söz konusu kararda kullanmış olduğu yorum yöntemi, Sözleşme organları tarafından atılmış önemli ve yaratıcı adımlardan bir tanesi olarak kabul edilmektedir.[229] Hatırlanacağı üzere[230] Golder/Birleşik Krallık başvurusunda, başvurucu Golder, cezaevinde çıkan kargaşaya katıldığı iddiasıyla suçlanmış, bunun üzerine İçişleri Bakanlığı'ndan avukat talep etmişti. Ancak bu talebi reddedilmişti. AİHM, söz konusu başvuruyu "adil yargılanma hakkı"[231] çerçevesinde incelemiş ve adil yargılanma hakkının kapsamının sadece görülmekte olan dava ile sınırlı olmadığını, kişinin "adil yargılanma hakkı" kapsamında hukuki iddialarını da bir yargı merci önüne taşıma hakkına sahip olduğunu belirtmişti.[232]

Şu hususu belirtmek gerekir ki, AİHM aslında Golder/Birleşik Krallık kararında da Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin yoruma ilişkin kurallarının esas alınacağını açıkça belirtmiştir. Fakat sonuca ulaşırken *lafzî yorum* yöntemi yerine *Sözleşme'nin konu ve amacını* ön plana çıkararak, diğer bir ifadeyle *gaî yorum yöntemini* kullanarak günümüzde çok önemli bir yere sahip olan "mahkemeye erişim hakkını" adil yargılanma hakkının bir alt unsuru olarak kabul etmiştir.[233] Ancak bu yorum konusunda mahkeme üyelerinin hemfikir olduğunu söylemek mümkün değildir. Kararın bu kısmı 3'e karşı 9 oyla kabul edilmiştir. Karara muhalif kalan üyeler,[234] genellikle, Sözleşme'de açık bir şekilde "mahkemeye erişim hakkından" bahsedilmediğini, söz konusu hakkın Sözleşme kapsamında korunması için Sözleşme'de bu hakka açıkça yer verilmesi

[229] Karen Reid, *Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri/Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi Üçüncü Kitap*, çev. Bahar Öcal Düzgören, (İstanbul: Scala Yayıncılık, 2000), 76.
[230] Söz konusu karara "Faydalı Etki İlkesi" başlığı altında ayrıntıları ile değinilmiştir. Bkz. 1. Bölüm, I, B, 2 "Faydalı (Yararlı) Etki (Effet Utile/Useful Effect) İlkesi" Başlığı.
[231] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Adil Yargılanma Hakkı" başlıklı 6. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: "*Herkes davasının, medeni hak ve yükümlülükleriyle ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, adil ve kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir. Karar alenî olarak verilir. Ancak, demokratik bir toplum içinde ahlak, kamu düzeni veya ulusal güvenlik yararına, küçüklerin çıkarları veya bir davaya taraf olanların özel hayatlarının gizliliği gerektirdiğinde veyahut, aleniyetin adil yargılamaya zarar verebileceği kimi özel durumlarda ve mahkemece bunun kaçınılmaz olarak değerlendirildiği ölçüde, duruşma salonu tüm dava süresince veya kısmen basına ve dinleyicilere kapatılabilir*."
[232] Bkz. Golder/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975, § 25-35.
[233] Golder/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975, § 26 vd.
[234] Bu üyeler; Yargıç Verdross, Yargıç Zekia ve Yargıç Gerald Fitzmaurice'dir.

gerektiğini, Sözleşme'nin akdedilmesiyle devletlerin egemenlikleri de sınırlandırıldığı için yorum konusunda "*dikkatli*" olunması gerektiğini belirtmişlerdir.[235]

Golder/Birleşik Krallık kararının anayasa ve insan hakları hukuku bakımından bir diğer önemli sonucu "sayılmayan haklar (Anayasada sayılmayan haklar/isimsiz hürriyetler)" doktrini bakımındandır. Nitekim bu karar "sınırlı sayılmayan haklar" doktrini yönüyle Avrupa kıtasında ilk defa ortaya konulan karardır.[236] Anayasalarda yahut anayasal belgelerde bütün hak ve hürriyetleri tek tek saymak ve tanımlamak mümkün değildir. Gözler, modern anayasalarda tanınan hak ve hürriyet sayısının 20 ila 60 arasında değiştiğini belirtmektedir.[237] İşte sayılmayan haklar/isimsiz hürriyetler doktrini "*anayasalarda veya anayasal değer taşıyan diğer belgelerde açıkça zikredilmeyen, söz konusu hakka yönelik müdahalelerin sınırlanmasından hareketle varlığı kanıtlanamayan veya anayasalarda ayrıntılı biçimde düzenlenerek güvence altına alınmamış olan hakları*" ifade etmek üzere kullanılmaktadır.[238] Bu doktrinin Amerika'da çok daha önemli bir yere sahip olduğunu ifade etmek mümkündür. Nitekim bu doktrinin temellerine 1787 tarihli ABD Anayasası'nda açıkça yer verilmiştir. 1791 tarihli Dokuzuncu Değişiklik ile getirilen düzenlemeye göre; "*Bazı hakların Anayasa'da sayılması, halkın sahip olduğu diğer hakların kaldırıldığı veya sınırlandırıldığı şeklinde anlaşılamaz.*"[239]

Bu sebeplerle Golder/Birleşik Krallık kararı ile AİHM'nin, her yıl önüne gelen binlerce başvuru için çok önemli hale gelen yorum ilkelerinin temellerini attığını söylemek mümkündür.[240]

2. Kaynağı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi *gelişmeci yoruma* açıkça atıfta bulunmamaktadır. Her ne kadar Sözleşme'nin önsözünde "*insan hakları ile temel özgürlüklerin korunması ve geliştirilmesi*"ne atıf yapılmış olsa da bu atfın doğrudan

---

[235] Golder/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975.
[236] Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 44.
[237] Kemal Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. 2, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2011), 523.
[238] Tanım ve konu bakımından ayrıntılı bilgi için bkz. A. Ersoy Kontacı, "Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması", *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, 66/2, (2017): 428 vd.
[239] Muvaffak Akbay, "Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Metinleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1-2 (1950): 487.
[240] George Letsas, *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*, (New York: Oxford University Press, 2007), 61.

gelişmeci yoruma yapılmış bir atıf olduğunu söylemek mümkün değildir. Yine benzer şekilde Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi gibi AİHS'nin yorumunda dikkate alınan uluslararası sözleşmelerde de *gelişmeci yoruma* açık bir atıf bulunmamaktadır. Dolayısıyla bu yorum ilkesi AİHM'nin içtihatları ile geliştirilmiştir.[241]

Gelişmeci yorumun dayanak noktası "gelişmeler"dir. Ancak AİHM söz konusu "gelişmelerden" neyi anlamamız gerektiğini net bir şekilde açıklamamaktadır. AİHM içtihatlarında; sosyal gelişmelerin, ulusal hukuktaki gelişmelerin, bilimsel gelişmelerin (örneğin tıbbi gelişmelerin) gelişmeci yoruma kaynak olarak gösterildiği görülmektedir.[242] Dolayısıyla gelişmeci yorumda, başta toplumlardaki sosyal anlayış ve hukuki anlayış olmak üzere dikkate değer bütün gelişmeler göz önünde bulundurulmaktadır.

Ost ve Van de Kerchove'ye göre, gelişmeci yorumda üç temel hedef bulunmaktadır. Bunlar; a-) Somut ve işlevsel hakları güvence altına almak, b-) Devletlerin çıkarı ile kişilerin temel hak ve hürriyetleri arasında uygun bir denge sağlamak ve c-) Söz konu dengeyi modern demokrasilerin gerekleri ışığında incelemek.[243] Yılmaz ise bu hedeflerden yola çıkarak gelişmeci yorumu şu şekilde tanımlamaktadır: "*Gelişmeci yorum*, *somut ve etkin hakları garanti etmek için, devlet çıkarları ve kişi hakları arasındaki dengeyi gözetme işlemini, bugünün modern demokrasilerinin gerekleri ışığında incelemektir.*"[244]

3. Çoğulcu Demokrasinin Yerleşmesine Etkisi

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gelişmeci yorum yöntemi ile AİHS'yi "*dinamik*" bir şekilde yorumlaması, özellikle Doğu Avrupa ülkeleri ve Türkiye gibi AİHM'nin yargı yetkisini sonradan tanıyan ülkelerde, çoğulcu demokrasinin gelişmesinde ve yerleşmesinde önemli bir etki sağlamıştır. Ancak bu etki tek yönlü değil çift yönlü bir şekilde gerçekleşmiştir. Şöyle ki, Doğu Avrupa ülkeleri ve Türkiye'nin sisteme dâhil olması da AİHM'yi etkilemiştir. Öncelikle AİHM'nin temel hak ve özgürlükleri koruma noktasında yetki alanı genişlemiştir. İkinci olarak AİHM,

[241] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 71.
[242] Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 74.
[243] François Ost ve Michel Van De Kerchove "Entre la Lettre et l'Esprit. Les Directives d'Interprétation en Droit," *Établissements Émile Bruylant*, 31/2 (1990), 295; Aktaran: Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 75.
[244] Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 75.

Sözleşmenin gelişmeci yorumunu daha da geliştirmek açısından "*zengin bir mutfağa*" sahip olmuştur. Üçüncü olarak ise bu ülkelerle birlikte AİHM Avrupa hak koruma mekanizmasının en önemli organı haline gelmiştir.[245]

Samuel P. Huntington 1991 yılında yayınladığı "*The Third Wave: Democratization in the Late 20th Century (Üçüncü Dalga: Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratikleşme)*" adlı kitabı ile demokrasinin "doğrusal" bir seyir izlemediğini, sarkaç gibi salınımlı "dalga" şeklinde bir doğrultuda hareket ettiğini ileri sürmüştür.[246] Bu kapsamda, 1970'li yılların sonundan başlayarak 1990'lı yılları da kapsayacak şekilde "üçüncü demokrasi dalgası"nın gerçekleştiği ileri sürülmektedir. Bu üçüncü demokrasi dalgası ile birlikte Avrupa'da özellikle Doğu Avrupa ülkelerinde demokrasiye geçiş süreci başlamıştır.[247] Yine bu süreçte ülkemizin de demokrasi yolunda önemli mesafeler kat ettiği görülmektedir.[248] İşte bu noktada, birçok başka faktörün de etkisiyle, üçüncü demokrasi dalgasından etkilenen ülkelerde "çoğulcu demokrasinin" yerleşmesinde AİHM'nin gelişmeci yorum yöntemini kullanarak vermiş olduğu kararların da önemli bir etkisi olmuştur.[249]

Ancak yukarıda bahsettiğimiz gibi, üçüncü demokrasi dalgasından etkilenen ülkeler de AİHM'yi etkilemiştir. Bu kapsamda ülkemizin de AİHS'nin yorumlanmasında önemli bir yeri bulunmaktadır. Erdoğan, AİHM'yi konu alan yabancı literatürdeki eserlerde, Mahkeme'nin ülkemize yönelik vermiş olduğu kararlara çok sayıda atıf yapıldığını ifade etmektedir.[250] Mahkeme'nin ülkemizdeki hak ihlallerine yönelik vermiş olduğu kararlar diğer ülkelerden gelen başvurular açısından referans içtihat olarak kabul edilmektedir.[251] Böylece ülkemizin, Sözleşme'nin yorumu ve geliştirilmesi bakımından, istemeyerek de olsa, beklenmedik bir katkı sunduğu ve Sözleşme mekanizmasının etkinliğinin analizi noktasında eşsiz bir emsal oluşturduğu ileri sürülmektedir.[252] İşte bu

[245] Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 53.
[246] Söz konusu kitabın Türkçe çevirisi için bkz. Ergun Özbudun, *Üçüncü Dalga: Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2022).
[247] Monty G. Marshall ve Ted Robert Gurr, "Polity IV Project: Political Regime Characteristics and Transitions, 1800-2013", https://www.systemicpeace.org/polity/polity4x.htm, (E.T. 17.06.2023).
[248] Bkz. https://www.systemicpeace.org/polity/tur2.htm, (E.T. 17.06.2023).
[249] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 158.
[250] Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 48-49.
[251] Serkan Cengiz, "AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 79 (2008): 338.
[252] Serkan Cengiz, "İç Hukuka Etkisi", 338.

sebeplerle Rusya, Türkiye ve Doğu Avrupa ülkelerinin AİHM'yi gerçek bir mahkeme yapan ülkeler olduğu ifade edilmektedir.[253]

4. Gelişmeci Yorumu Kullanarak Önemli Kararlara İmza Atan Ulusal Anayasa Mahkemelerinden Örnekler

a. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi

Metin, anayasal yorum konusunun Alman öğretisinde oldukça ilgi çektiğini ve birçok bilimsel çalışmada kendisine yer bulduğunu ifade etmektedir.[254] Bu nedenle Alman öğretisinin yorum konusunda oldukça zengin bir birikime sahip olduğu söylenebilir.[255] Gedik'e göre, bu birikimin oluşmasında Anayasa Mahkemesi yargıçlarının önemli bir payı vardır.[256] Kaboğlu'na göre; Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, Almanya Anayasası'nı "gelişmeci yorum" yöntemi ile yorumlamış ve adeta yazılı Anayasa metni dışında "*yazılı olmayan Anayasa hukukunu*" oluşturmuştur.[257]

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin yazılı Anayasa metninin sınırlarını zaman zaman aşan yorumlar yapmasının en önemli dayanaklarından birisi, Almanya Anayasası'nın "insan onuru" temelinde oluşturduğu temel hak ve hürriyetler sistemidir. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'ne göre temel haklar, Anayasa'da tek tek tanınan güvenceler dizisinden ibaret değildir.[258] Mahkeme'ye göre Almanya Anayasası, ilk iki maddeden[259] hareketle, insanın onur ve haysiyetinin korunması ve kişiliğin serbestçe geliştirilmesini amaçlayan, eksiksiz ve tutarlı bir değer sistemi olarak yorumlanması

---

[253] Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 49.
[254] Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, 159.
[255] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 122.
[256] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 122.
[257] İbrahim Ö. Kaboğlu, Özgürlükler Hukuku, (İstanbul: İmge Kitabevi, 2002), 67.
[258] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 123.
[259] Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın ilk iki maddesinde şu hükümler yer almaktadır:
"*Madde 1 [İnsanın onur ve haysiyetinin korunması]*
(1) İnsanın onur ve haysiyeti dokunulmazdır. Tüm devlet erki ona saygı göstermek ve onu korumakla yükümlüdür.
(2) Alman Milleti, bu nedenle dokunulmaz ve devredilmez insan haklarını, yeryüzünde her insan topluluğunun, barışın ve adaletin temeli olarak kabul eder.
(3) Aşağıda belirlenen temel haklar, yasama, yürütme ve yargı organlarını doğrudan doğruya bağlar.
Madde 2 [Yaşam hakkı, kişiliğin korunması, kişi özgürlüğü]
(1) Herkes başkalarının haklarını ihlal etmemek, Anayasal düzene veya ahlak kurallarına aykırı düşmemek koşuluyla, kişiliğini serbestçe geliştirme hakkına sahiptir.
(2) Herkes, yaşam ve beden bütünlüğünün korunma hakkına sahiptir. Kişi özgürlüğüne dokunulamaz. Bu haklara sadece bir kanuna dayanılarak müdahale edilebilir." Bkz. https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf, (E.T. 20.06.2023).

gereken objektif bir hukuki düzen meydana getirir.[260] Örneğin Mahkeme bu anlayışın bir sonucu olarak, çevre hukukuna ilişkin konuları devletin yaşam hakkını koruma ödevi ile ilişkilendirmiştir.[261] Bu kapsamda, nükleer santraller ile ilgili olarak, "*Anayasa'da tanınan yaşama hakkı, devlete kendi ülkesi üzerinde yaşamı koruyucu gerekli önlemleri alma yükümlülüğü yükler*" şeklinde görüş bildirmiştir.[262]

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin gelişmeci yorumu kullanarak meydana getirdiği şu iki çıkarım Anayasa hukuku açısından oldukça önemli bir yere sahiptir:

1-) Anayasal hükümler yatay ilişkilere de uygulanabilir;

2-) İhmal yoluyla Anayasaya aykırılık iddialarını Mahkeme denetleyebilir.

Bilindiği üzere insan hakları teorisinde uzunca bir dönem, temel hak ve hürriyetlerin devlet tarafından ihlal edilebileceği ve bu nedenle devlete karşı korunması gerektiği kabul edilmiştir. Ancak özellikle son yıllarda, temel hak ve hürriyetlere ilişkin kuralların sadece devlete karşı değil, diğer bireylere ve topluluklara karşı da ileri sürülebileceği gündeme gelmiştir. İşte temel hak ve hürriyetlere ilişkin hükümlerin sadece devletler için değil aynı zamanda kişiler için de uyulması zorunlu hükümler olduğu ve bireyler arası ilişkilerde de bu hükümlerin geçerli olduğu yönündeki anlayış "yatay etki" olarak adlandırılmaktadır.[263] Anayasal hükümlerin "yatay ilişkilere" de uygulanabileceğine ilişkin bu görüşün temeli Alman öğretisinde "*insan haklarının mutlak etkisi*" prensibine dayanmaktadır.[264]

Bu kapsamda, "yatay etki" doktrini yargısal anlamda ilk kez Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin 1958 tarihli "*Lüth Kararı*"nda[265] ortaya konulmuş ve somut

[260] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 123.
[261] Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 67.
[262] Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 68.
[263] Ayrıntılı bilgi için bkz. Dilara Dönmezkuş, *Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021), 28 vd.; Reyhan Sunay, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23/1, (2015): 9-52; İsmail Emrah Perdecioğlu, "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 11/43, (2020): 49-77; Oya Boyar, "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", içinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), ed. Sibel İnceoğlu, (Ankara: Şen Matbaa, 2013): 54-80; Osman Can, "Dolaylı Etki" ve "İyi Yönetişim" Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 35, (2018): 23-44.
[264] Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 111.
[265] Bkz. BVerfGE 7, 198. Boyar'a göre, "*Lüth Kararı*", anayasal hükümlerin özel hukuk ilişkilerine uygulanmasının ötesinde Anayasa Hukuku açısından başka önemli anlamlar da içermektedir. Yazara göre; "*Federal Anayasa Mahkemesinin Lüth kararı, sadece Almanya için değil, tüm dünyada anayasa yargısı ve*

olaya uygulanmıştır.[266] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise 1978 yılından itibaren kararlarında "yatay etki" doktrinine yer vermeye başlamıştır.[267] Ülkemizde ise 2012 yılında Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru[268] usulünün başlaması ile birlikte AİHM içtihatlarını daha yakından takip eden Anayasa Mahkemesi, 2014 yılından itibaren, AİHM içtihatları doğrultusunda, "yatay etki" doktrinini etkin bir şekilde kullanmaya başlamıştır.[269]

Görüleceği üzere, "yatay etki" doktrini, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nin gelişmeci yorumu kullanarak ortaya koymuş olduğu bir kuramdır ve daha sonraki yıllarda diğer yüksek mahkemeler de bu kuramı uyuşmazlıkların çözümünde etkin bir şekilde kullanmışlardır. Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'ne Anayasa tarafından açıkça böyle bir yetki verilmemesine yahut Anayasa'da bu yönde açık bir hüküm olmamasına rağmen Mahkeme'nin bu doktrini geliştirmesi, temel hak ve hürriyetlerin, hukukun her alanında geçerli sayılmasını sağlamıştır.[270]

Bir diğer husus, ihmal yoluyla anayasaya aykırılık iddialarının denetimi konusudur. Bilindiği üzere, anayasa mahkemelerinin temel görevi, yasama organı tarafından hazırlanan kanunun (yürürlüğe girmiş olsun veya olmasın) anayasaya

---

anayasal yorum açısından önemli bir karardır. Bunun nedeni, Mahkemenin sadece hak ve özgürlüklerin kapsamına ilişkin yorumu değil; bunun da ötesinde farklı bir anayasa anlayışını devreye sokmasıdır. Gerçekten de anılan karar uyarınca bir yandan, devletin kişi hak ve özgürlükleri karşısındaki yükümlülükleri yeniden tanımlanmış; bir yandan da anayasanın yorumlanmasında yargı organının rolü ve anayasa ideolojisinin önemi teslim edilmiştir." Bkz. Boyar, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", 178.

[266] Korkut Kanadoğlu, "Alman Anayasa Hukuku Öğreti ve Uygulamasında Temel Hakların Yatay Etkisi (Üçüncü Taraf Etkisi)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 41/1 (2024): 594 vd.; Osman Can, "Dolaylı Etki", 30.

[267] Osman Can, "Dolaylı Etki", 30.

[268] Bireysel başvuruya ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yeşim Çelik, *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016).

[269] Bkz. Türkiye Emekliler Derneği [1. B.], B. No: 2012/1035, 17.07.2014, § 34; Kamil İnce [1. B.], B. No: 2014/1167, 25.10.2017, § 36-37. Anayasa Mahkemesi "yatay etki"yi şu şekilde tanımlamaktadır: "… *devletin negatif bir yükümlülük olarak salt insan hakları ihlallerinden kaçınmasının yanı sıra bireylerin birbirleriyle olan yatay ilişkileri de insan haklarının konusu olmakta, bunun sonucunda üçüncü kişilerin eylemlerine karşı korumanın sağlanmasında da devletin birtakım pozitif yükümlülükleri bulunmaktadır. Devletin kaynağı ne olursa olsun yetki alanında gerçekleşen her türlü insan hakları ihlallerinden sorumluluğu, bu hakların garantörü olmasının doğal bir sonucudur. Temel hak ve hürriyetlerin bu etkisine 'yatay etki' denilmektedir*…" Bkz. Tuna Ayçiçek [1. B.], B. No: 2014/6526, 24.01.2018, § 59. Aynı yönde verilen diğer kararlar için bkz. A.D. [1. B.], B. No: 2014/7967, 23.05.2018, § 94; İdil Alakuş Dere [2. B.], B. No: 2019/38252, 11.01.2023, § 13.

[270] Almanya Federal Anayasa Mahkemesi "*Lüth Kararı*"nda "yatay etki"ye ilişkin olarak şu gerekçelendirmeleri yapmıştır: "… *Nötr bir değerler düzeninden ibaret olmayan TY* (Grundgesetz, Temel Yasa)*, temel haklara ilişkin bölümünde, esas olarak temel hakların uygulanmasını güçlendiren objektif bir değerler düzeni oluşturmuştur. Bu değerler sistemi, hukukun her alanında geçerli olmalıdır. Anılan değerler sisteminden yasama, yürütme ve yargı organlarına yönelik buyruklar çıkar. Sistem aynı şekilde özel hukuk üzerinde de etkilidir. Hiçbir özel hukuk kuralı buna aykırı olamaz…*". Aktaran: Boyar, "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum", 192.

uygunluğunun denetimini yapmaktır. Ancak Almanya'da olduğu gibi bazı ülkelerde Anayasa Mahkemesi, ihmal veya başka bir nedenle yasama organının hareketsiz kalarak yapması gerektiği halde işlemi yapmamış olmasını yahut kural koymamış olmasını denetlemektedir.[271] İşte bu denetime ihmal yoluyla Anayasaya aykırılık denetimi adı verilmektedir.[272]

Bununla birlikte Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, sadece Anayasal bir hakkı uygulamadan yoksun kılan bir kanun yokluğunu değil, aynı zamanda kanun koyucunun ortam ve koşulların değişmesini hesaba katarak bir kanunu değiştirmemesi yahut belirli kişi kategorileri için bir kanunda hükümler öngörülmesinin unutulmuş olması olgusunu da denetime tabi tutmaktadır.[273]

b. Macaristan Anayasa Mahkemesi

Sosyalist rejimin yıkılması sonrası Doğu Avrupa ülkelerinde demokratik rejime geçiş sürecinin önemli aktörlerinden birisi de kuşkusuz anayasa mahkemeleri olmuştur.[274] Bu süreçte anayasa mahkemeleri, anayasal hakların korunması ve yeni kurulan anayasal düzenin devamının sağlanması konusunda önemli bir araç olarak görülmüştür.[275]

Sosyalist rejimden demokratik rejime geçmeye çalışan diğer ülkelerden farklı olarak, Macaristan'da eski hukuk sistemi ve Anayasa'nın şeklen varlığı korunarak yeni düzene geçilmeye çalışılmıştır.[276] Nitekim bu süreçte şeklen de olsa 1949 tarihli ilk yazılı Anayasa varlığını sürdürmüştür.[277] Eski hukuk sistemini tamamen yürürlükten kaldırmak yerine sistemde reformlar yaparak yeni bir döneme geçilmesinde, Anayasa

[271] Ayrıntılı bilgi için bkz. https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri, (E.T. 25.06.2023).
[272] Bkz. İbrahim Ö. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*, (İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017), 346.
[273] Bkz. Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, 346.
[274] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 128.
[275] Renata Uitz, "Sınırlı Devlet, Anayasacılık ve Hukukun Üstünlüğü Üzerine Dersler: Anayasa Mahkemeleri ve Yüksek Mahkemeler Arasında Sıkışıp Kalmış Post-Komünist Demokrasiler", içinde *Demokrasi ve Yargı Sempozyumu*, ed., Ozan Ergül, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2005): 272.
[276] Hasan Tunç, *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 1997), 146-147.
[277] László Sólyom, "The Hungarian Constitutional Court and Social Change", *Yale Journal of International Law*, 19, (1994): 223. Sosyalist dönem sonrası Macaristan'ın siyasal, anayasal ve idari yapısına yönelik inceleme için bkz. Mustafa Yılmaz, "Sosyalizm Sonrası Dönemde Macaristan Cumhuriyetinin Siyasal, Anayasal ve İdari Yapısı Üzerine Bir İnceleme", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/1, (1997): 187-202. Özbudun, Macaristan'ın eski hukuk sistemi ve Anayasa'sı ile yeni döneme geçiş çalışmasında, anayasal devletin kurumsal yapılarının geliştirilip güçlendirilmiş olması ile temel hak ve hürriyetlerin koruma altına alınmış olmasının önemli bir rol oynadığını ifade etmektedir. Bkz. Ergun Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, (İstanbul: Bilgi Yayınevi, 1993), 363.

Mahkemesi'nin rolü ve kullanmış olduğu gelişmeci yorum yönteminin oldukça önemli bir etkisi olmuştur.

Macaristan'da, sosyalist dönemde, Anayasal Konsey adında bir kurum oluşturulmuştu. Fakat sosyalist devlet teorisi kuvvetler ayrılığı fikrini reddettiği için bu kurum, bağımsız bir mahkeme gibi çalışamamıştır. Bu nedenle 1989 yılının Ekim ayında bu kurum yerine Anayasa Mahkemesi kurulmuştur. Anayasa Mahkemesi 1990 yılının Ocak ayında çalışmaya başlamıştır.[278]

Kurucular tarafından, temel hak ve hürriyetlerin koruyucusu ve kuvvetler ayrılığının güvencesi olarak tasarlanan Macaristan Anayasa Mahkemesi, kuruluş felsefesine uygun bir şekilde hareket ederek kullanmış olduğu gelişmeci yorum yöntemiyle ve temel hak ve hürriyetlere yaklaşımıyla dünyada en aktivist anayasa mahkemelerinden birisi olarak görülmeye başlanmıştır.[279] Nitekim Erdoğan, Macaristan Anayasa Mahkemesi'ni "*Macaristan'ın hukuki ve sosyal dönüşümü sürecinin gerçek sürükleyici ortağı*" şeklinde nitelendirmiştir.[280]

Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin, Anayasa'da açık bir hüküm bulunmayan durumlarda dahi gelişmeci yorumu kullanarak, örneğin "*insan onuru*" ve "*hukuk devleti*" gibi hukukun genel ilkelerine başvurarak temel hak ve hürriyetler rejimine aykırı gördüğü birçok kanunu iptal ettiği ifade edilmektedir.[281] Örneğin; bu kapsamda Mahkeme, Macaristan nüfusunun önemli bir kısmı ölüm cezasına taraftar olmasına rağmen, 23.11.1990 tarihli kararıyla ölüm cezasını kaldırmıştır.[282] Mahkeme bu kararında kronolojik neden ve açıklamalara dahi çok fazla girmemiş, yaşam hakkını ve insan onurunu temel alarak gelişmeci yorum yöntemiyle sonuca ulaşmıştır.[283] Macaristan'ın, söz konusu karar tarihi itibariyle, ölüm cezasının kaldırılmasına ilişkin AİHS'nin Ek 6 numaralı Protokolünü onaylamadığı da göz önünde bulundurulduğunda, Macaristan

[278] Ayrıntılı bilgi için bkz. Mustafa Yılmaz, "Sosyalizm Sonrası Dönemde Macaristan", 193.
[279] Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa'da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54/3, (2005): 4; Özbudun, *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*, 362. Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin bu tutumu sebebiyle Macaristan sistemi "yargısal demokrasi" olarak da nitelendirilmiştir. Bkz. Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", 5.
[280] Bkz. Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", 5.
[281] Ergun Özbudun, "Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 23/1, (2007): 362; Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 129.
[282] Laszlo Solyom, "Macaristan Anayasa Mahkemesinin Toplumsal Sistem Değişikliği İçerisindeki Rolü", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 9, (1992): 291.
[283] Laszlo Solyom, "Macaristan Anayasa Mahkemesi", 291; Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 130.

Anayasa Mahkemesi'nin Avrupa'daki hukuki gelişmeleri kendisine referans aldığı ve kullanmış olduğu yorum yöntemiyle referans aldığı bu değerler doğrultusunda kararlar verdiği sonucuna ulaşılmaktadır.[284]

Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin de Almanya Federal Anayasa Mahkemesi'nde olduğu üzere ihmal yoluyla Anayasaya aykırılık denetimi yapma yetkisi vardı.[285] Macaristan Anayasa Mahkemesi, yasama organının, hukukun gerektirdiği bir kural koyma görevini yerine getirip getirmediğini denetleyebiliyor ve ihlal tespit etmesi durumunda, vermiş olduğu muayyen süre içerisinde harekete geçilmesi konusunda emir verebiliyordu.[286] Bu denetim usulüne Mahkeme re'sen başvurulabileceği gibi herhangi bir kişinin talebiyle de başvurabilirdi.[287] Ancak Orban[288] hükümeti ile birlikte Mahkeme'nin bu yetkisinin önemli ölçüde "tırpanlandığı" ifade edilmektedir.[289]

c. Polonya Anayasa Mahkemesi

1918 yılında bağımsızlığını kazanan Polonya, Fransızların "yasamanın üstünlüğü" anlayışından önemli ölçüde etkilenmiş ve bu doğrultuda 1921 Anayasası'nı yürürlüğe koymuştur. 1921 Anayasası'nda, yasama organı tarafından kabul edilen kanunların yargı organı tarafından denetlenmesi söz konusu değildi.[290] Polonya Anayasa Mahkemesi de kurulduğu tarihten[291] 1989 yılına kadar, "yasamanın üstünlüğü" anlayışını benimsemiş ve yasama organına yardımcı olma şeklinde bir rol üstlenerek yürütme organının işlemlerinin kanuna ve Anayasa'ya uygunluğunu denetlemeye odaklanmıştır.[292] Ancak eski rejimin çökmesi ile birlikte (yani 1989 yılından sonra)

---

[284] Macaristan Anayasa Mahkemesi'nin, idam cezasını kaldırmasına ilişkin kararının, diğer Sosyalist ülkeler bakımından öncü nitelikte olduğu ifade edilmektedir. Bkz. Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 130.
[285] Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, 341.
[286] Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", 7.
[287] Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", 7.
[288] Viktor Orbán, 2003 yılından beri Fidesz partisinin genel başkanı ve aynı zamanda 2010 yılından 2026 yılının Nisan ayına kadar kesintisiz olarak Macaristan Başbakanı olarak görev yapan siyasetçidir. Bkz. https://crd.org/vorban/, (E.T. 14.01.2026); https://www.britannica.com/biography/Viktor-Orban, (E.T. 14.01.2026). Ancak 12.04.2026 tarihinde yapılan seçimlerde Tisza Partisi'nden Péter Magyar'a karşı seçimleri kaybetmiş ve Başbakanlık görevinden ayrılmak durumunda kalmıştır. Bkz. https://www.aa.com.tr/tr/info/infografik/51410 (E.T. 22.05.2026).
[289] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 130-131.
[290] Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", 10.
[291] Polonya Anayasa Mahkemesi, 1952 tarihli Polonya Anayasası'nda yapılan 1982 değişikliği ile kurulmuştur. 1985'te Mahkeme'nin kuruluş kanunu çıkarılmıştır. Polonya Anayasa Mahkemesi Sovyet İmparatorluğu'ndaki ilk Anayasa Mahkemesi unvanına da sahiptir. Bkz. Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", 10.
[292] Radoslav Procházka, *Mission Accomplished: On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*, (Budapest and New York: Central European University Press, 2002), 84.

"yasamanın üstünlüğü" anlayışı terk edilmiş ve Anayasa Mahkemesi yoğun bir şekilde kanunların Anayasa'ya uygunluğunu denetlemeye başlamıştır.[293]

Sosyalist rejimin dönüşümü sürecinde Polonya Anayasa Mahkemesi'nin Macaristan Anayasa Mahkemesi'ne benzer bir rol üstlendiğini söylememiz mümkündür.[294] Nitekim Polonya Anayasa Mahkemesi de Polonya Anayasası'nda açık hüküm bulunmayan hallerde, "hukuk devleti" ve "insan onuru" gibi temel ilke ve kavramları referans alarak gelişmeci yorum yapmıştır. Mahkeme aynı zamanda bu anlayış ile Anayasa'da kendisine açıkça verilmeyen yetkileri de kullanma eğiliminde olmuştur.[295] Örneğin; Erdoğan'ın belirttiğine göre, gerek Anayasa'da gerekse de kuruluş kanununda uluslararası andlaşmaların Anayasa'ya uygunluğunu denetleme konusunda Anayasa Mahkemesi'ne herhangi bir yetki verilmemesine rağmen Mahkeme, yapmış olduğu yorum yoluyla uluslararası andlaşmaları da denetleme yetkisine sahip olduğu sonucuna ulaşmış ve andlaşmaların Anayasa uygunluğunu inceleme yetkisinin bulunduğunu belirtmiştir.[296]

Schwartz'ın belirttiğine göre, başka bir kararında Mahkeme, yasama organından geçen bir kanun tasarısını Anayasa'ya aykırı bulması halinde, kanun koyucunun söz konusu bu kararı geçersiz kılamayacağına karar vermiştir.[297]

Polonya Anayasa Mahkemesi, Batı Anayasacılığının önemli ilke ve değerlerinin Polonya'ya taşınmasına katkıda bulunmuş, Polonya'da hukukun üstünlüğü ilkesinin tesisine hizmet etmiştir.[298] Mahkeme, gelişmeci yorumu kullanarak, Polonya Anayasası'nın yazılı metninde yer almayan; "kanunların geçmişe yürümezliği", "insan onuruna saygı", "yaşam hakkı", "hakların kanuni düzenlenmesinde ölçülülük", "özel hayata saygı hakkı", "vatandaşların hükümete güvenmesi", "kazanılmış haklara saygı",

[293] Polonya Anayasa Mahkemesi, 1 Ocak 1990'dan 30 Haziran 1994'e kadar incelediği 55 (elli beş) kanunun 40 (kırk)'ını Anayasaya aykırı bulmuştur. Bu oran, diğer Anayasa Mahkemelerine kıyasla oldukça yüksek bir orandır. Bkz. Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", 11-12.
[294] Ayrıntılı bilgi için bkz. Wojciech Laczkowski, "Devlet Yapısının Transformasyonu Döneminde Anayasa Mahkemeleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 9, (1992): ss. 399-408.
[295] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 132.
[296] Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", 12.
[297] Herman Schwartz, *The Struggle for Constitutional Justice in Post Communist Europe*, (Chicago and London: University of Chicago Press, 2000), 63. Ayrıca bkz. Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", 12.
[298] Leszek Lech Garlicki, "The Experience of the Polish Constitutional Court", in *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, ed. Wojciech Sadurski, (Hague, London and New York: Kluwer Law International, 2002), 281; Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", 12.

"kanunların açıklığı ve kesinliği" gibi çok sayıda ilke ve değeri hukuk sisteminin içerisine yerleştirmiştir.[299] Erdoğan'a göre Mahkeme; bu hak, ilke ve değerlere ulaşırken, "hukuk devleti (Rechtsstaat)" ilkesinden yola çıkmış ve bunların "hukuk devleti" ilkesinin kapsamı içerisinde yer aldığını belirtmiştir.[300]

1997 yılında yapılan Anayasa Değişikliği ile Polonya Anayasa Mahkemesi'nin yetkileri biraz daha genişletilmiştir. Bu durum, Mahkeme'nin "aktivitist tutumunun" tepki çekmediğini, aksine desteklendiğini göstermektedir. Polonya Anayasa Mahkemesi'nin, kanunların Anayasa'ya aykırılığını tespit ettiği kararlarını, yasama organı 2/3 çoğunlukla geçersiz kılabiliyordu. Ancak 1997 yılında yapılan Anayasa Değişikliği ile yasama organının bu yetkisi Anayasa Mahkemesi lehine yürürlükten kaldırılmıştır. Kanunların bağlayıcı olacak şekilde yorumunu yapma yetkisi ise 1997 değişikliğinde de korunmuştur.[301] Ayrıca Anayasal haklarının ihlal edildiğini düşünen herkes, ilgili kanunun Anayasa'ya uygunluk denetiminin yapılması amacıyla Anayasa Mahkemesi'ne başvuruda bulunabilecektir.[302]

d. ABD Federal Yüksek Mahkemesi

Gelişmeci yorum yöntemini kullanarak oldukça önemli kararlara imza atan bir diğer mahkeme, ABD Federal Yüksek Mahkemesi'dir. Ancak kanaatimizce ABD Federal Yüksek Mahkemesi, yukarıda belirtmiş olduğumuz diğer Anayasa Mahkemeleri'nden farklı olarak, zaman zaman gelişmeci yorum yöntemini kullanmak zorundadır. Çünkü Dünya'nın ilk yazılı anayasası olma özelliğine sahip olan 1787 tarihli ABD Anayasası, üzerine yapılan eklemelerle birlikte günümüze kadar varlığını ve geçerliliğini sürdürmüştür.[303]

Toplumsal mutabakatın ürünü olan ve toplum sözleşmesi niteliğine sahip olan anayasaların, bir yandan ait olduğu toplumun "otobiyografisi" olma özelliği ile geçmişin siyasi izlerini üzerinde taşıması, diğer yandan ise ait olduğu topluma "yol haritasını"

[299] Procházka, *Mission Accomplished*, 209-210.
[300] Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", 12.
[301] Mustafa Erdoğan, "Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir?", 11.
[302] Polonya Anayasası'nın 79. maddesinde yer alan hükme göre; "*Anayasa'da belirtilen özgürlüklerin veya hakların ihlal edildiğini düşünen herkes, anayasal hak ve özgürlüklerinin dayanağı olan kanun veya diğer hukuki düzenlemelerin Anayasa'ya uygunluğunun denetlenmesi için Anayasa Mahkemesi'ne başvurma hakkına sahiptir.*" Bkz. https://www.constituteproject.org/constitution/Poland_1997, (E.T. 15.01.2026).
[303] ABD Anayasası, kabul edilmesinden bu yana yirmi yedi kez değiştirilmiştir. Bkz. https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Yayinlar/Dosya/b79eabc8-2316-47e4-a8d7-b95149f87d0b.pdf, (E.T. 22.05.2026).

göstermesi nedeniyle sürekli bir devinim içerisinde olması gerektiği aşikârdır.[304] Diğer bir ifadeyle anayasalar, geçmişe ve geleceği ait izler ve değerler taşımakla birlikte yaşanılan döneme de ayak uydurmak zorundadır. ABD gibi uzun yıllar boyunca aynı anayasaya sahip olan ülkelerde, anayasanın yaşanılan çağa ayak uydurması ise anayasa mahkemelerinin yapmış olduğu gelişmeci yorum sayesinde mümkün olabilmektedir. İşte bu nedenle ABD Federal Yüksek Mahkemesi, zaman zaman gelişmeci yoruma başvurmak durumunda kalabilmektedir.

Örneğin; 1865 yılında gerçekleştirilen 13. değişikliğe kadar ABD'de kölelik yasak değildi ve özellikle Güney eyaletlerde kölelik uygulaması oldukça yaygındı.[305] Ancak 1865 yılında yapılan 13. değişiklik ile kölelik uygulaması yasaklanmış[306] ve kölelerin korunması ve diğer bireylerle eşit muamele görmeleri amacıyla 1868 yılında Anayasa'da 14. değişiklik yapılmıştır. 14. değişikliğin 1. bölümü şu şekilde kaleme alınmıştır: "*Birleşik Devletlerde doğmuş veya Birleşik Devletler uyruğuna geçmiş ve Birleşik Devletler yetkisine tabi olan herkes, Birleşik Devletler'in ve ikamet etmekte oldukları eyaletin vatandaşıdır. Hiçbir eyalet, Birleşik Devletler vatandaşlarının ayrıcalık ve bağışıklıklarını kısıtlayacak yasa yapmayacak veya uygulamayacak ve hiçbir eyalet yasal gerekler yerine getirilmeden bir kişiyi yaşamından, özgürlüğünden ya da malından yoksun etmeyecek ya da kendi yargı yetkisi içindeki bir kişiyi, yasaların eşit koruması dışında bırakmayacaktır*."[307]

Her ne kadar, köleliğin kaldırılmasının bir sonucu olarak kölelerin korunması amacıyla 1868 yılında 14. değişiklik yapılmış olsa da ABD Federal Yüksek Mahkemesi, sonraki yıllarda, bu değişikliği genişletici bir şekilde farklı konularda da uygulamıştır.[308] Bu kapsamda Mahkeme, "yasaların eşit koruması prensibi"ni temel alarak bir sonraki

[304] Gedik, *Yorum Yöntemleri*, 141.
[305] Ogün Usta, *Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasağı*, (İstanbul, On İki Levha yayınları, 2021), 58-59, 94-96. 1861 yılında Güney eyaletlerin ABD'den ayrılmak istemesi üzerine Amerikan İç Savaşı başlamış ve dört yıl süren bu iç savaşı teknolojik olarak daha gelişmiş olan ve kölelik uygulamasına karşı çıkan Kuzey eyaletleri kazanmıştır. Bunun üzerine ABD Anayasası'nda 13. değişiklik yapılmış ve kölelik yasaklanmıştır.
[306] Köleliği yasaklayan 13. değişikliğin 1. bölümü şu şekildedir: "*Birleşik Devletlerde veya Birleşik Devletler yetkisi altındaki yerlerde, hak ederek mahkûm edilmiş kişinin cezası karşılığı olma dışında, kölelik veya zorla çalıştırılma uygulanmayacaktır*." Bkz. https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf, (E.T. 05.07.2023).
[307] Bkz. https://www.britannica.com/topic/Fourteenth-Amendment, (E.T. 18.01.2026); Muvaffak Akbay, "Anayasa Metinleri", 488-489.
[308] Waldo E. Martin Jr., *Brown v. Board of Education: A Brief History with Documents*, (Boston: Palgrave Macmillan, 1998), 1 vd.

yüzyılda ırk ve cinsiyet ayrımcılığının ortadan kaldırılması konusunda çok önemli kararlar vermiştir.[309] Böylece herhangi bir Anayasa değişikliği olmamasına rağmen, ABD Federal Yüksek Mahkemesi'nin gelişmeci yorumu sayesinde günün koşullarına uygun olarak birçok ayrımcılığa son verilmiştir.

5. Gelişmeci Yorumun Sınırı

Görüleceği üzere, gelişmeci yorumda, AİHS'nin "günümüz koşulları ışığında" yorumlanması esastır. Bu kapsamda, yapılan yorumun sadece "yorum" sınırında mı kaldığı yoksa Sözleşme'nin içeriğini değiştirici bir niteliğe mi sahip olduğu hususu oldukça önemlidir. Çünkü Mahkeme'nin Sözleşme'ye yeni hükümler ihdas etmesinin meşru olduğu ileri sürülemez. Ancak bu sınırın kesin hatlarla çizilmesi her zaman kolay değildir. Fakat yine de başta Sözleşme'nin lafzı olmak üzere birtakım sınırlamalara uyulması gerektiği genellikle kabul edilmektedir.[310]

Bu yorum yönteminin sınırına ilişkin olarak, bu yorum yönteminin yeni sözleşme hükümleri tespit etmek yahut yeni yükümlülükler ihdas etmek amacıyla kullanılmaması gerektiği, zira bu yetkinin sadece sözleşmeye taraf devletlere ait olduğu noktasında görüşler ileri sürülmektedir.[311]

Nitekim bu konuda zaman zaman Mahkeme yargıçları arasında da görüş ayrılıkları yaşanmaktadır. Örneğin; X ve Diğerleri/Avusturya kararında, karara muhalif kalan yargıçlar; gelişmeci yorumun amacının değişime eşlik etmek ve değişimi

---

[309] Bu önemli kararlardan birisi 17.05.1954 tarihli "*Brown v. Board of Education of Topeka I*" kararıdır. Mahkeme bu kararında devlet okullarında Afro-Amerikan ABD'li yurttaşlara karşı yapılan (ırka dayalı) ayrımın 14. değişikliğe aykırı olduğuna karar vermiştir. Böylece okullarda ırka dayalı ayrım yasaklanmıştır. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Martin Jr., *Brown v. Board of Education*, 1 vd.; Clayborne Carson, "Two Cheers for Brown v. Board of Education", *The Journal of American History*, 91/1 (2004): 26-31; Yasin Coşkun, "ABD Tarihinde Önemli Bir Olay: Brown v. Board of Education Davası Kararı ve Bu Karara Mississippi ve Virginia Eyaletlerinin Tepkileri", *The Journal of Academic Social Science Studies*, 68, (2018): 413-424.

[310] Pieter van Dijk, Fried Van Hoof, *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, (Deventer/Netherlands, Kluwer Law International, 1998), 79.

[311] Ali Bal, "Avrupa Konsensüsü", 59 vd. Ancak aksi yönde görüşler ileri sürülmektedir. Örneğin; Kaboğlu'na göre gelişmeci yorum, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ni, yürürlükteki hukuku "beyan etmekle" değil, fakat yarının hukukunu "yaratmakla" yükümlü kılmaktadır. Dolayısıyla AİHM, gelişmeci yorum sebebiyle, Sözleşme'de yer alan hak ve hürriyetleri sadece koruma değil, aynı zamanda geliştirme yükümlülüğünü de üzerine almıştır. Bkz. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 7. Baskı, 207. (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları Başlığı)

yönlendirmek ile sınırlı olduğunu, bu nedenle değişimi "önceden tahmin etmenin ve bunu empoze etmenin" gelişmeci yorumun sınırlarını aşacağını belirtmişlerdir.[312]

Dolayısıyla kanaatimizce de Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin gelişmeci yorumu kullanarak, Sözleşme'nin lafzına açıkça aykırı olmamak koşuluyla, Sözleşme hükümlerini sadece mevcut değişimler ve anlayışlar doğrultusunda yorumlaması gerekmektedir. Bununla birlikte, sözleşmeci devletlere yahut toplumlara "jakoben" bir anlayışla kendi doğrularını kabul ettirme yahut geleceğe şekil verme gibi bir yetkisi yoktur.

C. Gelişmeci Bir Yorum İlkesi Olarak Özerk Yorum İlkesi

Daha önce de bahsettiğimiz üzere, "özerk yorum ilkesi" g*elişmeci yorumun* bir anlamda sonucu ve ürünüdür. Esasında bu yorum ilkesi "otantik" yorum yapma yetkisine sahip bütün mahkemelerin kullanabileceği bir ilkedir. Bununla birlikte bu ilke, ilk olarak AİHM tarafından sistemleştirildiği için daha çok AİHM'nin kullanmış olduğu "özgün" yorum ilkelerinden birisi olarak anılmaktadır.[313]

Anayurt'a göre AİHM, Sözleşme'deki soyut, belirsiz ve muğlak kavramların anlamlarını doğru bir şekilde tespit etmek için başlangıçta, kavramların ulusal hukuktaki anlamlarına başvurmuştur. Fakat bu durum Sözleşme'deki hükümlerin etkisini azaltma riski taşıdığı gibi kavram anarşisinin ortaya çıkması tehlikesini de barındırmıştır.[314] Bu nedenle Mahkeme, AİHS ile güvence altına alınan hakları etkin bir şekilde korumak ve taraf devletlerde de ortak bir biçimde anlaşılmasını sağlamak için kendisine soyut ve muğlak gelen kavramlara "*Sözleşmesel kavramlar*" anlamında özerk bir yorum ilkesini devreye koyarak bir "Avrupa anlamı" yüklemeye karar vermiştir.[315]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yerleşik içtihatlarına göre, AİHS'de yer alan kavramlar "özerk" bir varlığa, yani özel bir anlama sahiptirler. Mahkeme, Sözleşme'deki kavramları yorumlarken, içerik ve kapsamlarını somutlaştırıp belirlerken,

---

[312] X ve Diğerleri/Avusturya, Başvuru No: 19010/07, 19.02.2013, Yargıç Casadevall, Ziemele, Kovler, Jočienė, Šikuta, De Gaetano, ve Sicilianos'ın karşı görüşleri, § 23. Benzer yönde ayrıntılı değerlendirmeler için bkz. Christos L. Rozakis, "The Particular Role of the Strasbourg Case-Law in the Development of Human Rights in Europe", *Nomiko Vima (Atina),* 50. Yıl, (2010): 20-30.

[313] Bkz. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 527; Anayurt, *Kişisel Başvuru Yolu*, 62 vd.; Ufuk Ramazan Çakmak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bireysel Başvuruda Özerk Yorum", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/1 (2023): 202 vd.

[314] Anayurt, *Kişisel Başvuru Yolu*, 62.

[315] Anayurt, *Kişisel Başvuru Yolu*, 62.

bu kavramların ulusal hukuklardaki anlamıyla bağlı değildir; bu kavramları ulusal mevzuattan bağımsız bir şekilde yorumlayabilir.[316] Diğer bir ifade ile "*Sözleşme'deki kavramlar ulusal hukuktakilerle eşadlı olsalar bile eşanlamlı olmayabilirler*".[317] Bu durum, Sözleşme'deki bazı kavramlara "anlamsal bağımsızlık statüsü" verildiği anlamına gelir. Ancak çalışmamızın ilerleyen kısımlarında[318] açıklanacağı üzere, AİHM Sözleşme'deki her kavramı istediği gibi yorumlayamaz.

Özerk yorum ilkesi genellikle AİHM ile birlikte anıldığı için "*bir kuralın iç hukuktaki anlamından bağımsız olarak yorumlanabilmesi*"[319], "*AİHM'nin ulusal hukuktaki tanımlar ile bağlı olmaksızın sözleşmedeki kavramların kapsamını belirleme yetkisi*"[320], "*Sözleşme'de yer alan kavramların anlamının ve kapsamının iç hukuk metinlerinde kullanılan anlamlarından bağımsız olarak belirlenmesi*"[321] şeklinde tanımlanmaktadır. Yine AİHM'nin ünlü hâkimlerinden birisi olan Matscher "özerk yorum ilkesi" ile ilgili olarak şu şekilde bir tanım yapmıştır: "… *özerk yorum, her şeyden önce, uluslararası bir sözleşmenin maddelerinin yalnızca ilgili devletin iç yasamasında söz konusu terimlerin sahip olduğu anlam ve kapsamı ışığında yorumlanmaması; bir yandan Sözleşme'nin amaçları ve sistemine, diğer yandan ulusal hukuk sistemlerinin tümünden çıkan genel prensiplere başvurarak yorumlanması gerektiği anlamına gelir*…"[322]

Fakat kanaatimizce, hemen yukarıda da değindiğimiz üzere özerk yorum ilkesi, "otantik" yorum yapma yetkisine sahip bütün mahkemelerin kullanabileceği bir ilkedir. Bu nedenle bu yorum ilkesini çok genel olarak, "*mahkemelerin, Sözleşmedeki veya mevzuattaki kavram ve terimleri anlamlandırırken başka makam ve organların tespitleri ile kendisini bağlı görmemesi, günün koşullarına göre ilgili kavram ve terimi anlamlandırabilmesi ve bu anlama göre de somut uyuşmazlığı çözebilmesi*" şeklinde

[316] Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 153.
[317] Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 153.
[318] Bkz. 1. Bölüm, III, B, "4. Sınırlamalar: Özerk Yorum İlkesine Başvurulmayan Durumlar ve AİHM'nin "Özerk" Olarak Kabul Etmediği Kavramlar" Başlığı ile 2. Bölüm, IV, C "Hukuki Değerlendirmelerimiz" Başlığı.
[319] Ufuk Ramazan Çakmak, "Özerk Yorum", 205.
[320] Mustafa Saldırım, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Fikri Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Anheuser - Bush Inc. v. Portugal Kararının Analizi", *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 19/2 (2016): 142.
[321] Eltimur, "Özel Hayat ve Aile Hayatı", 183.
[322] Bkz. König/Almanya, Applicatin No:6232/73, 28.06.1978, Separate Opinion of Judge Matscher.

tanımlayabiliriz. Bununla birlikte AİHM, aşağıda[323] ayrıntıları ile açıklayacağımız üzere bu ilkeyi birden fazla amaca ulaşmak için oldukça etkin bir şekilde kullanmaktadır. Dolayısıyla bu yorum ilkesinin AİHM nezdinde farklı ve oldukça "önemli" bir yeri vardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS hükümlerini "gelişmeci yorum" aracılığıyla geçmiş zamanlardaki anlamından koparabilmekte; "özerk yorum ilkesi" ile de sözleşmeye taraf devletlerin verdiği anlamdan bağımsızlaştırabilmektedir. Somutlaştırmak gerekirse, örneğin Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 3. maddesinde; "*Hiç kimse işkenceye veya insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz.*" hükmü yer almaktadır. Söz konusu hükümde geçen "*aşağılayıcı muamele*" kavramının ne anlama geldiği hususunda farklı görüşler ortaya çıkabilir. Yine aynı şekilde ulusal mevzuatlarda da "*aşağılayıcı muamele*" kavramına yer verilmektedir.[324]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin uygulamasına göre, AİHS'nin imzalandığı dönemde, yani 1950'li yıllarda, sözleşmeye taraf her bir devlet "*aşağılayıcı muamele*" kavramının ne anlama geldiği hususunda kendine özgü bir fikre sahipti; ancak böyle genel ve soyut bir kavrama atıf yapılarak yorumlama zamanı geldiğinde AİHM'ye gelecekteki gelişmeler ışığında bu kavrama en uygun anlamı yükleme yetkisi verilmiştir.[325] İşte bu yorum ve anlayış, "gelişmeci yorum" ile ortaya konulmaktadır.

"*Aşağılayıcı muamele*" kavramına sözleşmeye taraf devlet veya devletler kendi iç hukuklarında farklı anlamlar verseler bile "özerk yorum ilkesi" sayesinde AİHM, sözleşmeye taraf devletlerin verdiği anlam ile bağlı olmaksızın bu kavrama başkaca anlamlar yükleyebilecektir. Örneğin; günümüzde, ülkemiz aleyhine AİHM'ye bir başvuru yapıldığında, ülkemizdeki "*aşağılayıcı muamele*" anlayışı AİHM'yi bağlamayacak ve AİHM kendi bakış açısına göre uyuşmazlığı çözümleyecektir.

---

[323] 1. Bölüm, III, B, 7. "Özerk Kavramlar Doktrini ile Ulaşılmak İstenen Amaçlar" Başlığı.

[324] Örneğin; Polonya Anayasası'nın 40. maddesine göre; "*Hiç kimse işkenceye veya zalimane, insanlık dışı ya da aşağılayıcı muamele veya cezaya tabi tutulamaz*". Bkz. https://www.constituteproject.org/constitution/Poland_1997, (E.T. 15.01.2026). Yine Macaristan Anayasası'nın "Özgürlük ve Sorumluluk" bölümündeki III. maddede; "*Hiç kimse işkenceye, insanlık dışı veya aşağılayıcı muameleye veya cezaya maruz bırakılamaz ve köleleştirilemez. İnsan ticareti yasaktır*." hükmüne yer verilmiştir. Bkz. https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011, (E.T. 15.01.2026). Türkiye Cumhuriyeti Anayasası'nda doğrudan "aşağılayıcı muamele" kavramına yer verilmemiş olsa da 17. maddede benzer şekilde; "*Kimseye işkence ve eziyet yapılamaz; kimse insan haysiyetiyle bağdaşmayan bir cezaya veya muameleye tabi tutulamaz*." hükmüne yer verilmiştir.

[325] Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 75.

Esasında "özerk yorum", bir yorum ilkesi olmakla birlikte, ulusal ve uluslararası doktrinde genellikle "*özerk kavramlar doktrini (autonomous concepts doctrine)*"[326] şeklinde adlandırılmaktadır. Kanaatimizce bu adlandırmada, bu yorum ilkesinin AİHM tarafından kullanılma biçimi ve Mahkeme'nin ulaşmış olduğu sonuçlar önemli bir etken olmuştur. Aşağıda ayrıntıları ile açıklayacağımız üzere bu yorum ilkesi, AİHM'nin elinde oldukça önemli bir "işlevsel araca" dönüşmektedir. Çalışma konumuzun kapsamı ve önemine binaen "özerk kavramlar doktrini" aşağıda ayrı bir başlık altında incelenecektir.

III. ÖZERK KAVRAMLAR DOKTRİNİ

A. "Özerk Kavramlar Doktrini"nin Ortaya Çıkışı ve Gelişimi

1. Avrupa İnsan Hakları Komisyonu Kararları

"Özerk kavramlar doktrini" zımni bir şekilde ilk olarak 1960'lı yıllarda Avrupa İnsan Hakları Komisyonu (AİHK) tarafından dillendirilmeye başlanmıştır.[327] Komisyon, "kavramların Sözleşme kapsamında ele alınması zorunluluğu" formülüyle bu doktrinin temellerini oluşturmaya çalışmıştır. "*Twenty-One Detained Persons/Almanya*" kararı, bu yöndeki öncü kararlardan birisidir. Söz konusu davada başvuranlar, cezaevinde bulundukları sırada yapmış oldukları iş karşılığında yeterli ücretin kendilerine verilmemesine ve sosyal güvenlik kapsamında herhangi bir katkı payının olmamasına yönelik olarak şikâyette bulunmuşlardır. Başvuruyu inceleyen Komisyon Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasında geçen "*medeni hak ve yükümlülükler*" kavramı[328] ile ilgili olarak şu şekilde bir değerlendirme yapmıştır: "… *Sonuç olarak, bir mahkûmun çalışması için yeterli ödemeyi devlete karşı iddia etmesinin bu hüküm anlamında bir 'medeni hak' olarak kabul edilip edilemeyeceği sorusu ortaya çıkmaktadır… başvuran tarafından talep edilen hakkın ilgili ülkede bir 'medeni hak' oluşturup oluşturmadığı belirleyici değildir. 'Medeni haklar ve yükümlülükler' terimi, yalnızca ilgili Yüksek Sözleşmeci Tarafın iç*

[326] Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 527; Tolga Şirin, "Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi", *Kamu Hukukçuları Platformu*, https://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti_program&id=5, (E.T. 03.09.2024); Eltimur, "Özel Hayat ve Aile Hayatı", 183; Ömer Keskinsoy ve Semih Batur Kaya, "Yorum", 98; Bjorge, "A Theory of National", 15 vd.; Letsas, *A Theory of Interpretation*, 37 vd.

[327] George Letsas, *A Theory of Interpretation*, 42.

[328] Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesi şu şekildedir: "*Herkes davasının, **medeni hak ve yükümlülükleriyle** ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir*."

hukukunda verdiği anlama göre yorumlanamaz. Her ne kadar böyle bir yorumda Yüksek Sözleşmeci Tarafların genel ilkelerinin mutlaka göz önünde bulundurulması gerekse de (medeni hak ve yükümlülükler kavramı) *bağımsız olarak yorumlanması gereken özerk bir kavramdır...*"[329]

Yine *X./Federal Almanya Cumhuriyeti*[330] ile *X./Avusturya*[331] kararları da bu konudaki öncü kararlar arasında sayılabilir. Bu davalarda da Komisyon, "*Medeni hak ve yükümlülükler*" kavramının yalnızca ilgili yüksek sözleşmeci tarafın iç hukukunda verdiği anlama göre yorumlanamayacağını, her ne kadar böyle bir yorumda yüksek sözleşmeci tarafların genel ilkelerinin mutlaka göz önünde bulundurulması gerekse de "*medeni hak ve yükümlülükler*" kavramının bağımsız olarak yorumlanması gereken özerk bir kavram olduğunu vurgulamıştır.[332]

2. Engel ve Diğerleri v. Hollanda Kararı

"*Özerk kavramlar doktrini*"nin gerçekten tartışıldığı, tanımlanmaya ve anlamlandırılmaya çalışıldığı ilk karar "*Engel ve Diğerleri/Hollanda*" kararıdır. AİHM, günümüze kadar süren daha sonraki içtihatlarında "*özerk kavramlar doktrini*" ile ilgili olarak "*Engel ve Diğerleri/Hollanda*" kararını temel almış ve bu kararda ortaya koymuş olduğu argümanları geliştirmeye ve güncelleştirmeye çalışmıştır.

a. Karara Konu Olayın Özeti

Söz konusu dava, tamamı Hollanda vatandaşı olan toplam beş başvurucunun Hollanda Devleti aleyhine yaptıkları başvurudan kaynaklanmıştır.[333] Bu beş başvurucu da Hollanda silahlı kuvvetlerinde farklı ünvanlarda görev yapan askerlerdir. Bu beş askere de komutanları, askeri disipline karşı gerçekleştirmiş oldukları eylem ve fiillerden dolayı çeşitli cezalar vermişlerdir.

---

[329] Twenty-One Detained Persons/Almanya, Application No: 3134/67 3172/67 3188/67..., 06.04.1968, prg. 4, https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22kpdate%22:[%221968-04-06T00:00:00.0Z%22,%221 968-04-06T00:00:00.0Z%22],%22itemid%22:[%22001-3044%22]}, (E.T. 20.09.2022).

[330] X./Federal Almanya Cumhuriyeti, Application No:4618/70, 21.03.1972.

[331] X./Avusturya, Application No: 3959/69, 21.07.1970.

[332] Bkz. https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22docname%22:[%22x%22],%22kpdate%22:[%221972-03-21T00:00:00.0Z%22,%221972-03-21T00:00:00.0Z%22],%22itemid%22:[%22001-3134%22]}; https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22:[%223959/69%22],%22itemid%22:[%22001-3087%22]}, (E.T. 20.09.2022).

[333] Karar ile ilgili ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ryan Goss, "The Engel Criteria in the 21st Century: Irrational Flexibility and Deference in Recent European Court Of Human Rights Jurisprudence", *Human Rights Law Review*, 25/4 (2025): 1-21.

Bu noktada o dönemin Hollanda Askeri Disiplin Hukuku'ndan kısaca bahsetmek faydalı olacaktır. *Engel ve Diğerleri/Hollanda* kararından anladığımız kadarıyla, Hollanda Askeri Disiplin Hukuku o dönem itibariyle üç farklı tutuklama cezası[334] öngörmekteydi. Bunlardan birincisi "hafif tutuklama", ikincisi "ağırlaştırılmış tutuklama" ve üçüncüsü de "sert (katı) tutuklama"ydı. Hafif tutuklama cezasına maruz kalan bir askerin karşılaşmış olduğu kısıtlamalar, ağırlaştırılmış ve sert tutuklama cezasına nazaran daha sınırlıydı. Örneğin; hafif tutuklu bir askerin ziyaret, yazışma ve telefon kullanmasına izin verilirdi. Hafif tutuklu bir asker, kamp sinemasını, kantini ve diğer dinlenme tesislerini ziyaret edebilmek için görev saatleri dışında kışlada serbestçe dolaşabiliyordu. Ağırlaştırılmış tutuklama cezasında ise ilgililer askerlik görevlerini yerine getirmeye devam ediyorlardı. Ancak askerlik görevi dışındaki zamanın geri kalanında, benzer bir cezaya çarptırılan diğer askerlerin yanında, özel olarak belirlenmiş ancak kilitlenmemiş bir yerde kalmak zorundaydılar. Ağırlaştırılmış tutuklamaya maruz kalan bir kişi, hafif tutuklu bir kişinin aksine, sinema, kantin veya dinlenme tesislerini ziyaret etmek için kışlada serbestçe hareket edemiyordu. Sert tutuklama cezasında ise ilgili asker görevini yerine getiremiyor hem mesai saatleri içerisinde hem de mesai saatleri dışında bir hücrede kilitlenmiş şekilde bulunuyordu.

Hollanda Askeri Disiplin Hukuku'nda o dönemin en ağır disiplin cezası ise hukuka aykırı davranış sergileyen askeri, özel olarak oluşturulmuş başka bir yerdeki disiplin birimine göndermekti. Disiplin suçu işleyen askerler, özel amaçla oluşturulmuş bu birimlere gönderiliyor ve nispeten daha uzun süre özgürlüklerinden yoksun bırakılıyorlardı.[335]

Başvuruculardan Engel, 1971 yılında Hollanda Ordusu'nda çavuş olarak görev yapan ve mesai saatleri dışında kendi evinde kalan birisidir. Engel, aynı zamanda 1966 yılında kurulan ve zorunlu askerlik hizmeti kapsamında askere alınan kişilerin çıkarlarını korumayı amaçlayan bir derneğin üyesidir. O dönemde, bu dernekte seçimler yapılacaktır ve Engel, Başkan yardımcılığına aday olmuştur. Engel seçimlerin yapılacağı günü de

[334] Hukukumuzda, "tutuklama" bir tedbirdir. Tutuklamanın amacı yargılamayı kolaylaştırmak ve eğer sanık mahkûm olursa cezanın infazını sağlamaktır. Ancak ilgili dönem itibariyle Hollanda Disiplin Hukukunda "tutuklama" disiplin cezasının infazı yöntemiydi. Bu nedenle tutuklamadan "tedbir" olarak değil "ceza" olarak bahsedilmiştir.

[335] Bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 21.

kapsayacak şekilde hasta olduğu gerekçesiyle doktordan rapor almıştır. Ancak seçimlerin yapıldığı gün, Engel'in gerçekten hasta olup olmadığına ve dolayısıyla evde bulunup bulunmadığına ilişkin görev yaptığı kurum tarafından kontrol yapılmış, Engel'in evde olmadığı saptanmıştır. Engel ertesi gün rapor süresi dolduğu için askerlik hizmeti yaptığı birime dönmüş, fakat raporlu olduğu gün evde olmadığı gerekçesiyle dört gün hafif tutuklama cezasına çarptırılmıştır.[336]

Engel'in hafif tutuklama cezası bitene kadar evine gitmemesi ve kışlada kalması gerekiyordu. Ancak Engel evine gitmiştir. Bunun üzerine, ilk cezasını ihlal ettiği gerekçesiyle, üç gün ağırlaştırılmış tutuklama cezasına çarptırılmıştır. Ancak Engel bu cezaya da uymamış, kışlayı yine terk ederek evine gitmiştir. Önceki iki cezayı ihlal ettiği gerekçesiyle bu kez Engel'e üç gün sert tutuklama cezası verilmiştir.

Engel'e verilen bu cezalar daha sonra hafifletilmiştir. Engel'in başvurusu üzerine şikâyet memuru; birinci ceza olan dört gün hafif tutuklama cezasını kınama cezasına, ikinci ceza olan üç gün ağırlaştırılmış tutuklama cezasını üç gün hafif tutuklama cezasına ve üçüncü ceza olan üç gün sert tutuklama cezasını da yine üç gün hafif tutuklama cezasına çevirmiştir. Hollanda Yüksek Askeri Mahkemesi ise şikâyet memuru tarafından verilen bu cezaları onamıştır.[337]

Söz konusu karara konu olan olayda ikinci başvurucu van der Wiel'dir. Hollanda ordusunda onbaşı olarak görev yapan Wiel, 30 Kasım 1970 sabahı göreve yaklaşık dört saat geç kalmıştır. Bu eylemi nedeniyle de kendisine dört gün hafif tutuklama cezası verilmiştir. Wiel'e verilen bu ceza Hollanda Yüksek Askeri Mahkemesi tarafından da onanmıştır.[338]

Bu davadaki üçüncü başvurucu ise de Wit'tir. De Wit, 11 Şubat 1971'de engebeli arazide sorumsuz bir şekilde cip kullandığı gerekçesiyle üç ay disiplin cezasına

[336] Bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 33-34.
[337] Bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 34-36.
[338] Bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 37-40.

çarptırılmıştır. Ancak bu ceza Hollanda Yüksek Askeri Mahkemesi tarafından on iki günlük ağırlaştırılmış tutuklamaya indirilmiş ve bu şekilde infaz edilmiştir.[339]

Diğer başvurucular ise Dona ve Schul'dur. Hem Dona hem de Schul o dönemde Hollanda ordusunda er olarak görev yapıyorlardı. Ayrıca bu başvurucular "*Alarm*" isimli bir derginin editörüydüler. Her iki başvurucu da içeriği nedeniyle yasaklanan bir yazının dağıtımını yaptıkları gerekçesiyle (en ağır ceza olan) bir disiplin birimine sevk edilme cezasına çarptırıldılar. Dona üç ay, Schul ise kendi şahsi durumu nedeniyle dört ay bir disiplin birimine sevk edilme cezasına çarptırılmıştı ve bu ceza Hollanda Yüksek Askeri Mahkemesi'nden geçerek kesinleşmişti.[340]

b. AİHM'nin Tespit ve Değerlendirmeleri

Söz konusu olayda başvurucular, iç hukuk yollarını tükettikten sonra AİHS'nin birden çok maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuşlardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öncelikle, AİHS'nin asker kişileri de koruma altına aldığını, ancak askerlik hizmetinin doğasından kaynaklanan sebeplerle silahlı kuvvetler mensuplarının sivil kişilere göre daha fazla kısıtlama ile karşılaşabileceklerini vurgulamıştır. Dolayısıyla sözleşmeci devletlerin, bu kişilerin hareket özgürlüğü üzerinde geniş sınırlamalar getirmesi olağandır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmeci devletlerin uzun bir süredir disiplin hukuku ile ceza hukuku arasında bir ayrım yaptıklarını, genellikle; disiplin cezasının daha hafif olarak düzenlendiğini, yine disiplin cezasının kişinin sabıka kaydına işlenmediğini ve sonuçları itibariyle daha sınırlı sonuçlara yol açtığını, ancak ceza hukukuna ilişkin süreçlerde kişilere daha fazla güvence ve teminat sağlandığını belirtmiştir.[341]

Bu noktada AİHM, sözleşmeci bir devlette yer alan sınıflandırmaların, önüne gelen uyuşmazlıklarda dikkate alınıp alınmayacağını tartışmaya açmıştır. Çünkü Hollanda Devleti, başvuruya konu olayın AİHS'nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilmesi noktasında, söz konusu cezanın "*disiplin*" cezası olduğunu, AİHS'nin

[339] Bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 41-42.
[340] Bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 43-51.
[341] Bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 80.

6. maddesinin[342] "*medeni hak ve yükümlülüklerle*" veya "*cezai*" alandaki bir suçlamayla ilgili yargılamalarda geçerli olabileceğini, "*disiplin*" cezasının ne "*medeni hak ve yükümlülüklerle*" ne de "*cezai*" alandaki bir suçlamayla ilgisi olmadığı için AİHS'nin 6. maddesinin disiplin cezaları bakımından herhangi bir koruma getirmediğini ileri sürmüştür.[343]

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi, sözleşmeci devletlerin ceza hukuku ile disiplin hukuku şeklinde iki farklı disiplin oluşturmalarına ve bu iki disiplin arasında farklılık meydana getirmelerine kuşkusuz izin vermektedir.[344] Dolayısıyla bir eylemi ceza hukuku kapsamına veya disiplin hukuku kapsamına almaları noktasında devletlerin takdir yetkisi bulunmaktadır.

Ancak AİHM, sözleşmeci devletlerin takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmekle birlikte söz konusu kararda şu şerhi düşmüştür: "… *Eğer Sözleşmeci Devletler kendi takdirlerine bağlı olarak bir suçu cezai yerine disiplin suçu olarak sınıflandırabilselerdi ya da 'karma' bir suçun failini cezai düzlemde değil de disiplin düzleminde yargılayabilselerdi, 6. ve 7. maddelerin temel hükümlerinin (md. 6, md. 7) işleyişi egemen iradelerine tabi olurdu. Bu kadar geniş bir serbestlik, Sözleşme'nin amacı ve hedefiyle bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir*…"[345]

Dolayısıyla AİHM'ye göre, bir fiili cezai fiil veya disiplin fiili şeklinde sınıflandırma konusunda devletlerin sınırsız takdir yetkisi olursa devletler, cezai alana giren bir fiili disiplin alanına dâhil ederek özellikle AİHS'nin 6. ve 7. maddelerinin koruması dışında bırakabilirler. Bu durumda Sözleşme hükümlerinin uygulanması devletlerin iradesine bırakılmış olur ki, böyle bir serbestlik Sözleşme'nin amacı ile bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir.

---

[342] Sözleşme'nin 6. maddesinin 1. fıkrasının birinci cümlesi şu şekildedir: "*Herkes davasının, **medeni hak ve yükümlülükleriyle** ilgili uyuşmazlıklar ya da cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamaların esası konusunda karar verecek olan, yasayla kurulmuş, bağımsız ve tarafsız bir mahkeme tarafından, kamuya açık olarak ve makul bir süre içinde görülmesini isteme hakkına sahiptir.*"

[343] Bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 80-81.

[344] Nitekim AİHS'nin 7. maddesinde yer alan; "*Hiç kimse, işlendiği zaman **ulusal** veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz.*" şeklindeki hükümden de anlaşılacağı üzere, sözleşmeci bir devlet kendi toplumsal yapısına ve kamu düzenine göre bir eylemi "suç" olarak nitelendirme konusunda takdir yetkisine sahiptir.

[345] Bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 81.

Yukarıda bahsettiğimiz ve AİHM'nin tartışmaya açtığı konuya tekrar dönecek olursak; AİHM, sözleşmeci bir devlette yer alan sınıflandırmaların kendisini bağlamadığını ve bir isnadın cezai bir isnat olup olmadığını belirleme yetkisinin kendisinde olduğunu söylemiştir. Ayrıca AİHM, bu tespitin sonucu olarak da somut olayda, askeri alandaki bir isnadın Devlet tarafından "*disipliner*" nitelikte sayılmasına rağmen, bu isnadın "*cezai*" nitelikte olup olmadığının nasıl tespit edileceği sorusuna yanıt aramıştır.

Mahkeme davaya konu isnatların "*cezai alanda bir suçlama*" olup olmadığını ortaya koymak için bazı kriterler geliştirmiştir. *Engel Kriterleri*[346] olarak da bilinen bu kriterler şunlardır:

1- İç Hukuktaki Sınıflandırma,

2- Suçun Niteliği,

3- Kişinin Çarptırıldığı Cezanın Ağırlığı.

Bu kriterler doğrultusunda; öncelikle "*başlangıç noktası*" olarak isnat konusu fiilin davalı devletin iç hukukunda ceza hukuku alanında mı, disiplin hukuku alanında mı yoksa her ikisinde de mi düzenlendiği tespit edilmelidir. Eğer isnat konusu fiil davalı devletin ceza hukuku alanında düzenlenmişse fazlaca araştırma yapmaya gerek yoktur. Söz konusu isnat "*cezai alanda bir suçlama*" olarak kabul edilecek ve Sözleşme'nin özellikle 6. ve 7. maddelerinin korumasından yararlanacaktır.[347] Ancak isnat konusu fiil davalı devletin disiplin hukuku alanında düzenlenmişse o halde ikinci ve üçüncü kriterlere göre değerlendirme yapılacaktır. Görüleceği üzere ilk kriter biçimsel ve göreceli[348] bir değere sahiptir.

---

[346] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ryan Goss, "The Engel Criteria", 4 vd. Anayasa Mahkemesi de bireysel başvuru kararlarında bu kriterleri dikkate almaktadır. Örneğin AYM *Ahmet Bican Kırker Başvurusu'*nda şu ifadelere yer vermiştir: "*... AİHM, 6. maddenin cezai boyutunu, Engel kriterleri olan üç kritere dayandırmaktadır. İlk kriter suçun ulusal hukuktaki nitelendirilmesi, ikinci kriter suçun niteliği ve üçüncü kriter ise ilgili kişiye verilebilecek olan cezanın ağırlığıdır (Ramos Nunes de Carvalho e Sá/Portekiz [BD], B. No: 55391/13, 6/11/2018, § 122). AİHM ayrıca cezanın niteliğini de değerlendirmiştir (Öztürk/Almanya [GK], B. No: 8544/79, 21/2/1984, § 50)...*" Bkz. Ahmet Bican Kırker [2. B.], B. No: 2019/2683, 12.07.2023, § 32 vd.

[347] Mahkeme'nin deyimiyle; "*suçlu kavramının özerkliği adeta tek yönlü işler*." Bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 81.

[348] İsnat konusu fiil bir devlette ceza hukuku alanında diğer bir devlette ise disiplin hukuku alanında düzenlenebileceği için burada "göreceli" ifadesi kullanılmıştır.

İkinci olarak suçun "*gerçek*" niteliği büyük bir öneme sahiptir. Bu noktada, söz konusu hukuk kuralının sadece belirli bir guruba yönelik olup olmadığı ya da geneli bağlayıcı bir karakterde olup olmadığı, davanın kanunen infaz yetkileri bulunan bir kamu organı tarafından açılıp açılmadığı, hukuk kuralının caydırma veya cezalandırma amacı bulunup bulunmadığı, hukuk kuralının genellikle ceza hukuku tarafından korunan kamunun genel çıkarlarını korumayı amaçlayıp amaçlamadığı, herhangi bir cezanın verilmesinin suçluluğa bağlı olup olmadığı ve karşılaştırılan usullerin Avrupa Konseyi'ne üye diğer devletlerde nasıl sınıflandırılmış olduğu gibi unsurlar yönünden inceleme yapılması gerekmektedir. Eğer bu unsurlardan birisi veya birkaçı mevcutsa söz konusu isnat "*cezai alanda bir suçlama*" olarak kabul edilecektir.[349]

Üçüncü kriter ise "*kişinin çarptırıldığı cezanın ağırlığı*" kriteridir. Bu noktada belirtmek gerekir ki ikinci kriter ile üçüncü kriter birbirinin alternatifidir. Dolayısıyla ikinci kriter gereğince söz konusu isnat "*cezai alanda bir suçlama*" olarak kabul edildiyse o halde üçüncü kritere bakmaya gerek yoktur.[350] AİHM, eğer ceza alma riski taşıyan kimsenin alabileceği cezanın ağırlık derecesi dikkate alınmayacak olursa yapacağı denetimin sadece görüntüde kalacağını belirtmektedir.[351] AİHM'ye göre, hukukun üstünlüğüne bağlı toplumlarda, verilen cezadan kaynaklanan özgürlükten yoksun bırakma halleri (örneğin hapis cezası veya diğer ciddi özgürlükten yoksun bırakma halleri) "*cezai*" alana girer; ancak doğası, süresi ve infaz tarzı bakımından zarar verici (*detrimental*) olmayan özgürlükten yoksun bırakma halleri bunun dışındadır.[352]

Mahkeme somut olayı belirlemiş olduğu bu kriterler çerçevesinde çözümlemeye çalışmıştır. Başvurucular hakkındaki isnatlar Hollanda'da disiplin hukuku içerisinde sınıflandırıldığı için sırasıyla ikinci ve üçüncü kriterler değerlendirilmiş ve somut olayda üçüncü kriter üzerinde durulmuştur. Mahkeme sonuç olarak de Wit (üç ay disiplin cezası-sonrasında 12 gün ağırlaştırılmış tutuklama), Dona (üç ay disiplin birimine sevk edilme

[349] Bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 82.
[350] "… *AİHM'e göre Sözleşme'nin 6. maddesinin cezai süreçler bakımından kapsamının belirlenmesinde Engel ve diğerleri/Hollanda başvurusuna ilişkin kararda altı çizilen ikinci ve üçüncü kriterlerin birlikte uygulanması gerekli değildir. Yine de her bir kriterin ayrı ayrı analizi üzerinden sonuca varılamayan durumlarda kriterlerin kümülatif olarak değerlendirilmesine ilişkin bir yaklaşım da benimsenebilir*…" Bkz. Ahmet Bican Kırker [2. B.], B. No: 2019/2683, 12.07.2023, § 36.
[351] Ryan Goss, "The Engel Criteria", 15 vd.
[352] Bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 82.

cezası) ve Schul (dört ay disiplin birimine sevk edilme cezası) hakkındaki isnatların "*cezai alanda bir suçlama*" olarak kabul edilmesi gerektiğini ve dolayısıyla Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında incelenmesi gerektiğini tespit etmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararda, Sözleşme'de yer alan kavram ve terimlerin anlamlarının tespiti noktasında son sözü söyleme yetkisinin kendisinde olduğunu, bu yetkinin sözleşmeye taraf devletlere verilmesi durumunda sözleşmeci devletlerin AİHS'nin bazı hükümlerinin uygulanmasını devre dışı bırakabileceğini açıkça belirtmesi oldukça önemlidir. Çünkü bu yorum tarzı "*özerk kavramlar doktrini*" olarak adlandırdığımız doktrinin ortaya çıkmasını ve her geçen zaman diliminde daha da gelişmesini sağlamıştır.

3. Chassagnou ve Diğerleri v. Fransa Kararı

AİHM'nin "özerk kavramlar doktrini"ni esas alarak sonuca ulaştığı önemli kararlardan birisi olan *Chassagnou ve Diğerleri/Fransa*[353] başvurusundan kısaca bahsetmek kanaatimizce faydalı olacaktır.

Başvuruya konu olayda; başvurucular, *Onaylı Belediye Avcıları Birliği'ne (Associations Communales de Chasse Agréées) (ACCA)* zorunlu üyeliğin, Sözleşme'nin 11. maddesi kapsamında örgütlenme özgürlüklerini ihlal ettiğinden şikâyetçi olmuşlardır.[354] Şöyle ki, başvurucular avlanmaya etik olarak karşı olmalarına rağmen, Fransa'da yürürlüğe giren bir kanun[355] ile arazileri üzerindeki avlanma haklarını ACCA'lara (*Onaylı Belediye Avcıları Birliği'ne)* devretmek ve otomatik olarak bu derneklere üye olmak zorunda bırakılmışlardır. Başvurucular, bir hürriyetin pozitif ve negatif olmak üzere iki yönü bulunduğunu, kişinin o hürriyeti kullanma ve kullanmama

[353] Bkz. Chassagnou ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29.04.1999.
[354] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü" başlıklı 11. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Herkes barışçıl olarak toplanma ve dernek kurma hakkına sahiptir. Bu hak, çıkarlarını korumak amacıyla başkalarıyla birlikte sendikalar kurma ve sendikalara üye olma hakkını da içerir*."
[355] "Loi Verdeille" olarak bilinen 10 Temmuz 1964 tarihli ve 64-696 sayılı Kanun, onaylanmış belediye avcı derneklerinin (Associations communales de chasse agréées – "ACCAs") ve onaylanmış belediyeler arası avcı derneklerinin (Associations inter-communales de chasse agréées – "AICAs") kurulmasını öngörüyordu. Kanun'da bu derneklerin amaçlarının "*avlanma alanlarında av hayvanlarının stoklarının artmasını, haşaratın yok edilmesini ve kaçak avlanmanın önlenmesini teşvik etmek, üyelerine mülkiyet haklarına veya ürünlere müdahale etmeden nasıl avlanacaklarını öğretmek ve genel olarak avcılığın teknik organizasyonunu iyileştirerek bu sporun daha tatmin edici bir şekilde yapılmasını sağlamak*" olduğu belirtilmektedir. Bu amaçla Kanun, 20 hektardan daha küçük arazi sahiplerinin, belediyelerinde kurulan herhangi bir ACCA'ya üye olmalarını ve arazileri üzerindeki avlanma haklarını bu kuruluşa devretmelerini öngörüyordu.

yönünde kararlar alabileceğini, bu nedenle söz konusu olayda bir derneğe "*zorla*" üye yapılmalarının "dernek kurma özgürlüğü"nün negatif tarafını ihlal ettiğini iddia etmişlerdir. Yani başvuruculara göre, herhangi bir derneğe zorunlu üyelik, bir derneğe katılmama hürriyetini ihlal eder.

Davalı Devlet (Fransa), söz konusu iddialara ilişkin savunmasında, örgütlenme hürriyetinin AİHS'nin 11. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen[356] sınırlamalara uygun bir şekilde sınırlandırıldığını (örneğin; kamu yararı sebebiyle söz konusu hürriyetin sınırlandırıldığını) ileri sürmemiştir. Bunun yerine, Fransız hukukunda ACCA'ların hiçbir şekilde dernek statüsünde olmadığını ve bu nedenle herhangi bir ihlal sorununun ortaya çıkamayacağını ileri sürmüştür. Fransa'ya göre, ACCA'lar, iç yönetim organları derneklere benzemekle birlikte, Anayasal olarak derneklerden açıkça ayrı olan yarı-idari kamu kuruluşlarıdır. Dolayısıyla davalı Devletin iddiasına göre, ortada kamu hukuku kurallarına tabi bir kurum söz konusu olduğu için örgütlenme hakkının uygulanması ve dolayısıyla sınırlandırılması söz konusu olamaz.[357]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi; "… *sorun, Fransız hukukunda ACCA'ların özel dernek, kamu hukuku derneği, yarı idari kamu derneği ya da karma dernek olup olmadığından ziyade, Sözleşme'nin 11. maddesinin amaçları doğrultusunda dernek olup olmadıklarıdır…*" şeklinde değerlendirmelerde bulunmuş ve "*… 'dernek' terimi özerk bir anlama sahiptir; ulusal hukuktaki sınıflandırma sadece göreceli bir değere sahiptir ve bir başlangıç noktasından fazlasını teşkil etmez*…" demiştir.[358] Dolayısıyla AİHM'ye göre önemli olan husus, söz konusu derneğin Fransız hukukunda nasıl sınıflandırıldığı değil; AİHS'nin 11. maddesinin korumasından yararlanabilecek dernek statüsüne sahip olup olmadığıdır. Mahkeme'ye göre; "… *Sözleşmeci Devletler, kendi takdirlerine bağlı olarak, bir derneği 'kamusal' veya 'yarı-idari' olarak sınıflandırarak 11. madde kapsamından çıkarabilselerdi, bu onlara öyle bir serbestlik sağlardı ki, teorik veya hayali*

[356] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü" başlıklı 11. maddesinin 2. fıkrasına göre; "*Bu hakların kullanılması, kanunla öngörülen ve demokratik bir toplum içinde ulusal güvenliğin, kamu güvenliğinin korunması, kamu düzeninin sağlanması ve suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli olanlar dışındaki sınırlamalara tabi tutulamaz. Bu madde, silahlı kuvvetler, kolluk kuvvetleri veya devlet idaresi mensuplarınca yukarda anılan haklarını kullanılmasına meşru sınırlamalar getirilmesine engel değildir*."

[357] Başvuruculara göre, bir derneğin kuruluşunun kamu makamları tarafından onaylanması o derneği kamu hukukuna tabi dernek yapmaz. Somut olayda avcılar derneği, herhangi bir kamu otoritesi imtiyazına sahip değildir. Bu nedenle söz konusu derneğin "özel hukuk kurallarına" tabi olduğunu iddia etmişlerdir.

[358] Chassagnou ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29.04.1999, § 100.

değil, pratik ve etkili hakları korumak olan Sözleşme'nin amacı ve hedefi ile bağdaşmayan sonuçlara yol açabilirdi…"[359] Sonuç olarak AİHM, ACCA'ların 11. maddenin amaçları doğrultusunda dernek statüsünde olduğunu kabul etmiş[360] ve ihlal kararı vermiştir.

B. Özerk Kavramlar Doktrininin Dayanağı, Kullanımı ve Kullanım Amaçları

1. Genel Olarak

Özerk kavramlarda ortaya çıkan insan hakları ihlalinin kendine özgü bir yanı vardır. Şöyle ki; özerk kavramlar ile ilgili önemli kararlar olan hem *Engel* hem de *Chassagnou* kararlarından da anlaşılacağı üzere, aslında sözleşmeci devlet, hakkın kullanılmasına olanak sağlayan yasal koşulları AİHS kapsamında yerine getirmiştir. Örneğin; *Engel* davasında, davalı Devlet olan Hollanda, adil yargılanma hakkı ile ilgili bütün güvenceleri mevzuatında sağlamıştır. Suçlamanın niteliğini ve sebebini en kısa sürede, anladığı bir dilde ve ayrıntılı olarak açıklamak; savunma için gerekli zamanı ve kolaylıkları sağlamak; müdafi yardımından yararlanmayı sağlamak; tanıkların dinlenmesine izin vermek vs.[361] Benzer şekilde *Chassagnou* davası özelinde de davalı Devlet olan Fransa, dernek kurma ve örgütlenme özgürlüğüne ilişkin olarak kendi iç

---

[359] Benzer yönde bkz. Artico/İtalya, Başvuru No: 6694/74, 13.05.1980, § 33. Benzer başka bir dava olan Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye başvurusunda, siyasi parti kapatma olayı ile ilgili olarak hükümet, AİHS'nin 11. maddesinin dernek kurma özgürlüğünü güvence altına aldığını ancak derneğin feshedilmesini engellemediğini ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme, örgütlenme özgürlüğünün sadece siyasi parti kurma hakkını değil, aynı zamanda böyle bir partinin kurulduktan sonra siyasi faaliyetlerini özgürce sürdürme hakkını da güvence altına aldığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre; "… *Eğer 11. madde tarafından güvence altına alınan hak, bir derneğin kurulmasıyla sınırlı olsaydı, büyük ölçüde teorik ve hayali olurdu, çünkü ulusal makamlar Sözleşme'ye uymak zorunda kalmadan derneği derhal dağıtabilirlerdi. Bu nedenle, 11. maddenin sağladığı koruma bir derneğin tüm yaşamı boyunca devam eder ve bir ülkenin yetkilileri tarafından bir derneğin feshedilmesi, bu hükmün 2. paragrafındaki gereklilikleri karşılamalıdır...*" Bkz. Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 133/1996/752/951, 30.01.1998, § 33.

[360] AİHM bu kanaate ulaşırken şu gerekçeleri belirtmiştir; "… *ACCA'ların varlıklarını Parlamento iradesine borçlu oldukları doğrudur, ancak Mahkeme yine de 1 Temmuz 1901 tarihli Kanun uyarınca kurulmuş dernekler olduklarını ve avcılardan veya arazi veya avlanma hakkı sahiplerinden ve dolayısıyla hepsi de a priori olarak arazilerini avlanma amacıyla bir araya getirmek isteyen özel şahıslardan oluştuğunu belirtmektedir… Benzer şekilde, valinin bu derneklerin çalışma şeklini denetlemesi, Devlet yapıları içerisinde bütünleşik kaldıkları iddiasını desteklemek için yeterli değildir (bkz. mutatis mutandis, 23 Haziran 1981 tarihli Le Compte, Van Leuven ve De Meyere/Belçika kararı, Seri A no. 43, s. 26-27, § 64). Ayrıca, Loi Verdeille kapsamında ACCA'ların idari, kural koyma veya disiplin gibi olağan hukukun yörüngesi dışında imtiyazlara sahip oldukları veya meslek birlikleri gibi bir kamu otoritesinin süreçlerini kullandıkları iddia edilemez…*" Chassagnou ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29.04.1999, § 100-101.

[361] Letsas, *A Theory of Interpretation*, 43.

hukukunda AİHS kapsamında öngörülen asgari güvenceleri teminat altına almıştır. Ancak burada sorun, sözleşmeci devletlerin söz konusu hakkı tanıyan ve güvence altına alan mevzuata sahip olup olmadıkları veya ulusal mahkemelerin bu mevzuatı uygulayıp uygulamadıklarıyla ilgili değil; ulusal mevzuatın *kapsamının* AİHS çerçevesinde yeterli olup olmadığıyla ilgilidir.[362] Nitekim söz konusu davalarda başvurucular da ilgili hakkın kapsamının yaşadıkları somut olay bakımından da güvenceler sağladığını ileri sürmüşlerdir. Buna karşılık sözleşmeci devlet, söz konusu iddiaların hakkın *kapsamı dışında* kaldığını savunmuştur.[363]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise sözleşmeci devletin kendi yapmış olduğu *sınıflandırmalar* ile bazı alanları Sözleşme'de korunan hakların kapsamı dışına çıkarıp çıkarmadığını; diğer bir ifade ile Sözleşme'de yer alan bir kavramın bazı örneklerini Sözleşme'nin güvencesinden mahrum bırakıp bırakmadığını denetlemiştir.[364]

Bu tür ihlal iddialarını diğer ihlal iddialarından ayıran bazı ilginç özellikler bulunmaktadır. Öncelikle başvurucu, sözleşmeci devletin hukuki bir kavrama yüklediği anlamı ihlal iddiasının dayanağı yapmaktadır. Başvurucu, hukuki kavramın anlamı noktasında, ilgili sözleşmeci devletteki hem yasama organının hem yargı organının hem de diğer bütün resmi organların yanılgı içerisinde bulunduklarını iddia etmektedir. İkinci olarak başvurucuların iddiaları *dolaylıdır.* Örneğin; *Engel* başvurusu üzerinden açıklayacak olursak, başvurucular *disiplin suçlarının* da *cezai suç* kapsamında olduklarını ve bu nedenle de adil yargılanma hakkından yararlandırılmaları gerektiğini ileri sürmüşlerdir. Dolayısıyla, başvurucuların esas iddiaları ulusal hukuktaki sınıflandırmanın yanlışlığı üzerine kurulu olduğu için, ulusal hukuktaki sınıflandırmanın doğru olması durumunda, herhangi bir haklarının da ihlal edilmediğini kabul etmektedirler. Üçüncü olarak AİHS'deki bir kavramın bazı örnekleri (her ne kadar yasal dayanağı bulunsa ve ulusal mahkemeler tarafından bu yasal dayanak genel olarak benimsense bile) sözleşmeci devletler tarafından yanlış sınıflandırılabilir. Dolayısıyla devlet sınıflandırması

[362] Diğer taraftan, iç mevzuatın ihlal edilip edilmediği AİHM'nin yetki alanında bulunmamaktadır. Başka bir ifade ile ulusal hukukun usulüne uygun bir şekilde uygulanıp uygulanmadığı hususu ile AİHM ilgilenmemektedir. Bkz. Letsas, *A Theory of Interpretation*, 44. (20. dipnot).

[363] *Engel* Başvurusu'nda Hollanda, başvuruya konu olayın "disiplin hukukuna" ilişkin olduğunu, cezai bir suçlama olmadığını ve bu nedenle AİHS'nin 6. maddesi kapsamında bir ihlalden söz edilemeyeceğini savunmuştur. Aynı şekilde *Chassagnou* başvurusunda da Fransa, uyuşmazlığa konu olayda AİHS'nin 11. maddesi kapsamında bir derneğin söz konusu olmadığını iddia etmiştir.

[364] Bkz. Chassagnou ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29.04.1999, § 99-100.

AİHM'nin görüşüne göre *yanılabilirlik* özelliğine sahiptir. Dördüncü olarak, her ne kadar sözleşmeci devlet sınıflandırması AİHM'ye göre *yanılabilirlik* özelliğine sahip olsa da "özerk kavramların" anlamını belirlemede görece bir değere sahiptir ve başlangıç noktasını oluşturur. Bu nedenle AİHS kavramları ile ulusal mevzuat arasında karşılıklı bir etkileşim bulunmaktadır. Beşinci ve son olarak, sözleşmeci devlet temel hak ve hürriyetlerin korunması noktasında *iyiniyetli* olsa bile, yapmış olduğu *hatalı* sınıflandırma nedeniyle ihlale sebebiyet vermiş olabilir.[365]

"*Özerk kavramlar doktrini*" ile ilgili önemli çalışmalar yapan George Letsas özerk kavramlardaki ihlali şu şekilde özetlemektedir:[366]

1. Sözleşmeci devlet, mevzuatında, X hakkının korunması için gerekli tüm güvenceleri sağlamış görünmektedir.
2. Devlet, mevzuatında veya yargı kararlarında, X hakkının bazı örneklerini sınıflandırarak yetkili bir şekilde tanımlamış veya nitelendirmiştir.
3. Sınıflandırma, AİHM'nin görüşüne göre, X kavramına ait olan bazı örnekleri bu kavramın kapsamı dışında bırakmaktadır.
4. Kapsam dışı bırakılan örnekler, kavramın kapsamı içinde kalan örnekler gibi devlet tarafından gerekli korumadan yararlanamaz.
5. Kapsam dışı bırakılan örnekler nedeniyle bazı kişilerin durumu fiilen etkilenmiştir.
6. Durumu fiilen etkilenen bu bireyler, sınıflandırmanın ardındaki mantığa itiraz ederek ihlal iddiasında bulunmaktadır.
7. Mahkeme X hakkının ihlal edildiğini tespit etmiştir.

Görüleceği üzere, AİHM, "özerk kavramlar doktrini" ile belirli bir kavramın yorumlanması üzerinde açık bir kontrol sağlayarak yargılama yetkisini güçlendirmektedir. Mahkeme'ye göre, ilgili kavramın ulusal hukuktaki anlamı sadece göreceli bir değere sahiptir ve bir başlangıç noktasından fazlasını teşkil etmez.[367]

Kanaatimizce AİHM'nin yargılama yetkisini güçlendiren bu "doktrinin" dayanaklarını da ortaya koymak gerekmektedir.

[365] Letsas, *A Theory of Interpretation*, 43 vd.
[366] Letsas, *A Theory of Interpretation*, 44-45.
[367] McBride, *The Doctrines And Methodology*, 10 vd.

2. Özerk Kavramlar Doktrininin Dayanağı

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, AİHM'nin Sözleşmeyi "özerk" bir şekilde yorumlayabileceğine ilişkin Mahkemeye verilmiş açık bir yetki yoktur.[368] Mahkeme de "özerk yorum" yaparken, bu yetkisinin kaynağını açıklamamakta; herhangi bir maddeye atıf yapmamaktadır.

Esasında, AİHM'nin "özerk yorum" yoluyla bazı kavramlara "*Avrupai*" bir anlam vermeye çalıştığını söyleyebiliriz. Hanneke Ceciel Katrijn Senden'e göre, özerk yorum, kavramlara özel bir anlam verilebileceğini öngören Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 4. fıkrasına[369] dayanılarak gerekçelendirilebilir.[370] Senden ayrıca, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin uluslararası bir örgütün kendi kurallarının uygulanmasına öncelik veren 5. maddesinin[371] de özerk yorumun gerekçesini oluşturduğunu ileri sürmektedir.[372] Benzer şekilde Ganshof Van Der Meersch de, AİHS'nin amacı ve hedefi göz önüne alındığında, söz konusu hükmün tek başına özerk yorum ilkesine dayanak oluşturacağını belirtmektedir.[373] Ancak kanaatimizce, gerek Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 4. fıkrası gerekse de 5. maddesi "özerk yorum"a doğrudan dayanak olarak gösterilebilecek hükümler olmaktan uzaktırlar. Bu hükümler, kanaatimizce en fazla "destekleyici" hüküm olabilirler. Çünkü Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 31. maddesinin 4. fıkrası kapsamında, AİHS'ye taraf devletlerin AİHS'de kullandıkları kavramlara "özel bir anlam" vermek istediklerine ilişkin gerek Sözleşme'de gerekse başkaca belgelerde herhangi bir ibare yoktur. Yine Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 5. maddesi, AİHS ile Viyana

---

[368] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi üyeliği yapmış Franz Matscher, özerk yorum ilkesinin kullanımının oldukça açık olduğunu iddia ederek şöyle demektedir: "*Özerk yorumun çok taraflı sözleşmeler ve özellikle Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi gibi kural koyucu belgeler için en uygun yöntem olduğunu söylemeye gerek yoktur*." Bkz. Öztürk/Almanya, Başvuru No: 8544/79, 21.02.1984, Muhalefet Şerhi, § A-2.

[369] Söz konusu hükme göre; "*Tarafların bir terime özel bir mana vermek istedikleri tespit edilirse, o terime o mana verilir*." Kaya, *Temel Belgeler*, 82.

[370] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 78.

[371] Söz konusu maddeye göre; "*Bu Sözleşme bir milletlerarası örgütün kurucu belgesi olan herhangi bir andlaşmaya ve bir milletlerarası örgüt çerçevesinde kabul edilen herhangi bir andlaşmaya, örgütün herhangi bir ilgili iç tüzük hükmüne halel gelmemek üzere, uygulanır*."

[372] Bkz. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 78.

[373] Ganshof Van Der Meersch, "Le caractère «autonome» des termes et la «margin d'appréciation» des gouvernements dans l'interprétation de la Convention européenne des Droits de l'Homme" in *Protecting Human Rights: the European Dimension*, ed., Matscher, Petzold, Wiarda, (Cologne: Karl Heymans Verlag, 1988), 205. Aktaran; Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 78. Benzer yönde görüşler için bkz. Vande Lanotte, "Interpretatie- en toepassingsbeginselen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens" in *Handboek EVRM (deel 1)*, ed., Vande Lanotte ve Haeck, (Antwerp: Intersentia, 2005), 186; Franz Matscher, "Methods of Interpretation", 71.

Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi arasındaki bir çatışmada, AİHS'nin geçerli olacağını ifade etmektedir. AİHS'de "özerk yorum"a ilişkin herhangi bir açık hüküm olmadığı için Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 5. maddesi de özerk yorumun doğrudan kaynağı olmaktan uzak bir hükümdür.

Özerk yoruma, Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi kapsamında bir dayanak bulunmak isteniyorsa, kanaatimizce bu hüküm öncelikle 31. maddenin 1. fıkrası[374] olmalıdır. Zira bu hükümde açıkça, Sözleşme'nin konu ve amacı ışığında yorumlanması gerektiğinden bahsedilmektedir.

Bunun haricinde kanaatimizce özerk yorumun dayanağı olarak gösterilebilecek gerekçeler şunlardır:

Öncelikle, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin giriş kısmında, temel hak ve hürriyetlerin *etkin* olarak tanınmasının, *uygulanmasının* ve *geliştirilmesinin* amaçlandığı belirtilmektedir. Dolayısıyla AİHM'nin de AİHS'de yer alan hak ve hürriyetlerin *etkin bir şekilde korunmasını sağlamak* amacıyla özerk yoruma başvurduğunu söyleyebiliriz.[375] Nitekim AİHM de Sözleşme'nin, bireylerin korunmasına yönelik bir antlaşma olarak özel niteliği ışığında yorumlanması gerektiğini ve güvencelerin, hak ve hürriyetleri pratik ve etkili kılacak şekilde uygulanması gerektiğini belirtmiştir.[376]

İkinci olarak, ulusal koruma düzeyinin veya belirli kavramların ulusal tanımı ve sınıflandırılmasının, AİHM içtihadının belirleyici unsuru olarak kabul edilmesi halinde Sözleşme'nin amacı ve temel hak ve hürriyetlerin etkin bir şekilde korunması tehlikeye girecektir.[377] Çünkü bu durumda sözleşmeci devletler, AİHS'nin uygulanabilirliğini belirleyen terim ve kavramları dar bir şekilde tanımlayarak ve bazı örnekleri kapsam dışı

[374] Söz konusu hükme göre; "*Bir andlaşma, hükümlerine andlaşmanın bütünü içinde ve konu ve amacının ışığında verilecek alelade manaya uygun şekilde iyi niyetle yorumlanır.*"
[375] Benzer yönde bkz. Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 153-154.
[376] Bkz. Cruz Varas ve Diğerleri/İsveç, Başvuru No: 15576/89, 20.03.1991, § 94.
[377] Janneke Gerards, *General Principles of the European Convention on Human Rights*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2019), 67; Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 78.

tutarak AİHM'nin denetiminden kaçabileceklerdir.[378] Diğer bir ifade ile devletler, AİHS gerekliliklerine uyma zorunluluğundan kaçınma özgürlüğüne sahip olacaklardır.[379]

Üçüncü olarak, özerk yorum yapılmadığında, yani Sözleşme'deki kavramların anlamlarının ulusal hukuka bırakıldığı durumlarda, ulusal hukuktaki koruma düzeyi farklılık göstereceği için Sözleşme herkese eşit bir şekilde uygulanamayacaktır. Sözleşmeci devletler farklı yaklaşımlar sergileyeceği için, bir devletteki kişi AİHS'nin güvencelerinden yararlanabilirken diğer bir devletteki kişi bu güvencelerden mahrum kalabilecektir.[380]

Dördüncü olarak, AİHS'nin giriş kısmında; Avrupa Konseyi'nin amacının, üyeleri arasında daha sıkı bir birlik oluşturmak olduğu ve insan hakları ile temel hürriyetlerin korunması ve geliştirilmesinin bu amaca ulaşma yollarından birisi olduğu vurgulanmıştır. Yine ayrıca dünyada barış ve adaletin sağlanmasına katkıda bulunacak hususlardan birisinin de insan hakları konusunda *ortak bir anlayış* ve *ortaklaşa saygı* esası olduğu vurgulanmıştır. Bu olgu da özerk yorumu haklılaştırmaktadır.

---

[378] Güncel bir kararında AİHM bu hususu şu şekilde vurgulamıştır: "… *Mahkeme'ye göre, eğer bir tedbirin cezai niteliği, Sözleşme'nin amaçları doğrultusunda, sadece ilgili bireyin iç hukukta suç olarak nitelendirilen bir fiili işlemiş ve bir ceza mahkemesi tarafından bu suçtan suçlu bulunmuş olması temelinde belirlenecek olsaydı, bu durum 'ceza'nın özerk anlamı ile tutarsız olurdu … Özerk bir ceza kavramı olmaksızın, Devletler cezaları bu şekilde sınıflandırmaksızın uygulamakta serbest olacak ve ilgili bireyler 7 § 1 maddesi kapsamındaki güvencelerden mahrum kalacaklardır. Dolayısıyla, bu hüküm herhangi bir pratik etkiden yoksun olacaktır. Sözleşme'nin, hakları teorik ve hayali değil, pratik ve etkili kılacak şekilde yorumlanması ve uygulanması hayati önem taşımaktadır ve bu ilke 7. madde için de geçerlidir*…". Bkz. G.I.E.M. S.R.L. ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 1828/06 and 2 others, 28.06.2018, § 216.

[379] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 294.

[380] AİHM bu hususu Pellegrin/Fransa davasında şu şekilde açıklamıştır: "… *Mevcut davada taraflar, diğer bazı Sözleşmeci Devletlerde olduğu gibi Fransa'da da Devletin hizmetindeki iki personel kategorisi olan sözleşmeli memurlar ve yerleşik memurlar arasındaki ayrımdan yola çıkmışlardır … Bazı Devletlerde sözleşmeli memurların, kamu hukukuna tabi olan yerleşik memurların aksine, özel hukuka tabi oldukları doğrudur. Ancak Mahkeme, Sözleşmeci Devletlerin mevcut uygulamalarında, yerleşik memurlar ile sözleşmeli memurların sıklıkla eşdeğer veya benzer görevleri yerine getirdiklerini belirtmektedir. Uygulanacak yasal hükümlerin iç kamu hukukunun mu yoksa özel hukukun mu bir parçasını oluşturduğu, Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, kendi başına belirleyici olamaz ve her halükârda bir Devletten diğerine ve Devlet hizmetinde eşdeğer görevleri yerine getiren kişiler arasında eşitsizliğe yol açacaktır. Bu nedenle Mahkeme, 6 § 1 maddesinin uygulanması amacıyla, 'kamu hizmeti' teriminin, Sözleşme'ye Taraf Devletlerde eşdeğer veya benzer görevleri yerine getiren kamu görevlilerine, ulusal istihdam sisteminden bağımsız olarak ve özellikle memur ile idari makam arasındaki yasal ilişkinin niteliği ne olursa olsun (ister bir sözleşmede öngörülsün isterse yasal ve düzenleyici hizmet koşullarına tabi olsun) eşit muamele yapılmasını mümkün kılacak özerk bir yorumunun yapılmasının önemli olduğunu düşünmektedir*…" Bkz. Pellegrin/Fransa, Başvuru No: 28541/95, 08.12.1999, § 62-63.

3. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Yer Alan Özerk Kavramlar

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde geçen bütün kavram ve terimlerin AİHM tarafından "özerk" olarak yorumlanıp yorumlanamayacağı hususu önemli tartışma konularından birisidir. Senden'in de ifade ettiği üzere, bazı yazarlar AİHS'deki bütün hükümlerin özerk bir şekilde yorumlanabileceğini savunurken diğer bazı yazarlar ise sadece bazı hükümlerin özerk bir şekilde yorumlanabileceğini iddia etmektedirler.[381]

Konuyu genel olarak araştıran ve inceleyen ve aynı zamanda 1977-1998 yılları arasında AİHM yargıçlığı yapan Franz Matscher, Sözleşmede yer alan kavram ve terimleri üç gruba ayırmaktadır. Matscher'e göre, birinci grupta *günlük dilde* kullanılan kelimeler ("iş", "hizmet" vb.), ikinci grupta *bilimsel ve teknik ifadeler* ("bulaşıcı hastalık", "akıl hastalığı" vb.) ve üçüncü grupta ise *hukuki terminoloji* ("yasaya uygun alıkonulma", "hâkim", "yasa/hukuk", "bağımsız ve tarafsız yargı yeri" vb.) bulunmaktadır.[382] Matscher, özerk kavramlar doktrininin bu son grup olan hukuki terminoloji için geçerli olduğunu iddia etmektedir.[383]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ise Sözleşme'de yer alan ve kendince özerk olarak nitelendirdiği kavramları sınırlayıcı bir şekilde saymadığı gibi Matscher'da olduğu gibi gruplandırma yoluna da gitmemektedir.[384] Dolayısıyla AİHM'nin *özerk* olarak yorumladığı kavram ve terimlere ilişkin net bir saptamada bulunmak kolay görünmemektedir. Kaldı ki Mahkeme, zaman içerisinde, daha öncesinde *özerk* olarak yorumlamadığı kavramları da *özerk* olarak yorumlayabilmektedir. Mahkeme'nin bu tutumunun, kendi içtihatları ile kendisini sınırlandırmama anlayışından ileri geldiğini söyleyebiliriz. Ancak AİHM'nin içtihatları analiz edildiğinde, bugüne kadar Mahkeme'nin şu kavramları *özerk* olarak değerlendirdiği görülmektedir: Medeni hak ve yükümlülükler,[385] suç isnadı (cezai suçlama)[386], tanık,[387] ceza (md. 7),[388] dernek

[381] Bkz. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 176 vd.
[382] Franz Matscher, "Methods of Interpretation", 70-73; Gemalmaz, "Mülkiyet Hakkı", 127.
[383] Franz Matscher, "Methods of Interpretation", 70-73; Gemalmaz, "Mülkiyet Hakkı", 127.
[384] Örnekleyici bir sayım ve açıklama için bkz. Ufuk Ramazan Çakmak, "Özerk Yorum", 208 vd.
[385] Bkz. Ferrazzini/İtalya, Başvuru No: 44759/98, 12.07.2001, § 24.
[386] Demicoli/Malta, Başvuru No: 13057/87, 27.08.1991, § 31.
[387] Bkz. Lucà/İtalya, Başvuru No: 33354/96, 27.02.2001, § 41.
[388] Van der Velden/Hollanda, Başvuru No: 29514/05, Kabul Edilebilirlik Kararı, 07.12.2006, § 1 (The Law).

(örgüt),[389] sınırdışı,[390] mahkeme,[391] mülkiyet (zilyetlik),[392] kanun,[393] mağdur,[394] memur,[395] kamu hizmeti,[396] kanuni gözaltı,[397] hukukun üstünlüğü,[398] barışçıl toplanma,[399] akli dengesi yerinde olmayan kişiler,[400] özel hayat,[401] aile (aile hayatı),[402] konut (ev),[403] ve alkolik.[404]

Ancak yine belirtmek isteriz ki, bu sayım *sınırlayıcı* bir sayım değil; *örnekleyici* bir sayımdır.

4. Sınırlamalar: Özerk Yorum İlkesine Başvurulmayan Durumlar ve AİHM'nin "Özerk" Olarak Kabul Etmediği Kavramlar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bazı durumlarda özerk yorum ilkesine başvurmamaktadır. Bazı durumlarda ise AİHS gereği başvurmaması gerekmektedir. Yine aşağıda açıklayacağımız üzere AİHM, "yaşam hakkı" ve "din" kavramı ile ilgili başvurularda özerk yorum yapmaktan imtina etmiştir.

a. Özerk Yorum İlkesine Başvurulmayan Durumlar

(1) Ulusal Hukuktaki Tanımın AİHS'deki Tanımdan Daha Fazla Koruma Sağlaması

Özerk yorum ilkesi *tek yönlüdür.*[405] Yani sadece ulusal hukuktaki tanımın Sözleşme'deki tanımdan dar kapsamlı olması ve daha az koruma sağlaması durumunda

[389] Chassagnou ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29.04.1999, § 100.
[390] Bolat/Rusya, Başvuru No: 14139/03, 05.10.2006, § 79.
[391] Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, Yargıç Evrigenis'in Ayrık Görüşü, § 1.
[392] Gasus Dosier ve Fördertechnik GmbH/Hollanda, Başvuru No: 15375/89, 23.02.1995, § 53. Ayrıca bkz. Mehmet Akif Etgü, *Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Mülkiyet Hakkına Bakışı*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), 204.
[393] The Sunday Times/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6538/74, 26.04.1979, § 60.
[394] Asselbourg ve Diğerleri/Lüksemburg, Başvuru No: 29121/95, Kabul Edilebilirlik Kararı, 29.06.1999, § 2 (The Law).
[395] Frydlender/Fransa, Başvuru No: 30979/96, 27.06.2000, § 31.
[396] Pellegrin/Fransa, Başvuru No: 28541/95, 08.12.1999, § 63.
[397] Eriksen/Norveç, Başvuru No: 17391/90, 27.05.1997, § 74.
[398] Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983.
[399] Kudrevičius ve Diğerleri/Litvanya, Başvuru No: 37553/05, 15.10.2015, § 86.
[400] Glien/Almanya, Başvuru No: 7345/12, 28.11.2013 (Nihai Karar Tarihi: 28.02.2014), § 83.
[401] National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 48151/11 ve 77769/13, 18.01.2018 (Nihai Karar Tarihi: 18.04.2018), § 154.
[402] Marckx/Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979, § 31.
[403] Prokopovich/Rusya, Başvuru No: 58255/00, 18.11.2004 (Nihai Karar Tarihi: 18.02.2005), § 36.
[404] Witold Litwa/Polonya, Başvuru No: 26629/95, 04.04.2000, § 76.
[405] Gerards, *General Principles of the European*, 69.

özerk yoruma başvurulur. Ulusal hukuktaki güvencelerin daha kapsamlı olması halinde özerk yorum yapmayı gerektirecek bir durum da söz konusu olmayacaktır. Çünkü özerk kavramlar doktrinin ortaya çıkış amaçlarından birisi de sözleşmeci devletlerin AİHS kapsamında öngörülen yükümlülüklerini bertaraf etmek amacıyla iç hukuklarını gerekçe göstermelerinin önüne geçmektir.[406] Nitekim bu durum AİHS'nin 53. maddesi ile de uyumludur. AİHS'nin 53. maddesine göre; "*Bu Sözleşme hükümlerinden hiçbiri, herhangi bir Yüksek Sözleşmeci Taraf'ın yasalarına ve onun taraf olduğu başka bir Sözleşme uyarınca tanınmış olabilecek insan hakları ve temel özgürlükleri sınırlayacak veya onları ihlal edecek biçimde yorumlanamaz.*"

Nitekim AİHM de özerk yorum ilkesinin "*tek yönlü*" olduğuna işaret etmektedir.[407] Mahkeme *Engel ve Diğerleri/Hollanda* başvurusunda, ne zaman özerk yorum ilkesinin kullanılıp kullanılmayacağına ilişkin açıklamalarda bulunmuştur. Mahkeme'ye göre, sözleşmeci devletler, görevlerini yerine getirirken ceza hukuku ile disiplin hukuku arasında bir ayrım yapabilir ve belirli koşullara tabi olarak bu iki disiplin arasında bazı farklılıklar gözetebilirler. Çünkü AİHS sözleşmeci devletlerin bu şekilde iki farklı disiplin oluşturmasına izin vermektedir.[408] Hatta devletler, Sözleşme'nin koruduğu haklardan birisinin kullanımını teşkil etmeyen, yani Sözleşme'deki haklardan herhangi birisinin kapsamı dâhilinde olmayan bir eylemi veya ihmali Sözleşme kapsamına dâhil olacak şekilde tanımlayabilirler. Örneğin; normal koşullarda suç olarak değerlendirilmeyen bir eylemi veya ihmali, suç olarak değerlendirebilirler. İşte bu durumda özerk yorum yapılmaz ve devletin tanımı esas alınarak ortada "*cezai anlamda bir suç isnadı*" olduğu kabul edilir ve ilgili eyleme veya ihmale ilişkin AİHS'nin 6. maddesi kapsamında denetim yapılır. Ancak bunun tersi bir durum katı denetim kurallarına tabidir. Örneğin; suç olarak nitelendirilebilecek bir eylem veya ceza ilgili devlet tarafından disiplin suçu kapsamında sınıflandırılmışsa, AİHM ortada AİHS anlamında bir "suç isnadı" olup olmadığını özerk yorum ilkesi çerçevesinde değerlendirecektir. Nitekim Mahkeme *Engel ve Diğerleri/Hollanda* başvurusunda, suç olarak nitelendirilebilecek bir eylemin tamamen devletlerin takdirine bırakılamayacağını,

[406] Bkz. X./Avusturya, Application No: 3959/69, 21.07.1970; X./Federal Almanya Cumhuriyeti, Application No:4618/70, 21.03.1972.
[407] Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 81.
[408] Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 81.

aksi takdirde devletlerin suç olarak nitelendirilebilecek bir eylemi "disiplin suçu" kapsamında sınıflandırarak Sözleşme'nin 6. ve 7. maddelerinin uyuşmazlığa uygulanmasından kaçınabileceğini, bu durumun ise Sözleşme'nin amaçları ve hedefiyle bağdaşmayan sonuçlara yol açacağını vurgulamıştır.[409]

(2) AİHS'nin Açıkça Ulusal Hukuka Atıfta Bulunduğu Durumlar

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin açıkça ulusal hukuka atıfta bulunduğu durumlarda da özerk yorum ilkesi gündeme gelmeyecektir. Örneğin; AİHS'nin "*Evlenme Hakkı*" başlıklı 12. maddesinde "*evlenme ve aile kurma hakkı*" şu şekilde düzenlenmiştir: "*Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir*." Görüleceği üzere Sözleşme *evlenme ve aile kurma hakkının* "ulusal hukuka uygun bir şekilde" kullanılabileceğini açıkça düzenlemiştir. Ancak AİHM, son olarak 17.01.2023 tarihli *Fedotova ve Diğerleri/Rusya* kararında (aynı zamanda Mahkeme bu davayı "kilit dava"[410] olarak nitelendirmiştir) "eşcinsel evliliklere" ilişkin olarak farklı yönde değerlendirmelerde bulunmuştur.[411] Mahkeme söz konusu kararında, "özel hayat" ve "aile hayatı" kavramının kapsamlı bir tanıma elverişli olmayan geniş kavramlar olduğunu vurgulayarak "eşcinsel evlilikleri" *özel hayat* ve *aile hayatı* kapsamında değerlendirmeye tabi tutmuştur. Mahkeme'nin söz konusu tutumuna ve kararına yönelik ayrıntılı açıklamalar ilerleyen bölümlerde yapılacaktır. Ancak burada kısaca şu hususu belirtmek isteriz ki, Sözleşme'nin açıkça ulusal hukuka atıfta bulunduğu durumları etkisiz kılacak şekilde, yani Sözleşme'nin lafzına açıkça aykırı olacak şekilde (özerk yorum ilkesi yahut başkaca bir yorum yöntemi veya ilkesi adı altında) yorum yapılması kanaatimizce mümkün değildir. Sonuç olarak, Sözleşme'nin açıkça ulusal hukuka atıfta bulunduğu durumlarda özerk yorum yapılması mümkün değildir.

---

[409] Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 81.

[410] Kilit dava (key cases), davanın sadece başvuran kişiyi ilgilendiren sıradan bir ihlal iddiasının ötesinde, AİHS'nin yorumlanması ve uygulanması açısından stratejik bir öneme sahip olduğu dava anlamına gelmektedir. Genellikle yeni bir hukuki sorunun tartışıldığı veya sistemsel ve yapısal sorunların işaret edildiği yahut kamuoyunu ilgilendiren önemli davalar AİHM tarafından "kilit dava" olarak nitelendirilmektedir. Örneğin bkz. https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/key-cases-2025-eng, (E.T. 28.01.2026).

[411] Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14; 43439/14, 17.01.2023, § 140 vd.

b. AİHM'nin "Özerk" Olarak Kabul Etmediği Kavramlar

(1) Yaşam Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'nin 2. maddesi kapsamında, *yaşamın ne zaman başlayacağı* konusu ile ilgili olarak özerk bir yaklaşım benimsemeyi açıkça reddetmiştir.[412] Dolayısıyla Mahkeme yaşam hakkının tanımı noktasında özerk yorum ilkesini uygulamamaktadır.[413] Mahkemenin bu tutumu kanaatimizce de yerindedir. Şöyle ki; yaşam hakkının, "ovum evresi"[414] ile yani ana rahmine düşülmesi anında ya da hemen sonrasında başladığının kabul edilmesi durumunda, doğmamış bir canlının dahi yaşam hakkı AİHS'nin 2. maddesi kapsamında korunacak ve yaşam hakkı neredeyse *mutlak* bir güvenceye kavuşacaktır. Bu durumda da hangi sebeple olursa olsun bir devletin kürtaja yasal olarak izin vermesi Sözleşme ile bağdaşmayacaktır. Tam aksine yaşamın *doğum* ile başladığının kabul edilmesi durumunda ise bütün kürtaj uygulamaları AİHS'nin 2. maddesinin koruması dışında kalacak ve doğmamış çocukların *yaşam hakları* hiçbir şekilde korunamayacaktır. Dolayısıyla AİHS'nin *yaşam hakkı* başlıklı 2. maddesinin özerk ve yeknesak bir şekilde yorumlanması, Mahkeme'yi zor ve tartışmalı bir seçimle baş başa bırakacaktır. Nitekim 08.07.2004 tarihli *Vo/Fransa* davasında Mahkeme, özerk yorum yapmayı reddederek bu seçimi yapmak zorunda kalmaktan bilinçli olarak kaçınmıştır.[415] Mahkeme'ye göre, doğmamış çocukların yaşam hakkıyla ilgili konular sözleşmeci devletin takdir yetkisinde bulunmaktadır.[416]

---

[412] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 296.

[413] Gerards, *General Principles of the European*, 71.

[414] "*Döllenmeden sonraki ilk 2 haftaya ovum (dölüt) evresi denir. Sperm tarafından döllenen yumurta hücresi hızla bölünerek çoğalmaya başlar. Bu olay, hücrelerin değişerek vücut dokularını ve organlarını oluşturmasındaki ilk aşamadır.*" Bkz. https://www.cocukludunya.com/uzman-yazilari/hamilelikte-ay-ay-bebek-gelisimi.html (E.T. 15.07.2023).

[415] *"… Günümüz koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olan Sözleşme'nin evrimsel yorumuna rağmen, yaşam hakkının ne zaman başladığı meselesinin, Mahkeme'nin genel olarak Devletlerin bu alanda sahip olması gerektiğini düşündüğü takdir marjına girdiği sonucuna varılmaktadır (bkz. 25 Nisan 1978 tarihli Tyrer/Birleşik Krallık kararı, Seri A no. 26, s. 15-16, § 31, ve müteakip içtihat). Bu sonuca varılmasının nedenleri, ilk olarak, bu tür bir koruma konusunun Sözleşmeci Devletlerin çoğunda, özellikle de tartışma konusu olduğu Fransa'da çözülmemiş olması ve ikinci olarak, yaşamın başlangıcının bilimsel ve yasal tanımı konusunda Avrupa'da bir fikir birliği bulunmamasıdır … En iyi ihtimalle, embriyonun/fetüsün insan ırkına ait olduğu Devletler arasında ortak bir zemin olarak kabul edilebilir. Bu varlığın potansiyeli ve kişi olma kapasitesi - üstelik Fransa gibi birçok Devlette miras ve hediye bağlamında ve Birleşik Krallık'ta medeni hukuk kapsamında korumadan yararlanmaktadır… Yukarıda belirtilenleri göz önünde bulunduran Mahkeme, doğmamış çocuğun Sözleşme'nin 2. maddesinin (Fransızca metinde 'personne') amaçları doğrultusunda bir kişi olup olmadığı sorusuna soyut olarak cevap vermenin ne arzu edilir ne de mümkün olduğuna ikna olmuştur. Mevcut davayla ilgili olarak, başvuranın hamileliğinin aniden sona ermesinin 2. madde kapsamına girip girmediğini incelemenin gereksiz olduğunu düşünmektedir*…" Bkz. Vo/Fransa, Başvuru No: 53924/00, 08.07.2004, § 82-85.

Benzer bir durum *Evans/Birleşik Krallık* başvurusunda da Mahkeme'nin önüne gelmiştir. Başvuruya konu olayda, 12 Temmuz 2000 tarihinde başvurucu Bayan Evans ile partneri J çocuk sahibi olmak için bir klinikte tedaviye başlamışlardır. Tedavi sırasında Evans'ın her iki yumurtalığında tümörler olduğu ve her iki yumurtalığının da bir an önce alınması gerektiği ortaya çıkmıştır. Bunun üzerine çiftler tüp bebek tedavisi ile çocuk sahibi olmaya karar vermişlerdir. Bu amaçla döllenmiş yumurtanın dondurulması ve tümör tedavisi sonrasında da anne karnına yerleştirilmesi konusunda taraflar anlaşmışlardır. Ancak 2002 yılının Mayıs ayında taraflar ilişkilerini sona erdirmişlerdir. Taraflar arasında döllenmiş yumurtaların (embriyon) geleceği konusunda tartışma çıkmıştır. Birleşik Krallık yasalarına göre, embriyon anne karnına yerleştirilmeden önce taraflar işleme rıza vermekten vazgeçebiliyorlardı. Bu kapsamda Bay J. işleme rıza vermekten vazgeçmiştir. Bayan Evans ise embriyonların imha edilemeyeceğini, aksi takdirde *yaşam hakkının* ihlal edileceğini ileri sürerek öncelikle iç hukuka sonrasında ise AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme ise yapmış olduğu inceleme sonucunda şu değerlendirmelerde bulunmuştur; "… *Başvuran, J'nin embriyonların saklanmasına ilişkin rızasını geri çekmesi üzerine embriyonların imha edilmesini gerektiren İngiliz hukuku hükümlerinin, Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı olduğunu belirterek yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür… Mahkeme, Vo/Fransa [BD], no. 53924/00, § 82, ECHR 2004-..., kararında, yaşamın başlangıcının bilimsel ve hukuki tanımı konusunda Avrupa'da bir fikir birliği bulunmaması nedeniyle, yaşam hakkının ne zaman başlayacağı konusunun, Devletlerin takdir marjına girdiğini belirtmiştir. İngiliz hukuku uyarınca, mevcut başvuranın davasında yerel mahkemeler tarafından açıkça belirtildiği üzere, bir embriyon bağımsız haklara veya menfaatlere sahip değildir ve 2. madde uyarınca bir yaşam hakkı talep edemez veya kendi adına talep edilemez. Dolayısıyla, mevcut davada yaşam hakkı ihlal edilmemiştir...*"[417]

Bu nedenle, yaşam hakkının bu tür yönlerinin belirli bir ölçüde de olsa korunması ancak ulusal hukuk kapsamında sağlanabilir.[418]

---

[416] Vo/Fransa, Başvuru No: 53924/00, 08.07.2004, § 82.

[417] Bkz. Evans/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6339/05, 07.03.2006, § 45-47. Mahkeme benzer görüşünü sonraki kararlarında da devam ettirmiştir. Örneğin *Parrillo/İtalya* başvurusunda da; "… (Mahkeme) *Sözleşme'nin 2. maddesi mevcut davada söz konusu olmadığından, insan yaşamının ne zaman başladığı gibi hassas ve tartışmalı bir sorunun burada incelenmesinin gerekli olmadığı kanaatindedir*…" şeklinde değerlendirmelerde bulunmuştur. Bkz. Parrillo/İtalya, Başvuru No: 46470/11, 27.08.2015, § 215.

[418] Gerards, *General Principles of the European*, 72.

(2) Din

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 9. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Herkes düşünce, vicdan ve din özgürlüğüne sahiptir; bu hak, din veya inanç değiştirme özgürlüğü ile tek başına veya topluca, kamuya açık veya kapalı ibadet, öğretim, uygulama ve ayin yapmak suretiyle dinini veya inancını açıklama özgürlüğünü de içerir.*" Bu kapsamda, bir kişinin AİHS'nin 9. maddesi kapsamında "din özgürlüğünün" güvencelerinden yararlanabilmesi için ilgili inancın/inanışın "din" olarak kabul edilmesi gerekmektedir. Ancak yaşam hakkında olduğu gibi AİHM "din" kavramı konusunda da özerk yorum yapmaktan bilinçli olarak kaçınmaktadır.[419] Dolayısıyla hangi inaçların/inanışların "din" olarak kabul edileceği hususu sözleşmeye taraf devletlerin takdir yetkisi kapsamında bulunmaktadır. Sözleşmeci devletin "din" olarak tanıdığı inanışlar (inançlar-olgular-kurumlar) AİHS'nin 9. maddesinin korumasından yararlanırken, "din" olarak kabul etmediği inanışlar (inançlar-olgular-kurumlar) AİHS'nin 9. maddesinin korumasından yararlanamayacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, bir inanç ve ibadet (uygulamalar) bütününün, Sözleşme'nin 9. maddesi anlamında bir "din" olarak kabul edilip edilemeyeceğine karar vermenin, kendi yetkisi ve görevi kapsamında olmadığını açıkça belirtmektedir.[420] Nitekim Mahkeme'nin önüne gelen *Kimlya ve Diğerleri/Rusya* başvurusunda Mahkeme şu tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur: "… *Mahkeme, Scientology'nin bir 'din' olarak tanımlanıp tanımlanamayacağı konusunun üye devletler arasında bir tartışma konusu olduğunu gözlemlemektedir. Bir inançlar ve ilgili uygulamalar bütününün Sözleşme'nin 9. maddesi anlamında bir 'din' olarak kabul edilip edilemeyeceğine soyut olarak karar vermek Mahkeme'nin görevi değildir. Scientology öğretilerinin dini niteliğine ilişkin herhangi bir Avrupa konsensüsünün yokluğunda ve rolünün ikincil niteliğine duyarlı olarak Mahkeme, ulusal makamların bu konudaki tutumuna güvenmesi ve Sözleşme'nin 9. maddesinin uygulanabilirliğini buna göre belirlemesi gerektiğini*

[419] AİHM'nin din kavramına yaklaşımına yönelik ayrıntılı açıklamalar için bkz. Serkan Ekiz, "AİHM Kararlarında 'Din' ve 'İnanç' Kavramlarının Tanımlanması Sorunu", *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı: 218 (2024): 35-52.

[420] Şirin, Duymaz ve Yıldız; AİHM'nin din veya mezhep kavramlarına ilişkin herhangi bir tanım yapmadığını, bununla birlikte pratikte yaygın kabul gören ve örgütlenmiş inanç sistemlerinin bu özgürlüğünün içinde olduğunu kabul ettiğini belirtmektedir. Bkz. Tolga Şirin, Erkan Duymaz ve Deniz Yıldız, *Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri*, (Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016), 16.

düşünmektedir…"[421] Scientology gruplarının doğası gereği "din" olduğu görüşünü sürekli olarak dile getiren Rus makamlarının tutumunu göz önünde bulunduran Mahkeme, söz konusu davada Sözleşme'nin 9. maddesinin uygulanabilir olduğuna karar vermiştir.[422]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu kararından çıkan sonuca göre, eğer başvuran Scientology öğretilerinin "din" olarak tanındığı bir devlette yaşıyorsa, din özgürlüğüne müdahale iddiasıyla şikâyette bulunabilecek ve Sözleşme'nin 9. maddesinin korumasından faydalanabilecektir. Ancak başvuranın, Scientology öğretilerinin "din" olarak tanınmadığı bir devlette yaşaması ihtimalinde, bu kez din özgürlüğüne müdahale iddiasıyla yapmış olduğu şikâyet, Sözleşme'nin 9. maddesi kapsamında kabul edilemez bulunacaktır. Ancak bu durum, nispeten özerk kavramlar doktrinin dayanağına ve amacına ters düşmektedir. Çünkü bu halde eşit ve yeknesak bir uygulamadan söz edilemeyeceği gibi sözleşmeci devletin sınıflandırması da esas alınmış olacaktır.

"Din" kavramına yönelik bu tutum nedeniyle, Mahkeme'nin *hassas* konularda özerk yorum yapmaktan kaçındığı ve "ikincillik ilkesine" ve "takdir marjına" daha çok yer verdiği sonucuna ulaşmamız mümkündür.

5. Yorum İlkesi Olarak Özerk Yorum ve Özerk Anlamın Nasıl Oluşturulduğu Hususu

a. Özerk Yorumun "Yorum İlkesi" mi "Yorum Yöntemi" mi Olduğu Hususu

Daha öncesinde ifade ettiğimiz üzere "yorum yöntemi" kavramı ile "yorum ilkesi" kavramı farklı kavramlardır.[423] Kısaca yeniden belirtmek gerekirse, yorum yöntemleri "*bir hükmün anlamının belirlenmesi için belli bir yönde akıl yürütülmesini sağlayan nesnel yorum araçlarıdır.*"[424] Örneğin; lafzî yorum, gaî yorum ve sistematik yorum "*yorum yöntemleri*"nden bazılarıdır. Yorum ilkeleri ise "*farklı yorum yöntemlerinin izlenmesi ile ortaya çıkacak sonuçlar arasında isabetli bir tercih yapmaya yarayan*

[421] Kimlya ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 76836/01 ve 32782/03, 01.10.2009 (Nihai Karar Tarihi: 01.03.2010), § 79-80.
[422] Kimlya ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 76836/01 ve 32782/03, 01.10.2009 (Nihai Karar Tarihi: 01.03.2010), § 81.
[423] Bkz. 1. Bölüm, I, B. "Temel Hak ve Hürriyetlere İlişkin Sözleşmelerin ve Anayasaların Yorumlanmasında Kullanılan Özgün Yorum İlkeleri ve Teorileri" Başlığı.
[424] Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 28; Fatih Akıncı, "Genişletici Yorum", 844.

amaçları ifade eder."[425] Yorum ilkeleri, hukuki metnin yorumunda amaca odaklanır. Bu amaca ulaşmak için de farklı yorum yöntemleri kullanılır.

Bu kapsamda Senden, özerk yorumu, yorum ilkelerinden birisi olarak tasnif etmektedir.[426] Yine Gebauer de özerk yorumun; lafzî, tarihî, gaî ve sistematik yorum yöntemi gibi yorum yöntemlerinden olmadığını, hukuki bir metnin yorumlanmasında genellikle gaî ve sistematik yorum yöntemini kullanan bir *yorum ilkesi* olduğunu ileri sürmektedir.[427]

Ancak AİHM, bu gibi metodolojik konularda herhangi bir açıklama yapma gereksinimi duymamaktadır. Yani özerk yorumu, bir yorum yöntemi olarak mı yoksa bir yorum ilkesi olarak mı nitelendirdiği konularına çok fazla girmemektedir. Sadece Sözleşme'deki bazı kavramların özerk anlamı olduğunu vurgulamaktadır.[428] Senden'e göre Mahkeme, özerk yorumu, bir yorumlama tekniği değil, ulaşılması gereken bir hedef olarak görmektedir.[429]

Mahkeme, özerk yoruma başvurarak, Sözleşme kavramlarından bazılarına yönelik özel bir yaklaşım benimsemekte, ulusal sınıflandırmayı yalnızca bir başlangıç noktası olarak görmektedir. Fakat yine de Mahkeme'nin özerk yoruma başvururken Sözleşme'nin hedef ve amacını sürekli göz önünde bulundurması ve vurgulaması, zaman zaman özerk yorum yaparken sistematik ve karşılaştırmalı yorum yöntemlerine başvurması hususları bir arada değerlendirildiğinde, AİHM'nin de özerk yorumu, yorum ilkelerinden birisi olarak değerlendirdiği sonucuna ulaşılabilir.

Kanımızca da özerk yorum bir "yorum ilkesi"dir. Çünkü özerk yorumda, hukuki bir metin yorumlanırken genellikle gaî, sistematik ve karşılaştırmalı yorum yöntemlerine başvurularak kavramın anlamı ve kapsamı tespit edilmeye çalışılmaktadır. AİHM'nin ve ABD, Almanya, Fransa gibi ülkelerin ulusal yargı organlarının uygulamaları dikkate

[425] Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 28-29; Fatih Akıncı, "Genişletici Yorum", 844 vd.
[426] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 86-87.
[427] Martin Gebauer, "Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation", *Uniform Law Review*, 5/4, (2000): 687, 702 vd.
[428] Örnekleyici bir sayım ve açıklama için bkz. Ufuk Ramazan Çakmak, "Özerk Yorum", 208 vd.
[429] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 292. Bununla birlikte Gözler ve Anayurt, özerk yorumun bir "yorum tekniği" olduğunu ileri sürmektedirler. Bkz. Anayurt, *Kişisel Başvuru Yolu*, 64; Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 527.

alındığında özerk yorumu *gelişmeci* bir yorum ilkesi olarak sınıflandırmamız mümkündür.

b. Özerk Anlamın Nasıl Oluşturulduğu Hususu

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi AİHS'de yer alan bazı kavramların özerk olduğunu açıkça belirtmiştir.[430] Ancak kanaatimizce burada önemli olan hususlardan birisi de özerk olarak nitelendirilen kavramların anlamlarının nasıl belirlendiği konusudur.

Senden'e göre, belirli bir kavramın yahut hükmün özerk yorumlanması gerektiğine ilişkin bir değerlendirme, ilgili kavramın veya hükmün "Avrupai" bir anlamı olduğuna yönelik bir imadır.[431] Ancak burada kritik soru, özerk yorum bir yorum ilkesi olduğuna göre, söz konusu kavramın anlamı belirlenirken belirli yorum yöntemlerine mi başvurulmalıdır yoksa özerk anlamı belirlemenin başka yolları var mıdır?

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları incelendiğinde, özerk anlamı belirlemek için klasik yorum yöntemlerinden birini veya birkaçını kullandığı görülmektedir.[432] Mahkeme, *Stec ve Diğerleri/Birleşik Krallık*[433] başvurusunda, sistematik ve karşılaştırmalı yorum yöntemlerine başvurarak "mülkiyet" kavramının özerk anlamını ortaya koymaya çalışmıştır. Başvuruya ilişkin değerlendirmede, AİHM, geçmiş dönemde vermiş olduğu kararların birbiriyle çelişki içerisinde olduğunu kabul etmiş ve mülkiyet kavramının özerk bir anlama sahip olduğunu açıkça belirterek mülkiyet kavramının anlamını ortaya koymaya çalışmıştır. Mahkeme sonuç olarak, ister karşılığında prim ödensin isterse ödenmesin bir sosyal yardımdan yararlanma iddiasının mülkiyet hakkı kapsamında kaldığını kabul etmiştir.[434]

Yine Mahkeme *Witold Litwa/Polonya* başvurusunda, "alkolik" kavramının özerk bir kavram olduğunu vurgulamış ve "alkolik" kavramının anlamını tespit etmeye çalışmıştır.[435] Bu kapsamda Mahkeme öncelikle Viyana Andlaşmalar Hukuku

[430] Bkz. 1. Bölüm, III, B, 3. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde Yer Alan Özerk Kavramlar" Başlığı.
[431] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 302.
[432] Aynı yönde bkz. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 302.
[433] Stec ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01, 06.07.2005 (Kabul Edilebilirlik Kararı).
[434] Stec ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01, 06.07.2005 (Kabul Edilebilirlik Kararı), § 46-53.
[435] Witold Litwa/Polonya, Başvuru No: 26629/95, 04.04.2000, § 76. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 5. maddesine göre, herkes özgürlük ve güvenlik hakkına sahiptir. Ancak bu hak sınırsız değildir.

Sözleşmesi'ne atıfta bulunmuş ve lafzî, gaî ve tarihî yorum yöntemini kullanarak söz konusu kavramın anlamını ortaya koymaya çalışmıştır.[436] Mahkeme, "alkolik" kelimesinin yaygın kullanımda, alkol bağımlısı olan kişileri ifade ettiğini gözlemlediğini, ancak Sözleşme'nin 5. maddesinin 1. fıkrasının amaç ve hedefi doğrultusunda bir yorum yapıldığında; yalnızca tıbbi olarak "alkolik" teşhisi konulan kişilerin değil, aynı zamanda tıbbi olarak bu teşhis konulmamış olsa bile alkolün etkisi altındaki tutum ve davranışları kamu düzeni veya kendisi için tehdit oluşturan kişilerin, sağlık veya kişisel güvenlik gibi kamunun yahut kendi menfaatlerinin korunması amacıyla gözaltına alınabileceklerini ifade etmiştir.[437]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özerk kavramlar ile ilgili iki farklı eğilim sergilediğini söylememiz mümkündür. Mahkeme, bazı özerk kavramlar için kriter veya kriterler geliştirmekte ve söz konusu kriterler kapsamında bir değerlendirme yapmaktadır. Örneğin; yukarıda bahsettiğimiz üzere Mahkeme, *Engel* davasında "*cezai alanda bir suçlama*" olup olmadığını ortaya koymak için şu kriterler çerçevesinde değerlendirme yapacağını açıkça belirtmiştir:[438]

1- İç Hukuktaki Sınıflandırma,

2- Suçun Niteliği,

3- Kişinin Çarptırıldığı Cezanın Ağırlığı.

Dolayısıyla bu üç kriter çerçevesinde, AİHS'nin 6. maddesi kapsamında "suç isnadının" özerk anlamı belirlenmektedir.

Yine Mahkeme, Sözleşme'nin 6. maddesi bağlamında, "kamu hizmeti" kavramının özerk anlamı konusunda da benzer bir yaklaşım benimsemiştir. Mahkeme'ye göre, "kamu hizmeti" kavramı özerk bir kavram olmakla birlikte, kural olarak, kamu görevlilerinin işe alınması, kariyerleri ve hizmetlerine son verilmesine ilişkin uyuşmazlıklar, Sözleşme'nin 6. maddesinin uygulanabilirliği kapsamında bulunan

Sözleşmeci devletler yasanın öngördüğü usule uygun olarak Sözleşme'de belirtilen istisnalar kapsamında bu hakka sınırlama getirebilirler. Bu istisnalardan birisi de bulaşıcı hastalıkların yayılmasını engellemek amacıyla, hastalığı yayabilecek kişilerin, akıl hastalarının, *alkol* veya uyuşturucu madde bağımlılarının veya serserilerin yasaya uygun olarak tutulmasıdır.

[436] Witold Litwa/Polonya, Başvuru No: 26629/95, 04.04.2000, § 57-59, 63.

[437] Witold Litwa/Polonya, Başvuru No: 26629/95, 04.04.2000, § 60-63.

[438] Bkz. 1. Bölüm, III, A, 2. "Engel ve Diğerleri v. Hollanda Kararı" Başlığı.

uyuşmazlıklardan değildir.[439] Çünkü bu uyuşmazlıklar, *medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar*[440] kapsamında değerlendirilemezler.

Bununla birlikte, yaptıkları işin niteliği aynı olmakla birlikte, bazı kişiler ile devlet arasında özel hukuk kapsamında bir ilişki, diğer bazı kişilerle devlet arasında ise kamu hukuku kapsamında bir ilişki kurulmuş olabilir. Bu durumda, iç hukuktaki hukuki ilişkinin niteliği dikkate alınmayacaktır.[441] Mahkeme, kamu otoritesinin emanetçisi olarak hareket eden, diğer bir ifade ile kamunun genel çıkarlarını korumaktan sorumlu kamu görevlileri ile devlet arasındaki ilişkinin kamu hukuku kurallarına tabi olduğunu ve bu nedenle bu kişilerin ileri sürdüğü uyuşmazlıkların Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini açıkça belirtmiştir.[442] Mahkemeye göre bu gruptaki kişilerin bariz örneği silahlı kuvvet mensupları ve kolluk görevlileridir. Bunun haricindeki faaliyetler, *medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar* kapsamında, dolayısıyla da Sözleşme'nin 6. maddesi çerçevesinde değerlendirilebilecek faaliyetlerdir.[443]

Yine Mahkeme, "ev (konut)" kavramına yönelik olarak da bazı kriterler belirlemiştir.[444] *Prokopovich/Rusya* başvurusunda Mahkeme; "… *Ev (konut) kavramı, iç hukuktaki sınıflandırmaya bağlı olmayan özerk bir kavramdır. Belirli bir yerleşim yerinin 8§1 maddesinin korumasından yararlanan bir 'ev' teşkil edip etmediği, olgusal koşullara,*

---

[439] Pellegrin/Fransa, Başvuru No: 28541/95, 08.12.1999, § 60.

[440] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 6. maddesine göre, bireyler sadece *medeni hak ve yükümlülüklerle* ilgili uyuşmazlıklar ve cezai alanda kendisine yöneltilen suçlamalar bakımından adil yargılanma hakkına sahiptirler.

[441] "… *Mevcut davada taraflar, diğer bazı Sözleşmeci Devletlerde olduğu gibi Fransa'da da Devletin hizmetindeki iki personel kategorisi olan sözleşmeli memurlar ve yerleşik memurlar arasındaki ayrımdan yola çıkmışlardır … Bazı devletlerde sözleşmeli memurların, kamu hukukuna tabi olan yerleşik memurların aksine, özel hukuka tabi oldukları doğrudur. Ancak Mahkeme, Sözleşmeci Devletlerin mevcut uygulamalarında, yerleşik memurlar ile sözleşmeli memurların sıklıkla eşdeğer veya benzer görevleri yerine getirdiklerini belirtmektedir. Uygulanacak yasal hükümlerin iç kamu hukukunun mu yoksa özel hukukun mu bir parçasını oluşturduğu, Mahkeme'nin yerleşik içtihadına göre, kendi başına belirleyici olamaz ve her halükarda bir Devletten diğerine ve Devlet hizmetinde eşdeğer görevleri yerine getiren kişiler arasında eşitsizliğe yol açacaktır.*

Bu nedenle Mahkeme, 6 § 1 maddesinin uygulanması amacıyla, 'kamu hizmeti' teriminin, Sözleşme'ye Taraf Devletlerde eşdeğer veya benzer görevleri yerine getiren kamu görevlilerine, ulusal istihdam sisteminden bağımsız olarak ve özellikle memur ile idari makam arasındaki yasal ilişkinin niteliği ne olursa olsun (ister bir sözleşmede öngörülsün isterse yasal ve düzenleyici hizmet koşullarına tabi olsun) eşit muamele yapılmasını mümkün kılacak özerk bir yorumunun yapılmasının önemli olduğunu düşünmektedir…" Bkz. Pellegrin/Fransa, Başvuru No: 28541/95, 08.12.1999, § 62-63.

[442] Pellegrin/Fransa, Başvuru No: 28541/95, 08.12.1999, § 66.

[443] Pellegrin/Fransa, Başvuru No: 28541/95, 08.12.1999, § 66.

[444] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*."

yani belirli bir yerle yeterli ve sürekli bağların varlığına bağlı olacaktır…"[445] şeklinde değerlendirmelerde bulunmuş ve belirli bir yerle *yeterli* ve *sürekli* bağların varlığı halinde, o yerin "ev (konut)" olarak değerlendirileceğini belirtmiştir. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre, söz konusu "ev"in yasal olarak inşa edilmiş bir yer olmasının hiçbir önemi yoktur. Önemli olan olgusal bağlardır.

Ancak Mahkeme, bazı özerk kavramlar için ise şimdiye kadar açıkça herhangi bir kriter geliştirmemiştir. Örneğin; hangi uyuşmazlıkların "*medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar*" kapsamında değerlendirilebileceğine ilişkin herhangi bir kriter bulunmamaktadır. Mahkeme, sadece *medeni hak ve yükümlülükler* kavramının özerk kavram olduğunu belirtmekte yetinmektedir.[446] Yine Mahkeme aynı şekilde "*dernek*" kavramının da özerk bir kavram olduğunu belirtmekle yetinmekte, bu kavrama ilişkin herhangi bir kriter geliştirmemektedir.[447] Benzer şekilde "*mağdur*" kavramının da özerk bir kavram olduğu vurgulanmakta[448] ancak hangi durumlarda kişilerin bu kavramın kapsamına gireceği açıkça belirtilmemektedir. Bu doğrultuda bazı başvurularda "dolaylı mağdur" ve "potansiyel mağdur" durumunda olan kişiler de "mağdur" sayılabilmektedir.[449]

Birinci kategorideki kavramlar, yani Mahkeme'nin belirli kriter/kriterler geliştirdiği özerk kavramlar bakımından, Mahkeme'nin bu tutumu sonraki uyuşmazlıklar bakımından *rehberlik* sağlamaktadır. Böylece hangi vakaların Sözleşme kapsamındaki güvencelerden yararlanacağı daha kolay bir şekilde tespit edilebilmektedir. Ancak şu hususu da belirtmek isteriz ki, Mahkeme, özerk kavramlara ilişkin söz konusu kriterlerin nasıl geliştirildiği hususunu da açıklamamaktadır.

---

[445] Prokopovich/Rusya, Başvuru No: 58255/00, 18.11.2004 (Nihai Karar Tarihi: 18.02.2005), § 36.

[446] Bkz. König/Almanya, Başvuru No: 6232/73, 28.06.1978, § 88. Mahkeme söz konusu başvuruda aynen şu ifadeleri kullanmıştır: "… *Sözleşme'de kullanılan ifadelerin anlamlarının, iç hukuktaki anlamlarına kıyasla 'özerkliği' sorunu, Mahkeme önünde daha önce de çeşitli vesilelerle gündeme gelmiştir… Mahkeme ayrıca Engel ve diğerleri davası bağlamında, 6. maddenin 1. paragrafı anlamında 'suçlu' kavramının 'özerkliğini' kabul etmiştir... Yine Mahkeme, 'medeni hak ve yükümlülükler' kavramının özerk olduğunu zımnen kabul etmiştir… Mahkeme mevcut davada bu içtihadı teyit etmektedir. Dolayısıyla, aynı özerklik ilkesinin söz konusu kavram için de geçerli olduğunu düşünmektedir; başka herhangi bir çözüm, Sözleşme'nin amacı ve hedefiyle bağdaşmayan sonuçlara yol açabilir*…"

[447] Bkz. Chassagnou ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29.04.1999, § 100.

[448] Asselbourg ve Diğerleri/Lüksemburg, Başvuru No: 29121/95, Kabul Edilebilirlik Kararı, 29.06.1999, § 2 (The Law); Burden/Birleşik Krallık, Başvuru No: 13378/05, 28.04.2008, § 33.

[449] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Fatih Süngü, "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartı Olarak Mağdur Kavramı" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019), 95 vd.

İkinci kategorideki özerk kavramlara yönelik herhangi bir kriter formüle edilmediği ve vaka temelli bir yaklaşım sergilendiği için, bu kapsamdaki kavramların farklı yorumlanması ihtimal dahilindedir. Bu durum ise keyfi ve çelişkili kararlar verme riskini de beraberinde getirmektedir.[450] Dolayısıyla bu kategorideki kavramlara yönelik kriterler geliştirilmesi hem başvurucular hem de uygulayıcılar bakımından daha faydalı olacaktır kanaatindeyiz.

6. Karşılaştırmalı Yorum Yöntemi ve Uzlaşmanın Özerk Kavramların Oluşumu Üzerindeki Etkisi

Yukarıdaki başlıkta özerk anlamın nasıl oluşturulduğu hususu açıklanmaya çalışılmıştır. Bu başlık altında ise, karşılaştırmalı yorum yöntemi kullanılarak, sözleşmeye taraf devletler arasında belli bir konudaki uzlaşmanın veya ayrışmanın özerk kavramların oluşumu üzerindeki etkisi tartışılacaktır. Yani, özerk yorumun ortaya çıkmasında sözleşmeye taraf devletlerin belli bir konudaki anlayışlarının herhangi bir etkisinin mevcut olup olmadığı, bu devletlerin anlayışlarının belirli bir etkisinin olduğunun ileri sürülmesi halinde ise bu etkinin belli bir konudaki "uzlaşma" sonucu mu yoksa "ayrışma" sonucu mu ortaya çıktığı hususları incelenecektir.

Bazı yazarlara göre, AİHM'nin özerk bir anlam oluşturmasının ana yöntemi karşılaştırmalı yorumdur.[451] Karşılaştırmalı yorum sayesinde, özellikle Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin mevzuatları ve yargı uygulamaları analiz edilebilir, farklı hukuk sistemlerinin analizi ile ortak bir standart oluşturulabilir ve bu ortak standart çerçevesinde de özerk anlam meydana getirilebilir.[452] Yine Vanneste de karşılaştırmalı yorum yönteminin özerk anlam oluşturulmasında önemli bir rol oynadığını belirtmektedir.[453]

Görüleceği üzere bazı yazarlar, karşılaştırmalı yorum yöntemini, özerk yorum oluşturmanın aracı olarak düşünmektedir. Genellikle karşılaştırmalı yoruma, burada, "uzlaşma yorumu" anlamında atıfta bulunulmakta ve devletler arasında bir uzlaşının

[450] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 307.
[451] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 189; Kristina Trykhlib, Vasyl Lemak "Autonomous Interpretation by the European Court of Human Rights and Margin of Appreciation", *International and Comparative Law Review*, 22/1, (2022): 136.
[452] Trykhlib ve Lemak, "Autonomous Interpretation", 136.
[453] Frédéric Vanneste, *General İnternational Law Before Human Rights Courts: Assessing the Specialty Claims of İnternational Human Rights Law*, (Antwerp, Intersentia, 2010), 238-239.

varlığı halinde özerk yorum yapıldığı ileri sürülmektedir.[454] Hatta Trykhlib ve Lemak, "uzlaşmayı", özerk kavramların oluşturulması için gerekli bir "ön koşul" olarak nitelendirmektedirler.[455] Dolayısıyla bazı yazarlar, sözleşmeye taraf devletler arasında veya bu devletlerin çoğunluğunda bir "uzlaşı" bulunması durumunda özerk yorum yapıldığını iddia etmektedir. Bu yazarlara göre, AİHM'nin, bir kavramın anlamını sıfırdan şekillendirmesi, diğer bir ifade ile herhangi bir devletin mevzuatında ve yargısal içtihatlarında olmayan yeni bir anlayış geliştirmesi söz konusu olamayacağı için özerk kavramın altında yatan ve meşruluğunu sağlayan unsur "konsensüs"tür.[456] Özellikle Pan-Avrupa konsensüsü, Mahkeme'nin özerk yorumunun kaynağıdır.[457] Aksi takdirde, yani "uzlaşının" varlığının aranmadığı ve sözleşmeci devletlerden tamamen bağımsız bir şekilde özerk yorum geliştirilmesi çabalarına girildiği durumlarda, AİHM "gerçeklikten kopma" riskiyle karşı karşıya kalacaktır.[458]

Özerk yorumun kaynağında "uzlaşma"nın bulunması gerektiğini düşünen yazarlara göre; "uzlaşmanın" yokluğunda AİHM, ulusal makamlara daha geniş takdir marjı tanımaktadır. "Uzlaşının" varlığı halinde ise ulusal makamlara tanınan takdir marjı daralmakta ve özerk kavramlar oluşturulmaktadır.[459]

Nitekim benzer düşüncelere sahip olan AİHM yargıcı Matscher şu görüşleri ileri sürmektedir: "… *Benim görüşüme göre, özerk yorum, her şeyden önce, uluslararası sözleşmelerin hükümlerinin yalnızca ilgili sözleşmeci devletin iç hukukunda sahip oldukları anlam ve kapsama atıfta bulunularak yorumlanmaması gerektiği, ancak 'ilk olarak Sözleşmenin amaçlarına ve planına ve ikinci olarak ulusal hukuk sistemlerinin külliyatından kaynaklanan genel ilkelere' atıfta bulunulması gerektiği anlamına gelir (Avrupa Toplulukları Adalet Divanı kararı, 14 Ekim 1976, (Raporlar) 1976, s. 1552). Başka bir deyişle, söz konusu hükümlerin ardındaki 'ortak payda' aranmalıdır, çünkü Sözleşmenin kendisinde herhangi bir yasal tanımın yokluğunda, sözleşmeci devletlerin bu*

[454] George Letsas, "The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR", *European Journal of International Law*, 15/2, (2004): 295-296; Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 189.
[455] Trykhlib ve Lemak, "Autonomous Interpretation", 145.
[456] Trykhlib ve Lemak, "Autonomous Interpretation", 143.
[457] Trykhlib ve Lemak, "Autonomous Interpretation", 143.
[458] Francois Ost, "The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights", in *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions,* ed., Delmas-Marty, (Dordrecht: Nijhoff, 1992), 305, 308; H. Tomas Gomez-Arostegui: "Defining Private Life under the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations", *California Western International Law Journal*, 35/2, (2005): 159.
[459] Trykhlib ve Lemak, "Autonomous Interpretation", 143.

hükümlerin sahip olmasını istedikleri anlamın bu olduğunu varsaymak meşrudur. Bu 'ortak payda', sözleşmeci devletlerin iç hukuklarının karşılaştırmalı bir analizi yoluyla bulunabilir. Hal böyleyken, böyle bir incelemenin sonucu asla ilgili devletin hukuk sistemleriyle tamamen çelişen bir kavram olamaz…"[460]

Diğer bazı yazarlar ise, belirli kavramlar üzerinde bir "uzlaşı" bulunmadığı durumlarda AİHM'nin özerk yoruma başvurduğunu ileri sürmektedir.[461] Bu yazarlar, *Pellegrin/Fransa* davasını örnek olarak göstermekte ve Mahkeme'nin bu davadaki; "… *Mahkeme, 6 § 1 maddesinin uygulanması amacıyla, 'kamu hizmeti' teriminin, Sözleşme'ye Taraf Devletlerde eşdeğer veya benzer görevleri yerine getiren kamu görevlilerine, ulusal istihdam sisteminden bağımsız olarak ve özellikle memur ile idari makam arasındaki yasal ilişkinin niteliği ne olursa olsun (ister bir sözleşmede öngörülsün isterse yasal veya düzenleyici hizmet koşullarına tabi olsun) eşit muamele yapılmasını mümkün kılacak özerk bir yorumunun yapılmasının önemli olduğunu düşünmektedir*…"[462] şeklindeki değerlendirmelerini esas almaktadırlar.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları analiz edildiğinde, Mahkeme'nin, *Pellegrin/Fransa* davasında olduğu gibi "uzlaşı"nın bulunmadığı durumlarda özerk yoruma başvurduğu kararlar olduğu gibi "uzlaşı"nın olmadığı gerekçesiyle özerk yorum yapmaktan kaçındığı kararlar da bulunmaktadır. Örneğin; *Rees/Birleşik Krallık* davasında başvurucu, yeni cinsiyetinin tanınmasının özel hayatına saygı hakkının bir yönünü oluşturduğunu iddia etmiştir. Mahkeme ise yapmış olduğu değerlendirmede; "… *Bazı Devletler, mevzuat yoluyla veya yasal yorum yoluyla ya da idari uygulamalarla, transseksüellere yeni kazandıkları kimliklerine uygun olarak kişisel statülerini değiştirme seçeneği sunmuştur. Bununla birlikte, bu seçeneği farklı katılıktaki koşullara tabi tutmuşlar ve bir takım açık çekinceler koymuşlardır (Örneğin, önceden üstlenilmiş yükümlülükler konusunda). Diğer devletlerde böyle bir seçenek yoktur ya da henüz mevcut değildir. Dolayısıyla, şu anda bu alanda Sözleşmeci Devletler arasında çok az ortak zemin bulunduğunu ve genel olarak konuşmak gerekirse, yasanın bir geçiş*

[460] Bkz. König/Almanya, Applicatin No:6232/73, 28.06.1978, Separate Opınıon of Judge Matscher.
[461] Bkz. Kanstantsin Dzehtsiarou, "Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Public Law*, 534, (2011): 539; J.H. Janneke Gerards, "Judicial Deliberations in the e European Court of Human Rights" in *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings. Judicial Deliberations and Beyond*, ed., MA Nick Huls, Jacco Bomhoff, (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 407-436.
[462] Pellegrin/Fransa, Başvuru No: 28541/95, 08.12.1999, § 63.

aşamasında olduğunu söylemek doğru olacaktır. Buna göre, bu alan Sözleşmeci Tarafların geniş bir takdir marjına sahip olduğu bir alandır…" şeklindeki gerekçesiyle, başvuruya konu olan hususta sözleşmeci devletler arasında bir "uzlaşma" olmadığı sebebiyle özerk yorum yapmaktan kaçınmıştır.[463] Yine Mahkeme, daha sonra önüne gelen *Cossey/Birleşik Krallık*,[464] *B/Fransa*,[465] ve *Sheffield ve Horsham/Birleşik Krallık*[466] gibi benzer başvurularda da "yeterli bir fikir birliği" olmadığı gerekçeleriyle, Sözleşme kapsamında böyle bir hakkın tanınamayacağını belirtmiştir.

Görüleceği üzere, AİHM'nin içtihatları, "uzlaşının" bulunduğu veya bulunmadığı durumlarda özerk yorum yapıldığına ilişkin yukarıdaki teorik görüşleri (her ne kadar her iki görüş çerçevesinde AİHM'nin bazı kararları bulunsa da) desteklememektedir. AİHM bazı kararlarında uzlaşının bulunmadığı gerekçesiyle özerk yorum yapmaktan kaçınırken bazı kararlarında da uzlaşının bulunmadığı gerekçesiyle özerk yorum yapılması gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla, AİHM'nin yaklaşımı ve kararları da göz önünde bulundurularak yukarıdaki teorik görüşlere katılmadığımızı belirtmek isteriz.

Kanaatimizce bir kavramın özerk olarak nitelendirilmesinde ve özerk yorum yapılmasında "uzlaşı" ikinci dereceden etkili bir unsurdur. Bizce özerk yorumda daha önemli olan ve birinci derecede etkili olan unsur, ilgili kavramın "*teknik bir hukuki kavram*" mı yoksa "*hassas ve toplumsal değerlere göre değişen ahlaki*" bir kavram mı olduğu hususudur. Yine kanaatimizce, eğer söz konusu kavram "*teknik bir hukuki kavram*" ise "uzlaşının" bulunup bulunmadığının ve dolayısıyla karşılaştırmalı yorum yönteminin herhangi bir önemi yoktur. Fakat söz konusu kavram "*hassas ve toplumsal değerlere göre değişen ahlaki*" bir kavram ise o halde karşılaştırmalı yorum yöntemi ve "uzlaşı" devreye girecektir.

Nitekim öncelikle, başvurucular, iddia ettiği hakka yönelik başka devletlerin güvence sağladığından yahut bu konuda bir "uzlaşı"nın mevcut olduğundan şikâyet etmemektedir. Başvurucular, AİHS kapsamında bazı haklara ve güvencelere sahip olduğunu, ancak ulusal hukuktaki "sınıflandırmadan" veya kavrama yüklenen yanlış/eksik anlamdan dolayı ilgili haktan yahut güvenceden faydalanamadığını iddia

[463] Rees/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9532/81, 17.10.1986, § 37.
[464] Cossey/Birleşik Krallık, Başvuru No: 10843/84, 27.09.1990, Series A, Vol. 184.
[465] B/Fransa, Başvuru No: 13343/87, 25.03.1992, Series A, Vol. 232-C.
[466] Sheffield ve Horsham/Birleşik Krallık, Başvuru No: 22985/93 ve 23390/94, 30.07.1998, Reports 1998-V.

etmektedir. Dolayısıyla başvurucu ilgili konuda bir konsensüsün bulunduğunu (veya aynı şekilde bulunmadığını) iddia etmemektedir.

Nitekim AİHM de konuyu öncelikle "uzlaşı" çerçevesinde değerlendirmemektedir. AİHM'nin "özerk kavramlar doktrinini" geliştirmesinin altında yatan öncelikli sebep, sözleşmeci devletlerin AİHS kapsamında öngörülen hakları ve güvenceleri ihlal etmelerini önlemektir.[467] Diğer bir ifade ile AİHS'deki hakların etkin bir şekilde korunmasını ve uygulanmasını sağlamaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi bu amacı birçok davada açıkça belirtmiş ve tekrar etmiştir. Örneğin *Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye* davasında siyasi parti kapatma kararı ile ilgili olarak hükümet, AİHS'nin 11. maddesinin dernek kurma özgürlüğünü güvence altına aldığını ancak derneğin feshedilmesini engellemediğini ileri sürmüştür. Ancak Mahkeme, örgütlenme özgürlüğünün sadece siyasi parti kurma hakkını değil, aynı zamanda böyle bir partinin kurulduktan sonra siyasi faaliyetlerini özgürce sürdürme hakkını da güvence altına aldığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre; "… *Eğer 11. madde tarafından güvence altına alınan hak, bir derneğin kurulmasıyla sınırlı olsaydı, büyük ölçüde teorik ve hayali olurdu, çünkü ulusal makamlar Sözleşme'ye uymak zorunda kalmadan derneği derhal dağıtabilirlerdi. Bu nedenle, 11. maddenin sağladığı koruma bir derneğin tüm yaşamı boyunca devam eder ve bir ülkenin yetkilileri tarafından bir derneğin feshedilmesi, bu hükmün 2. paragrafındaki gereklilikleri karşılamalıdır*..."[468]

İşte bu noktada, yani asıl amaç insan hak ve hürriyetlerinin etkin bir şekilde korunması olduğu için "adil yargılanma hakkı", "mülkiyet", "dernek", "suç isnadı" vb. niteliklerdeki "*teknik bir hukuki kavram*"ın özerk bir şekilde yorumlanmasında "uzlaşı"nın varlığını aramaya gerek yoktur. Çünkü bu saydığımız örnekteki gibi "teknik-hukuki" kavramların özerk yorumlanmasına sözleşmeci devletler de daha müsamahalı yaklaşabilirler ve ulusal mevzuatlarının veya yargısal uygulamalarının geliştirilmesi

[467] Ufuk Ramazan Çakmak, "Özerk Yorum", 205 vd.; Ömer Keskinsoy ve Semih Batur Kaya, "Yorum", 98 vd.

[468] Bkz. Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 133/1996/752/951, 30.01.1998, § 33. Diğer kararlar için bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 81; Chassagnou ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29.04.1999, § 100; Artico/İtalya, Başvuru No: 6694/74, 13.05.1980, § 33.

hususunda çaba gösterebilirler. [469] Ancak din, özel hayat ve aile hayatı, yaşam hakkı gibi "*hassas ve toplumsal değerlere göre değişen ahlaki*" bir kavramın yorumlanmasında Mahkeme'nin ulusal hukuka öncelik tanıması ve "ikincillik" ilkesini de göz önünde bulundurarak "konsensüsün" varlığını araması gerektiğini söyleyebiliriz. Çünkü bu kavramlar "*hassas*" duygulara ve "*toplumsal değerlere göre değişen ahlaki*" bir içeriğe sahiptir. Bu kavramlarda Mahkeme'nin belirli bir yorumu üye devlete dayatması, sözleşmeci devletin direnciyle ve "*egemenlik*" itirazıyla karşılaşabilir. Daha ileri boyutta ise Sözleşme sisteminin dağılması ve çökmesi gibi arzu edilmeyen sonuçlar doğurabilir.

Burada, "*teknik bir hukuki kavram*"a ilişkin özerk yorumda "uzlaşı"nın olup olmamasının herhangi bir öneminin olmadığı; "*hassas ve toplumsal değerlere göre değişen ahlaki*" bir kavrama ilişkin özerk yorumda ise "uzlaşı"nın gerekli olduğu şeklindeki düşüncelerimiz eleştirilebilir ve "*teknik bir hukuki kavram*"a ilişkin özerk yorumda da "uzlaşı"nın gerekli olduğu ileri sürülebilir. Ancak kanaatimizce, AİHM'nin kurulduğu günden günümüze kadar temel hak ve hürriyetlerin gelişimine olan önemli katkısı, kararlarının oldukça geniş bir çevrede olumlu karşılanması, vermiş olduğu kararlar sayesinde etkisini ve saygınlığını arttırması gibi olgular karşısında ve genellikle sözleşmeci devletlerin direnciyle ve "egemenlik" itirazıyla karşılaşmayacağı bir alan olan "*teknik bir hukuki kavram*"a ilişkin özerk yorumda, "uzlaşı"nın varlığını aramaya gerek yoktur. Ayrıca insan haklarının önemi nedeniyle, devletlerin bir sözleşme imzaladıkları ve uluslararası bir mahkeme kurarak bireylere bireysel başvuru hakkı tanıdıkları bir sistemde, yani temel hak ve hürriyetlerin uluslararası makamlarca korunmasının kurumsallaştırıldığı bir ortamda, ilgili haklarının korunması için "uzlaşma"nın aranması çelişki oluşturmaktadır. Şöyle ki; bu kavramlarda da "uzlaşı"nın gerekli olduğunu ileri sürmek, bu alandaki hakların korunmasını siyasi sürece bırakmak demektir. Çünkü bu haklar, ancak ilgili devletler arasında "uzlaşı" sağlandığı, diğer bir ifade ile "izin verildiği" sürece AİHM tarafından korunabilecektir. Bu durum ise temel hak ve hürriyetlerin korunması için uluslararası bir yargı organı kurulması mantığı ile ters

[469] Nitekim Golder/Birleşik Krallık başvurusunda, *mahkemeye erişim hakkının* adil yargılanma hakkının bir alt unsuru olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine yönelik incelemede, söz konusu hakkın ulusal hukuklarda adil yargılanma hakkı kapsamında güvence altına alınıp alınmadığına yönelik bir araştırma yapılmamıştır. Dolayısıyla bu konuda uzlaşının bulunup bulunmadığı hususu önem arz etmemiştir. AİHM, sözleşmeye taraf devletlerin uygulamalarından bağımsız bir şekilde *mahkemeye erişim hakkının* adil yargılanma hakkının bir alt unsuru olması gerektiğini belirtmiştir. Bkz. Golder/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975, § 26 vd.

düşmektedir. Çünkü bu haklar ulusal organlar tarafından yeterince korunamayabilir ve ihlal edilebilir düşüncesiyle uluslararası alanda güvenceye kavuşturulmuştur. Bu nedenle kanaatimizce "*teknik bir hukuki kavram*"a ilişkin özerk yorumda "uzlaşı"nın varlığını aramak, AİHS'nin doğasına ve insan hakları düşüncesine uymamaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatları da iddialarımızı doğrular niteliktedir. Mahkeme, "medeni hak ve yükümlülükler", "mülkiyet", "ev", "dernek", "suç isnadı" vb. nitelikteki, bizim ifademizle "*teknik hukuki kavramları*" yorumlarken devletler arasında herhangi bir "uzlaşının" bulunup bulunmadığını genellikle esaslı bir kriter olarak değerlendirmemektedir. Mahkeme bu kavramlarda genellikle Sözleşme'nin amacına atıfta bulunmakta ve Sözleşme'nin teorik veya hayali değil, pratik ve etkili hakları korumayı hedeflediğini vurgulamaktadır.[470]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi din, özel hayat ve aile hayatı, yaşam hakkı gibi "*hassas ve toplumsal değerlere göre değişen ahlaki*" kavramların yorumlanmasında ise "konsensüsün" bulunup bulunmadığını araştırmakta ve "konsensüsün" bulunmadığı durumlarda "takdir marjı" doktrinine atıf yaparak özerk yorum yapmaktan kaçınmaktadır. Örneğin Mahkeme, *Kimlya ve Diğerleri/Rusya* başvurusunda[471] "din" kavramına ilişkin olarak; Scientology'nin "din" olarak tanınıp tanınmayacağı konusunda üye devletler arasında tartışma bulunduğunu belirtmiş ve inançlar ve ibadetler bütününün Sözleşme'nin 9. maddesi anlamında "din" olarak kabul edilip edilemeyeceğine karar verme yetkisinin kendisinde bulunmadığının altını çizmiştir. Mahkemeye göre; Scientology öğretilerinin dini niteliğine ilişkin herhangi bir Avrupa konsensüsü bulunmadığı için, ikincillik ilkesi de dikkate alınarak ulusal makamların bu konudaki tutumuna güvenmek ve Sözleşme'nin 9. maddesinin uygulanabilirliğini buna göre belirlemek gerekmektedir.[472]

Yine daha önce değindiğimiz üzere, cinsiyet değişikliği üzerine yeni cinsiyetin tanınmasının "özel hayata saygı hakkının" korumasından yararlanıp yaralanamayacağı konusu da sözleşmeye taraf devletlerin üzerinde uzlaşı sağladıkları bir konu değildir. Konuya ilişkin *Rees/Birleşik Krallık* davasında Mahkeme, bazı devletlerin yasal yollarla

[470] Örneğin bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 81; Chassagnou ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29.04.1999, § 100.
[471] Kimlya ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 76836/01 ve 32782/03, 01.10.2009 (Nihai Karar Tarihi: 01.03.2010).
[472] Kimlya ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 76836/01 ve 32782/03, 01.10.2009 (Nihai Karar Tarihi: 01.03.2010), § 79-80.

veya idari uygulamalarla transseksüellere yeni kazandıkları kimliklerine uygun olarak kişisel statülerini değiştirme seçeneğini sunduğunu, diğer bazı devletlerin ise bu kişilere herhangi bir seçenek sunmadığını, dolayısıyla konu üzerinde sözleşmeci devletler arasında uzlaşma bulunmadığını belirtmiş ve "… *bu alan Sözleşmeci Tarafların geniş bir takdir marjına sahip olduğu bir alandır…*" şeklindeki değerlendirmeleriyle özerk yorum yapmaktan kaçınmıştır.[473]

Benzer şekilde, *Evans/Birleşik Krallık* başvurusunda da Mahkeme, yaşamın başlangıcının bilimsel ve hukuki tanımı konusunda Avrupa'da bir fikir birliği bulunmadığının altını çizmiş ve uzlaşı bulunmadığı gerekçesiyle "yaşamın ne zaman başlayacağı" konusuna ilişkin özerk yorum yapmaktan kaçınmıştır.[474] Mahkeme ayrıca yaşam hakkının ne zaman başlayacağı konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu da belirtmiştir.[475] Mahkeme benzer görüşünü sonraki kararlarında da devam ettirmiştir. Örneğin *Parrillo/İtalya* başvurusunda da; "… *insan yaşamının ne zaman başladığı gibi hassas ve tartışmalı bir sorunun burada incelenmesinin gerekli olmadığı kanaatindedir...*" şeklinde değerlendirmelerde bulunarak özerk yorum yapmaktan kaçınmıştır.[476]

7. Özerk Kavramlar Doktrini ile Ulaşılmak İstenen Amaçlar

Çalışmamızın bu aşamasına kadar özerk kavramlar doktrini ile ilgili yapmış olduğumuz açıklamalar çerçevesinde, AİHM'nin "özerk kavramlar doktrini"ni kullanarak ulaşmak istediği amaçları şu şekilde sıralayabiliriz:

a. Gerçek Bir Koruma Sağlama

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi "özerk kavramlar doktrini"ni kullanarak öncelikle "gerçek bir koruma" sağlamayı amaçlamaktadır. Nitekim Mahkeme birçok kez AİHS'nin teorik ve hayali hakları değil, somut ve gerçekte var olan hakları korumayı amaçladığını vurgulamış ve bu doğrultuda yorumda bulunmuştur. Nitekim bu doktrin, sözleşmeci devletlerin AİHS'de yer alan kavramlara, kendi dar/hatalı anlamlarını vererek AİHS'nin güvencelerini ihlal etmelerini önlemek için geliştirilmiştir.[477] Mahkeme, belirli

[473] Rees/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9532/81, 17.10.1986, § 37.
[474] Bkz. Evans/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6339/05, 07.03.2006, § 45-47.
[475] Bkz. Evans/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6339/05, 07.03.2006, § 45-47.
[476] Bkz. Parrillo/İtalya, Başvuru No: 46470/11, 27.08.2015, § 215.
[477] Bkz. Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976, § 81. Aslında bu yaklaşım, uluslararası hukukta yer alan, herhangi bir devletin uluslararası

kavramların ulusal hukuktaki tanımını ve anlamını kendi içtihadı için hareket noktası olarak belirleseydi, devletler, Sözleşme'nin uygulanabilirliğini belirleyen bazı kavramları dar bir şekilde tanımlayarak veya kavramın bazı örneklerini farklı şekilde sınıflandırarak Mahkeme'nin denetiminden kaçabilirlerdi.[478] Dolayısıyla, temel hak ve hürriyetlerin "gerçek anlamda" korunmalarını sağlamak için bir kavramın AİHS kapsamına girip girmediği ve Sözleşme kapsamında yorumlanan bir kavrama yönelik ihlal meydana gelip gelmediği noktasında son söz AİHM'ye aittir.[479]

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi 70 yılı aşkın bir süredir yürürlüktedir ve AİHM, ulusal mahkemelerin göremediği binlerce ihlali tespit etmiştir. Dolayısıyla AİHM'nin insan haklarının korunmasına ve gelişimine önemli katkılar sağladığı söylenebilir. Bu katkıda, AİHM'nin "gerçek bir koruma" sağlamak amacıyla özerk kavramlar doktrinini kullanması ve AİHS'deki kavramların anlamlarını ulusal hukuktaki anlamlardan bağımsız bir şekilde belirlemesi önemli bir rol oynamıştır. Ayrıca Mahkeme, devletlerin AİHS'de üstlendikleri yükümlülüklerin, kendileri için öznel ve karşılıklı haklar oluşturmaktan ziyade, bireysel olarak insanların temel hak ve hürriyetlerinin sözleşmeci devletlerin herhangi biri tarafından ihlal edilmesinden korunması için tasarlandığını ve esasen nesnel bir karaktere sahip olduğunu vurgulamıştır.[480]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özerk kavramlar doktrinin de yardımıyla "gerçek bir koruma" sağlama amacı, kanaatimizce Sözleşme'nin amacıyla da uyumludur. Çünkü AİHS'nin giriş kısmında "hakların etkin olarak tanınmalarını ve uygulanmalarını sağlamaya" yönelik bir vurgu bulunmaktadır.[481]

b. Yeknesaklık Sağlama

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özerk kavramlar doktrini aracılığıyla ayrıca sözleşmeye üye devletlerin uygulamaları bakımından belirli bir "yeknesaklık" sağlamayı

yükümlülüklerini yerine getirmemek için kendi hukukuna mazeret olarak dayanamayacağı yaklaşımıyla da uyumludur.

[478] Gerards, *General Principles of the European*, 67; Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 189; George Letsas, "The Truth in Autonomous Concepts", 281-282.

[479] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 179.

[480] Bkz. Avusturya/İtalya, Başvuru No: 788/60, 11.01.1961, Kabul Edilebilirlik Kararı; George Letsas, "The Truth in Autonomous Concepts", 304.

[481] Bu vurgu şu şekildedir: "*Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi hükümetler… bu bildirinin, açıkladığı hakların evrensel ve etkin olarak tanınmalarını ve uygulanmalarını sağlamayı hedef aldığını… kabul ederek… aşağıdaki konularda anlaşmışlardır*".

da amaçlamaktadır.[482] Bu amaç, hem uluslararası bir sözleşmenin asgari düzeyde eşit olarak uygulanması için zorunlu hem de Avrupa düzeyinde daha yakın iş birliği ve uyum sağlanması için elverişlidir. Aynı zamanda bu amaç, Sözleşme'nin de genel amacına hizmet etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi uluslararası bir Sözleşme olduğu için sözleşmeye taraf bütün devletlerin, sözleşmedeki bir kavrama aynı anlamı vermesi ve yargısal uygulamalarında benzer şekilde içtihatlar geliştirmesi genellikle mümkün değildir. Devletler arasındaki bu anlayış ve uygulama farklılıklarına göz yumulması ise "eşitsizlik" doğuracaktır. Örneğin; bir ülkede 3 ay hapis cezası "disiplin suçu" olarak değerlendirilip adil yargılanma hakkının kapsamı dışında tutulabilirken diğer bir ülkede aynı ceza "cezai alanda bir suçlama" olarak değerlendirilip adil yargılanma hakkının kapsamı dâhilinde görülebilecektir.[483] Bu durum ise aynı sözleşmenin koruması altında olan kişiler arasında eşitsizlik doğuracaktır. Bu nedenle en azından "eşitlik" ilkesi gereğince "*teknik hukuki kavramlarda*" özerk yorum yapılması ve "yeknesaklık" sağlanması zorunlu gibi görünmektedir. Ayrıca sözleşmeye üye devletler arasında belirli bir "yeknesaklık" ve "uyum" sağlanması AİHS'nin giriş kısmına göre Sözleşme'nin amaçlarından birisidir.[484]

c. Ortak Bir Anlayışın Gelişmesine ve Barışın Tesis Edilmesine Katkı Sağlama

Sözleşmeye üye devletler arasında en azından bazı konularda sağlanacak "yeknesaklık" ile birlikte insan hakları konusunda *ortak bir anlayış* ve *ortaklaşa saygı* esası da gelişecektir. Bu durum ise, başta Doğu Avrupa ülkeleri olmak üzere sözleşmeye üye devletlerin demokratikleşmesine ve adaletin ve barışın tesis edilmesine olumlu katkılar sağlayacaktır. Nitekim AİHS'nin yine giriş kısmında açıkça belirtildiği üzere;

---

[482] Gerards, *General Principles of the European*, s. 67; Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 178, 184; Francois Ost, "The Original Canons of Interpretation", 305; Trykhlib ve Lemak, "Autonomous Interpretation", 143.

[483] Tekrar hatırlatmak isteriz ki, AİHS'nin 6. maddesine göre adil yargılanma hakkı sadece "*medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar*" ile "*cezai alandaki suçlamalar*" kapsamında koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla kural olarak disiplin suçlamalarında adil yargılanma hakkı söz konusu değildir.

[484] "*Aşağıda imzası bulunan Avrupa Konseyi üyesi hükümetler… dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve korunması öncelikle, bir yandan gerçekten demokratik bir siyasal rejime, diğer yandan da insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına bağlı olan bu temel özgürlüklere derin bağlılıklarını bir kez daha tekrarlayarak… aşağıdaki konularda anlaşmışlardır.*" Ayrıca bkz. Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 178, 184.

dünyada barış ve adaletin asıl temelini oluşturan ve korunması sağlayan unsur, demokratik siyasal rejimlerin yerleşmesine ve insan hak ve hürriyetleri konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasına dayanmaktadır.

d. Daha Sıkı Bir "Birlik" ve "Avrupa Standardı" Oluşturma

Özerk kavramlar doktrini aracılığıyla sözleşmeye üye devletler arasında "*daha sıkı bir birlik*" ve ulusal hukuklardan bağımsız bir "*Avrupa standardı*" oluşturulmak istendiği iddia edilmektedir.[485] Nitekim AİHM de *Avusturya/İtalya* başvurusunda[486] AİHS'nin amacının, Avrupa'nın özgür demokrasileri arasında ortak bir kamu düzeni (public order) kurmak olduğunu açıkça belirtmiştir. Yine AİHS'nin giriş kısmında, "*Avrupa Konseyi'nin amacının, üyeleri arasında daha sıkı bir birlik oluşturmak olduğu*" ve "*insan hakları ile temel hak ve hürriyetlerin korunması ve geliştirilmesinin bu amaca ulaşma yollarından biri olduğu*" açıkça vurgulanmıştır. Yani temel hak ve hürriyetler korunarak ve geliştirilerek, Avrupa Konseyi'ne üye ülkeler arasında sıkı bir birlik oluşturulacak ve böylece ortak bir kamu düzeni tesis edilebilecektir. Bu amaca ulaşmada da özerk kavramlar doktrini oldukça önemli bir katkı sunacaktır.[487]

Yine AİHS'nin giriş kısmında açıkça belirtildiği üzere, çağdaş demokratik toplum olarak kabul edilen Avrupa demokrasileri "siyasal gelenekler", "idealler", "temel hak ve hürriyetlere saygı" ve "hukukun üstünlüğü" konularında *ortak mirasa* sahiptirler. Bu *ortak mirasın* en önemli değerlerinden birisi olan temel hak ve hürriyetlere saygıyı korumak amacıyla uyulması gereken minimum standartlar belirlenmektedir.[488] AİHM'nin "Avrupa kamu düzeni" anlayışı kapsamında ortaya koyduğu standartlar, ulusal mevzuat ve yargı kararları üzerinde etkili olmakta ve sözleşmeci devletten ihlali ortadan kaldıracak gerek yasal gerekse yargısal değişiklikleri yapması talep edilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 26 Nisan 1979 tarihli *The Sunday Times/Birleşik Krallık (No:1)* davasında "ortak bir standart" oluşturma çabasının ne anlama geldiğini şu şekilde açıklamıştır: "… *Sözleşme'nin temel amacı Sözleşmeci*

[485] Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 155; Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 184; George Letsas, "The Truth in Autonomous Concepts", 281-282.
[486] Avusturya/İtalya, Başvuru No: 788/60, 11.01.1961, Kabul Edilebilirlik Kararı.
[487] Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 154-155.
[488] Abdurrahman Eren, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avrupa Kamu Düzeninde Politik Alanın Sınırları ve Yeni Kapalı Politik Alan", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/3-4, (2003): 221.

Devletlerin kendi yargı yetkileri altındaki kişilerle ilişkilerinde uyacakları belirli uluslararası standartları ortaya koymaktır. Bu, mutlak bir yeknesaklığın gerekli olduğu anlamına gelmez ve gerçekten de Sözleşmeci Devletler uygun gördükleri tedbirleri seçmekte özgür olduklarından, Mahkeme onların kendi iç hukuklarının maddi veya usuli özelliklerinden habersiz olamaz…"[489] Görüleceği üzere Mahkeme, içtihatlarıyla "ortak kamu düzenine" ilişkin standartları oluştururken, ulusal hukukları "tek biçime" getirmeyi amaçlamamaktadır. Bu kapsamda Mahkeme'nin amacı, "ortak koruma" çerçevesinde "minimum" standartları saptamak ve böylece ulusal hukuk düzenleri arasında "uyumu" sağlamaktır.[490]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmeci devletlerden birisi aleyhine yapılan başvurularda, başvuruya ilişkin uyuşmazlığı çözümlemeye çalışırken aynı zamanda bütün sözleşmeci devletlerde geçerli olacak "Avrupa kamu düzenine" ilişkin "ortak standartlar" oluşturma gayretine girmektedir. Başka bir ifadeyle Mahkeme, başvuruya konu somut olayı çözüme bağlarken bireysel adaleti sağlamak için *sübjektif hakkı* gözetmekte; diğer taraftan da benzer uyuşmazlıklara ilişkin Avrupa standardını oluşturmak amacıyla *objektif ölçütler* belirleme çabasına girmektedir.[491] Kuşkusuz, AİHS'deki kavramların ulusal hukuktaki anlamlarından bağımsız bir şekilde Mahkeme tarafından özerk bir şekilde yorumlanması, Mahkeme'nin "Avrupa standardı" oluşturmasına çok önemli katkılar sağlamaktadır.

C. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Dışında Özerk Yorum İlkesine Başvuran Diğer Uluslararası ve Ulusal Mahkemelere Örnekler

Özerk yorum ilkesi her ne kadar AİHM ile özdeşleşmiş olsa da diğer uluslararası ve ulusal mahkemelerin de "özerk kavramlar doktrinini" benimsedikleri ve özerk yorum ilkesine başvurdukları görülmektedir. Bu mahkemelerden birkaçına örnek mahiyetinde aşağıda yer verilecektir. Dolayısıyla özerk yorum sadece AİHM'ye münhasır bir yorum ilkesi değildir.

[489] Bkz. The Sunday Times/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6538/74, 26.04.1979, § 61.
[490] Abdurrahman Eren, "Avrupa Kamu Düzeni", 224.
[491] Abdurrahman Eren, "Avrupa Kamu Düzeni", 225.

1. Uluslararası Mahkeme ve Sözleşmelerden Örnekler

a. Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD)

1952 yılında kurulan ve merkezi Lüksemburg'da bulunan Avrupa Birliği Adalet Divanı (ABAD), diğer adıyla Avrupa Adalet Divanı (European Court of Justice) Avrupa Birliği'nin ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu'nun yargı kurumudur. ABAD, Avrupa Birliği bünyesi içinde yer alan en yüksek mahkemedir.[492] ABAD'ın başlıca görevi, topluluk kurallarının hukukiliğini incelemek ve Avrupa Birliği Hukuku'nun tek bir şekilde yorumlanmasını ve uygulanmasını sağlamaktır.[493]

Özerk yorumda, sözleşmeye üye devletlerdeki benzer kavram ve terimlere verilen anlamlardan bağımsız bir şekilde yorum yapıldığından daha önce bahsetmiştik. Ancak, temel hak ve hürriyetler alanında ABAD ile AİHM arasındaki yakın ilişki göz önünde bulundurulduğunda, ABAD'ın sadece AB'ye üye devletlerin hukuk sistemlerinden bağımsız bir şekilde mi yorum yapacağı yoksa AİHM'nin belirli bir kavrama vermiş olduğu anlamdan da bağımsız bir şekilde yorum yapmasının mümkün olup olmadığını saptamak önemlidir.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, yorum yaparken gerek devletlerin gerekse de AİHM'nin yorumu ile bağlı değildir.[494] Bu nedenle ABAD, özerk yorum yaparken AİHM'nin kavrama verdiği anlamdan ve ulusal hukukta ilgili kavrama verilen anlamdan bağımsız bir şekilde özerk yorum yapabilmektedir.[495] Örneğin; *Vermeulen/Belçika* davasında başvurucu, Başsavcı'nın aleyhe görüşü hakkında cevap verme ve yorum yapma hakkı tanınmadığı gerekçesiyle adil yargılanma hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. AİHM söz konusu davada, adil yargılanma hakkı kavramının, kural olarak, bir davanın taraflarının gösterilen deliller veya sunulan mütalâalar hakkında bilgi sahibi olması ve bunlarla ilgili görüş bildirmesi hakkını da içinde barındırdığını belirtmiştir. Mahkeme'ye göre; AİHS'nin 6. maddesinin 1. fıkrası kapsamında adil yargılanma hakkının bir unsuru da çekişmeli yargılanma hakkıdır. Bu hak kapsamında, davanın tüm taraflarına, ilke olarak, sadece kendi iddialarını destekleyen delilleri bildirme fırsatı değil,

---

[492] https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/avrupa-birligi-adalet-divani-abad28022020101732, (E.T. 10.08.2023).
[493] https://www.anayasa.gov.tr/media/3598/abadtr.pdf, (E.T. 10.08.2023).
[494] Metin, *Anayasanın Yorumlanması*, 139-140.
[495] Sionaidh Douglas-Scott, "A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and The Growing European Human Rights Acquis", *Common Market Law Review*, 43 (2006): 648.

aynı zamanda mahkemenin kararını etkilemek üzere gösterilen delillere ve sunulan belgelere ilişkin bilgi sahibi olma ve bunlarla ilgili cevap verme fırsatı da tanınmalıdır.[496] Bu kararda Mahkeme, Bay Vermeulen'in Başsavcı'nın görüşlerine tepki gösterememesi ve karşı görüşlerini sunamaması nedeniyle, Belçika kanunlarının AİHS'nin 6. maddesi kapsamında güvence altına alınan "adil yargılanma hakkını" ihlal ettiğini belirtmiştir. Bu doğrultuda aynı iddialar Emesa Sugar başvurusunda ABAD'ın da önüne gelmiştir.

Bilindiği üzere Avrupa Birliği Adalet Divanı'nda da Başsavcılık makamı bulunmaktadır. Başvurucu Emesa Sugar, ABAD önündeki davası ile ilgili olarak ABAD Başsavcısı'nın görüşlerini açıklaması üzerine, Mahkeme'ye bir mektup göndermiş ve Başsavcı'nın görüşlerine karşı yazılı bir cevap sunmak istemiştir. Emesa Sugar cevap hakkı konusunda AİHM'nin *Vermeulen/Belçika* (hemen yukarıda açıkladığımız) davasına atıfta bulunmuştur.[497]

Avrupa Birliği Adalet Divanı yapmış olduğu incelemede, öncelikle AİHM'nin *Vermeulen/Belçika* kararını değerlendirmiştir. ABAD'a göre, sözleşmeye taraf bir devletin başsavcısının görüş belirtmesiyle, ABAD'daki Başsavcı'nın görüşünü bildirmesi birbirinden nitelik olarak farklıdır. Çünkü sözleşmeci devletin başsavcısı, her ne kadar hukuken objektif ve gerekçeli bir görüş sunmuş olsa da bu görüş, yine de ilgili mahkemeye (*Vermeulen/Belçika* davasında Belçika Devleti'nin Yargıtay'ına) tavsiyede bulunmayı ve dolayısıyla söz konusu mahkemeyi etkilemeyi amaçlamaktadır.

Ancak ABAD'daki Başsavcı, herhangi bir özel çıkarı savunmakla görevlendirilmemiştir. Tam bir tarafsızlık ve bağımsızlık içinde hareket ederek, Mahkeme'ye gerekçeli görüş bildirmektedir. Dolayısıyla Başsavcı'nın görüşü, taraflar arasındaki yargılamanın bir parçasını oluşturmaz; usulü olarak sözlü yargılamayı sona

---

[496] Vermeulen/Belçika, Başvuru No: 19075/91, 20.02.1996, § 31-33. AİHM söz konusu kararda aynen şu ifadelere yer vermiştir: "… *Bu nedenle, Yargıtay'daki yargılamada başvuran için neyin tehlikede olduğu ve genel avukat Bay du Jardin tarafından yapılan sunumların niteliği göz önüne alındığında, Bay Vermeulen'in duruşmanın bitiminden önce bunlara cevap vermesinin imkânsız olması çekişmeli yargılama hakkını ihlal etmiştir. Bu hak, ilke olarak, bir ceza veya hukuk davasının taraflarının, mahkemenin kararını etkilemek amacıyla, ulusal hukuk düzeninin bağımsız bir üyesi tarafından bile olsa sunulan tüm kanıtlar veya gözlemler hakkında bilgi sahibi olma ve yorum yapma fırsatı anlamına gelir*…". Bkz. Vermeulen/Belçika, Başvuru No: 19075/91, 20.02.1996, § 33. AİHM'nin benzer yönde vermiş olduğu diğer kararlar için bkz. Lobo Machado/Portekiz, Başvuru No: 15764/89, 20.02.1996, § 28-31; Van Orshoven/Belçika, Başvuru No: 20122/92, 25.06.1997, § 38-41; J. J./Hollanda, Başvuru No: 21351/93, 27.03.1998, § 42-43; K.D.B./Hollanda, Başvuru No: 21981/93, 27.03.1998, § 43-44.

[497] Emesa Sugar (Free Zone) NV/Aruba, Başvuru No: C-17/98, 04.02.2000, § 1, 7.

erdirir ve Mahkeme önünde müzakere aşamasının başlamasını sağlar.[498] Bu nedenle Başsavcı ile ABAD arasındaki hem organik hem de işlevsel bağ dikkate alındığında, AİHM'nin *Vermeulen/Belçika* davasında ortaya koymuş olduğu içtihat ABAD'ın Başsavcıları açısından uygulanabilir nitelikte değildir.[499]

Görüleceği üzere ABAD, yapmış olduğu yorum ile AİHM'nin yorumundan farklı değerlendirmelerde bulunmuş ve özerk bir yaklaşım sergilemiştir. Nitekim Senden'in belirttiğine göre Avrupa literatüründe de bu dava, ABAD'ın özerk yorum ilkesini kullanarak çözüme ulaştırdığı başat dava olarak nitelendirilmektedir.[500] Dolayısıyla ABAD bakımından özerk yorum hem sözleşmeye taraf devletlerden hem de etkisi altında bulunduğu AİHM gibi uluslararası yargı organlarından bağımsız yorum yapabilmeyi ifade etmektedir.

Bununla birlikte ABAD'ın, kararlarında, genel olarak AİHS'yi ve AİHM tarafından AİHS'de yer alan kavramlara verilen anlamları takip ettiğini söylememiz mümkündür.[501] Diğer bir ifade ile ABAD'ın özerk yorum ilkesine başvurarak sonuçlandırdığı çok fazla dava yoktur. Özellikle temel hak ve özgürlüklere ilişkin konularda ABAD, AİHM'ye göre daha çekimser davranmakta ve kendi yorumunu sunmak yerine ulusal hukuku ve AİHM kararlarını takip etme eğilimi göstermektedir. Özellikle Lizbon Andlaşması ile birlikte 2009 yılında yürürlüğe giren Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 52. maddesinin 3. fıkrasında yer alan hüküm[502] ile ABAD'ın özerk yorum yapma yetkisinin sınırlandırıldığı ileri sürülmektedir.[503] Çünkü söz konusu hükümde, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nda ve AİHS kapsamında güvence alınan hakların anlam ve kapsamının AİHS'de belirtilenlerle aynı olacağı ifade edilmiştir.[504]

---

[498] Emesa Sugar (Free Zone) NV/Aruba, Başvuru No: C-17/98, 04.02.2000, § 10-15.
[499] Emesa Sugar (Free Zone) NV/Aruba, Başvuru No: C-17/98, 04.02.2000, § 16.
[500] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 381.
[501] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 380.
[502] Söz konusu hüküm şu şekildedir: "*Bu belgede yer olan ve 'Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi' ile garanti altına alınmış haklarla çakışan haklarla ilgili olarak bölgedeki hakların anlam ve kapsamları, Sözleşme'deki hakların anlam ve kapsamlarının aynısıdır. Ancak bu hüküm Birlik yasaları ile daha geniş kapsamlı korunmalarını sağlanmasını engellenemez.*" Bkz. http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/687_1.pdf, (E.T. 15.08.2023). Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 128.
[503] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 187.
[504] Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 128; Naz Çavuşoğlu, "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: 'Katılım Meselesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 21/1, (2005): 4 vd.

Ayrıca Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'na İlişkin Açıklayıcı Raporda, Şart'ın 52. maddesinin 3. fıkrası ile AİHS'ye yapılan referansın sadece AİHS'yi değil, aynı zamanda Ek Protokolleri ve AİHM içtihatlarını da kapsadığı açıkça belirtilmiştir.[505] Sonuç olarak, şu anda yürürlükte olan ve ABAD için bağlayıcı nitelikte bulunan Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 52. maddesinin 3. fıkrası gereğince, ABAD'ın özerk yorum yapma yetkisinin kapsamı AİHM'ye göre daha sınırlıdır.

Ancak bu noktada belirtmek isteriz ki; Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 52. maddesinin 3. fıkrasının son cümlesinde; "*Ancak bu hüküm (temel hak ve hürriyetlerin) Birlik yasaları ile daha geniş kapsamlı korunmalarını engellenemez*." şeklinde yer alan hüküm de göz önünde bulundurulmalıdır. Bu nedenle, AİHS'ye nazaran daha geniş koruma sağlanan hak ve hürriyetlerde ABAD'ın özerk yorum yapabileceğini; ancak daha geniş koruma sağlanmayan alanlarda AİHM'nin içtihadının takip edilmesi gerektiğini söyleyebiliriz.

Özerk kavramlar doktrininin, AİHM bağlamında, temel hak ve hürriyetlerin *etkin bir şekilde korunması* amacıyla geliştirildiğinden ve bu doğrultuda bu doktrini kullanarak AİHM'nin öncelikle "*gerçek bir koruma*" sağlamayı amaçladığından daha önce bahsetmiştik. ABAD da her ne kadar temel hak ve hürriyetleri *etkin bir şekilde korumayı* amaçlamış olsa da bu doktrini kullanmaktaki öncelikli amacı Avrupa Birliği'ne üye devletler arasında "*yeknesaklık*" ve "*tekdüzelik*" sağlamaktır.[506] Nitekim Avrupa Birliği gibi daha yakın iş birliği, entegrasyon ve uyumlaştırmayı amaçlayan bir örgütte yeknesaklık ve tekdüzelik oldukça önemli bir rol oynamaktadır. Sadece Kurucu Andlaşmaların giriş bölümüne bakıldığında bile, "daha sıkı bir birlik", "Avrupa bütünleşmesi", "dayanışmayı güçlendirme", "ekonomilerin güçlendirilmesini ve uyumlu gelişmesini sağlama", "ortak bir vatandaşlık", "ortak bir savunma", "ortak bir dış ve güvenlik politikası" gibi yeknesaklığı ve tekdüzeliği amaçlayan kelimelere sıkça atıfta bulunulduğu görülmektedir.[507] Dolayısıyla Avrupa Birliği hukuku için yeknesaklığın ve tekdüzeliğin öncelikli önemi göz önünde bulundurulduğunda, özerk kavramlar doktrini,

[505] Naz Çavuşoğlu, "Avrupa Birliği", 5.
[506] Mitchel De S.-O.-L'E. Lasser, *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*, (New York: Oxford University Press, 2004), 215-219.
[507] Mustafa T. Karayiğit, "AB Temel Haklar Şartı'nın Uygulanmasının Kapsamı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 20/2 (2021): 563-594.

ABAD'ın yorum sürecinde hayati bir önem taşımaktadır.[508] Bu gerçeği göz önünde bulunduran Mahkeme, "*Topluluk hukukunun kendine özgü bir terminoloji kullandığı ve hukuki kavramların üye devletlerin hukukunda mutlaka aynı anlama gelmediği*" şeklindeki gerekçe ile özerk yorumu meşrulaştırmaya çalışmıştır.[509]

Özerk kavramlar doktrininin, AİHM tarafından öncelikle "temel hak ve hürriyetlerin etkin ve gerçekçi bir şekilde korunması" amacına yönelik olarak, ABAD tarafından ise öncelikle "yeknesaklık" ve "tekdüzelik" sağlama amacına yönelik olarak kullanılması rastlantı değildir. Çünkü bu Mahkemelerin kurucu Sözleşmelerinden olan AİHS temel hak ve hürriyetlerin uluslararası alanda etkin bir şekilde korunması amacıyla; Avrupa Birliği Antlaşması ise Avrupa'nın iş birliği ve bütünleşmesi amacıyla kaleme alınmışlardır. Nihayetinde her iki Sözleşme de daha sıkı bir birlik oluşturmayı, ortak bir anlayış geliştirmeyi, ülkelerin ekonomik ve siyasi yönden ilişkilerini güçlendirmeyi ve böylece kalıcı barışı tesis etmeyi hedeflemektedir. Bununla birlikte bu iki Sözleşme'nin öncelikli hedefi farklı olduğu için özerk kavramlar doktrini de ilgili Mahkemeler tarafından öncelikli olarak farklı amaçlara yönelik olarak kullanılmaktadır.

Nitekim bilindiği üzere, Avrupa Birliği'nin kurucu andlaşmaları olan Avrupa Kömür ve Çelik Topluluğu Andlaşması'nda (AKÇTA), Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması'nda (AETA) ve Avrupa Atom Enerjisi Topluluğu Andlaşması'nda (AAETA) insan haklarının korunmasına yönelik temel haklar kataloğu bulunmamaktadır.[510] Bu Andlaşmalar, İkinci Dünya Savaşı sonrasında, Avrupalı devlet adamlarının Avrupa'da kalıcı bir barış oluşturma çabaları doğrultusunda, ülkelerin ekonomik ve siyasi yönlerden birleşmesi amacıyla tasarlanmış andlaşmalardır.[511] Temel hak ve hürriyetlerin Topluluk Hukukuna aktarılması ise sonraki süreçte tedricen gerçekleşmiştir.[512] Dolayısıyla, bu koşullar özerk kavramlar doktrininin kullanımını da etkilemiş, ABAD'ın söz konusu

[508] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 184-185.
[509] Bkz. CILFIT/Ministero della Sanità, Başvuru No: C-283/81, 06.10.1982, § 19.
[510] Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 118. Sadece Avrupa Ekonomik Topluluğu Andlaşması'nda, andlaşmanın amacı doğrultusunda, pazar özgürlükleri (malların, hizmetlerin, kişilerin serbest dolaşımı), kadın ve erkekler için ücretlerde eşitlik ve genel olarak ayrımcılık yasağı gibi konulara yer verilmiştir.
[511] İkinci Dünya Savaşı'ndan önce, Avrupa yüzyıllarca, sık sık yaşanan kanlı savaşlara sahne olmuştur. 1870-1945 yılları arasında Fransa ve Almanya üç kez savaşmışlardır. Bu savaşlarda birçok insan yaşamını kaybetmiştir. Bu felaketler üzerine bazı Avrupalı lider ve düşünürler, barışın sürdürülebilmesinin tek yolunun, ülkelerinin ekonomik ve siyasi yönlerden birleşmesi olduğu fikrine varmışlardır. Bkz. "Avrupa Birliği'nin Tarihçesi", https://www.ab.gov.tr/p.php?e=105, (E.T. 17.08.2023).
[512] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 119 vd.

doktrini öncelikli olarak "yeknesaklık" ve "tekdüzelik" sağlamak amacıyla kullanmasına sebep olmuştur.

Bu doğrultuda ABAD, her ne kadar temel hak ve hürriyetler alanında da özerk yorum yapmakla birlikte, tüm üye devletlerin kabul etmesi gereken tek bir temel haklar kataloğu dayatmaktan uzun süredir kaçınmaktadır. Bunun yerine, farklı ulusal kültürlere, geleneklere ve kimliklere saygı göstererek Avrupa Birliği genelinde yaygın olarak paylaşılan ve kabul edilen ilke ve ortak değerleri korumaya çalışmaktadır.[513] Bu sebeple bazı yazarlar, ABAD'ın özerk yoruma en az başvurduğu alanlardan birisinin temel hak ve hürriyetler alanı olduğunu iddia etmektedir.[514]

Örneğin Mahkeme'nin önüne gelen bir uyuşmazlıkta, Avrupa Birliği'ne üye bir devletin, Avrupa Birliği hukuku kapsamındaki sorumluluğunun tespit edilmesini amaçlayan bir davada, davanın takibini yürüten tüzel kişinin "adli yardımdan" yararlanma imkânının olup olmadığı hususu tartışılmıştır.[515] Uyuşmazlığa konu olayda, Alman hukukuna göre bir tüzel kişinin adli yardımdan yararlanma hakkı bulunmamaktadır. Bu konudaki başvurular "kamu yararı" bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmektedir. ABAD, bu konuda özerk bir yaklaşımı tercih etme imkânına sahip olmasına rağmen, bu yönde bir tercihte bulunmaktan kaçınmıştır. Mahkeme bu sonuca ulaşırken, Avrupa Birliği Temel Haklar Şartı'nın 47. maddesini ve karşılaştırmalı yorum yöntemini dikkate almıştır. Sonuç olarak Mahkeme, Avrupa Birliği hukuku kapsamında, bir tüzel kişinin "adli yardımdan" yararlanma hakkının söz konusu olabileceğini, ancak "adli yardım" talebinin reddedilmesinin mahkemeye erişim hakkını ihlal edip etmeyeceğini belirleme yetkisinin ulusal devletlere ait olduğunu hüküm altına almıştır.[516] Kanaatimizce, burada özerk bir yaklaşım benimsenmemesinin en önemli gerekçesi, ekonomik sebepler olabilir. Çünkü Mahkeme, tüzel kişiler de dâhil olmak üzere herkesin adli yardımdan yararlanma hakkının söz konusu olduğu şeklinde bir özerk yaklaşım benimsemiş olsaydı, bu kararın üye ülkeler bakımından ciddi ekonomik sonuçları da olabilirdi. Bu nedenle Mahkeme, özerk yorum yapmayı tercih etmemiştir.

---

[513] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 186.
[514] Armin von Bogdandy, "The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union", *Common Market Law Review*, 37/6, (2000): 1333.
[515] Bkz. DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH/Bundesrepublik Deutschland, Başvuru No: C-279/09, 02.09.2010.
[516] DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH/Bundesrepublik Deutschland, Başvuru No: C-279/09, 02.09.2010, § 103.

Avrupa Birliği Adalet Divanı, öncelikli olarak "yeknesaklığı" ve "tekdüzeliği" amaçladığı için, özerk yorum yaparken karşılaştırmalı yorum yöntemine sıklıkla başvurmakta ve "ortak bir zemin" bulmaya çalışmaktadır.[517]

Bununla birlikte ABAD'ın temel hak ve hürriyetler alanında "özerk yoruma" açıkça atıfta bulunduğu kararlar da vardır. Örneğin; 2010 yılında ABAD'ın önüne gelen *Gaetano Mantello* davasında,[518] Alman Stuttgart Oberlandesgericht Mahkemesi tarafından *ne bis in idem* ilkesi ile ilgili olarak "aynı fiiller" kavramının özerk bir kavram olup olmadığı hususu sorulmuştur. Mahkeme, "aynı fiiller" kavramının AB hukuku bakımından özerk bir kavram olduğunu belirtmiştir. Mahkemeye göre bu kavram, somut uyuşmazlık bakımından, 19 Haziran 1990 tarihinde Schengen'de imzalanan Belçika, Hollanda, Lüksemburg, Federal Almanya Cumhuriyeti ve Fransa Devletleri arasında ortak sınırlarda kontrollerin aşamalı olarak kaldırılmasına ilişkin 14 Haziran 1985 tarihli Schengen Andlaşması'nın uygulanmasına dair Sözleşmenin 54. maddesinde atıfta bulunulan "aynı fiiller" kavramıyla aynı anlama gelmektedir.[519]

b. Özerk Yoruma Atıf Yapan Bazı Uluslararası Sözleşmeler

Bazı uluslararası sözleşmeler, özellikle sözleşmeye taraf devletler arasında "yeknesaklığı" sağlamak amacıyla özerk yoruma atıfta bulunmuşlardır. "*Milletlerarası Mal Satımına İlişkin Sözleşmeler Hakkında Birleşmiş Milletler Andlaşması*" [bilinen adıyla *Viyana Satım Sözleşmesi* (CISG)]; "*Sözleşmeden Doğan Yükümlülüklere Uygulanacak Hukuk Hakkında Roma Sözleşmesi*" (bilinen adıyla *Roma Sözleşmesi*); "*Uluslararası Faktoring Hakkında UNIDROIT Sözleşmesi*"; "*UNIDROIT Uluslararası Finansal Kiralama Sözleşmesi*" ve "*UNIDROIT Uluslararası Ticari Sözleşmelerin Esasları*" gibi Sözleşmeler bu mahiyetteki sözleşmelerden bazılarıdır.[520]

01.08.2011 tarihinden beri ülkemizde de uygulanan Viyana Satım Sözleşmesi'nin 7. maddesinin 1. fıkrasında şu hüküm yer almaktadır; "… *Bu Antlaşmanın yorumunda, Antlaşmanın milletlerarası niteliği dikkate alınacağı gibi yeknesak uygulanmasının teşviki ve milletlerarası ticarette dürüstlük kuralının korunması gereği de gözetilir*." [521]

---

[517] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, s. 186-187.
[518] Bkz. https://infocuria.curia.europa.eu/tabs/affair?lang=EN&sort=AFF_NUM-DESC&searchTerm=%22C-261%2F09%22&publishedId=C-261%2F09, (E.T. 15.01.2026).
[519] Bkz. Criminal proceedings/Gaetano Mantello, Başvuru No: C-261/9, 07.09.2010, § 106, 125 ve 133.
[520] Martin Gebauer, "Uniform Law", 685.
[521] R.G. Tarih ve Sayı: 07.04.2010-2010/247.

Söz konusu maddede geçen "yeknesak uygulama" ifadesi ile Sözleşme'nin açıkça özerk yoruma atıf yaptığı kabul edilmektedir.[522] Nitekim aynı maddenin 2. fıkrasında açıkça belirtildiği üzere; "*Bu Antlaşmada düzenlenen konulara ilişkin olup Antlaşmada açıkça cevaplanmamış sorular Antlaşmanın temelinde yatan genel ilkelere veya bu tür ilkelerin mevcut olmaması halinde milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre çözümlenir.*" Görüleceği üzere, herhangi bir uyuşmazlığa ilişkin olarak Viyana Satım Sözleşmesi'nde hüküm bulunmaması halinde, ilgili mahkeme Sözleşme'nin temelinde yatan genel ilkelere göre uyuşmazlığı çözümlemeye çalışacaktır. Uyuşmazlığı çözüme ulaştıracak genel ilke bulunmaması durumunda ise milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca bir çözüm bulunacaktır. Dolayısıyla kuralların uluslararası hukuktaki kökeni dikkate alınacak; iç hukuktaki ilkeler ve kurallar somut uyuşmazlığa uygulanmayacaktır.[523]

Belirtmek isteriz ki, başta Viyana Satım Sözleşmesi olmak üzere yukarıda bahsedilen Sözleşmeler kapsamında; bu Sözleşmeleri yorumlamakla görevli (örneğin; AİHM ve ABAD gibi) herhangi bir uluslararası mahkeme bulunmamaktadır. Dolayısıyla ilgili sözleşmenin yorumunun ulusal mahkemeler tarafından yapılması gerekmektedir.[524] Sözleşme metnine açık ve özerk bir anlam vermekten sorumlu tek bir organ olmadığı için, sözleşme hükümlerinin ulusal mahkemeler tarafından farklı yorumlanması riski ortaya çıkmaktadır. İşte bu riski ortadan kaldırmak için bahsi geçen bu Sözleşmelerde, sözleşme hükümlerinin "özerk" bir şekilde yorumlanmasına ilişkin yorumlayıcı kurallar öngörülmüştür.

Ancak yine de bazı yazarlar "özerk yorum" için sözleşmelerdeki hükümlerin tek başına yeterli olmayacağını, özerk yorumu ve yeknesak uygulamayı garanti altına almak için uluslararası bir mahkeme kurmanın zorunlu olduğunu ileri sürmüşlerdir.[525]

---

[522] Franco Ferrari, "Autonomous Interpretation versus Homeward Trend versus Outward Trend in CISG Case Law", *Uniform Law Review*, 22/1, (2017): 244-257; Frank Diedrich, "Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG", Pace International Law Reiew, 8/2, (1996): 303-338; Martin Gebauer, "Uniform Law", 683-705; Camilla Baasch Andersen, *Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG*, (Netherlands: Kluwer Law International, 2007).

[523] Radosveta Vassileva, "Autonomous Interpretation of Uniform Commercial Law: The East-West European Divide", *European Business Law Review*, 29/6, (2018): 893; Martin Gebauer, "Uniform Law", 683.

[524] Martin Gebauer, "Uniform Law", s. 686; Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 174-175.

[525] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 175; Martin Gebauer, "Uniform Law", 686.

Özetlemek gerekirse, örneğin, Viyana Satım Sözleşmesi uluslararası bir mahkeme kurmadığı için söz konusu Sözleşme'den kaynaklı uyuşmazlıkları çözme görevi ulusal mahkemelere aittir. Bu kapsamda, satış sözleşmesinin geçerliliği, mülkiyetin devri, ifa yeri vb. gibi Sözleşme'de yer alan hukuki ve teknik terimleri yorumlama görev ve yetkisi de ulusal mahkemelere aittir. Ancak ulusal mahkemeler bu gibi teknik ve hukuki terimleri Sözleşme'nin hedefi, amaçları ve genel ilkeleri doğrultusunda, "yeknesaklığı" sağlamak amacıyla "özerk" bir şekilde yorumlayacaktır. Eğer bu şekilde uyuşmazlığı çözümleyecek herhangi bir kural bulamadığı veya yorum yapamadığı takdirde, o zaman son çare olarak milletlerarası özel hukuk kuralları uyarınca uygulanması gereken hukuka göre uyuşmazlık çözüme kavuşturulacaktır.

2. Ulusal Mahkemelerden Örnekler

Daha önce de ifade etmiş olduğumuz üzere, özerk yorum ilkesi her ne kadar AİHM ile özdeşleşmiş olsa da diğer ulusal mahkemeler de özerk yorum ilkesine başvurmaktadırlar. Dolayısıyla özerk yorum AİHM'ye münhasır bir yorum ilkesi değildir. Bununla birlikte aşağıda açıklayacağımız üzere ulusal mahkemelerin genellikle AİHM içtihatlarını takip ettikleri ve zaman zaman direnç gösterseler de AİHM'nin kavramlara vermiş olduğu anlamı kendi iç hukuklarına aktardıkları gözlemlenmektedir.

Çalışma konumuzun kapsamı ve sınırları bakımından özerk yorum ilkesine başvuran bütün ulusal mahkemelerin burada incelenme olağanı yoktur. Bu nedenle Kıta Avrupası hukuk geleneğinin iki ana ekolünü temsil eden Almanya ve Fransa ile Anglo-Sakson hukuk sisteminin temsilcisi İngiltere ve ayrıca ülkemiz Türkiye Cumhuriyeti örnek ülkeler olarak seçilmiştir. AİHM içtihatlarının şekillenmesinde önemli rol oynayan ve farklı hukuk sistemlerine sahip olan bu ülkelerin, AİHM'nin özerk kavramlar doktrinini kullanarak vermiş olduğu kararlar karşısındaki tutumu kısaca açıklanacaktır.

a. Almanya

Bu başlık altında, özerk kavramlar doktrini bakımından Alman Mahkemeleri ile AİHM arasındaki ilişkiye değinmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz. Bu kapsamda *M/Almanya* davası,[526] bu yargı organları arasındaki ilişki bakımından güzel bir örnek teşkil etmektedir.

[526] M/Almanya, Başvuru No: 19359/04, 17.12.2009 (Nihai Karar Tarihi: 10.05.2010).

M/Almanya başvurusunda AİHM, "ceza" kavramının özerk olduğunu açıkça belirtmiş ve Alman mahkemelerinin "ceza" olarak nitelendirmediği bir tedbiri "ceza" olarak nitelendirmiştir.[527] Alman Ceza Kanunu'na göre,[528] birden fazla belirli bir ağırlığa sahip suçları işlemekten mahkûm olan kişiler, hapis cezasının infazından sonra güvenlik amacıyla yine cezaevinde tutulabilmekteydi. Cezaevinin farklı bölümünde tutulan bu kişiler, kendi şahsi elbiselerini giyme ve kaldıkları yerleri düzenleyebilme gibi birtakım ayrıcalıklara ve kolaylıklara sahiplerdi. Almanya'da bu tedbir, toplumu tehlikeli suçlulardan korumayı amaçlayan bir ıslah ve önleme tedbiri olarak düşünülmekteydi. Diğer bir ifadeyle bu tedbirin "cezalandırmaya" yönelik herhangi bir amacı bulunmamaktaydı. Bu kişiler ancak yeni bir suç işleme riskinin bulunmadığına kanaat getirildiği durumlarda şartlı tahliyeye hak kazanıyorlardı.

Daha önce özellikle adam öldürmeye teşebbüs, hırsızlık, müessir fiil ve şantaj gibi suçlarından dolayı çeşitli seferler mahkûm olan ve hapiste kalan başvurucu, bu kez de adam öldürmeye ve nitelikli hırsızlığa teşebbüs suçunu işlemiştir.[529] Ulusal hukuktaki mahkeme, başvurucunun mağdurların bedensel bütünlüklerine ciddi bir müdahale teşkil eden suçlar işlemeye olan yüksek eğimini dikkate alarak başvurucunun cezasını çektikten sonra güvenlik nedeniyle hapiste tutulması emrini vermiştir. Nitekim başvurucu, hapis cezasını 1991 yılında bitirmesine rağmen, 2001 yılına kadar suç işlemeye olan eğilimi nedeniyle hapishanede tutulmuştur. Tahliye talepleri reddedilen başvurucu AİHS'nin 5. maddesinde yer alan "*özgürlük ve güvenlik hakkı*"nın ve AİHS'nin 7. maddesinde yer alan "*kanunsuz ceza olmaz*" ilkesinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur.[530]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucunun hapis cezası sonrasındaki tutukluluğunun AİHS'nin 5. maddesinde düzenlenen "*özgürlük ve güvenlik hakkı*"nın istisnalarından hiçbirisine girmediğini belirterek AİHS'nin 5. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Ayrıca AİHM, "ceza" kavramının "özerk" bir kavram olduğunu, olayda geçen "güvenlik nedeniyle tutukluluk" uygulamasının süre sınırının olmadığını, bu yönüyle her ne kadar Alman hükümeti karşıt görüşte olsa da bu tedbirin caydırıcılık

[527] "*Bununla birlikte, yukarıda (120. paragraf) yinelendiği üzere, AİHS'nin 7. maddesindeki 'ceza' kavramı kapsam bakımından özerktir ve bu nedenle, belirli bir tedbirin ceza olarak nitelendirilip nitelendirilmeyeceğini belirlemek, tedbirin iç hukuktaki nitelendirilmesiyle bağlı olmaksızın AİHM'ye aittir.*" M/Almanya, Başvuru No: 19359/04, 17.12.2009 (Nihai Karar Tarihi: 10.05.2010), § 120, 126.
[528] Alman Ceza Kanunu'nun 67. maddesi.
[529] M/Almanya, Başvuru No: 19359/04, 17.12.2009 (Nihai Karar Tarihi: 10.05.2010), § 12.
[530] M/Almanya, Başvuru No: 19359/04, 17.12.2009 (Nihai Karar Tarihi: 10.05.2010).

unsuru taşıdığını, dolayısıyla AİHS'nin 7. maddesi anlamında "ceza" niteliğinde olduğunu ve sonuç olarak AİHS'nin 7. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.[531]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin bu yorumuna yönelik olarak, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "… *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kendisine göre, iç hukuktaki tedbirin tanımıyla bağlı değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin kavramları bu şekilde inşa etmesi, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin amaçları açısından meşrudur. Kavramların Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından bağımsız bir şekilde oluşturulması ve buna zorunlu olarak eşlik eden esneklik ve muğlaklık, Avrupa Konseyi'ne üye Devletlerin hukuki, dilsel ve kültürel çeşitliliğini dikkate alır…*"[532]

Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin ihlal kararını ve "ceza" kavramına yönelik değerlendirmelerini kabul etmekle birlikte, AİHM'nin yorumunun ulusal hukuk sistemine dikkatli bir şekilde yerleştirilmesinin altını çizmiş ve düşüncesizce gerçekleştirilen terminoloji değişikliklerinin başkaca zararlı sonuçlar doğuracağını belirtmiştir.[533] Bu kapsamda, Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın "*Sanığın Hakları*" başlıklı 103. maddesinde[534] yer alan hükümde herhangi bir değişiklik yapılmasının gerekli olmadığını ifade etmiştir.[535]

---

[531] M/Almanya, Başvuru No: 19359/04, 17.12.2009 (Nihai Karar Tarihi: 10.05.2010), § 122 vd.

[532] BVerfG, 4 Mayıs 2011 tarihli İkinci Senato Kararı, 2 BvR 2365/09, § 142. (Bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/05/rs20110504_2bvr236509.html), (E.T. 01.09.2023).

[533] "*Temel Kanun'un Sözleşme'ye açık bir biçimde yorumlandığı durumlarda bile -tıpkı Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi içtihadının olağan hukuk düzeyinde dikkate alınmasında olduğu gibi- Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihadı mevcut, dogmatik olarak farklılaşmış ulusal hukuk sistemine mümkün olduğunca dikkatli bir şekilde entegre edilmelidir ve bu nedenle uluslararası hukuk kavramlarının düşünülmeden uyarlanması dışlanmalıdır…*" BVerfG, 4 Mayıs 2011 tarihli İkinci Senato Kararı, 2 BvR 2365/09, § 94. (Bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/05/rs20110504_2bvr236509.html), (E.T. 30.01.2026).

[534] Federal Almanya Cumhuriyeti Anayasası'nın 103. maddesi şu şekildedir: "*(1) Herkes, mahkemede, yasal usule göre dinlenmek hakkına sahiptir.*
(2) Bir eylem, ancak işlenmesinden önce cezası yasayla belirlendiği takdirde cezalandırılabilir.
(3) Hiç kimse, genel ceza yasalarına göre, aynı eylemden dolayı, birden fazla cezalandırılamaz."

[535] BVerfG, 4 Mayıs 2011 tarihli İkinci Senato Kararı, 2 BvR 2365/09, § 94, 142. (Bkz. https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/05/rs20110504_2bvr236509.html), (E.T. 01.09.2023).

Ayrıca belirtmek isteriz ki, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin "özerk" kavramları oluştururken Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin ulusal hukuklarının da dikkate alınması gerektiğinin altını çizmektedir.[536]

b. Fransa

Fransız hukukuna genel olarak bakıldığında, Fransa mahkemelerinin AİHM içtihatlarını ve AİHS'deki kavramlara verilen "özerk" anlamları yakın bir şekilde takip ettikleri gözlemlenmektedir. Örneğin; 2010 yılında Fransa Danıştay'ı olan *Conseil d'État* önünde görülen ve mülkiyet hakkı ile ilgili olan *René Abolivier* davasında Mahkeme, AİHS'ye EK 1. Protokolün 1. maddesinde koruma altına alınan mülkiyet hakkı ile ilgili olarak şu değerlendirmeleri yapmıştır: "… *İç hukuktaki mülkiyet kavramı ile AİHS'ye Ek Birinci Protokol'ün 1. maddesi kapsamındaki mülkiyet kavramı birbiriyle örtüşmek zorunda değildir. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, mülkiyet kavramının 'özerk' bir anlama sahip olduğunu istikrarlı bir şekilde vurgulamıştır. Sözleşme anlamında mülkiyet, maddi olmayan malları ve 'meşru bir beklenti' gibi ileride gerçekleşecek maddi değeri olan öğeleri de kapsamaktadır. Malvarlığını oluşturan belirli haklar ve menfaatler, EK 1. Protokolün 1. maddesi anlamında pekâlâ mülk olarak kabul edilebilir. Ayrıca AİHM, bir başvuranın mülk sahibi olup olmadığını değerlendirmek için istikrarlı bir şekilde 'önemli menfaat' kavramına atıfta bulunmaktadır. Dolayısıyla, mülkiyet kavramına ilişkin bu geniş anlayış, mülksüzleştirme kavramının da aynı derecede geniş bir şekilde kabul edilmesini beraberinde getirmektedir…*"[537]

Fransa'da sadece üst yargı organları değil, aynı zamanda derece mahkemeleri de AİHM'nin "özerk kavramlar doktrini"ni yakından takip etmektedirler.[538] Örneğin; Dijon İdare Mahkemesi, 17 Kasım 2009 tarihli bir davada AİHM'nin *Chassagnou ve Diğerleri/Fransa*[539] davasında benimsediği yaklaşıma atıfta bulunarak şu tespit ve değerlendirmeleri yapmıştır: "… *Örgütlenme özgürlüğü, Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi tarafından da yorumlandığı şekliyle, bireylerin kanaatlerini veya fikirlerini toplu olarak, özellikle de aynı kanaatlere, fikirlere veya çıkarlara sahip bireylerin*

[536] Eirik Bjorge, "A Theory of National Application of The European Convention on Human Rights", (Doktora Tezi, Oxford Üniversitesi, 2013), 225.
[537] Conseil d'État, 02.06.2010*, René Abolivier* Davası. https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/rechercher-une-decision-arianeweb, (E.T. 10.09.2024).
[538] Bjorge, "A Theory of National", 227.
[539] Chassagnou ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29.04.1999.

oluşturduğu dernekler çerçevesinde paylaşma imkânını güvence altına almaktadır. Örgütlenme özgürlüğünün kapsamı, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin sırasıyla 9. ve 10. maddeleri ile güvence altına alınan düşünce ve kanaat özgürlüğü ile ifade özgürlüğü ışığında değerlendirilmelidir. Bu doğrultuda, AİHS'nin 11. maddesi hükümleri anlamında 'örgütlenme' kavramı, ulusal hukuktaki örgütlenme kavramından bağımsız 'özerk' bir kapsama sahiptir..."[540]

Fransa'da 12 Aralık 2005 tarihli bir kanun[541] ile cinsel suçluların yeniden suç işlemesini önlemek ve özellikle tehlikeli olduğu tespit edilen suçluların denetimini sağlamak amacıyla mobil elektronik yöntemle (placement sous surveillance électronique mobile-PSEM) gözetim altına alınmalarına olanak sağlanmıştır. Söz konusu tedbirin "ceza" niteliğine sahip olup olmadığı tartışılmış ve konu Fransa Anayasa Konseyi'ne taşınmıştır. Anayasa Konseyi yapmış olduğu değerlendirmede; söz konusu tedbirin belirli bir süreyle sınırlı olduğu, ceza mahkemesi tarafından hükmedildiği ve ceza mahkemesi tarafından verilen cezanın uygulanma araçlarından birisi olduğu, kişinin suçluluğuna değil tehlikeliliğine dayandığı, ulaşılmak istenen yegâne amacın yeniden suç işlenmesini önlemek olduğu gibi gerekçelerle söz konusu tedbirin "ceza" veya "yaptırım" niteliğinde olmadığına karar vermiştir.[542]

Fakat aynı kanuna dayalı bir uyuşmazlık Fransız Danıştay'ı olan *Conseil d'État*'nın da önüne gelmiştir. Hükümet komiseri[543] Guyomar, *Conseil d'État*'nın Anayasa Konseyi'nin kararı ile bağlı olmadığını, farklı bir karar vermekte özgür olduğunu ileri sürmüştür. Hükümet komiseri Guyomar'a göre, Anayasa Konseyi sadece Fransa Anayasası'nı dikkate alarak karar vermiştir; *Conseil d'État* ise Fransa Anayasası yanında ayrıca AİHS'yi de dikkate alarak uyuşmazlığı çözmek zorundadır.[544] Nitekim

[540] Dijon İdare Mahkemesi'nin 17 Kasım 2009 tarihli ve No: 0800899 sayılı kararı, https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/rechercher-une-decision-arianeweb, (E.T. 10.09.2024).
[541] 2005-1549 sayılı Kanun.
[542] Bjorge, "A Theory of National", 226 vd.
[543] Hükümet komiseri; Kararname veya kanun tasarılarının Danıştay'ın idari daireleri nezdinde incelenmesi sırasında genel kurul, komisyon veya kendi hizmetlerine bağlı konulardaki dairelerin oturumlarına istişare niteliğinde katılan ve her Bakanlık'ta bulunan kişidir. Bkz. https://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/quiquoi/quiquoi06.asp, (E.T. 04.09.2023).
[544] Hükümet komiseri Guyomar'a göre *Conseil d'État*, Anayasa Konseyi'nin değerlendirmeleri ile bağlı olmadığı gibi kanunun söz konusu tedbire yönelik nitelendirmesiyle de bağlı değildir. Guyomar, AİHM'nin "ceza" kavramına ilişkin değerlendirmelerini ve kriterlerini ortaya koymuş ve söz konusu uyuşmazlığın AİHM kararları çerçevesinde çözümlenmesi gerektiğini ifade etmiştir. Bjorge, "A Theory of National", 228-229.

Conseil d'État da AİHM'nin "ceza" kavramına yönelik kriterleri doğrultusunda uyuşmazlığı ele almış fakat yine de söz konusu tedbirin "ceza" niteliğinde olmadığını karara bağlamıştır.[545]

Yine başka bir düzenleme olarak, 25 Şubat 2008 tarihli bir kanun ile Fransa Ceza Muhakemesi Kanunu'nun 706–53–13 maddesinde değişiklik yapılmış ve hapis cezasından sonra uygulanmak üzere "önleyici tutulma" müessesesi getirilmiştir.[546] Söz konusu değişiklik uyarınca, zihinsel yetersizlikleri sebebiyle ciddi kişilik bozukluğu bulunan kişiler, tehlikeli bir suç işlemiş ise bu kişilerin yeniden suç işlemesini önlemek amacıyla belirli bir yerde tutulması mümkün hale getirilmiştir. Anayasa Konseyi, AİHM'nin *M/Almanya*[547] davasında benimsediği ilkeler doğrultusunda değerlendirme yapmış ve sonuç olarak söz konusu düzenlemenin "ceza" niteliğinde olduğunu ve Fransız Anayasası'na aykırı olduğunu belirtmiştir.[548] Dolayısıyla, "ceza" kavramına yönelik olarak Fransa mahkemelerinin AİHM içtihatları doğrultusunda yorum yaptığını ve Fransa hukukundaki "ceza" kavramı ile AİHS anlamındaki "ceza" kavramının aynı anlama geldiğini (yahut yargı organlarınca getirildiğini) söyleyebiliriz.

Nitekim benzer şekilde Fransız Yargıtay'ı olan *Cour de Cassation* Ceza Dairesi, 19 Ekim 2010 tarihli ve Temyiz No: 10-85.051 sayılı kararı ile Fransa Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "gözaltı" tedbirini düzenleyen bazı maddelerinin AİHS'nin "adil yargılanma hakkı" başlıklı 6. maddesine aykırı olduğuna karar vermiştir. Mahkeme, kişinin avukatı olmaksızın ve kişiye "susma hakkı"nın olduğu hatırlatılmaksızın yapılan sorgunun AİHS'nin 6. maddesi ile bağdaşmadığını ifade etmiştir.[549] Bu kapsamda Fransa'da, 14 Nisan 2011 tarihinde, "gözaltı" tedbirini önemli ölçüde iyileştiren yeni bir kanun[550] kabul edilmiş ve "gözaltı" sırasında avukat ile görüşme hakkının kapsamı ve güvenceleri genişletilmiştir. Ancak temyiz mahkemesi olan *Cour de Cassation*, yapılan bu değişiklikleri de çok tatmin edici bulmamıştır. Nitekim söz konusu değişikliklerin de

[545] Bjorge, "A Theory of National", 230.
[546] Bjorge, "A Theory of National", 230.
[547] M/Almanya, Başvuru No: 19359/04, 17.12.2009 (Nihai Karar Tarihi: 10.05.2010).
[548] Bjorge, "A Theory of National", 231.
[549] Cour de Cassation'un 19 Ekim 2010 tarihli ve Temyiz No: 10-85.051 sayılı kararı. Bkz. https://www.courdecassation.fr/decision/61402bba6daa9ec1b86b1b47?search_api_fulltext=&date_du=2010-10-19&date_au=2010-10-19&judilibre_juridiction=all&op=Judilibre%27de%20ara&previousdecisionpage=&previousdecisionindex=&nextdecisionpage=0&nextdecisionindex=1, (E.T. 04.09.2023).
[550] 2011-392 Sayılı Polis Gözaltı Yasası (*Loi numéro 2011–392 du 14 avril 2011 relative à la garde à vue*). Söz konusu kanun 15 Nisan 2011 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanmıştır.

AİHS'ye aykırı olduğuna karar vermiştir.[551] Ancak kanaatimizce, söz konusu kararın sonucundan ziyade, Mahkeme'nin "özerk kavramlar doktrini"ne ilişkin değerlendirmeleri son derece önemlidir. *Cour de Cassation*'a göre; "… *adil yargılanma hakkı tüm uyuşmazlıklar bakımından değil, sadece Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre 'özerk' olarak yorumlanan, ulusal hukuktaki bağlamlarından koparılan ve kendilerine ait bir anlamla donatılan kavramlar olan 'bir hukuk davasındaki medeni hak ve yükümlülüklerle ilgili uyuşmazlıklar' ile 'cezai alandaki bir suç isnadının esası' için geçerlidir… 'Özerk kavramlar' tekniğine bu şekilde başvurulmasının amacı, devletlerin kendi iç hukuklarındaki tanımlarını gerekçe göstererek AİHS'den kaynaklanan yükümlülüklerinden kaçınmalarını engellemektir. Amaç, insan haklarını koruyan Avrupa standardının ortak bir tanımını sağlamaktır. Bu nedenle bu kavramlar, adil yargılanma hakkının güvencelerinin sağlanması konusunda oldukça önemli bir yere sahiptir…* "[552] Bu gerekçelerle, Ceza Muhakemesi Kanunu'nun yeni 63-4 maddesinde yer alan kuralların AİHS'ye uygun olmadığını belirten *Cour de Cassation*'a göre; "… *adil yargılanma hakkının etkili ve pratik olabilmesi için, polis tarafından gözaltına alınan bir kişinin, kural olarak, gözaltı tedbirinin başlangıcından itibaren ve özellikle sorgulama sırasında bir avukatın yardımından yararlanabilmesi gerekmektedir. Gözaltı tedbiri esnasında avukatla görüşmek isteyen bir kişinin bu talebinin reddedilmesi AİHS'nin 6. maddesi kapsamında adil yargılanma hakkını ihlal eder…*"[553]

c. Birleşik Krallık

Birleşik Krallık'taki "özerk kavramlar doktrini"ne yönelik yaklaşımın Almanya ve Fransa'daki yaklaşıma benzer olduğunu söyleyebiliriz. Nitekim *R (Uttley)/Home Secretary* davasında, davalı taraf "ceza" kavramının "özerk" bir kavram olduğunu ileri

[551] Cour de Cassation'un 19 Ekim 2010 tarihli ve Temyiz No: 10-30.242, 10–17.049, 10–30.313 ve 10–30.316 karar sayılı kararları. Bkz. https://www.courdecassation.fr/recherche-judilibre?search_api_fulltext=&date_du=2011-04-15&date_au=2011-04-15&judilibre_juridiction =all &op=Judilibre%27de+ara&page=0, (E.T. 04.09.2023).

[552] Cour de Cassation'un 19 Ekim 2010 tarihli ve Temyiz No: 10-30.242, 10–17.049, 10–30.313 ve 10–30.316 karar sayılı kararları. Bkz. https://www.courdecassation.fr/recherche-judilibre?search_api_fulltext=&date_du=2011-04-15&date_au=2011-04-15&judilibre_juridiction =all &op=Judilibre%27de+ara&page=0, (E.T. 04.09.2023).

[553] Cour de Cassation'un 19 Ekim 2010 tarihli ve Temyiz No: 10-30.242, 10–17.049, 10–30.313 ve 10–30.316 karar sayılı kararları. Bkz. https://www.courdecassation.fr/recherche-judilibre?search_api_fulltext=&date_du=2011-04-15&date_au=2011-04-15&judilibre_juridiction=all &op=Judilibre%27de+ara&page=0, (E.T. 04.09.2023).

sürmüş ve Lordlar Kamarası AİHS'nin 7. maddesinin 1. fıkrası kapsamında "ceza" kavramının "özerk" bir kavram olduğunu kabul etmiştir.[554]

R (Uttley)/Home Secretary davasının Lordlar Kamarası'nda görüldüğü tarihe çok yakın bir tarihte, benzer nitelikteki bir başka dava olan *Flynn/HM Advocate* davasında ise koşullu salıverilme rejiminde kişi aleyhine yapılan değişikliğin AİHS'nin 7. maddesini ihlal edip etmediği konusu tartışılmıştır. Karara konu olayda; kişi hakkında hapis cezasına hükmedildikten sonra infaz rejiminde değişiklik yapılmış ve kişinin koşullu salıverilme kapsamında cezaevinden çıkmasının koşulları ağırlaştırılmıştır. Hapis cezasına çarptırılan ve infaz rejimindeki değişiklikten olumsuz etkilenen davacı, söz konusu değişiklik ile "ek bir ceza" getirildiğini ve yeni "ceza" niteliğindeki bu düzenleme ile AİHS'nin 7. maddesinin ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Temel gerekçesinde ise hapis cezasına hükmedildiği tarihteki infaz rejiminin daha lehe olduğunu ve sonradan yürürlüğe giren bir düzenleme ile hapis cezasının ağırlaştırılamayacağını savunmuştur.[555] Ancak davayı inceleyen *Privy Council Yargı Komitesi (JCPC)*,[556] infaz rejimindeki bu değişikliğin AİHS'nin 7. maddesini ihlal etmediğine karar vermiştir.[557]

Benzer iddialar karşısında Lordlar Kamarası da *R (Uttley)/Home Secretary* davasında "özerk kavramlar doktrini"ni kabul etmekle birlikte AİHS'nin 7. maddesinin[558] ihlal edilmediğine karar vermiştir. Lordlar Kamarası'na göre, AİHS'nin 7. maddesi, "uygulanabilir" bir cezanın geçmişe etkili olarak ağırlaştırılmasını yasaklamaktadır. Oysaki mevcut davada "uygulanabilir" bir cezanın geçmişe yönelik olarak

---

[554] Bkz. https://publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040722/uttley-1.htm, (E.T. 08.09.2023).

[555] Bjorge, "A Theory of National", 235-236.

[556] *Privy Council Yargı Komitesi (JCPC)*, Birleşik Krallık'taki Kraliyet Bağımlıları, Britanya Denizaşırı Toprakları, bazı İngiliz Milletler Topluluğu ülkeleri ve Birleşik Krallık'taki birkaç kurum için en yüksek temyiz mahkemesidir. Daha önce Kral tarafından görülen temyiz davalarına bakmak üzere 14 Ağustos 1833 tarihinde kurulan *Privy Council*, eskiden Birleşik Krallık dışında tüm Britanya İmparatorluğu için son çare mahkemesi olarak görev yapmaktaydı. *Privy Council Yargı Komitesi*, *Privy Councillor* sıfatına sahip kıdemli yargıçlardan oluşur; bu yargıçlar, genel olarak Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi yargıçları ve İngiliz Milletler Topluluğu'ndan kıdemli yargıçlardır. Bu yukarıda bahsedilen yerlerdeki temyiz başvuruları İngiliz Hükümdarı'na yapılır. İngiliz Hükümdarı ise davayı "tavsiye" kararı alması için *Privy Council'*e havale eder. *Privy Council* 5 kişilik kurullar halinde çalışır. Kurulun raporu, teamül gereği, her zaman İngiliz Hükümdarı tarafından karar olarak kabul edilir. Bkz. https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e1792.013.1792/law-mpeipro-e1792, (E.T. 30.01.2026).

[557] Bkz. https://www.casemine.com/judgement/uk/5b2897d02c94e06b9e19ba37, (E.T. 09.09.2023).

[558] AİHS'nin 7. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Hiç kimse, işlendiği zaman ulusal veya uluslararası hukuka göre suç oluşturmayan bir eylem veya ihmalden dolayı suçlu bulunamaz. Aynı biçimde, suçun işlendiği sırada uygulanabilir olan cezadan daha ağır bir ceza verilemez*."

ağırlaştırılması gibi bir durum söz konusu değildir. Çünkü her ne kadar koşullu salıverilme koşulları ağırlaştırılmış olsa da kişinin hapiste kalması gereken süre, hapis cezasına çarptırıldığı süreden daha uzun veya ağır değildir.[559]

Bay Brian Uttley, aynı iddialarla, yani infaz rejimindeki değişikliklerin kendisini olumsuz yönde etkilediği ve bu durumun AİHS'nin 7. maddesini ihlal ettiği gerekçesiyle bu kez AİHM'ye başvurmuştur.[560] AİHM ise "ceza" kavramına ve söz konusu başvuruya ilişkin olarak şu değerlendirmeleri yapmıştır: "*... 'Ceza' terimi özerk bir kapsama sahip olduğundan, 7. maddenin sağladığı korumanın etkili olabilmesi için, AİHM, görünüşün arkasına geçerek, belirli bir tedbirin, bu hüküm anlamında bir 'ceza' olup olmadığını kendisi değerlendirebilmelidir… Mevcut davada, başvuran tarafından işlenen suçlar için kanun tarafından öngörülen 'cezalar', yargılama hâkimi tarafından verilen ve başvuran tarafından temyizde itiraz edilmeyen çeşitli hapis cezalarıdır. Başvuran sekiz yıl cezaevinde kalmıştır ve bu süre, yargılama hâkimi tarafından verilen toplam on iki yıllık hapis cezasının sadece üçte ikisine tekabül etmektedir.*

Başvuranın şikâyetinin özü, 1991 Kanunu ile erken tahliye rejiminde yapılan değişikliğin, Sözleşme'nin 7. maddesi anlamında, başvuranın 1983 yılında veya öncesinde suçları işlediği sırada geçerli olan cezanın üzerinde ve ötesinde bir 'ceza' veya ek bir 'ceza' olduğudur…

1991 Kanunu sonrası erken tahliye rejiminin başvurana uygulanması, kendisine verilen cezanın bir parçası değildir; sonuç olarak, 1983 öncesi erken tahliye rejimi ile 1991 sonrası erken tahliye rejimi arasında bir karşılaştırma yapılmasına gerek yoktur. Uygulanan yegâne cezalar yargılama hâkimi tarafından verilen cezalar olduğundan, suçların işlendiği tarihte geçerli olan cezadan 'daha ağır' bir ceza uygulanmamıştır..."[561]

Görüleceği üzere AİHM de "ceza" kavramına yönelik olarak Lordlar Kamarası'nın yapmış olduğu yorumu teyit etmiş ve başvuruyu "kabul edilemez" bulmuştur.

Ancak AİHS'nin 8. maddesindeki "ev (konut)" kavramına ilişkin AİHM'nin "özerk yorumu" Birleşik Krallık makamları tarafından biraz gecikmeli olarak kabul

[559] Bkz. https://publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040722/uttley-1.htm, (E.T. 09.09.2023).
[560] Uttley/Birleşik Krallık, Başvuru No: 36946/03, 29.11.2005.
[561] Uttley/Birleşik Krallık, Başvuru No: 36946/03, 29.11.2005.

edilmiştir. Birleşik Krallık makamları "ev" kavramına ilişkin olarak öncesinde AİHM'nin yorumunu kabul etmekte isteksiz davranmışlardır. Ancak nihayetinde "ev" kavramını da AİHM gibi yorumlamış ve bu doğrultuda uyuşmazlıkları karara bağlamışlardır.[562] Şöyle ki, Birleşik Krallık'ta bazı yerel yönetimler, sosyal politikalarının bir gereği olarak aile konutu (sosyal lojman) sahibi olmakta ve bu konutları ihtiyaç sahibi ailelere kiraya vermektedirler. Ancak belirli koşulların gerçekleşmesi durumunda, (örneğin; kişinin başka bir eve yerleşmesi vs.) kira sözleşmesinin feshedileceği ve kira için sırada bekleyen kişilere bu konutların kiraya verileceği hususu öncesinde ihtar edilmektedir.[563] Birleşik Krallık hukukuna göre, kira sözleşmesinin feshedilmesini gerektiren bir durum ortaya çıktığında, kiracının evden tahliye edilmesi gerekir ve tahliye edilmesi gereken tarihten sonra kiracının konutu terk etmemesi "haksız işgal" oluşturur. Bu haksız işgal durumunda ise kiracının "konuta saygı hakkı"nın güvencelerinden yararlanması söz konusu olamaz.

Nitekim *Mccann/Birleşik Krallık* başvurusunda[564] da başvurucu *Mccann* bu sosyal konutlarda yaşayan bir kişidir. Eşi ile yaşamış olduğu anlaşmazlıklar sonucunda hâkim kararıyla evden ayrılmak zorunda kalmıştır. Başvurucunun eşi ve çocukları bir müddet bu evde yaşadıktan sonra, evden ayrılmış ve başka bir eve yerleşmişlerdir. Başvurucu ise tekrar eski evine dönmüş ve bu süreçte eşi ile ilişkileri iyileşmiştir. Ancak bu süreçte kira sözleşmesi feshedilmiş ve başvurucunun artık bir aileye bakma yükümlülüğü olmadığı gerekçesiyle konutta kalma talebi olumsuz karşılanmıştır. Nihayetinde başvurucu evden tahliye edilmiş, ileriye sürmüş olduğu "konuta saygı hakkı" ise iç hukukta hiçbir şekilde dinlenmemiştir.

Konu AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'nin önüne gelmiştir. Mahkeme bu tarz başvurularda, sosyal veya ekonomik politikaların uygulanmasını içeren alanlarda, planlama politikalarının seçimi ve uygulanmasında çok sayıda yerel faktör bulunduğu için bu konuda devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu kabul etmektedir.[565] Mahkeme ayrıca, modern toplumların refah ve ekonomi politikalarında merkezi bir rol oynayan konut gibi alanlarda, yasama organının kamu yararına neyin uygun olduğuna dair takdirine, bu takdir makul bir temelden açıkça yoksun olmadıkça

[562] Bjorge, "A Theory of National", 239 vd.
[563] Connors/Birleşik Krallık, Başvuru No: 66746/01, 27.05.2004 (Nihai Karar Tarihi: 27.08.2004).
[564] Mccann/Birleşik Krallık, Başvuru No: 19009/04, 13.05.2008.
[565] Buckley/Birleşik Krallık, Başvuru No: 20348/92, 26.09.1996, § 75.

saygı duyacağını belirtmektedir.[566] Ancak AİHM'ye göre, kişinin evini kaybetmesi, konuta saygı hakkına yönelik müdahalenin en aşırı biçimidir ve burada "konut" kavramından neyin anlaşılması gerektiği önem arz etmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; bir mülkün "konut (ev)" olarak sınıflandırılıp sınıflandırılmayacağı hususu bir *olgu* sorunudur. Dolayısıyla bir kişinin bir evde "haksız işgal" ile oturması veya kalmış olduğu evde yasal olarak oturma izninin olmaması önemli değildir. Kişi, haksız işgal ile oturduğu konutta dahi "konuta saygı hakkı"nın güvencelerinden yararlanmaya devam eder.[567] Sonuç olarak Mahkeme, bu açıklamalar ışığında *Mccann/Birleşik Krallık* başvurusunda, başvurucunun AİHS'nin 8. maddesi kapsamında "konuta saygı hakkının" güvencelerinden yararlanabileceğini ve Birleşik Krallık makamlarının Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki ilkeler ışığında tedbirin orantılılığını[568] değerlendirmesinin gerekli olduğunu vurgulayarak ihlal kararı vermiştir.[569]

Birleşik Krallık makamları öncelikle, AİHS'nin 8. maddesinin kişilere konut (ev) sağlama yükümlülüğü getirmediği, sadece var olan konuta saygı yükümlüğü getirdiği gibi gerekçelerle AİHM'nin söz konusu kararını eleştirmişlerdir.[570] Ancak Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi (*The Supreme Court*) *Pinnock* davasında; "… *hukukumuzun,* (AİHS'nin) *8. maddesiyle uyumlu olması için, yerel bir idare tarafından bir kişinin oturduğu evin zilyetliği ile ilgili karar verilmesi talep edildiğinde, davaya bakan mahkemenin kararında orantılılık değerlendirmesi yapması ve bu değerlendirmeyi yaparken her türlü ihtilafı çözme yetkisine sahip olması gerekmektedir…*"[571] şeklindeki değerlendirmeleri ile AİHM'nin "konut" kavramına ilişkin özerk yorumunun tam anlamıyla uygulanması gerektiğini açık bir şekilde vurgulamıştır.

---

[566] Connors/Birleşik Krallık, Başvuru No: 66746/01, 27.05.2004 (Nihai Karar Tarihi: 27.08.2004), § 82.
[567] Mccann/Birleşik Krallık, Başvuru No: 19009/04, 13.05.2008, § 46.
[568] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı" başlıklı 8. maddesine göre; "*1. Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir.*
2. Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir."
[569] Mccann/Birleşik Krallık, Başvuru No: 19009/04, 13.05.2008, § 50.
[570] Söz konusu eleştiriler için bkz. London Borough of Harrow/Qazi Davası, 2003, UKHL 43.
[571] Manchester City Council/Pinnock (Nos 1 and 2) [2010] UKSC 45, [2011] 2 AC 104 (references omitted) [49].

d. Türkiye

"Özerk kavramlar doktrini" ve "özerk yorum" konuları, ülkemizde üzerinde fazlaca inceleme yapılmayan konulardır. Nitekim yapmış olduğumuz araştırmalar sonucunda, bu konuları etraflıca ele alan tek bir çalışmanın dahi yapılmadığını saptadığımızı ifade etmemiz gerekmektedir. Doktrinin bu konulara olan ilgisizliğinin veya yabancılığının yargısal makamlara da sirayet ettiğini söyleyebiliriz. Örneğin; idari yargı kolunun en üst yargı makamı olan Danıştay'ın şimdiye kadar vermiş olduğu kararlarını elektronik ortamda analiz ettik ve sadece bir kararında özerk yorumdan bahsetmiş olduğunu gördük.[572] Yargıtay'ın ise elektronik ortamdaki kararlarında özerk yoruma hiç değinmediğini müşahede ettik. Dolayısıyla ülkemizde, Anayasa Mahkemesi (AYM) dışındaki diğer yargı organlarının kararlarında "özerk yoruma" ve "özerk kavramlar doktrinine" neredeyse hiç değinmediklerini söylemek yanlış olmayacaktır.[573]

Buna karşılık Anayasa Mahkemesi ise, özellikle bireysel başvuru incelemelerinde sıklıkla özerk yorum ilkesine ve özerk kavramlar doktrinine başvurmaktadır. Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru incelemelerinde AİHM içtihatlarını takip ettiğini ve AİHM içtihatları doğrultusunda uyuşmazlıkları çözümlemeye çalıştığını söylemek yanlış olmayacaktır. Bu doğrultuda AYM, temel hak ve hürriyetleri AİHM'nin yorumladığı şekilde yorumlamaya çalışmakta ve AİHM kararlarına sıkça atıfta bulunmaktadır. Örneğin; *Fevzi İlhan* başvurusunda AYM şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "… *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi (AİHM) Sözleşme'ye ek 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesi anlamında ancak mülk teşkil eden şeylere müdahale edilmesi koşuluyla anılan*

---

[572] Söz konusu karar Danıştay 13. Daire Başkanlığı'nın 22.06.2011 tarih, 2010/367 Esas ve 2011/3019 Karar sayılı kararıdır. Danıştay 13. Daire Başkanlığı bu kararında "özerk yorum" ile ilgili olarak şu değerlendirmeleri yapmıştır: "… *AİHM yerleşik içtihadına göre, cezai yönden AİHS'nin 6/1 maddesinin uygulanabilirliği çoğunlukla Engel Kriterleri olarak bilinen üç kriter temelinde incelenmektedir. a)iç hukukta suçun sınıflandırması b)suçun niteliği ve c)ilgili kişinin çarptırıldığı suçun ağırlık derecesi (…/Türkiye,4.3.2008 Başvuru No:11529/02) Konumuzla ilgili üçüncü kıstas ise olaya uygulanacak yasanın öngördüğü azami ceza miktarı göz önüne alınarak tespit edilir (Campbell ve Fell/Birleşik Krallık 28.06.1984, Seri A no.,§72-Demicoli/Malta 27.11.1991, Seri A no. 210 §34 Kararları)(Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadın Temel Noktaları, Mahkemenin Konu Bakımından Yetkisi-Madde 6-Cezai Alanda Kişiye Yöneltilen Suçlama Kavramı) İdari Yaptırımlar yönünden AİHM özerk yoruma başvurarak belirlediği kriterleri içine giren yaptırımları cezai sahada kabul etmektedir*…"

[573] Elbette Yargıtay'ın veya Danıştay'ın kararlarında "özerk yorumdan" veya "özerk kavramlar doktrininden" terimsel olarak bahsetmemesi özerk yorum yapmadığı anlamına gelmemektedir. "Özerk yorum" terimi geçmese dahi bir kavramın "özerk" olarak yorumlandığı kararlar bulunabilir. Bununla birlikte yukarıda bahsettiğimiz üzere Almanya, Fransa ve İngiltere'deki mahkemeler açıkça "özerk yoruma" ve AİHM'nin "özerk" kabul ettiği kavramlara atıf yapmaktadırlar ve kararlarını AİHM'nin içtihatlarından esinlenerek vermektedirler.

hükmün ihlali iddiasında bulunabileceğini vurgulamaktadır ... 1 No.lu Protokol bağlamında mülk kavramı, iç hukuktaki formel sınıflandırmadan bağımsız olarak özerk bir anlam taşımaktadır (Beyeler/İtalya, B. No:33202/96, 5/1/2000, § 100; Eski Yunanistan Kralı ve diğerleri/Yunanistan, B. No: 25701/94, 23/11/2000, § 60). Mülk kavramının özerk yorumlanması, maddi varlığı bulunan şeylerle sınırlı olmaması anlamına da gelmektedir. Bu bağlamda mal varlığını oluşturan hak ve menfaatler de bu hüküm çerçevesinde mülkiyet hakkı kapsamında, diğer bir deyişle mülk olarak değerlendirilebilir (Broniowski/Polonya, B. No: 31443/96, 22/6/2004, § 129)…"[574] Yine Anayasa Mahkemesi *İdris Ertaş* başvurusunda AİHM kararlarına atıfta bulunmuş ve "masumiyet karinesi" kavramı ile ilgili olarak şu değerlendirmeleri yapmıştır: "… *AİHM, masumiyet karinesinin Sözleşme'deki düzenlenme biçimi gereği ancak cezai bir suçla itham edilme durumunda uygulanabilir olduğunu ancak bunun özerk olarak yorumlanması gerektiğini belirtmiştir. AİHM, özerk yorumda dikkate alacağı kriterleri (Engel kriterleri) ise şöyle sıralamıştır: suç ithamının iç hukuktaki nitelendirmesinin ne olduğu, itham edilen suçun doğasının ne olduğu, bu suç ithamı nedeniyle maruz kalınacak cezanın ağırlığının ne olduğu (Engel ve diğerleri/Hollanda, B. No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 8/6/1976, § 82; Phillips/Birleşik Krallık, B. No: 41087 / 98, 5/7/2001, § 31; Allen/Birleşik Krallık [BD], B. No: 25424/09, § 95). Öte yandan AİHM, ceza yargılamasının sona ermesinden sonra devreye giren masumiyet karinesinin koruduğu ikinci yönün anılan teste tabi olmadığını da belirtmiştir. Zira bu durumlarda ceza davası zorunlu olarak sonuçlandırılmıştır ve müteakip adli işlemler yapılacak özerk yoruma göre yeni bir suç ithamı içermiyorsa masumiyet karinesinin uygulanma alanından bahsedilemeyecektir (Allen/Birleşik Krallık, § 96) …*"[575]

Anayasa Mahkemesi, Anayasa'da yer alan bazı kavramların özerk olarak yorumlanması gerektiğini ve bu kavramların anlamlarının mevzuatımızdaki kanunlar ile sınırlı olamayacağını açıkça ifade etmektedir. Örneğin Mahkeme, *Murat Demir* başvurusunda, "aile" kavramına ilişkin olarak; "… *Anayasa'daki aile kavramının, 4721 sayılı Kanun'daki karşılığı ile sınırlı olmayacak şekilde özerk yorumlanması gerekir. Aile hayatına saygı hakkının söz konusu olabilmesi için öncelikle aile kavramı kapsamında*

[574] Bkz. Fevzi İlhan [1. B.], B. No: 2017/31442, 08.09.2020, § 20.
[575] İdris Ertaş [GK], B. No: 2018/21949, 20.05.2021, § 36.

değerlendirilebilecek kişisel ve yakın bağların varlığı gereklidir…"[576] şeklinde değerlendirmelerde bulunmuş ve Anayasa'da yer alan *aile* kavramının 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile sınırlı olmayacak şekilde Mahkeme tarafından bizzat yorumlanacağını vurgulamıştır. Anayasa Mahkemesi, *Seyit Cingöz* başvurusunda ise, "aile" kavramından ne anlaşılması gerektiğini şu şekilde açıklamıştır: "… *Anayasa Mahkemesi daha önce verdiği kararlarında Anayasa'daki aile kavramının 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndaki karşılığı ile sınırlı olmayacak şekilde özerk yorumlanması gerektiğini, aile hayatının hâlihazırda mevcut olan ve hakiki aile yaşamı oluşturan fiilî, yakın ve şahsi bağların kurulduğu aile ilişkilerini koruduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarında aile hayatının, kan bağıyla kurulabileceği gibi hukuki ya da istisnai durumlarda fiilî yollarla da gerçekleşebileceğini, kan veya evlatlık bağı olmamasına rağmen çocukların bakım ve gözetimini üstlenerek her türlü ihtiyacında yanında bulunan kişilerle çocuklar arasında belirli koşullar altında aile hayatı anlamında bir bağın kurulduğunun kabul edilebileceğini vurgulamıştır. Ayrıca aile hayatından söz edebilmek için birlikte yaşama temel bir koşul olmakla birlikte fiilî bir aile bağı oluşturacak kadar yeterli tutarlılık taşımak kaydıyla bazı istisnai durumlarda da aile hayatının varlığından söz edilebilir…*"[577]

Anayasa Mahkemesi'ne göre aynı şekilde Anayasa'da yer alan "ceza" kavramı da özerk bir kavramdır ve bu kavramın anlamı Mahkeme tarafından özerk bir şekilde belirlenmelidir. Nitekim AYM, *Asya Göres ve Diğerleri* başvurusunda, Anayasa'da yer alan "ceza" kavramına yönelik olarak şu değerlendirmeleri yapmıştır: "… *Anayasa Mahkemesi norm denetimi kapsamında verdiği bir kararda (AYM, E.2019/4, K.2021/78, 4/11/2021, § 27) aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesini şöyle tarif etmiştir: 'Hiç kimse, ceza yargılamasında kesin/kesinleşmiş bir hükümle mahkûm edildiği ya da beraat ettiği bir fiilden dolayı ceza yargılaması kapsamında yeniden yargılanamaz veya cezalandırılamaz.' Bu tarife göre ilkeye aykırılık sonucuna varılabilmesi için gerçekleşmesi gereken koşullar şunlardır:*

i. Ceza ile ilgili bir yargılama sürecinin olması

[576] Murat Demir [GK], B. No: 2015/7216, 27.03.2019, § 72. Aynı yönde bkz. G.K. ve Ü.K. [2. B.], B. No: 2018/31989, 13.09.2022, § 55.
[577] Seyit Cingöz [1. B.], B. No: 2017/30916, 10.12.2019, § 25. Aynı yönde bkz. Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım [1. B.], B. No: 2014/5974, 26.12.2017, § 70; Yaşar İnce [1. B.], B. No: 2016/1750, 10.12.2019, § 26.

ii. Bu sürecin kesin/kesinleşmiş mahkûmiyet veya beraat hükmüyle sonuçlanması

iii. Tekrar (yeniden) ceza ile ilgili bir yargılama sürecinin işletilmesi

iv. Farklı yargılama süreçlerinin aynı fiile ilişkin olması

v. İlkenin istisnalarından birinin olmaması

Birinci ve üçüncü koşul bakımından ceza ile ilgili yargılama süreçlerinin her durumda teknik olarak ceza yargılaması hukuku anlamında bir süreç olarak öngörülmüş olması şart olmayıp bu kavram anayasal anlamda özerk bir yoruma tabidir. Nitekim Anayasa Mahkemesi norm denetimi ve bireysel başvuru kararlarında, Anayasa'nın 36. ve 38. maddelerini yorumlayarak ceza kavramının idari vergi cezalarını da kapsadığını belirtmiştir..."[578]

Ayrıca AYM'ye göre, "ceza" kavramı ile bağlantılı olarak yukarıdaki kararında belirtmiş olduğu ikinci koşul bakımından "mahkûmiyet hükmü" ve "beraat hükmü" kavramları da özerk kavramlardır. Bu kavramların anlamları da AYM tarafından özerk olarak belirlenmektedir.

Yine bu doğrultuda kesin olma/kesinleşme kavramları da Anayasa Mahkemesi'nce özerk olarak yorumlanmaktadır.

Anayasa Mahkemesi'ne göre; aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesinin koruduğu menfaat, ceza yaptırımına bağlanmış olan bir eyleme ilişkin isnadın esası incelenerek kişinin cezai sorumluluğu hakkında olumlu ya da olumsuz verilmiş kesin (kesinleşmiş) bir karardan sonra tekrar (yeniden) yargılanmaması ve cezalandırılmamasıdır. Bu nedenle özerk yorum çerçevesinde "ceza" olarak nitelendirilen bir yaptırıma ilişkin yargılamada delillerin değerlendirilmesi ve olguların tespiti sonrası kişinin ilgili suçu işlediği ya da işlemediği yönünden değerlendirme içeren bir kararın aynı fiilden dolayı birden fazla yargılanmama veya cezalandırılmama ilkesi anlamında mahkûmiyet ya da beraat kararı olarak nitelendirilmesi gerekir.[579] Bununla birlikte isnadın esası incelenmeden verilen, kişinin cezai sorumluluğuyla ilgili tespit

[578] Asya Göres ve diğerleri [GK], B. No: 2018/15851, 01.12.2022, § 91-92.
[579] Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. [GK], B. No: 2019/40991, 23.03.2023, § 149; Asya Göres ve diğerleri [GK], B. No: 2018/15851, 01.12.2022, § 93.

içermeyen kararlar (örneğin; zaman aşımı nedeniyle verilen düşme kararı veya kovuşturmaya yer olmadığına dair karar) beraat kararı olarak nitelendirilemez.[580]

Yine bu doğrultuda kesin olma/kesinleşme kavramları da Anayasa Mahkemesi'nce özerk olarak yorumlanmaktadır. Anayasa Mahkemesi'ne göre, bu kavramlardan anlaşılması gereken ilgili kararın kanun yolu öngörülmemesi nedeniyle verildiği anda kesin olması veya olağan kanun yolları tüketilerek ya da bunlara başvuru için öngörülmüş sürelerde başvuru yapılmadan geçirilerek kesinleşmiş olmasıdır.[581] Anayasa Mahkemesi ayrıca "disiplin suçu",[582] "kamu gücü",[583] "mağdur"[584] ve "tanık"[585] gibi kavramların da özerk olarak yorumlanacağını kararlarında açıkça belirtmiştir.

---

[580] Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. [GK], B. No: 2019/40991, 23.03.2023, § 149; Asya Göres ve diğerleri [GK], B. No: 2018/15851, 01.12.2022, § 93.

[581] Anayasa Mahkemesi'nin 04.11.2021 tarih, 2019/4 Esas ve 2021/78 Karar sayılı kararı, § 29.

[582] "*… disiplin soruşturmasının Anayasa'nın 38. ve Sözleşme'nin 7. maddesi çerçevesinde değerlendirmeye alınabilmesi için suç isnadı olarak kabul edilip edilmeyeceği belirlenmelidir. Bu hususta AİHM kural olarak disiplin soruşturmalarının Sözleşme'nin 6. maddesi kapsamında değerlendirilemeyeceğini kabul etmektedir. Ancak bu kuralın istisnası olarak 'suç isnadının' özerk yorumu bağlamında disiplin suçlamasının 'suç' alanında kalması da mümkündür. AİHM, adil yargılanma hakkının kapsamını belirlerken keyfî işlemlere karşı etkin bir koruma sağlanabilmesi için görünüme ilişkin değil esasa yönelik bir değerlendirme yapmaktadır…*" Bkz. Recep Eşkar [1. B.], B. No: 2014/14784, 05.04.2018, § 29.

[583] "*… Bireysel başvurunun karşı tarafı sadece kamu tüzel kişileri değil bunları da kapsayan ancak bunlardan daha geniş bir kapsama sahip olan kamu gücüdür. Dolayısıyla bireysel başvuruda davacı ve davalı sıfatlarının, diğer bir ifadeyle şikâyet eden ile şikâyet edilen sıfatlarının birleşmemesi için bireysel başvuru ehliyeti bulunmayan tüzel kişilerin de kamu tüzel kişileriyle sınırlı olmaması, kamu gücü kavramı kapsamına dâhil edilebilecek olan kamuyla bağlantılı diğer tüzel kişilerin de bireysel başvuru ehliyetine sahip olmaması gerekir. Bu anlamda kamu gücü kavramının kapsamının kamu tüzel kişileri ile sınırlı olmadığına dikkat çekmek gerekir. Kamu gücü kamu tüzel kişilerini kapsama alan ancak onunla sınırlı olmayan daha geniş bir kümeyi ifade etmektedir. Haddizatında Anayasa altı mevzuata göre özel hukuk tüzel kişisi olarak vasıflandırılan bazı tüzel kişiler de anayasal özerk yorum çerçevesinde kamu gücü kavramının kapsamına dâhil olabilir…*" Bkz. Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (4) [GK], B. No: 2017/36186, 28.12.2022, § 60.

[584] "*… Bir kişinin, grubun ya da sivil toplum kuruluşunun bireysel başvuruda bulunabilmesi için ihlale yol açtığını ileri sürdükleri işlem, eylem ya da ihmal nedeniyle güncel ve kişisel bir hakkın doğrudan etkilendiğini ortaya koyması gerekmektedir. Başka bir ifade ile mağdurluğun varlığı ispatlanmalıdır. Öte yandan mağdur kavramının özerk yorumu kapsamında Yargıtay 8. Ceza Dairesinin suçtan zarar görülmediğinden bahisle temyizin reddi kararı tek başına mağdurluk statüsünün olmadığı şeklinde de yorumlanamaz…*" Bkz. Şenay Tavuz [2. B.], B. No: 2014/10777, 16.11.2016, § 30.

[585] "*… Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine (AİHM) göre ulusal hukuktaki nitelemeye bakılmaksızın tanık kavramının Sözleşme kapsamında özerk bir anlamı vardır (Damir Sibgatullin/Rusya, B. No: 1413/05, 24/4/2012, § 45). Bu kavram duruma göre suç ortaklarını (Trofimov/Rusya, B. No: 1111/02, 4/12/2008, § 37), mağdurları (Vladimir Romanov/Rusya, B. No: 41461/02, 24/7/2008, §§ 7, 97) ve bilirkişi tanıklarını (Doorson/Hollanda, B. No: 20524/92, 26/3/1996, §§ 81, 82) kapsayabilir. Bu bakımdan duruşmada ister okunsun ister okunmasın ifadeleri mahkeme önünde bulunan ve mahkeme tarafından dikkate alınan kişiler, Sözleşme'nin 6. maddesinin (3) numaralı fıkrasının (d) bendi bakımından tanık olarak kabul edilmektedir (Kostovski/Hollanda [GK], B. No: 11454/85, 20/11/1989, § 40) …*

Anayasa Mahkemesi birçok kararında tanık kavramını özerk olarak yorumlamış ve tanığın sanığa isnat edilen fiil hakkında bilgi veren herhangi bir kişi olabileceğini ifade etmiştir. Bu bağlamda suçun iştirak edeni, olayın mağduru, şikâyetçi (müşteki), devletin görevlendirdiği gizli olmayan/gizli soruşturmacı da tanık olabilir…" Bkz. Orhan Güleryüz [1. B.], B. No: 2019/30221, 28.12.2021, § 25, 34. Aynı yönde

Görüleceği üzere ülkemizde Anayasa Mahkemesi özellikle bireysel başvuru incelemelerinde, özerk kavramlar doktrinine sıklıkla başvurmaktadır. Ancak aynı yaklaşım başta Yargıtay ve Danıştay olmak üzere diğer yargı organları tarafından şimdiye kadar çok fazla tercih edilmemiştir. Ancak zamanla, bireysel başvuru yolunun daha da olgunlaşması ile birlikte Yargıtay'ın ve Danıştay'ın da kararlarında en azından terimsel olarak "özerk yorum" terimini daha fazla kullanacağını düşünmekteyiz.

3. Diğer Uluslararası Andlaşmalarda Öngörülen Hükümlerin AİHS'deki Özerk Kavramları Geçersiz Kılıp Kılamayacağı Sorunu

1969 tarihli Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin 2. maddesinde andlaşma kavramı; "… *ister tek bir belgede, isterse iki veya daha fazla ilgili belgede yer alsın ve (kendine) mahsus ismi ne olursa olsun, Devletler arasında yazılı şekilde akdedilmiş ve milletlerarası hukuka tabi olan milletlerarası anlaşma (mutabakat)*…" şeklinde tanımlanmıştır. Bir devletin taraf olduğu iki veya daha fazla uluslararası andlaşmanın hükümleri birbiriyle çatışabilir. Örneğin, bir devletin taraf olduğu farklı andlaşmalarda birbirine zıt yükümlülükler üstlenmesi, zaman içinde değişen hukuki olgular nedeniyle yeni bir andlaşmanın yapılması veya taraf olunan andlaşmaların farklı amaçları hedeflemesi (mesela bir andlaşma ekonomik işbirliğini hedeflerken, diğeri insan hakları veya çevre koruma gibi farklı bir alanı düzenleyebilir ve bu düzenlemeler birbiriyle çelişebilir) gibi sebeplerle taraf olunan andlaşmalarda birbiriyle çelişen düzenlemelerin bulunması muhtemeldir.

Devletler hukukunda da hukukun genel ilkeleri olarak kabul edilen "*lex posterior derogat legi priori; lex specialis derogat legi generali ve lex posterior generalis non derogat legi priori speciali*" ilkeleri geçerlidir.[586] Yani çatışma halinde kural olarak, aynı konuya ilişkin ve daha önceki andlaşmanın bütün taraflarının akdetmiş olduğu sonraki tarihli andlaşma hükümleri (*lex posterior derogat legi priori* ilkesi gereğince) uygulanır.[587] Nitekim bu ilke Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nde de kendisine yer bulmuştur. Viyana Andlaşmalar Hukuku Sözleşmesi'nin "*Daha sonraki tarihli bir andlaşmanın yapılması ile bir andlaşmanın zımnen - sona erdirilmesi veya yürürlüğünün*

bkz. Selçuk Demir [2. B.], B. No: 2014/9783, 22.01.2015, § 35; Uğur Özcan [1. B.], B. No: 2021/12137, 26.07.2022, § 35.

[586] Mehmet Emin Büyük, "Uluslararası Hukukta Hukuk Genel İlkeleri Uygulaması" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017), 103 vd.

[587] Rona Aybay, *Kamusal Uluslararası Hukuk*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2011), 115.

askıya alınması" başlıklı 59. maddesine göre; "*1. Bir andlaşmanın bütün tarafları aynı konuyla ilgili daha sonraki tarihli bir andlaşmayı akdederse ve:*

a-) tarafların meseleyi o andlaşmaya tabi kılmak istedikleri daha sonraki andlaşmadan anlaşılır veya başka türlü tespit edilirse; veya

b-) daha sonraki andlaşmanın hükümleri daha öncekinin hükümleri ile ikisinin aynı zamanda uygulanamayacağı kadar bağdaşmıyorsa, o andlaşma sona ermiş kabul edilir.

2. Daha önceki andlaşmanın sadece yürürlüğünün askıya alındığını kabul edilmesi, tarafların niyetinin bu olduğunun daha sonraki andlaşmadan anlaşılması veya başka türlü tespit edilmesine bağlıdır."[588]

Genel kurallar içeren bir andlaşma ile özel hükümler içeren bir andlaşmanın çatışması halinde ise kural olarak (*lex specialis derogat legi generali* ilkesi gereğince) konuya ilişkin özel hükümler içeren andlaşma öncelikli olarak uygulanır. Genel kurallar içeren andlaşma sonraki tarihli, özel hükümler içeren andlaşma önceki tarihli olsa bile *lex posterior generalis non derogat legi priori speciali* ilkesi gereğince, sonraki tarihli genel hükümler içeren andlaşma önceki tarihli özel hükümler içeren andlaşmayı ilga etmez.[589] Çünkü uluslararası toplumun genel kuralları kabul ederken, önceden var olan özel kuralları ortadan kaldırma niyetinde olmadığı varsayılır.[590]

Uluslararası andlaşmalarda bazen çatışan hükümlere ilişkin özel düzenlemeler yer alabilmektedir. Örneğin; Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın 103. maddesinde; "*Birleşmiş Milletler üyelerinin işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükleri ile başka herhangi bir uluslararası anlaşmadan doğan yükümlülüklerinin çatışması durumunda, işbu Antlaşmadan doğan yükümlülükler üstün gelecektir*"[591] şeklindeki hükme yer verilerek, taraf devletlere yüklenen yükümlülükler konusunda diğer andlaşmalarla Birleşmiş

[588] Kaya, *Temel Belgeler*, 94.
[589] Aaron X. Fellmeth ve Maurice Horwitz, *Guide To Latin in International Law*, (New York: Oxford University Press, 2009), 174.
[590] Fellmeth ve Horwitz, *in International Law*, 174; Nejat Aday, "4046 Sayılı 'Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 20 A Maddesinin Türk Ticaret Kanunu'nun İlgili Hükümleri Karşısında 'Özel Kural' Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu", *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, Sayı:6 (2015): 6.
[591] Birleşmiş Milletler Andlaşması için bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman /2212020141836bm_01.pdf, (E.T. 25.01.2025).

Milletler Andlaşması arasında uyuşmazlık olması durumunda Birleşmiş Milletler Andlaşması'nın daha üstün sayılacağı açıkça belirtilmiştir.[592]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'ye taraf devletlerin ulusal hukuklarındaki sınıflandırmalarına veya düzenlemelerine dayanarak AİHS'nin kendilerine yüklediği sorumluluktan kaçınamayacaklarını; temel hak ve hürriyetlerin güvencelerini etkisiz bırakamayacaklarını birçok kez belirtmiştir. Peki bir devlet başka bir uluslararası andlaşmayı gerekçe göstererek AİHS'deki özerk kavramları etkisiz hale getirebilir mi? Diğer bir ifadeyle başka bir uluslararası andlaşmayı ileri sürerek, özerk yorum yoluyla ortaya çıkan güvenceleri kişilere sağlamaktan kaçınabilir mi?

Bu konu Fransa Danıştay'ı olan *Conseil d'Ét*at'ın önüne *Kandyrine de Brito Paiva* davasında gelmiştir. Söz konusu davaya konu olan olayda, Fransa ile Rusya Devleti 27 Mayıs 1997 tarihinde bir andlaşma imzalamışlar ve bu andlaşma ile 9 Mayıs 1945 tarihinden önceki mali ve ayni talepleri kesin olarak çözüme kavuşturmayı amaçlamışlardır. Bu anlaşma uyarınca vatandaşlar, diğer ülkeye karşı ileri sürdükleri alacak hakkını kayıt ettirecekler ve tazminat alma hakkından yararlanabileceklerdi. Fransa Devleti tarafından, söz konusu andlaşmanın uygulanmasına dair iç hukukta bazı düzenleyici işlemler yürürlüğe konulmuştur. Söz konusu düzenleyici işlemler uyarınca, bahsi geçen andlaşmadan sadece Fransa vatandaşları yararlanabilecekti. Portekiz vatandaşı olan *M. Kandyrine de Brito Paiva*, Fransız vatandaşı olan büyükbabasının mirasının kendisine kaldığını ve söz konusu düzenleyici işlemler nedeniyle Fransa vatandaşı olmadığı için ilgili andlaşmadan yararlanamadığını; bu nedenle çıkarılan düzenleyici işlemlerin AİHS'de öngörülen "mülkiyet hakkını" ve "ayrımcılık yasağını" ihlal ettiğini ileri sürmüştür.[593]

Conseil d'État davacının ileri sürdüğü iddiaların kabul edilebilir olduğunu ve ikili sözleşme ile AİHS'de yer alan güvencelerin ihlal edilemeyeceğini kabul etmiştir. Fakat bununla birlikte, davacının iddia ettiği tahvil ve hisse senetlerinin sahibi olan kişinin, bu menkul kıymetlerin elinden alındığı tarih (9 Mayıs 1945 tarihinden öncesi)

[592] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gonca Ünal, "Devletlerin Uluslararası Antlaşmalardan Kaynaklanan Yükümlülüklerinin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Üstünlük Koşulu Bağlamında Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 73/3 (2024): 1679-1707.

[593] Conseil d'État, 23.12.2011*, Kandyrine de Brito Paiva* Davası, No: 303678. Bkz. https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/rechercher-une-decision-arianeweb, https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true, (E.T. 20.09.2023).

itibariyle hangi ülkenin vatandaşı olduğunu tespit etmenin imkânsız olduğunu, bu nedenle de davanın kabul edilemeyeceğini karara bağlamıştır.[594] Görüleceği üzere *Conseil d'État* AİHS'ye aykırılık bulunması durumunda iptal kararı vereceğini, ancak davacının iddiasını ispatlamasının mümkün olmaması nedeniyle bu davanın kabul edilemeyeceğini belirtmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de AİHS'ye taraf devletlerin diğer uluslararası andlaşmaları yahut ikili andlaşmaları ileri sürerek sorumluluklarından kaçınamayacaklarını belirtmektedir. Nitekim Mahkeme, *Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya* davasında bu hususu şu şekilde açıklamıştır: "… *Mahkeme, İtalya'nın Libya ile yaptığı ikili anlaşmalardan doğan yükümlülüklerine dayanarak kendi sorumluluğundan kaçamayacağını gözlemlemektedir. Bu anlaşmaların açık denizde yakalanan göçmenlerin Libya'ya iadesi için açık bir hüküm getirdiği varsayılsa bile, Sözleşmeci Devletlerin sorumluluğu, Sözleşme'nin veya Protokollerinin yürürlüğe girmesinden sonra, bu Devletlerle antlaşma taahhütlerine girdikten sonra bile devam etmektedir…*"[595]

Görüleceği üzere AİHM'ye göre, AİHS'nin veya EK Protokollerin yürürlüğe girmesinden sonra yapılan uluslararası andlaşmalar gerekçe gösterilerek devletler sorumluluklarından kaçınamazlar. Gerek ulusal mevzuatlarında gerekse uluslararası andlaşmalar yoluyla ancak AİHS'de korunan temel hak ve özgürlüklerin daha yüksek bir standarttan yararlanmasını sağlayabilirler.

D. Özerk Kavramlar Doktrini ile Çatışabilecek Diğer Bazı Kavramlar Arasındaki İlişki

1. Egemenlik Kavramı ve Özerk Kavramlar Doktrini

Latince "superanus" kelimesinden gelen ve Batı dillerinde "sovereignty" olarak bilinen "egemenlik", eski Yunan'dan Orta Çağ'a ve oradan Yeni Çağ'a kadar her zaman "en üstün iktidar" anlamında kullanılmıştır.[596] Tanım olarak "egemenlik" kavramı, devletin kendi ülkesi üzerindeki kişiler ve nesneler üzerinde sahip olduğu asli ve üstün

[594] Conseil d'État, 23.12.2011*, Kandyrine de Brito Paiva* Davası, No: 303678. Bkz. https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/rechercher-une-decision-arianeweb, https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true, (E.T. 20.09.2023).
[595] Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 27765/09, 23.02.2012, § 129.
[596] Yusuf Şevki Hakyemez, *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı*, (Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004), 52; Abdurrahman Eren, *Anayasa Hukuku Ders Notları*, (*Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku*, (İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018), 158.

emretme gücünü, uluslararası düzende de devletin bağımsızlığını ve eşit haklara sahip olmasını ifade eder.[597]

Modern Çağ'da egemenlik anlayışını sistemleştiren ilk düşünür Fransız hukukçu Jean Bodin olmuştur.[598] Bodin, egemenlik kelimesini derebeylikler arasındaki savaşlardan bunalan Fransa'da kralın merkezi otoritesini güçlendirmek amacıyla kullanmıştır.[599] Bodin egemenliği "*mutlak ve sürekli güç*" anlamında kullanmıştır. Bodin'in bu görüşleri 17. ve 18. yüzyıl yazarları tarafından benimsenerek geliştirilmiş ve egemenliğin bölünemez, sınırlandırılamaz, sürekli, kendi üzerinde hiçbir otorite tanımayan, en üstün otorite olduğu ileri sürülmüştür.[600]

Görüleceği üzere, 17. ve 18. yüzyılda egemenlik konusunda ileri sürülen görüşler bu kavramı daha çok iç hukuk açısından ele almış, uluslararası hukuk bakımından kavramın niteliği ve önemi yeterince dikkate alınmamış ve egemenlik kavramının birçok devleti içine alan uluslararası alana nasıl uygulanacağı düşünülmemiştir.[601]

Ancak uluslararası hukukun varlığı, mutlak anlamda egemenlik kavramıyla bağdaşmamaktadır. Çünkü uluslararası hukuk, devletlerin hareketlerinin kurallara bağlanmasını, diğer bir ifadeyle sınırlandırılmasını gerektirir. Dolayısıyla uluslararası hukuk alanında mutlak egemenlikten söz etmek imkansızdır.[602] Bu çelişkiyi gören uluslararası hukuk yazarları egemenlik ile uluslararası hukuku bağdaştıracak çeşitli kuramlar geliştirmeye çalışmışlar ve nihayetinde egemenlik kavramının göreceli bir kavram olduğunu ve bunun devletlerin uluslararası hukuk kurallarıyla bağlı olmalarına engel teşkil etmediğini kabul etmişlerdir.[603]

---

[597] Mustafa Erdoğan, *Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi*, (Ankara: Kesit Yayınları, 2013), 204 vd.; Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 239; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, 85.
[598] Mustafa Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, (Ankara: Siyasal Kitabevi, 2017), 383 vd. Bodin *Devletin Altı Kitabı* (1576) adlı eserinde, egemenliğin sistematik bir açıklamasını yaparak modern kamu hukukunun temellerini atmıştır. Bkz. Erdoğan, *Anayasal Demokrasi*, 384. Bodin söz konusu eserinde egemenliği "bütün vatandaşlar ve tebaa üzerinde kanunla kısıtlanmayan en üstün iktidar, mutlak ve daimi güç" şeklinde tanımlamıştır. Eren, *Anayasa Hukuku*, 158. Ayrıca bkz. Hakyemez, *Egemenlik Kavramı*, 78 vd.
[599] Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 26; Hayati Hazır, "Devletlerin Egemenliği ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması" *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/3 (1990):16; Bahtiyar Yılmaz, "Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/1-2 (1998): 215.
[600] Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 26; Seha L. Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, (Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler, 1968), 298.
[601] Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 27.
[602] Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 27; Meray, *Devletler Hukukuna Giriş*, 300.
[603] Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 27.

Bu anlamda egemenlik "iç egemenlik" ve "dış egemenlik" olmak üzere ikiye ayrılmaktadır.[604] Bağımsızlık olarak da adlandırabileceğimiz "dış egemenlik", bir devletin diğer devletlerden aşağı konumda olmaması, başka devletlere tabi bulunmaması ve dış ilişkilerinde diğer devletlerle eşit olması anlamına gelmektedir.[605] Devletin egemenliği (bağımsızlığı) ilkesinin (dış egemenliğin) "devletlerin egemen eşitliği" ve "içişlerine karışmama" ilkesi olmak üzere iki sonucu bulunmaktadır.[606] İç egemenlik ise devletin kendi ülkesi içindeki "siyasi iktidar" anlamında kullanılmaktadır.[607] İç egemenlik anlamında siyasi iktidar, kanun yapmak, savaş veya barış ilan etmek, yargılama yapmak, para basmak, vergi toplamak gibi yetkileri kullanır.[608]

Egemenlik, özellikle siyasi iktidar anlamında, karar alırken, kural koyarken, yargılama yaparken ister üst isterse eşit düzeyde olsun hiçbir iradeye bağlı olmadan buyurma gücü anlamına geldiği; buna karşılık özerk kavramlar doktrini ise uluslararası bir organın belirli bir kavrama yüklemiş olduğu anlamın ulusal devlet tarafından kabul edilmesi yükümlülüğü doğurduğu için bu iki kavramın birbiriyle çatıştığı ileri sürülebilir. Diğer bir ifadeyle, ilk bakışta, özerk kavramlar doktrinin egemenliğe aykırı olduğu iddia edilebilir.

Genel olarak doktrin tarafından da kabul edildiği üzere, egemenlik kavramı, devletlerin uluslararası hukuk kurallarıyla bağlı olmalarına engel teşkil etmemektedir.[609] Yani devletler, diğer devletlerle ve uluslararası kuruluşlarla ilişkilerini herhangi bir devlet veya uluslararası kuruluşun baskısı, müdahalesi, aracılığı olmadan serbestçe yürütebilir ve dilediği şekilde diğer devletlerle uluslararası andlaşmalar yapabilir, uluslararası kuruluşlara katılabilir veya bunlardan ayrılabilir.[610] Dolayısıyla devletler, karar verme yetkilerini yine kendi serbest iradeleriyle sınırlandırabilirler. Böylece devletler, ulusal yetkisi dâhilindeki bir alanı andlaşmalar yaparak ve diğer devletlere veya uluslararası

[604] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hakyemez, *Egemenlik Kavramı*, 29 vd.
[605] Kemal Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, (Bursa: Ekin Yayınevi, 2019), 79.
[606] Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 79; Eren, *Anayasa Hukuku*, 159.
[607] Eren, *Anayasa Hukuku*, 159.
[608] Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 164; Gülden Çamurcuoğlu, *1921 Anayasası ve Egemenliğin Gelişimi*, (Ankara: Astana Yayınları, 2016), 157; Gözler, *Devletin Genel Teorisi*, 82; Eren, *Anayasa Hukuku*, 159.
[609] Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 27; Baskın Oran, "Ulusal Egemenlik Kavramının Dönüşümü, Azınlıklar ve Türkiye", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 19/1 (2003): 2.
[610] Döner, *İnsan Haklarının Korunması,* 28; Hakyemez, *Egemenlik Kavramı*, 92; Hatice Derya Ormanoğlu, "Modern Devletin Bir Unsuru Olarak Egemenlik ve Uluslararası Ceza Mahkemesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1 (2018): 253.

kuruluşlara karşı yükümlülükler üstlenerek ulusal yetkisi dışına çıkarabilir ve egemenliğini özgür iradesiyle kısıtlayabilir.[611] Nitekim uluslararası mahkeme kararlarında da devletlerin egemenliğinin temel ilke olduğu, sınırlamanın ancak uluslararası hukuk kurallarıyla veya devletlerin kendi rızalarıyla gerçekleşebileceği vurgulanmaktadır.[612]

Konuya bu açıdan bakıldığında, özerk kavramlar doktrininin devletlerin egemenliği ilkesine aykırı olmadığını söylememiz mümkündür. Çünkü devletler, örneğin; kendi özgür iradeleriyle AİHS'ye ve Ek Protokollere katılmakta, AİHM'nin yargılama yetkisini kabul etmekte ve AİHM'nin vereceği kararları ulusal hukuklarında gereği gibi uygulayacaklarını beyan etmektedirler. AİHM'nin kararları, bir kavramın ulusal hukuk tarafından da kabul edilen açık anlamına dayanabileceği gibi ilgili kavramın özerk anlamına da dayanabilir. Sonuçta sözleşmeci devletler AİHS'nin 46. maddesi[613] uyarınca AİHM'nin verdiği kararları gereği gibi yerine getireceklerini özgür iradeleriyle taahhüt etmişlerdir.

Kanaatimizce AİHS'ye taraf devletlerin AİHM kararlarına uyma taahhüdü, AİHM'nin Sözleşme'deki kavramlara gelişigüzel istediği anlamları verme yetkisini doğurmaz. Aksi takdirde Mahkeme'nin meşruluğu tartışma konusu olur ve Mahkeme'nin kararlarının gücü zayıflar. Hatta bu durum Sözleşme sisteminin dağılması ile de sonuçlanabilir.

Nitekim AİHM de kanaatimizce 2010 yılına kadar bu durumu göz önünde bulundurarak, özellikle devletlerin fazlaca itiraz ileri sürmeden kolayca kabul edecekleri teknik hukuki kavramları (örneğin; suç isnadı, medeni hak ve yükümlülükler, dernek, ceza vb.) özerk bir şekilde yorumlamış, ancak "din" ve "yaşam hakkı" gibi daha hassas ve devletlerin "egemenlik yetkileri" kapsamında itirazlarını ileri sürebilecekleri kavramları özerk olarak yorumlamaktan kaçınmıştır.[614] Ancak çalışmamızın ilerleyen kısımlarında[615] açıklanacağı üzere, 2010 yılından itibaren hatalı bir şekilde "aile hayatı"

[611] Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 29; Selman Özdan, "Uluslararası Hukukta Devlet Egemenliğinin Hava Sahasına Uzanmasının Meşruluğu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/1 (2023): 116.
[612] Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 28.
[613] AİHS'nin 46. maddesine göre; "*Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler*".
[614] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 180; George Letsas, "The Truth in Autonomous Concepts", s. 285.
[615] 2. Bölüm, IV, C "Hukuki Değerlendirmelerimiz" Başlığı.

kavramının içerisinde yer almayacak bazı durumları da "aile hayatı" kavramı içerisine almaya çalışarak "aile hayatı" kavramı konusunda hukukilik denetiminden uzaklaşmış ve siyasi bir organmış gibi hareket etmeye başlamıştır.

2. İkincillik İlkesi ve Özerk Kavramlar Doktrini

"İkincillik (subsidiarity) ilkesine" öncesinde AİHS'de açıkça yer verilmemişti. Ancak doktrinde ve mahkeme kararlarında AİHM'nin yetkisinin ikincil nitelikte olduğu, temel hak ve hürriyetlerin korunmasında esas sorumluluğun devletlere ait olduğu ifade edilmekte idi.[616]

Doktrinde yazarlar, AİHS'nin 1. maddesinde yer alan; "*Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağlarlar*." şeklindeki hükmün ve 13. maddesinde yer alan; "*Bu Sözleşme'de tanınmış olan hak ve özgürlükleri ihlal edilen herkes, söz konusu ihlal resmi bir hizmetin ifası için davranan kişiler tarafından gerçekleştirilmiş olsa dahi, ulusal bir merci önünde etkili bir yola başvurma hakkına sahiptir.*" şeklindeki hükmün ikincillik ilkesinin dayanağını oluşturduğunu ileri sürmekteydiler.[617] Ayrıca Sözleşme'nin 34. ve 35. maddesinde yer alan kabul edilebilirlik koşullarından birisi olan iç hukukun tüketilmesi ve son çare olarak AİHM'ye başvurulması zorunluluğunun da ikincillik ilkesini desteklediği iddia edilmekteydi.[618]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi de ilk olarak 1968 yılında kendi yetkisinin ikincil nitelikte olduğunu, insan haklarının korunmasında öncelikli sorumluluğun devletlere ait olduğunu açıkça belirtmişti. Doktrinde ve uygulamada *Belçika Dil Davası* olarak bilinen davada Mahkeme bu hususa ilişkin olarak şu ifadeleri kullanmıştı: "… [Mahkeme] *Sözleşmeci Taraf olarak ihtilaf konusu tedbirin hesabını vermek zorunda olan devletteki toplumun yaşamını karakterize eden hukuki ve fiili özellikleri göz ardı edemez. Bunu yaparken yetkili ulusal makamların rolünü üstlenemez; çünkü bu durumda Sözleşme tarafından kurulan uluslararası kolektif icra mekanizmasının ikincil niteliğini gözden kaçırmış olur. Ulusal makamlar, Sözleşme tarafından öngörülen konularda uygun*

[616] Gerards, *General Principles of the European*, 5; Relating to Certain Aspects of The Laws on The Use of Languages in Education in Belgium/Belçika, Başvuru No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, § B-10; Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, § 48.
[617] Gerards, *General Principles of the European*, 5; Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 22.
[618] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 22.

gördükleri tedbirleri seçmekte özgürdürler. Mahkeme tarafından yapılan inceleme, yalnızca bu tedbirlerin Sözleşme'nin gereklerine uygunluğuyla ilgilidir…"[619] Daha sonraki yıllarda da Mahkeme, yetkisinin ikincil nitelikte olduğuna ilişkin içtihadını sürdürmüştür.[620]

Her ne kadar ikincillik ilkesine ilk başta Sözleşme'de açıkça yer verilmese ve bu ilke AİHM'nin içtihatları ile geliştirilmiş olsa da sözleşmeye taraf devletler söz konusu ilkenin oldukça önemli bir konuma sahip olduğu ve Sözleşme'de bu ilkenin açıkça belirtilmesi gerektiği konusunda mutabık kalmışlardır. Bu doğrultuda AİHS'ye Ek 15. Protokol imzalanmış ve bu Protokol'ün 1. maddesi ile Sözleşme'nin önsözünün sonuna, "*İkincillik ilkesi uyarınca, işbu Sözleşme ve Protokollerinde tanımlanmış hak ve özgürlükleri koruma sorumluluğunun öncelikli olarak Yüksek Sözleşmeci taraflara ait olduğunu ve Yüksek Sözleşmeci tarafların bunu yaparken işbu Sözleşme ile kurulmuş olan Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin denetleyici yargı yetkisine tabi bir takdir marjına sahip olduklarını teyit ederek*" şeklindeki ibare eklenmiştir.[621] İşbu Protokol 01.08.2021 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir. Görüleceği üzere Sözleşme'ye Ek 15. Protokol ile

---

[619] Relating to Certain Aspects of The Laws on The Use of Languages in Education in Belgium/Belçika, Başvuru No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, § B-10.

[620] Mahkeme özellikle *Handyside/Birleşik Krallık* davasında "ikincillik ilkesini" daha detaylı irdelemiş ve değerlendirmiştir. Davaya konu olayda, gençlere yönelik hazırlanan ve cinsellik ile ilgili ileri uçta bilgilere yer verilen kitap, Birleşik Krallık yetkilileri tarafından okullarda yasaklanmıştır. Söz konusu yasağın ifade özgürlüğünü ihlal ettiği iddiasıyla konu AİHM'nin önüne gelmiştir. Mahkeme, ifade özgürlüğü ile ilgili değerlendirmelerini yapmadan önce ikincillik ilkesine değinmiş ve şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "*… Sözleşme, ilk etapta, koruma altına aldığı hak ve özgürlükleri güvence altına alma görevini her bir sözleşmeci devlete bırakmaktadır. Sözleşme tarafından oluşturulan kurumlar bu göreve kendi katkılarını sağlarlar, ancak sadece çekişmeli davalar yoluyla ve tüm iç hukuk yolları tüketildikten sonra müdahil olurlar ... Özellikle, çeşitli sözleşmeci devletlerin iç hukuklarında tek tip bir Avrupa ahlak anlayışı bulmak mümkün değildir. Ahlakın gereklerine ilişkin yasaların bakış açısı, özellikle konuya ilişkin görüşlerin hızlı ve kapsamlı bir şekilde evrildiği çağımızda, zamandan zamana ve mekândan mekâna farklılık göstermektedir. Devlet yetkilileri ülkelerinin esaslı güçleriyle (vital forces) doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle, ahlaki gereklerin tam içerikleri ve bunları karşılamak için tasarladıkları 'yasak' veya 'ceza'nın 'gerekliliği' hakkında bir görüş bildirirken, uluslararası bir yargıçtan daha iyi bir pozisyondadırlar... Bununla birlikte, bu bağlamda 'gereklilik' kavramının ima ettiği acil sosyal ihtiyacın gerçekliğine ilişkin ilk değerlendirmeyi yapmak ulusal makamların görevidir…*" Bkz. Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, § 48.

[621] 24 Haziran 2013 tarihinde imzaya açılan bu Protokol'ü Türkiye, 13.09.2013 tarihinde imzalamıştır. 30.01.2016 tarih ve 6668 sayılı Onaya Uygun Bulma Kanun'u, 18.02.2016 tarih ve 29628 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. Protokol'ün onaylanmasını kararlaştıran 29.02.2016 tarih ve 2016/8577 sayılı Bakanlar Kurulu Kararı ile Protokol'ün resmi Türkçe çevirisi, 17.03.2016 tarih ve 29656 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmıştır. (bkz. https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/03/29/AIHS_15NoluProtokol.pdf, E.T. 25.09.2023). Onay belgeleri 02.05.2016 tarihinde Avrupa Konseyi Genel Sekreterliği'ne tevdi edilmiştir.

ikincillik ilkesine artık Sözleşme'de açıkça yer verilmiştir.[622] Yine aynı düzenleme ile bir sonraki başlıkta ele alacağımız takdir marjına da Sözleşme'de açıkça yer verilmiştir.

İkincillik ilkesi, AİHM'nin bir belgesinde şu şekilde tanımlanmıştır: "… *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özel bağlamında [ikincillik ilkesi] Sözleşmede korunan haklara saygıyı güvence altına almak görevinin ilk olarak ve her şeyden önce Mahkemeden çok sözleşmeci devletlere ait olduğu anlamına gelir. Mahkeme, yalnızca yerel otoritelerin bu görevi yerine getirmekte başarısız olmaları halinde müdahale edebilir ve etmelidir…*"[623] Bu tanımdan da anlaşılacağı üzere, AİHM'nin görevi, esas anlamda, ulusal makamların Sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklere uyup uymadıklarını kontrol etmektir.[624]

Senden'e göre; öncelikle, AİHS azami bir koruma düzeyi sağlamayı amaçlamamaktadır. Bilakis asgari bir koruma düzeyi sağlamayı amaçlamaktadır. İkinci olarak, toplum menfaati ile kişi menfaati arasındaki dengeyi sağlamak konusunda ulusal makamlar daha iyi bir konumdadırlar. Üçüncü olarak ise AİHS asgari bir koruma düzeyi sağladığı için devletler daha yüksek bir koruma düzeyi sağlamakta özgürdürler. İşte tüm bu işlevler ikincillik ilkesi sayesinde işlerlik kazanmaktadır.[625]

İkincillik ilkesi ile ilgili yaptığımız bu açıklamalar çerçevesinde, ikincillik ilkesi ile özerk kavramlar doktrini arasında bir gerilim olduğu iddiası ileri sürülebilir.[626]

Öncelikle, kanaatimizce ulusal makamların, Sözleşme'de güvence altına alınan temel hak ve hürriyetlerin korunmasında daha iyi bir konumda olduğu, bazı önemli ayrıntıları Sözleşme organlarından daha iyi bilme imkânlarının bulunduğu ve temel hak ve hürriyetlerin korunmasında daha etkili ve pratik araçlara sahip olduğu kabul

---

[622] Yargıç Kovler, Avrupa devletlerindeki egemenlik taraftarları ile AİHM arasında sıklıkla yaşanan çatışmalar nedeniyle ikincillik ilkesinin yorumunun, egemenlik savunucuları için favori bir konu haline geldiğini ileri sürmektedir. Bkz. Derya Doğru, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı" (Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018), 31.

[623] https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2010_Interlaken_Follow-up_ENG, (E.T. 26.09.2023).

[624] Gerards, *General Principles of the European*, 5.

[625] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 23.

[626] Bununla birlikte doktrinde, özerk kavramlar doktrininin uygulanmasını ve geliştirilmesini sağlayan ilkenin ikincillik ilkesi olduğu yönünde görüş de bulunmaktadır. Bu görüşe göre, ikincillik ilkesi doğrultusunda bağımsız ve objektif değerlendirmeler yapan bir uluslararası yargı organı kurulmuş ve bu yargı organı insan haklarının etkin bir şekilde korunması için özerk kavramlar doktrinini geliştirmiştir. Bkz. Trykhlib ve Lemak, "Autonomous Interpretation", s. 145. Ancak kanaatimizce, özerk kavramlar doktrinin temelinde yatan kavram ikincillik ilkesi değildir. Hatta ikincillik ilkesi ile özerk kavramlar doktrini arasında bir neden-sonuç ilişkisi de bulunmamaktadır. Kanaatimizce *Trykhlib ve Lemak* ikincillik ilkesine yanlış bir anlam yükleyerek hatalı bir sonuca ulaşmışlardır.

edilmelidir. Kaldı ki, bir hakkın kanunda nasıl düzenleneceği, ulusal hassasiyetlerin ve anayasal geleneklerin nasıl dikkate alınacağı konusunda Avrupa'da bir fikir birliği de bulunmamaktadır. Bu koşullar ise ikincillik ilkesini zorunlu kılmaktadır. Ancak bu durum, devletlere sınırsız bir takdir yetkisi vermemektedir. AİHM, Sözleşme ile oluşturulan "asgari koruma düzeyinin" ulusal makamlar tarafından ihlal edilip edilmediğini denetleme yetkisine sahiptir.[627] Diğer bir ifadeyle, ikincillik ilkesi, AİHM'nin ulusal makamların takdir yetkisinin kullanımının sınırlarını denetlemesine engel değildir.

Bu doğrultuda ikincillik ilkesi ile özerk kavramlar doktrini arasındaki ilişkiye bakıldığında; AİHM'nin özerk kavramlar doktrininin de yardımıyla, devletlerin AİHS kapsamında sağlamaları gereken asgari koruma düzeyini belirlediğini,[628] bu düzeyin altına düşmemek kaydıyla devletlerin temel hak ve hürriyetleri korumada sağlayacakları güvenceleri serbestçe takdir ve tayin etme yetkilerinin olduğunu söyleyebiliriz. Bu sebeple de özerk kavramlar doktrini ile ikincillik ilkesinin temelde farklı amaçlara hizmet ettiğini ifade etmemiz mümkündür.

Ayrıca konu usuli yönden incelendiğinde, kanaatimizce; Mahkeme'nin önüne gelen bir başvuruda öncelikle ikincillik ilkesi kapsamında bir değerlendirme yapılacağını ve ulusal makamların kararlarının Sözleşme tarafından öngörülen asgari koruma düzeyinin altında veya tamamen dışında kalıp kalmadığının değerlendirileceğini, eğer ilgili devlet takdir yetkisinin sınırlarını aşmışsa işte bu durumda özerk kavramlar doktrinin de yardımıyla AİHM'nin olması gereken asgari koruma düzeyini tespit edeceğini söyleyebiliriz. Bu sebeple Mahkeme öncelikle ikincillik ilkesi çerçevesinde, sonrasında ise olayın koşullarına göre özerk kavramlar doktrini çerçevesinde bir değerlendirme yapacaktır.

---

[627] Nitekim AİHS'nin "*Mahkeme'nin Yargı Yetkisi*" başlıklı 32. maddesine göre; "*1. Mahkeme'nin yargı yetkisi, 33, 34, 46 ve 47. maddelerde belirlenen koşullar uyarınca kendisine sunulan, bu Sözleşme'nin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsar.*
2. Mahkeme'nin yetkili olup olmadığı hakkında ihtilaf durumunda, kararı Mahkeme verir."

[628] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 19. maddesinde, Sözleşme'ye taraf devletlerin yüklenmiş oldukları taahhütlerin yerine getirilmesini sağlamak amacıyla bir "Mahkeme" kurulacağı ve 32. maddesinde, bu Mahkeme'nin Sözleşme'nin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunlarda yargı yetkisinin bulunduğu, Mahkeme'nin yetkili olup olmadığına karar verme yetkisinin yine Mahkeme'ye ait olduğu hüküm altına alınmıştır.

3. Takdir Marjı ve Özerk Kavramlar Doktrini

"Takdir" kavramı "*kendi ölçülerine göre değer biçme, değerlendirme*" anlamına; niceliksel bir anlama sahip olan "marj" kavramı ise "*pay*" anlamına gelmektedir.[629] Bu doğrultuda takdir marjı (*margin of appreciation*) kavramı; "*değerlendirme serbestisinde devletlere tanınan pay*" olarak tanımlanabilir.[630]

Yukarıda da belirttiğimiz üzere, AİHS'de "takdir marjı" kavramına açıkça yer verilmemişti.[631] Bu kavram ilk olarak AİHM'nin içtihatları ile ortaya konmuştur ve "*yargısal bir buluş*" olarak nitelendirilmiştir.[632] AİHM'nin içtihatları doğrultusunda yabancı literatürde takdir marjı, "*Sözleşme hükümlerinin uygulanmasında veya yorumlanmasında, Mahkeme tarafından üye devletlere tanınan belirli bir hareket alanı ya da değerlendirme serbestisi*" olarak tanımlanmıştır.[633] İçtihadi olarak ortaya çıkan "takdir marjı doktrini" 01.08.2021 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme'ye Ek 15. Protokol'ün 1. maddesi ile Sözleşme'nin önsözünün son paragrafına eklenmiş ve normatif bir dayanağa kavuşmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, takdir marjı doktrinine başvururken artık klasikleşen şu ifadeyi sıklıkla kullanmaktadır: "… *Ulusal makamlar, ülkede yaşananlarla doğrudan ve sürekli ilişki içinde olduklarından, ahlaki gereklilikler gibi zaman ve mekâna göre değişebilecek konularda, getirilecek sınırlama ve cezalar hakkında görüş bildirirken uluslararası yargıçtan daha iyi pozisyondadırlar...*"[634]

---

[629] Doğru, "Takdir Marjı", 6. Pay kavramının sözlük anlamı ise "*birden fazla kişi arasında bölüşülmüş bir bütünden, bu kişilerin her birine düşen bölüm, hisse*"dir. Bkz. https://sozluk.gov.tr/, (E.T. 30.09.2023).

[630] Doğru, "Takdir Marjı", 7. Başka bir tanımda ise takdir marjı, "*olgusal durumları değerlendirme ve uluslararası insan hakları sözleşmelerinde tanımlanan kuralları uygulama konusunda hükümetlere sağlanan tolerans*" şeklinde tanımlanmıştır. Bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman /4052023132833hasan.pdf , (E.T. 30.09.2023).

[631] Erdoğan Keskin, "AİHM'nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69/3 (2020): 1380-1381.

[632] Doğru, "Takdir Marjı", 6; Andrew Legg, *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law- Deference and Proportionality*, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 3.

[633] Yutaka Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*, (Newyork: Intersentia Publication, 2001), 2; Jeffrey A. Brauch, "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law", *Columbia Journal of European Law*, 11 (2005): 115-116; Howard Charles Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*, (The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996), 13.

[634] Bkz. Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, § 48. Doğru, "Takdir Marjı", 10, 20. dipnot.

"*Takdir marjı doktrini*" için çok kısaca ikincillik ilkesinin gerçekleştirilme aracı olduğunu söyleyebiliriz. AİHM'nin eski başkanlarından Costa'nın da belirttiği üzere Mahkeme, ikincillik ilkesini hayata geçirmek için taraf devletlere takdir marjı tanımaktadır.[635]

Fendoğlu'na göre takdir marjı doktrini, AİHM'nin elinde etkili ve esnek bir silah olup, karşılıklı iddia ve çıkarları değerlendirme ve dengeleme tekniği olarak kullanılmaktadır.[636] Benvenisti'ye göre ise bu doktrin, devletlerdeki ulusal çıkarlar ve bireysel haklar arasında ya da her toplumun farklı ahlaki anlayışları arasındaki anlaşmazlıkların çözümünde belirli bir serbesti hakkına sahip olmasına dayanmaktadır.[637]

Takdir marjı doktrinin aslında AİHM için bir ihtiyaç ve önemli bir ilke olduğunu ifade edebiliriz. Öncelikle AİHS'nin yapısı ve sistemi ile AİHM'nin konumu devletlere takdir marjı bırakılmasını gerektirmektedir. İkincillik ilkesinde de vurguladığımız üzere, AİHS ile insan haklarının korunmasında "asgari bir standart" oluşturulmak istenmiştir. Üst düzeyde, katı ve sıkı bir koruma sistemi amaçlanmamıştır. Bu doğrultuda, AİHM, devletlerin AİHS kapsamında sorumluluklarını yerine getirip getirmediklerini ve Sözleşme'yi kendi yetki alanlarına giren kişiler için etkili bir şekilde uygulayıp uygulamadıklarını incelemektedir. Dolayısıyla devletler, Sözleşme ve AİHM içtihadı çerçevesinde belirlenen sınırlara (diğer bir ifadeyle asgari standartlara) riayet ettikleri sürece, hangi tedbirlerin, kısıtlamaların veya istisnaların gerekli ve makul olduğuna karar verme konusundaki takdir yetkilerini muhafaza ederler.[638]

İkinci olarak, insan haklarının evrensel olduğuna yönelik güçlü retoriğe rağmen temel hakların bütün yönleriyle ne anlama geldiği konusunda tam olarak yerleşmiş bir

---

[635] Doğru, "Takdir Marjı", 39. Bununla birlikte takdir marjının, AİHM'nin "*insan haklarına saygı ile ikincillik prensibi arasındaki hassas dengeyi koruyabilmek için kullandığı bir araç*" olduğuna ilişkin görüşler de bulunmaktadır. Bkz. Ronald St. J. Macdonald, "The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", in *The Protection of Human Rights in Europe* ed., Andrew Clapham, Frank Emmert, Vol. 1, Book 2 (Collected Courses of the Academy of European Law Collected Courses of the Academy of European Law, [AEL], Kluwer Academic Publishers, 1992), 160.

[636] Hasan Tahsin Fendoğlu, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* (*İfade Özgürlüğü Özel Sayısı*), Sayı: 25 (2016): 1.

[637] Eyal Benvenisti, "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", *New York University Journal of International Law and Politics*, 31/4 (1999): 843; Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 244.

[638] Nitekim AİHM, kural olarak, bir temyiz mahkemesi gibi hareket etmemektedir. Ulusal makamların karar verirken kullandığı yolun doğru olup olmadığını kontrol etmekten ziyade ulaşılan sonucun Sözleşme standartlarına uygunluğunu denetlemektedir. Bkz. Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 272.

fikir birliği bulunmamaktadır.[639] Örneğin; aile ve özel hayat hakkının sınırlarını belirlemek kolay değildir. Bu kapsamda, bir çocuğun geçerli bir neden olmaksızın ailesinden ayrılmaya zorlanamayacağı ve bu hususun aile hayatına saygı hakkının kapsamında kaldığı konusunda bir fikir birliği vardır. Fakat bir çocuğun bir erkek çift tarafından yetiştirildiği durumlarda, ikiden fazla kayıtlı ebeveyne (Anne - 1. Erkek - 2. Erkek; diğer bir ifadeyle çocuğun bir anne ve birden fazla "baba" adına kayıtlı olmasına) sahip olma hakkının bulunup bulunmadığı ve bu hakkın aile hayatına saygı hakkının korumasından yararlanıp yaralanamayacağı konusunda fikir birliği yoktur. Dolayısıyla, ulusal devletler için hassas ve ahlaki içeriğe sahip konularda ve Sözleşme'deki kavramların hangi durumları kapsayıp kapsamadığı konusunda fikir birliği bulunmadığı durumlarda, Mahkeme'nin tek tip bir yorum yapmaktan kaçınması ve devletlere takdir marjı bırakması Mahkeme için de daha kolay ve uygun bir yol olacaktır.

Üçüncü olarak, "asgari standartları" sağlayacak şekilde ilgili tedbirleri alma yetkisinin ulusal makamlara bırakılması, sonuçları itibariyle daha avantajlı bir yol olacaktır.[640] Örneğin; bazı devletlerde Anglo Sakson hukuk sistemi bazı devletlerde ise Kıta Avrupası hukuk sistemi olduğu göz önünde bulundurulduğunda,[641] bir konunun, Anayasa değişikliği, kanun değişikliği, yürütme organının düzenleyici işlem değişikliği veya mahkeme içtihatlarının değişikliği ile AİHS kapsamındaki güvenceye kavuşturulması noktasında ulusal makamların Mahkeme'ye göre daha doğru ve yerinde tespitler yapacağı söylenebilir. Yine ulusal meclislerin ve yürütme organlarının, belirli kararların ekonomik, sosyal ve teknik sonuçlarını daha iyi hesap edecekleri ve ayrıca bazı tartışmalı konularla ilgili anayasal, ahlaki ve etik değerleri daha dikkatli bir şekilde göz önünde bulunduracakları kuvvetle muhtemeldir.

---

[639] Ayrıntılı bilgi için bkz. Robert D. Sloane, "Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 34 (2001): 527-596; Eva Brems, *Human Rights: Universality and Diversity*, (Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2001); Steven Greer, "Universalism and Relativism in the Protection of Human Rights in Europe: Politics, Law and Culture" in *Human Rights between Law and Politics: The Margin of Appreciation Doctrine in Post-National Contexts*, ed., Petr Agha (London: Hart Publishing, 2017), 17-26.

[640] Gerards, *General Principles of the European*, 162.

[641] Ayrıca AİHS'ye taraf bazı devletler federal, bazıları bölgesel, diğer bazıları ise üniter sisteme göre yönetilmektedir. Bazı devletlerde bireylerin anayasaya aykırılık itirazında bulunma hakkı varken diğer bazılarında yoktur. Bazı devletler ise AİHS'yi kendi hukuk sistemlerinin bir parçası haline getirmişlerdir. Bireyler bazı devletlerde ulusal mahkemeler önünde doğrudan AİHS'ye aykırılık iddiasında bulunabilmekteyken, diğer bazı devletlerde bu imkân bulunmamaktadır. Özetle her egemen devlet doğal olarak kendi hukuk sistemini oluşturmakta ve uygulamaktadır. Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 271-272.

Dördüncü olarak, sözleşmeye taraf devletlerin politik, ahlaki, dini, ekonomik, sosyal ve kültürel açıdan farklılık gösteren durumlarının tanınmasının sağlanması ve Sözleşme'de yer alan hakların hem evrensel bir nitelik taşıma ve hem de farklı ulusal devletlerde farklı şekilde uygulanabilme imkânının olması için takdir marjı doktrini gibi bir doktrinin varlığı zorunludur.[642]

Bu sebeplerin hepsi bir araya getirildiğinde takdir marjı doktrininin AİHM için gerekliliği de kendiliğinden ortaya çıkmaktadır.

Nitekim AİHM bu durumu çok erken yıllarda fark etmiş ve daha 1956 ve 1957 yıllarında Komisyon önüne getirilen ilk devletlerarası başvurular olan Yunanistan-Birleşik Krallık (I) ve (II) davalarında (doğrudan ifade etmemekle birlikte) devletlerin takdir marjı olduğunu üstü kapalı bir şekilde ifade etmiştir.[643] Davaya konu olayda, o dönemde Kıbrıs adasını yöneten Birleşik Krallık, Yunanistan'ın iddialarına karşı Sözleşme'nin "*Olağanüstü Hallerde Yükümlülükleri Askıya Alma*" başlıklı 15. maddesine dayanmıştır. Komisyon söz konusu başvurulara ilişkin raporunda, Birleşik Krallık'ın belirli ölçüde "takdiri önlem" (*measure of discretion*) alabileceğini belirtmiştir.[644] Dolaysıyla takdir marjı doktrini ilk kez Sözleşme'nin 15. maddesi kapsamında uygulanmıştır. Daha sonra Mahkeme, özellikle kişisel haklar ile toplumun çıkarlarının çatıştığı alanlarda takdir marjı doktrinini sıkça kullanmıştır. Yine ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi sınırlandırma sebepleri bulunan Sözleşme'nin 8. (Özel ve Aile Hayatına Saygı Hakkı), 9. (Düşünce, Vicdan ve Din Özgürlüğü), 10. (İfade Özgürlüğü) ve 11. (Toplantı ve Dernek Kurma Özgürlüğü) maddeleri takdir marjının yoğun bir şekilde kullanıldığı alanlardan olmuştur.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 2008 yılında vermiş olduğu bir kararda, takdir marjı doktrinin hangi haklarda genişleyeceği ve hangi haklarda ise daralacağına ilişkin olarak şu değerlendirmeleri yapmıştır: "… *Yetkili ulusal makamlara bir takdir marjı*

[642] Bazı görüşlere göre AİHM mevcut başarısını, Sözleşme'ye üye devletlerin farklılıklarına gösterdiği saygı ve ulusal makamların kararlarına tanıdığı takdir payına borçludur. Böylece Sözleşme'ye taraf devletler AİHS'yi benimsemiş ve ulusal hukuk sistemlerinin bir parçası haline getirmişlerdir. Paolo G. Carozza, "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law", *American Journal of International Law*, 97/1 (2003): 74.
[643] Yunanistan/Birleşik Krallık, Başvuru No: 176/56, 02.06.1956, (Kabul Edilebilirlik Kararı).
[644] Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 274.

bırakılmak zorundadır... Takdir marjının kapsamı, Sözleşmedeki hakların niteliği, bireyler için önemi, müdahalenin niteliği, müdahale ile ulaşılmak istenen amaç da dâhil olmak üzere birçok faktöre dayanır ve çeşitlenir. Söz konusu hakkın, kişinin yakın ve kilit haklardan etkili biçimde yararlanması için çok önemli olması halinde marj daha dar bir eğilim gösterir... Kişinin varlığı veya kimliğinin özellikle önemli bir alanının tehlike altında olması durumunda, devlete bırakılan marj, sınırlanacaktır... Buna karşılık, söz konusu menfaatin görece önemi hakkında veya bunun en iyi nasıl korunacağına ilişkin Avrupa Konseyine üye devletler arasında konsensüsün olmadığı durumlarda marj genişleyecektir…"[645]

Görüleceği üzere AİHM'nin bu yaklaşımına göre, devletlere tanınan takdir marjı standart bir içeriğe ve kullanım alanına sahip değildir. Takdir marjının kapsamı, hakka veya hürriyete bağlı olarak değişmektedir.

Takdir marjı doktrini ile özerk kavramlar doktrini arasındaki ilişkiyi açıklamak kanaatimizce oldukça önemlidir. Çünkü genellikle bu iki doktrin birbirinin zıttı gibi değerlendirilmektedir.[646] Örneğin Ost, devletlere geniş bir takdir marjı tanınması halinde, AİHM'nin özerk bir yorum benimseme eğiliminin azalacağını savunmaktadır.[647] Nitekim özerk kavramlar doktrininde hakların korunmasında yeknesaklık ve tek düzelik ön plana çıkarken; takdir marjı doktrininde ulusal farklılıklara saygı gösterme ve temel hakların ulusal düzeyde korunmasında çeşitliliğe izin verme amaçlanmaktadır. Yine bu doğrultuda Trykhlib ve Lemak, özerk kavramlar doktrinin gelişiminin takdir marjının kapsamından etkilendiğini iddia etmektedirler.[648] Yazarlara göre; bu iki doktrin arasındaki ilişkide en önemli nokta belirli bir konuda konsensüs bulunup bulunmadığı hususunda toplanmaktadır. Eğer belirli bir konuda sözleşmeye taraf devletler arasında konsensüs yoksa AİHM devletlere daha fazla takdir marjı tanımaktadır. Ancak konsensüsün varlığı durumunda, ulusal makamların takdir marjı oldukça daralmakta ve Mahkeme uzlaşı doğrultusunda özerk yorum yapmaktadır.[649] Dolayısıyla bu yazarlara göre uzlaşı, Mahkeme'nin özerk kavram oluşturmasının "ön koşulu"dur.

---

[645] Tolga Şirin, "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2/4 (2013): 368.; Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 338.
[646] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 176.
[647] Francois Ost, "The Original Canons of Interpretation", 306.
[648] Trykhlib ve Lemak, "Autonomous Interpretation", 145.
[649] Trykhlib ve Lemak, "Autonomous Interpretation", 145.

Ancak, ikincillik ilkesinde de belirtmiş olduğumuz düşüncelere paralel olarak kanaatimizce, bu iki doktrin ve kavram farklı amaçlara hizmet etmektedir. Devletlerin takdir marjı genişlediğinde otomatik olarak özerk kavramlar doktrinin uygulama alanının daralacağı iddia edilemez. Bu noktada, belirli bir konuda uzlaşma olduğunda takdir marjının uygulama alanı bulamayacağı ve Mahkeme'nin uzlaşıya göre özerk yorum yapacağı, "uzlaşı"nın özerk yorum için "ön koşul" olduğu düşüncesine de katılmamaktayız. Zira daha önce de ifade ettiğimiz üzere,[650] AİHM özerk yorum yaparken, özerk yorum yaptığı kavram üzerinde uzlaşının bulunup bulunmadığını her zaman araştırmamaktadır. Hatta teknik hukuki kavramların (örneğin; medeni hak ve yükümlülükler, suç isnadı, gözaltı, dernek vb.) yorumunda, uzlaşmanın bulunup bulunmadığına bakmamaktadır. Bu kavramların nasıl anlaşılması gerektiğine ilişkin kendi yorumunu açıklamaktadır. Fakat konu hassas ve ahlaki alanlar olduğunda (örneğin; din, yaşam hakkı, özel hayat, aile hayatı vs.), diğer bir ifadeyle günümüz siyasi terminolojisinde sıkça kullanılan "kırmızı çizgiler" söz konusu olduğunda, işte bu noktada AİHM uzlaşının olup olmadığını araştırmakta ve uzlaşının bulunmadığı hallerde devletlerin geniş bir takdir yetkisinin olduğundan söz etmektedir.[651]

Özerk kavramlar doktrini ile takdir marjı doktrinini birbirinin zıttı doktrinler olarak görmek, takdir marjı doktrinini sadece kavramların anlamıyla ilgilenen bir doktrin olarak sınırlandırma anlamına gelir ki; kanaatimizce bu durum takdir marjı doktrinin bütün yönleriyle anlaşılamadığını göstermektedir. Kabul etmek gerekir ki takdir marjı doktrini karmaşık bir yapıya sahiptir ve somut uyuşmazlığa göre kapsamı değişebilmektedir. Fakat bu durum takdir marjı doktrinini sadece kavramların anlamını belirlemeye indirgemek için yeterli bir gerekçe değildir. Şöyle ki, ulusal makamlar Sözleşme'nin öngördüğü "asgari koruma düzeyini" sağlamak koşuluyla, hukuk sistemlerinde seçecekleri araçlarda ve tedbirlerde özgürdürler. Örneğin; ceza yargılamalarında iki dereceli veya üç dereceli bir yargılama yapısı öngörebilirler. Ulusal hukukta Anayasa Mahkemesi'ne bireysel başvuru yolu öngörebilecekleri gibi böyle bir başvuru yolu sağlamamış da olabilirler. Yine seçim sistemlerini ve ceza adaleti sistemlerini egemen iradelerine bağlı olarak özgürce ve serbestçe oluşturabilirler. Benzer

[650] Bkz. 1. Bölüm, III, B, 6 "Karşılaştırmalı Yorum Yöntemi ve Uzlaşmanın Özerk Kavramların Oluşumu Üzerindeki Etkisi" Başlığı.
[651] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. 1. Bölüm, III, B, 6 "Karşılaştırmalı Yorum Yöntemi ve Uzlaşmanın Özerk Kavramların Oluşumu Üzerindeki Etkisi" Başlığı.

şekilde üniter yapılı veya federal yapılı bir yönetim anlayışını serbestçe takdir edebilirler. İşte bütün bu seçimler de devletlerin takdir marjı kapsamında kalan konulardır. Dolayısıyla takdir marjı sadece kavramların anlamını belirlemekten ibaret değildir.

Ayrıca daha önce de ifade ettiğimiz üzere özerk kavramlar doktrininin ortaya çıkmasındaki en önemli amaçlardan birisi Sözleşme'deki hakların etkin ve pratik bir şekilde korunmasını sağlamaktır.[652] Nitekim bu doğrultuda sözleşmeye taraf devletler, takdir yetkileri kapsamında, Sözleşme'de öngörülenden daha iyi standartlara sahip temel haklar sistemi benimseyebilir; hak ve özgürlüklerin güvencelerini kişiler lehine daha da iyileştirebilirler.

E. Özerk Kavramlar Doktrinin Sonuçları

Şimdiye kadar yapılan akademik çalışmalar ve yargısal içtihatlar incelendiğinde özerk kavramlar doktrinin sonuçları ile ilgili herhangi bir bilginin mevcut olmadığı görülmektedir. Ancak özerk kavramlar doktrinin nasıl bir etki ve sonuç doğurduğu çalışma konumuz bakımından önemlidir ve mevcut yargısal içtihatlar ve ulusal makamların tepkileri doğrultusunda bu husus aktarılmaya çalışılacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin temel hak ve özgürlüklerin korunmasındaki önemli yeri, ülkemizin AİHM'nin yargı yetkisini uzun süre önce kabul etmiş olması ve AİHM'nin kararlarının hukuk sistemimizi etkilemesi, özerk kavramlar doktrininin genellikle AİHM ile birlikte anılması ve AİHM kararlarının birçok ülkeyi doğrudan etkilemesi gibi sebeplerle "özerk kavramlar doktrini"nin sonuçları genel olarak AİHM boyutuyla ele alınacaktır. Bu kapsamda özerk kavramlar doktrinin doğrudan veya dolaylı birçok sonucunun olduğu iddia edilebilir. Ancak kanaatimizce şu dört sonuç bu doktrinin en önemli sonuçlarıdır:

a-) AİHS iç hukuklardan bağımsızlaştırılarak etkin bir şekilde uygulanmaktadır,

b-) AİHS asgari düzeyde yeknesak bir şekilde uygulanmaktadır,

c-) AİHM'nin kavramlara ilişkin yorumu ulusal hukuklara aktarılmaktadır,

d-) AİHM'nin kavramlara yönelik yaklaşımı sözleşmeye taraf devletlere dayatılmaktadır.

---

[652] Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku*, 207 vd.; Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 149-150.

Şimdi bu sonuçlar kısaca tek tek açıklanacaktır.

1. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Ulusal Hukuklardan Bağımsızlaştırılarak Etkin Bir Şekilde Uygulanmaktadır

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, özerk kavramlar doktrini aracılığıyla Sözleşme'deki kavramları ulusal hukuktaki anlamlarıyla sınırlı olmayacak şekilde yorumlamakta, böylece AİHS'yi ulusal hukuklardan bağımsızlaştırmaktadır.[653] Hatta kanaatimizce Mahkeme bu yöntemle AİHS'nin uygulama alanını da genişletmektedir.[654] Çünkü ulusal tanım ve sınıflandırmanın insan haklarını sınırlayıcı olması durumunda ulusal hukuk devre dışı bırakılmakta ve ayrıca doğrudan Sözleşme'nin kapsamında görülmeyen veya muğlak olan durumlar dahi Sözleşme kapsamında değerlendirilmektedir.

Mahkeme'ye göre Sözleşme; "*teorik ve hayali hakları değil, somut ve gerçekte var olan hakları korumayı amaçlamaktadır*".[655] Nitekim özerk kavramlar doktrininin altında yatan temel sebep de Mahkeme'nin AİHS'de yer alan hakları etkin bir şekilde korumaya çalışmasıdır. Mahkeme, kararlarında istikrarlı bir şekilde Sözleşme'nin, bireylerin korunmasına yönelik bir andlaşma olarak özel niteliği ışığında yorumlanması gerektiğini ve güvencelerin, hak ve hürriyetleri pratik ve etkili kılacak şekilde uygulanması gerektiğini belirtmektedir.[656] Mevcut durum itibariyle Mahkeme'nin bu amaca ulaşmada başarılı olduğunu ve AİHS'de yer alan temel hak ve özgürlüklerin etkili bir şekilde korunduğunu söylememiz mümkündür.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin yapmış olduğu özerk yorumların sözleşmeye taraf devletlerce benimsenmesinde kanaatimizce "üçüncü demokrasi dalgası" da olumlu katkılar sunmuştur. Hatırlanacağı üzere, kavramların özerk yorumu ilk kez 1970'li yıllarda dile getirilmiştir. "Üçüncü Demokrasi Dalgası"nın ise 1970'li yılların sonundan başlayarak 1990'lı yılları da kapsayacak şekilde gerçekleştiği ileri sürülmektedir. Bu üçüncü demokrasi dalgası ile birlikte Avrupa'da özellikle Doğu

---

[653] Anayurt, *Kişisel Başvuru Yolu*, 63; Gözübüyük ve Gölcüklü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 149-150; Harris, O'Boyle, Bates ve Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 17; Gemalmaz, "Mülkiyet Hakkı", 125.

[654] Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 527.

[655] Golder/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975, § 35; Luedicke, Belkacem ve Koç/Almanya, Başvuru No: 6210/73; 6877/75; 7132/75, 28.11.1978, § 42; Marckx/Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979, § 31.

[656] Bkz. Cruz Varas ve Diğerleri/İsveç, Başvuru No: 15576/89, 20.03.1991, § 94.

Avrupa ülkelerinde demokrasiye geçiş süreci başlamıştır.[657] Rusya, Türkiye ve Doğu Avrupa ülkelerinin de bu süreçte AİHM'nin yargı yetkisini tanıması ile birlikte, AİHM'nin meşruluğunun pekiştiği ve bu ülkeler aleyhine verilen kararların sonrasında bütün ülkelere teşmil edildiği ileri sürülmektedir.[658]

2. Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Asgari Düzeyde Yeknesak Bir Şekilde Uygulanmaktadır

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi her ne kadar özerk yorum ile AİHS'nin etkin bir şekilde uygulanmasını amaçlasa da özerk yorum ilkesi ile aynı zamanda AİHS'nin asgari düzeyde yeknesak bir şekilde uygulanması da gerçekleşmektedir. Devletlerin AİHS'deki bir kavrama iç hukukta farklı anlamlar yüklemesi veya o kavramı farklı şekilde sınıflandırması yoluyla oluşabilecek eşitsizliklerin önüne geçilmektedir.

Burada "asgari düzeyde yeknesak uygulama" ifadesi ile "*temel hak ve hürriyetlerin uygulama alanının kişiler aleyhine daraltıldığı noktada özerk kavramlar doktrininin devreye girmesi ve böylece devletlerin uyması gereken minimum teminatları bütün devletlerin gözetmek zorunda olması*" kastedilmektedir.[659] Dolayısıyla, AİHS'deki temel hakların daha yüksek bir düzeyde korunması noktasında devletler arasında uygulama farklılıklarının olması doğaldır.

Frédéric Sudre, AİHM'nin AİHS'yi özerk yoruma tabi tutmasıyla, gerekli olan yorum birliğinin sağlandığını ifade etmektedir. Yazara göre, sözleşmeye taraf devletlerin yükümlülükleri tek taraflı olarak tanımlanmakta ve böylece devletlerin AİHS önündeki eşitliği sağlanarak farklı devletlerdeki kişilerin farklı muameleye uğramasının önüne geçilmektedir.[660]

"Asgari düzeyde yeknesak bir uygulama" ile bir Avrupa standardı oluşturulmak istendiğini de söyleyebiliriz. Bu kapsamda ulusal yasama organı AİHM'nin kavramlara verdiği anlam doğrultusunda düzenlemeler yapacak ve bu yasayı uygulayan

---

[657] Monty G. Marshall ve Ted Robert Gurr, "Polity IV Project: Political Regime Characteristics and Transitions, 1800-2013", https://www.systemicpeace.org/polity/polity4x.htm, (E.T. 12.10.2023).
[658] Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 49.
[659] Gerards, *General Principles of the European*, s. 67; Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 178, 184; Francois Ost, "The Original Canons of Interpretation", 305; Trykhlib ve Lemak, "Autonomous Interpretation", 143.
[660] Aktaran: Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 94-95. Evrigenis de benzer şekilde, özerk yorum yoluyla kavramın içeriğinin "tek tip" şekilde belirlendiğini ifade etmektedir. Bkz. Aktaran: Yılmaz, "Yorum Yöntemleri", 95.

hâkim/mahkeme de yine AİHM'nin içtihatları doğrultusunda somut uyuşmazlığı karara bağlayacaktır. Bu durum ise devletlerin hukuki yönden yakınlaşmasına hizmet etmektedir.

3. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kavramlara İlişkin Yorumu Ulusal Hukuklara Aktarılmaktadır

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 32. maddesinin 1. fıkrasında yer alan; "*Mahkeme'nin yargı yetkisi, 33, 34, 46 ve 47. maddelerde belirlenen koşullar uyarınca kendisine sunulan, bu Sözleşme'nin ve Protokollerinin yorumu ve uygulanmasına ilişkin tüm sorunları kapsar*" ve 46. maddesinin 1. fıkrasında yer alan; "*Yüksek Sözleşmeci Taraflar, taraf oldukları davalarda Mahkeme'nin verdiği kesinleşmiş kararlara uymayı taahhüt ederler*" şeklindeki hükümler gereğince AİHM'nin Sözleşme'yi özerk bir şekilde yorumlayarak vermiş olduğu kararlar sözleşmeci devletleri bağlar.[661] Sözleşmeci devletler hem söz konusu ihlalleri gidermek hem de muhtemel ihlallerin önüne geçmekle yükümlü oldukları için AİHM'nin Sözleşme'ye ilişkin yorumunu dikkate almak zorundadırlar.[662] Bu zorunluluk ise AİHM'nin özerk yorumunun ulusal hukuklara aktarılması ile sonuçlanmaktadır. Örneğin; Türk Anayasa Mahkemesi, özellikle bireysel başvuru incelemelerinde, AİHM'nin AİHS'deki kavramlara yüklemiş olduğu özerk yorum çerçevesinde uyuşmazlıkları çözüme bağlamaktadır. Yargıtay ve Danıştay'ın da Anayasa Mahkemesi kararları çerçevesinde uyuşmazlıkları sonuca bağladığı göz önünde bulundurulduğunda, bütün yargı makamlarının AİHM'nin özerk yorumunu dikkate aldığı sonucu ortaya çıkmaktadır. Aynı şekilde sistematik ihlallerin önüne geçmek için yasama organı da yapacağı düzenlemelerde AİHM'nin yorumunu dikkate almak durumundadır.[663] Dolayısıyla "özerk kavramlar doktrini"nin de etkisiyle AİHM'nin yorumu ulusal hukuklara aktarılmaktadır. Kuşkusuz AİHM'nin yorumunun ulusal hukuklara aktarılmasında devletlerin olanak sağladığı bireysel başvuru yollarının da önemli bir katkısı olmuştur.

---

[661] İsmail Köküsarı, "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pilot Karar Uygulaması", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/3–4 (2019): 195; Cemre Belçim Gölbaşı Uçar, "AİHM Kararlarının Bağlayıcılığı: Sözleşme'yi Aşan Bir Sonuç Olarak Objektif Etki", *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 16/64 (2025): 700 vd.

[662] İsmail Köküsarı, "Pilot Karar Uygulaması", 195.

[663] İsmail Köküsarı, "Pilot Karar Uygulaması", 195.

Bu noktada belirtmek isteriz ki, AİHM'nin başka bir devlet aleyhine vermiş olduğu kararda ulaşmış olduğu sonuçlardan diğer devletler de gereken sonuçları çıkarmalıdır. Bu konuda AİHM'nin *Salduz/Türkiye* kararı ilginç ve önemli bir örnek olarak karşımıza çıkmaktadır. Söz konusu olayda, müdafi yardımından yararlanmayan bir küçüğün kolluk ifadesinin aleyhe delil olarak kullanılması, AİHM tarafından adil yargılanma hakkının ihlali olarak değerlendirilmiştir.[664] Ayrıca Mahkeme, yaşı küçük olmasa dahi bir kişinin soruşturma aşamasında kollukta alınan ifadesinin müdafi yardımıyla alınması gerektiğini belirtmiştir.[665] Bu tespit, Birleşik Krallık hukuku bakımından oldukça önemlidir. Çünkü kararın verildiği tarihte, İskoç ceza muhakemesi mevzuatında, bir kimsenin avukatı olmaksızın kollukta ifadesinin alınması mümkündü.[666] Bu karar sonrasında, Erdoğan'ın belirttiğine göre, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemesi hâkimleri, "*Cadder/Her Majesty's Advocate*" davasında, *Salduz/Türkiye* kararının dikkate alınması durumunda yaklaşık olarak 76.000 dosyanın yeniden değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmişlerdir.[667] Ancak Yüksek Mahkeme sonuç olarak söz konusu davada AİHM'nin yaklaşımını benimsemiş ve sonraki içtihatlarında da bu yaklaşımını devam ettirmiştir.[668] Yine benzer bir durum Hollanda'da da yaşanmış, Hollanda Yüksek Mahkemesi AİHM'nin içtihadı doğrultusunda karar vermiştir. Sonrasında Hollanda Ceza Muhakemesi mevzuatı da AİHM içtihadı ile uyumlu hale getirilmiştir.[669]

4. AİHM'nin Kavramlara Yönelik Yaklaşımı Sözleşmeye Taraf Devletlere Dayatılmaktadır

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin AİHS'yi özerk bir şekilde yorumlaması, temel hak ve hürriyetlerin gelişimi noktasında yukarıda bahsetmiş olduğumuz olumlu sonuçların yanı sıra zaman zaman negatif sonuçlar da doğurmaktadır. Örneğin ikinci bölümde ayrıntılı bir şekilde ele alacağımız aile hayatı kavramının özerk yorumunda, Mahkeme'nin eşcinsel birliktelikler konusunda hukuki bir yaklaşım sergilemekten uzaklaşması ve bu konuda belirli bir ideolojiyi sözleşmeci devletlere dayatmaya çalışması

[664] Salduz/Türkiye, Başvuru No: 36391/02, 27.11.2008, § 50 vd.
[665] Salduz/Türkiye, Başvuru No: 36391/02, 27.11.2008, § 61.
[666] Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 57.
[667] Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 57.
[668] Murat Erdoğan, "Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu", 57.
[669] Wilhelmina Thomassen, "The Vital Relationship Between The European Court of Human Rights and National Courts", in *The European Court of Human Rights and its Discontents: Turning Criticism into Strength*, ed., Spyridon Flogaitis, Tom Zwart, Julie Fraser, (Cheltenham: Edward Elgar Publishing, 2013), 97-98.

Sözleşme sistemine fazlasıyla zarar vermektedir. Konunun "*hassas ve ahlaki*" bir konu olmasının yanı sıra Mahkeme'nin devletlerin "egemenlik" yetkilerini göz ardı etmesi, ikincillik ilkesini "taca atması" ve bu konuda devletlerin takdir marjını sürekli kısıtlamaya çalışması gibi hususlar Mahkeme'nin otoritesini ve meşruluğunu zayıflatacak niteliktedir.

Nitekim her ne kadar Rusya Federasyonu'nun 24.02.2022 tarihinde Ukrayna'ya karşı başlatmış olduğu savaş nedeniyle 16.09.2022 tarihi itibariyle AİHS'ye taraf olma statüsü sona ermiş gibi gözükse de Rusya Federasyonu AİHM'nin eşcinsel birliktelikler konusundaki kararlarına bu savaş olayından önce de şiddetle karşı çıkıyor ve AİHM'nin kararlarına uymayacağını açıkça zikrediyordu.[670] Dolayısıyla, Ukrayna savaşı olmasaydı bile Rusya Federasyonu bu konu nedeniyle AİHS'den ayrılabilirdi.

[670] Örneğin; Rusya Federasyonu'nun Devlet Başkanı olan Putin 2020 yılında yaptığı bir konuşmada; "*Bunu daha önce de söyledim, yine söylüyorum, ben devlet başkanı olduğum sürece bu gerçekleşmeyecek, bir ailede ebeveyn 1, ebeveyn 2 olmaz, anne ve baba olur*" ifadelerini kullanmıştır. https://tr.euronews.com/2020/02/14/escinsel-evlilige-onay-vermeyen-rus-lider-putin-bir-ailede-anne-ve-baba-olur, (E.T. 22.01.2026). Yine Kremlin Basın Sekreteri Dmitry Peskov, 2021 yılında yaptığı açıklamada, eşcinsel birlikteliklerin tanınmayacağını, aksi tutumun Rus Anayasası'na açıkça aykırı alacağını ifade etmiştir. Bkz. https://tr.euronews.com/2021/07/14/rusya-escinsel-ciftleri-tan-maya-yonelik-aihm-karar-n-reddetti; https://www.barandergisi.net/rusyadan-aihmnin-escinsel-evlilik-zorlam asina-ret, (E.T. 22.01.2026).

İKİNCİ BÖLÜM

"AİLE HAYATI" KAVRAMININ ÖZERK YORUMU VE AİLE HAYATINA SAYGI HAKKININ ANLAMI

Birinci bölümde açıkladığımız üzere, AİHM "aile hayatı" kavramını "özerk" bir kavram olarak değerlendirmektedir. Yine Türk hukukunda da Anayasa Mahkemesi "aile hayatı" kavramının "özerk" bir kavram olduğunu ve "özerk" olarak yorumlanması gerektiğini kararlarında vurgulamaktadır. Oldukça önemli bir kavram olan ve "toplumun temeli" olarak kabul edilen "ailenin" "özerk" olarak nasıl yorumlandığını veya yorumlanması gerektiğini açıklamaya geçmeden önce, aile kurumundan kısaca bahsetmenin faydalı olacağı kanaatindeyiz.

I. AİLENİN TANIMI, KAPSAMI, İŞLEVLERİ VE ÖNEMİ

A. Ailenin Tanımı

Kanaatimizce aile kavramının tanımını yapmak oldukça zordur. Çünkü "aile" kavramı gün geçtikçe farklı anlamlara bürünmektedir. Özellikle Batı'da, geleneksel evliliklerin azaldığı ve evlilik dışı birlikteliklerin arttığı gözlemlenmektedir.[671] Yine hemcins birliktelikler de sıklıkla gündeme getirilmekte ve hemcins kişilerin de aile olabilecekleri iddia edilmektedir. Dolayısıyla her ne kadar "geleneksel aileyi" tanımlamak[672] nispeten kolay ve basit olsa da bireyselliğin ve cinsel özgürlüğün arttığı, evlilik dışı beraberliklerin yaygınlaştığı ve eşcinsel birlikteliklerin gündeme geldiği bir ortamda "aile" kavramını tanımlamak güçtür. Ayrıca kültür, gelenek ve din gibi etkenler sebebiyle toplumdan topluma "aile" kavramına yüklenen anlamın farklılaşması da

[671] Frances Burton, *Family Law*, (New York: Routledge, 2012), 16.
[672] Bu anlamda çekirdek aileyi; baba, anne ve çocuktan oluşan ve toplumun en küçük birimi olarak kabul edilen sosyal bir yapı olarak tanımlamak mümkündür. Benzer şekilde Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde de çekirdek aile; "*Anne, baba ve henüz evlenmemiş çocuklardan oluşan aile*" şeklinde tanımlanmaktadır. Bkz. https://sozluk.gov.tr/, (E.T. 10.02.2026).

evrensel bir tanım yapmayı oldukça zor bir hale getirmektedir. Nitekim uluslararası bir sözleşme olan AİHS'de de "aile hayatı" kavramına yer verilmekle birlikte bu kavrama ilişkin bir tanım yapılmamıştır.[673]

Benzer şekilde Anayasamızda da "aile" kavramına yer verilmiş fakat "ailenin" tanımı yapılmamıştır. Anayasamızın 20. maddesinde, herkesin "aile hayatına" saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu ve aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı hüküm altına alınmıştır. Yine Anayasamızın 41. maddesinde; "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilatı kurar*." şeklinde hükme yer verilmesine rağmen, toplumun temeli olan aileden ne anlaşılması gerektiği açıklanmamıştır. Yine Türk Medeni Kanunu'nda ve 6284 sayılı "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun" gibi aileye ilişkin özel kanunlarda da ailenin tanımı yapılmamıştır.

Bununla birlikte, Türk Dil Kurumu Sözlüğü'ne baktığımızda ise ailenin; "*Evlilik ve kan bağına dayanan, karı, koca, çocuklar, kardeşler arasındaki ilişkilerin oluşturduğu toplum içindeki en küçük birlik; ev, familya*" şeklinde tanımlandığı görülmektedir.[674] Yine doktrinde de aile kavramı tanımlanmaya çalışılmıştır. Canatan ve Yıldırım, ailenin çoğu kez "*anne, baba ve çocuklardan oluşan bir birim*" şeklinde tanımlandığını belirtmektedir.[675] Ancak bu tanım evrensel anlamda aileyi değil, ailenin bir biçimi olan "çekirdek aileyi" ifade etmektedir. Mortaş ise, "*bir birlik kurma fikriyle meydana gelen ve üyelerinin birbirlerine karşı ahlaki hak ve ödevler yanında, kanuni sorumluluklarının da bulunduğu, üzüntünün, sevincin, kazancın ve kısaca hayatın paylaşıldığı toplumun çekirdeğini oluşturan insan topluluğu*" şeklinde bir tanım yapmıştır.[676] ABD'de ise resmî kurumlar aileyi; "*Doğum, evlilik veya evlat edinme yoluyla bir ilişkisi olan ve bir hanede*

---

[673] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" başlıklı 8. maddesine göre; "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*." Aynı Sözleşme'nin "Evlenme hakkı" başlıklı 12. maddesine göre ise; "*Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir*". Görüleceği üzere her iki maddede de ailenin tanımına yer verilmemiştir.

[674] Bkz. https://sozluk.gov.tr/, (E.T. 18.12.2023).

[675] Kadir Canatan ve Ergün Yıldırım, *Aile Sosyolojisi*, (İstanbul: Açılımkitap, 2011), 59.

[676] Süleyman Mortaş, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması (Aileye Multidisipliner Bir Yaklaşım)*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016), 31-32.

birlikte yaşayan iki veya daha fazla kişinin oluşturduğu bir küme" şeklinde tanımlamaktadırlar.[677]

Kanaatimizce çekirdek aile; "*Biri erkek diğeri kadın olmak üzere, iki karşı cinsin birlikteliğiyle temellenen; anne, baba ve (varsa) çocuklardan oluşan, toplumun en küçük sosyal birimi*" şeklinde tanımlanabilir. Nitekim insanlık tarihi boyunca bütün din ve medeniyetlerin kabul ettiği üzere aile deyince akla ilk başta "*iki karşı cinsin bir araya gelerek oluşturduğu birliktelik*" gelir. Dolayısıyla çekirdek aileye ilişkin tanımda öne çıkarılması gereken en önemli unsur "*iki karşı cinsin*" varlığıdır.

Bununla birlikte aile kavramının diğer boyutunu oluşturan "geniş aileyi" "evrensel" anlamda tanımlamak olası görünmemektedir. Aile kurumunun dünya çapında sergilediği çeşitlilik ve tarihsel süreçte aile kurumunun sürekli olarak değişime uğraması "geniş ailenin" evrensel bir şekilde tanımlanmasını imkânsız hale getirmektedir.[678] Üzerinde uzlaşma sağlanan evrensel anlamda bir aile tanımı olmaması sebebiyle de otantik yorum yetkisine sahip olan mahkemelerin bu kuruma vermiş olduğu anlam oldukça önemli hale gelmektedir.

Kısaca şu hususu da belirtmek isteriz ki, sürekli bir değişime uğrasa da insanlığın başlangıcından itibaren aile kurumu vardır ve kanaatimizce insanlık var olduğu sürece varlığını sürdürecektir. Aile kurumu, niteliği itibariyle hem kamu hukukunun hem de özel hukukun kapsamına girmektedir.[679] Aşağıda açıklanacağı üzere, aile kurumunun toplum ve kamu düzeni bakımından işlevi ve ayrıca devletin hem aile hayatına saygı gösterme yükümlülüğü hem de aile hayatını koruma ödevi aile kurumunun kamu hukuku boyutuyla incelenmesini de zorunlu kılmaktadır.

B. Ailenin Kapsamı

Aile üyesi olarak kimlerin korunacağı veya aile hayatına saygı hakkından kimlerin faydalanacağı konusu esasen ailenin tanımı ile doğrudan bağlantılıdır. Aile kavramının

---

[677] Canatan ve Yıldırım, *Aile Sosyolojisi*, 60; Gözde Gökçe, "Ebeveynin Duygusal Erişilebilirliği ve Genel Psikolojik Sağlık: Duygu Düzenleme, Kişilerarası İlişki Tarzı ve Sosyal Desteğin Rolü" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013), 13.

[678] Turgut Akıntürk ve Derya Ateş Karaman, *Türk Medeni Hukuku (Aile Hukuku)*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2015), 4 vd.

[679] Hatta uluslararası sözleşmelerde de aile hayatına ilişkin hükümler yer almaktadır. Örneğin; AİHS'nin 8. maddesi "*Özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı*" başlığını taşımaktadır ve herkesin aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğunu açıkça düzenlemektedir. Bu sebeple aile, aynı zamanda uluslararası boyutu da olan bir konudur.

kapsamına; eşlerin, çocukların, duruma göre aynı çatı altında yaşayanların veya akrabaların dahil olması mümkündür. Aile kavramının, üzerinde uzlaşılan bir tanımı olmadığı için ilgili kanuni düzenleme ve yargı organlarının kararları ailenin kapsamını belirlemede oldukça önemli bir yere sahip olmaktadır. Örneğin; mülga Borçlar Kanunu'nun 47. maddesi şu hükmü ihtiva etmekteydi: "*Hâkim, hususi halleri nazara alarak cismani zarara duçar olan kimseye yahut adam öldüğü takdirde ölünün ailesine manevi zarar namıyla adalete muvafık tazminat verilmesine karar verebilir*."[680] Söz konusu hükümde geçen aile üyelerinin kimlerden oluştuğunu (örneğin; eş, çocuk, anne, baba vs.) tespit etmek, manevi tazminat hakkına sahip olan kişilerin de tespiti anlamına geldiği için aile üyelerinin kapsamı oldukça önemliydi.[681]

Benzer durum aile hayatına saygı hakkı ve ailenin korunması yükümlülüğü bakımından da geçerlidir. Ancak gerek AİHS'de gerekse de Anayasamızda söz konusu hakkın sahibi olan kişilerin kimlerden oluştuğu açıkça belirtilmediği için, burada AİHM'nin ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin yorumu oldukça önem kazanmaktadır. Bu doğrultuda ilerleyen kısımlarda AİHM'nin ve AYM'nin içtihatları ayrıntılı bir şekilde incelenecek ve aile üyelerinin kimlerden oluştuğuna yönelik yaklaşımlar izah edilecektir. Burada sadece şu hususu belirtmek isteriz ki; ailenin kapsamına ilişkin konularda AİHM ile AYM arasında bazı farklılıklar vardır. Ancak AİHM'nin ve AYM'nin konuya ilişkin yaklaşımı öncesinde "ailenin işlevleri" ve "ailenin önemi" konularından da kısaca bahsetmek istiyoruz. Çünkü "toplumun temeli" olarak kabul edilen ailenin "işlevlerinin"

---

[680] 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun "*Manevi Tazminat*" başlıklı 57. maddesinde ise; "*Hâkim, bir kimsenin bedensel bütünlüğünün zedelenmesi durumunda, olayın özelliklerini göz önünde tutarak, zarar görene uygun bir miktar paranın manevi tazminat olarak ödenmesine karar verebilir.*

Ağır bedensel zarar veya ölüm hâlinde, zarar görenin veya ölenin yakınlarına da manevi tazminat olarak uygun bir miktar paranın ödenmesine karar verilebilir." şeklindeki hükme yer verilerek maddenin eski halindeki "aile" kavramı madde metninden çıkarılmış ve yerine "yakınları" ifadesi getirilmiştir.

[681] Yargıtay kararlarında, madde metninde geçen "aile" kavramından "yakınların" anlaşılması gerektiği, manevi tazminata hak kazanacak kişinin belirlenmesi açısından kan veya sıhri hısımlığın yahut nafaka yükümlülüğüne ilişkin kuralların bir öneminin olmadığı, önemli olanın ölen ile davacı arasında içsel ve gerçek anlamda duygusal bağlılığın bulunması olduğu ifade edilmekteydi. Örneğin; Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.11.1970 tarih, 1970/967 Esas ve 1970/645 Karar sayılı kararında bu husus şu şekilde vurgulanmıştır: "*... davacılarla ölen arasında eylemli ve gerçek bir bağlılık ve ilişki bulunan yakınları kapsar... ölüm dolayısıyla ızdırap ve elem duyan ölenin gerçek yakınları manevi tazminat istemekte haklı olurlar...*" Yine Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 05.03.1979 tarih, 1979/9973 Esas ve 1979/2900 Karar sayılı kararında şu tespit ve değerlendirmelerde bulunulmuştur: "*...Gerek doktrinde gerekse uygulamada baskın görüş olarak (ailesinin) sözünün yakınları şeklinde anlaşılması gerektiği benimsenmiştir... manevi tazminata hak kazanabilmek için herhalde kan veya sıhri hısımlık dahi şart olmayıp nişanlı, evlatlık veya diğer yakınlar da duydukları manevi zararın karşılığını dava edebilirler…*" Nitekim Yargıtay'ın bu görüşü 11.01.2011 tarihli 6098 sayılı yeni Türk Borçlar Kanunu'nda da benimsenmiş ve madde metninde "aile" kavramı yerine "yakınları" ifadesi yer almıştır.

ve "öneminin" iyi anlaşılamadığı veya bu konuların "önemsizleştirildiği" durumlarda "ailenin kapsamına" yönelik bakış açısının farklılaştığı ve ailenin "toplumun temeli" olmaktan "çıkarılacağı" kanaatini taşımaktayız.

C. Ailenin İşlevleri

Ailenin birden fazla işlevi bulunmakla birlikte, bu işlevlerinin neler olduğu konusunda görüş birliği bulunmamaktadır. Doktrinde her yazar ailenin işlevlerini farklı şekilde sınıflandırabilmekte veya ailenin farklı işlevleri üzerinde durabilmektedir.[682] Çalışma konumuzun sınırları itibariyle ailenin bütün işlevleri ayrıntılı bir şekilde incelenmeyecektir. Ancak "aile hayatı" kavramına verilen/verilecek anlamın tespiti bakımından ailenin en çok üzerinde durulan işlevlerinden kısaca bahsedilecektir.

1. Ailenin Biyolojik İşlevleri

Ailenin biyolojik yönden birçok önemli işlevi vardır. Ancak kanaatimizce en önemli işlevleri; cinsel arzuların meşru ve doğal yoldan tatmini, neslin devamı ve nesebin tespiti şeklinde sıralanabilir.[683]

a. Cinsel Arzuların Meşru ve Doğal Yoldan Tatmini

Evliliğin temelinde yatan en önemli geleneksel sebeplerden birisi, kadın ve erkeğin temel gereksinimlerinin karşılanması ve cinsel arzuların tatmininin sağlanmasıdır.[684] Aile, öncelikle eşler arasındaki cinsel bir birlikteliktir.[685]

Biyolojik işlevin bu yönü, evliliğin ahlaki boyutuyla da doğrudan ilgilidir.[686] Cinsel dürtülerin tatmini amacı, doğada birçok hayvan bakımından da geçerlidir. Ancak bu noktada insanı hayvandan ayıran unsur, insandaki tatminin belirli kurallara bağlanmış olmasından ileri gelmektedir. Örneğin; diğer birçok ülkede olduğu gibi ülkemizde de Türk Medeni Kanunu'nda, bu ahlaki yönün bir yansıması olarak eşler arasında "sadakat

---

[682] İbrahim Kır, "Toplumsal Bir Kurum Olarak Ailenin İşlevleri", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 10/36 (2011): 383 vd.
[683] İbrahim Kır, "Ailenin İşlevleri", 385 vd.; Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 8 vd.; Kenan Çağan, "Ailenin İşlevleri", içinde *Aile Sosyolojisi*, Kadir Canatan ve Ergün Yıldırım, (İstanbul: Açılımkitap, 2011), 85 vd.
[684] Alison Clarke-Stewart ve Cornelia Brentano, *Divorce: Causes and Consequences*, (New Haven and London: Yale Universty Press, 2006), 30.
[685] İbrahim Kır, "Ailenin İşlevleri", 385.
[686] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 8.

yükümlülüğü" bulunmaktadır (bkz. TMK md. 185/3).[687] Bu ahlaki boyutun bir sonucu olarak, neseplerin belirginliği sağlanmakta ve bu durum da aşağıda açıklanacağı üzere kamu düzeni ve kamu sağlığı bakımından son derece faydalı bulunmaktadır.

Her toplumda, sosyal denetimi sağlayan değerler ve düzen oluşturan normlar vardır. Genellikle toplumlarda, çiftlerin nikâhsız bir şekilde bir arada yaşaması yadırganmaktadır. İşte aile kurumu, nikâh akdi ile cinsel ihtiyaçların karşılanmasını sağlamakta; bunun yanı sıra hem sosyal hem de yasal açıdan çiftlerin birlikteliğini meşrulaştırmakta ve korumaktadır.[688]

Ayrıca aile, eşler arasında cinsel arzuların meşru yoldan tatminini sağlamakla birlikte cinsel tatminin güvenli ve istikrarlı bir yolu olarak da karşımıza çıkmaktadır. Batı'da da 20. yüzyılın son çeyreğine kadar cinsel duyguların meşru yoldan tatmin edildiği tek yer aile olmuştur.[689]

Homoseksüel (eşcinsel) birlikteliklerde (veya sözde evliliklerde) ise ailenin bu geleneksel işlevini kaybedeceğini belirtmemiz gerekmektedir. Çünkü bu birlikteliklerde cinsel arzuların "doğal" yoldan tatmini mümkün değildir.

b. Neslin Devamı

Ailenin bir diğer önemli biyolojik işlevi neslin devamını sağlama fonksiyonudur. Ancak "neslin devamı" işlevinden sadece "doğurma" olgusu anlaşılmamalıdır. Öncelikle, dünyaya gelen bebeğin (çocuğun) korunması ve büyütülmesi için yardıma ve bakıma ihtiyacı vardır. Çocuğun bu ihtiyaçlarının karşılanması ise aile ortamını gerektirmektedir.[690] Bir an için aile ortamı olmaksızın da çocukların yetiştirildiği veya yetiştirilebileceği iddia edilebilir. Ancak kanaatimizce burada amaç çocuğu sadece büyütmek değildir; çocuğun maddi ve manevi bütün ihtiyaçlarının yeterli düzeyde karşılanabilmesi gerekmektedir. Çocuğun bütün maddi ve manevi ihtiyaçları ise ancak sağlıklı bir ortamda doğup büyümesi ile karşılanabilir.[691]

---

[687] 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 185. maddesinin üçüncü fıkrası şu şekildedir: "*Eşler birlikte yaşamak, birbirine sadık kalmak ve yardımcı olmak zorundadırlar*."
[688] İbrahim Kır, "Ailenin İşlevleri", 385.
[689] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 9-10.
[690] Laurence D. Houlgate, *Family and State*, (New Jersey: Rowman & Littlefield Publisher, 1988), 30.
[691] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 10.

Ailenin bu işlevi kanaatimizce toplum hayatı için de hayati bir önem taşımaktadır. Çünkü neslin ve toplumsal hayatın devamı için sadece kadın-erkek ilişkileri yeterli değildir; sağlıklı ortamda yetişen bir nesle ihtiyaç vardır.[692] Karı-koca çocuk yapmakla hem çocuk sahibi olma duygusunu yaşamakta (veya çocuk sahibi olma ihtiyacını gidermekte) hem de kendi neslini gelecek kuşaklara aktarmaktadır.[693]

Ailenin geçmişten günümüze kadar gelen ve kanaatimizce insanlık var olduğu sürece de devam edecek olan bu işlevi[694] karşısında eşcinsel birlikteliklerin durumunun da değerlendirilmesi gerekmektedir. Mevcut koşullarda, iki kadının veya iki erkeğin biyolojik olarak çocuk sahibi olması mümkün değildir. Bu birlikteliklerde; yardımcı üreme yöntemleriyle, evlat edinme yoluyla veya taşıyıcı anne kiralama yoluyla kişiler çocuk sahibi olsa bile o birliktelikte çocuk ya baba ya da anne duygusunu hiçbir şekilde tadamayacaktır. Bu durumun ise çocuğun gelişimi üzerinde olumsuz etkide bulunacağı yadsınamaz bir gerçekliktir. Eşcinsel birlikteliklere ilişkin yaşanan geleneksel, ahlaki ve hukuki tartışma bir tarafa bırakılsa dahi bu birlikteliklerin ailenin en temel işlevlerinden birisi olarak kabul edilen neslin devamı işlevini sağlıklı bir şekilde yerine getirmesi mümkün görünmemektedir.

c. Nesebin Tespiti

Ailenin bir diğer önemli işlevi nesebin tespitini sağlamasıdır.[695] Nesebin tespiti işlevinin de bireylere bakan yönü dışında toplumsal hayata bakan oldukça önemli rolleri bulunmaktadır. Çünkü toplumu ve toplumun temelini oluşturan ailenin ve bireylerin nesebindeki belirsizlik ve karışıklık, sosyal düzeni bozmaktadır.[696]

Hukuk düzenleri, nesebin tespitinde aileyi ve evliliği bir karine olarak kabul etmektedir.[697] Üremeye yardımcı tedavi yöntemleri (*assisted reproduction*),

---

[692] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 10.

[693] Bazı ailelerde kadının veya kocanın yahut her ikisinin de "kısır" olması sebebiyle çocuk sahibi olamaması, ailenin bu işlevini ortadan kaldırmamaktadır. Çünkü bu halde de eşler çocuk sahibi olmayı amaçlamaktadır. Bkz. Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality: Family Law*, (New York: Foundation Press, 2001), 566; Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 11.

[694] Aynı yönde bkz. Ali Acar, "Türk Aile Yapısı ve Kızılcahamam Aile Yapısı Üzerine Bir Araştırma" (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990), 23.

[695] Clarke-Stewart ve Brentano, *Divorce: Causes and Consequences*, 30.

[696] Mahmut Kamacı, "Embriyo Transferi (Aktarımı) ve Ortaya Çıkan Soybağı Sorunları", *Yargıtay Dergisi*, 36/1-2: 27.

[697] Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun "*Genel olarak soybağının kurulması*" başlıklı 282. maddesinin 1. ve 2. fıkrasında şu hükümlere yer verilmiştir: "*Çocuk ile ana arasında soybağı doğumla kurulur.*

kullanılarak[698] cinsel ilişki dışında meydana getirilen gebelikler ise çocuğun soybağında karışıklığa sebebiyet verilmemesi için sıkı denetim kurallarına tabi tutulmaktadır.[699]

Çocuğun anne ve babasının belli olması, diğer bir ifadeyle nesebin tespiti, çocuğun üstün yararınadır. Örneğin; sağlık açısından bakıldığında, anne ve babanın genetik yapısı ve hastalık geçmişi çocuğun sağlığı (veya rahatsızlığı) ile ilgili olarak doktorlara fikir verecektir.[700] Yine miras hakkı, sağlık ve hayat sigortası yardımları ve sosyal güvenlik yardımları (bu kapsamda şehit, gazi vs. yardımları) da soybağı ile bağlantılı olan ve çocuğun yararına olan haklardır.[701]

Topluma bakan yönü bakımından ise nesebin tespiti, mevzuatta öngörülen hısımlığa dayalı evlenme engellerinin denetlenmesine imkân tanıyarak muhtemel akraba evliliklerinin önüne geçmektedir.[702] Kanun koyucunun akraba evliliklerine getirdiği bu

---

Çocuk ile baba arasında soybağı, ana ile evlilik, tanıma veya hâkim hükmüyle kurulur." Yine aynı Kanun'un 285. maddesinde; "*Evlilik devam ederken veya evliliğin sona ermesinden başlayarak üçyüz gün içinde doğan çocuğun babası kocadır*." şeklindeki hükme yer verilerek evliliğin sona ermesinden sonra bile üçyüz gün içinde doğacak çocuğun nesebinin karine olarak kocaya bağlanacağı açıkça ifade edilmiştir.

Amerika Birleşik Devletleri'nde de evlilik birliği içerisinde doğan çocuğun babasının koca olduğu varsayılır. Söz konusu yasal varsayımın temelinde; çocuğun esenliğinin korunması, aile yapısının istikrarının sürdürülmesi ve kamusal yararın gözetilmesi amacı yatmaktadır. Bkz. Carmen Solomon-Fears, *Paternity Establishment: Child Support and Beyond*, (New York: Novinka Books, 2003), 8-9.

Avrupa ülkelerinde de benzer kanuni düzenlemelerin olduğu görülmektedir. Örneğin Yunanistan'da da çocuğu doğuran kadın anne, annenin kocası da baba olarak kabul edilmektedir. Bkz. Ioannis Deliyannis, "Establishing and Contesting Parentage: The Approach of Greek Law in Comparative Perspective", in *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-First Century*, ed. John Eekelaar ve Petar Sartcevic, (Dordrecht: Martinus Nijhoff Publisher, 1993), 117.

[698] Doğal yollardan çocuk sahibi olamayan çiftler için uygulanan tıbbi yöntem ve tedaviler "*üremeye yardımcı tedavi yöntemleri*" olarak adlandırılmaktadır. Örneğin; tüp bebek (*in vitro fertilizasyon*) ve mikroenjeksiyon (*intrasitoplazmik sperm enjeksiyonu*) yöntemi en sık kullanılan tıbbi yöntemlerden birkaçıdır. Bkz. https://www.drcigdemabide.com/yardimci-ureme-teknikleri-nelerdir#:~:text=Yumurtal%C4%B1klar%C4%B1n%20uyar%C4%B1lmas%C4%B1%20(ovaryan%20ind%C3%BCksiyon)%20ve,ilk%20harfleri%20ile%20olu%C5%9Fturuldu%C4%9Funu%20bilmelidir. (ET. 15.09.2024)

[699] Mahmut Kamacı, "Embriyo Transferi", 27.

[700] Solomon-Fears, *Paternity Establishment*, 46.

[701] Solomon-Fears, *Paternity Establishment*, 46.

[702] Örneğin; Türk Medeni Kanunu'nun 129. maddesinin 1. fıkrası uyarınca; "*Üstsoy ile altsoy arasında; kardeşler arasında; amca, dayı, hala ve teyze ile yeğenleri arasında*" evlenme yasaktır. Alman Medeni Kanunu'nun (BGB) 1307. maddesi de Türk hukukuna benzer bir yaklaşımla, üstsoy-altsoy ve kardeşler arasındaki evlilikleri mutlak surette yasaklamaktadır. Dahası, evlat edinme yoluyla hukuki bağ kopsa dahi biyolojik hısımlığa dayanan evlenme engelinin devam ettiği de belirtilmektedir; "*Üstsoy ve altsoy arasındaki hısımlar ile tam kan ve yarım kan kardeşler arasında evlilik yapılması yasaktır. Bu hüküm, hısımlık ilişkisi evlat edinme yoluyla sona ermiş olsa dahi geçerliliğini korur*." Bkz. https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf, (E.T. 02.02.2026). Yine benzer şekilde Fransız Medeni Kanunu'nun (Code Civil) 161 ila 163. maddeleri uyarınca Fransa'da; üstsoy ile altsoy arasındaki evlilikler, tam veya yarım kan kardeşler ile amca, dayı, hala, teyze ve yeğen arasındaki evlilikler mutlak surette yasaklanmıştır. Bkz. https://www.napoleon-series.org/research/ government/code/book1/c_title 05.html#chapter1, (E.T. 02.02.2026).

yasaklar; yalnızca toplumsal ahlak ve aile yapısını koruma amacı taşımamakta, aynı zamanda genetik risklerin önlenmesi gibi tıbbi ve biyolojik bir temele de dayanmaktadır.[703] Örneğin; Talasemi (Akdeniz Anemisi olarak bilinen bu hastalık kan hastalıklarından birisidir),[704] Genetik Sağırlık,[705] Albinizm[706] ve Konjenital Adrenal Hiperplazi (KAH) (Böbrek Üstü Bezi ile ilgili bir hastalıktır) [707] gibi hastalıkların ortaya çıkma ihtimali akraba evliliklerinde oldukça ciddi bir şekilde yükselmektedir.[708] Bu kapsamda; Avrupa'da ve Amerika'da, kardeş çocuklarının evlilikleri olan kuzen evliliklerinden doğacak çocukların sakatlıklardan, kalıtsal hastalıklardan ve zekâ özürlü olma gibi durumlardan muzdarip olacakları görüşü yaygındır.[709] Bu sebeple, bu ülkelerde

[703] Akraba evliliği, zararlı baskın gen ile çekinik genin üst üste gelerek çakışması olasılığını arttırmaktadır. Bu durum ise genetik hastalıkların daha fazla görülmesine yol açmaktadır. Çok kabaca ve kısaca ifade etmek gerekirse; genetik bir hastalık için anne ve babanın her ikisinin de en azından bir zararlı çekinik gene sahip olması gerekir. Aynı gen yapısına sahip olan ailede, çekinik genlerin birbirleriyle karşılaşma olasılığı artacağı için, genetik hastalığın ortaya çıkma ihtimali de artmaktadır. Genel olarak, toplumda doğan her yüz çocuktan ikisinde herhangi bir nedene bağlı olarak doğuştan bir anomali saptanırken, akraba evlilikleri yapan çiftlerde bu risk yaklaşık iki kat oranında artmaktadır. Bu oran genetik hastalıklar için oldukça yüksek bir risktir. Bkz. https://www.doktoramcam.com/akraba-evliligi-2, (E.T. 30.01.2026).

[704] https://www.thd.org.tr/thd_halk/?sayfa=akdeniz_anemisi#:~:text=%C4%B0ki%20ta%C5%9F%C4%B1y%C4%B1c%C4%B1n%C4%B1n%20evlenmesi%20sonucunda%20her,gereken%20tetkikleri%20yapt%C4%B1rmalar%C4%B1%20%C3%A7ok%20%C3%B6nemlidir. (E.T. 30.12.2023).

[705] Yapılan bir araştırmada, çocuklarda işitme kaybı etyolojisinde en büyük faktörün akraba evliliği [(toplam vakaların % 42.4 oranında) (*Otozomal resesiv genetik sağırlık*)] olduğu saptanmıştır. Bir diğer çalışmada ise bu hastalığa sahip çocukların % 37'sinin akraba evliliğinden doğduğu, bu çocukların da üçte birinin ailesinde başka sağır-dilsiz kişilerin bulunduğu saptanmıştır. Bkz. https://www.tkbbv.org.tr/dergi.aspx?Dergi=3&yil=1984 &makale=830, (E.T. 30.12.2023).

[706] İnsan derisine rengini veren melanin maddesinin (renk pigmentlerinin) normalden daha az olması halinde bu hastalık ortaya çıkar. Hastanın saçları ve kaşları beyaz renklidir; derisi ise normalden daha incedir. https://www.koruhastanesi.com/genetik-hastaliklar-2984-5#Akraba_Evlili%C4%9Fi_%C3%96nemli_Bir_Fakt%C3%B6r_M%C3%BCd%C3%BCr?, (E.T. 30.12.2023).

[707] https://www.haliltugtepe.com/tedaviler/cinsiyet-gelisim-bozukluklari#:~:text=Konjenital%20 Adrenal%20Hiperplazi,-Konjenital%20adrenal%20(KAH&text=Bu%20hastal%C4%B1%C4%9F%C4% B1n%20akraba%20evliliklerinin%20s%C4%B1k,oran%20%50'ye%20yak%C4%B1nd%C4%B1r., (E.T. 30.12.2023).

[708] Ülkemizde özellikle birinci ve ikinci derece kuzenler arasındaki evlilikler başta olmak üzere, yakın akraba evliliklerinde genetik havuzun daralması; *Fenilketonüri* (ağır zekâ geriliğine neden olabilen bir hastalık), *Kistik Fibrozis* (CFTR adı verilen proteinin etkilenmesine bağlı olarak, vücudun akciğer başta olmak üzere; pankreas, sindirim sistemi ve diğer organların etkilendiği kalın ve yapışkan mukus üretmesine neden olan kalıtsal bir hastalık), *Spinal Müsküler* Atrofi (SMA- (SMA-Kas güçsüzlüğü) ve *Orak Hücre Anemisi Anemisi* (kandaki kırmızı kan hücreleri ile ilgili bir hastalık) gibi otozomal resesif (çekinik kalıtım) geçişli kalıtımsal hastalıkların görülme sıklığını anlamlı ölçüde artırmaktadır. Bkz. https://www.doktoramcam.com/akraba-evliligi-2 (E.T. 31.01.2026). Bu durum, soybağının doğru tespitinin ve evlenme engellerine ilişkin hukuki düzenlemelerin sadece sosyal ve ahlaki bir gereklilik değil, aynı zamanda toplum sağlığını korumaya yönelik tıbbi bir zorunluluk olduğunu göstermektedir.

[709] https://ttb.org.tr/STED/sted0201/4.html, (E.T. 30.12.2023).

akraba evliliği yapan çiftlerin sıklıkla genetik danışmanlardan yardım almak istedikleri belirtilmektedir.[710]

Sonuç olarak, nesebin tespiti işlevi bakımından aile oldukça önemli ve teşvik edilmesi gereken bir olgudur.[711]

2. Ailenin Psikolojik ve Duygusal İşlevi

Çocuğun fizyolojik ihtiyaçları olduğu gibi psikolojik ve duygusal ihtiyaçları da bulunmaktadır. İşte aile, çocuğun psikolojik ve duygusal ihtiyaçlarının "karşılıksız" bir şekilde en iyi karşılandığı yerdir.[712] Çocuk, sevgi ve saygı gibi manevi duyguları ilk olarak aile ortamında tadar. Bütün zahmetine ve meşakkatine rağmen, aile üyelerinin ve bu kapsamda özellikle annenin sevgisi ve şefkati, çocuğu güzel bir şekilde büyütmeyi ve ona katlanmayı içerecek güçtedir.[713] Aile üyelerinin birbirine ve bu kapsamda özellikle çocuklarına beslediği sevgi, şefkat ve merhamet; kayıtsız, koşulsuz ve karşılıksız bir duygu hali olup insanın içgüdüsel bir özelliğidir.

Aile üyelerinin birbirine olan bu sevgi hali içgüdüsel bir durum olmakla birlikte, bu durumun aile üyeleri dışında topluma bakan yönleri de bulunmaktadır. Zira aile üyelerinin birbirine beslediği bu sevgi hali toplumsal olarak da desteklenmekte ve teşvik edilmektedir. Örneğin; birçok toplum bakımından ailenin ilk oluşum aşaması olan nikah aşamasında (nikah ister resmi isterse de dini veya geleneksel bir şekilde icra edilmiş olsun) ailenin duygusal işlevi ön plana çıkarılır ve bu işlev sürekli olarak vurgulanır.[714]

---

[710] Almanya'da, halkın eğitim düzeyinin ve genetik hastalıklar konusundaki bilgisinin artması ile birlikte akraba evliliklerinin oranının %0.3'ün altına düştüğü; hatta büyük şehirlerde bu oranın daha da az olduğu belirtilmektedir. Bkz. https://www.ttb.org.tr/STED/sted0201/4.html, (E.T. 30.12.2023).

[711] Bu noktada tıbbi gelişmelerle birlikte eşcinsel birliktelikler gibi geleneksel evliliklerdeki birliktelikten farklı birlikteliklere izin verilen ülkelerde nesebin tespiti konusunda hukuki problemlerin ortaya çıktığını belirtmemiz gerekmektedir. Ancak çalışma konumuzun kapsamı ve sınırı bakımından bu sosyal ve hukuki problemlere değinilmemiştir.

[712] İbrahim Kır, "Ailenin İşlevleri", 387.

[713] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 18.

[714] Örneğin; Kızıldereli Evlilik Yemini'nin şu şekilde olduğu ifade edilmektedir: "*Artık yağmurda ıslanmayacaksınız; çünkü her biriniz diğeriniz için sığınak olacaksınız. Artık hiç üşümeyeceksiniz; çünkü her biriniz diğeriniz için sıcaklık olacaksınız. Artık hiç yalnızlık çekmeyeceksiniz; çünkü her biriniz diğerinize yoldaş olacaksınız. Artık bir bedensiniz; çünkü önünüzde tek hayat var. Şimdi yuvanıza gidin, birlikteliğinize şahit olacak günlere başlayın. Her gününüz mutlulukla dolsun, ömrünüz mutlulukla uzasın.*" Bkz. https://www.cocukaile.net/haberler/kizilderili-bir-kabilenin-evlilik-yemini, (E.T. 02.01.2024); https://www.yesilniksar.com/turk-dunyasindan-kizilderelilerde-evlilik/#:~: text= K%C4%B1z%C4%B1lderili%20Evlilik%20Yemini,biriniz%20bir%20di%C4%9Ferinize%20yolda%C5 %9F%20olacaks%C4%B1n%C4%B1z., (E.T. 02.01.2024). İslam dininde de genellikle Türkçe meali "*Allah'ım! Bu evliliği mübarek eyle! Aralarında ülfet, geçim, sevgi ve evliliklerinde sebat nasip eyle, bunları nefret, geçimsizlik ve ayrılıktan koru!*" şeklindeki duayı içeren nikah duası okunur.

Aile, çocuk için sosyal ve duygusal bir staj yeridir.[715] Sevgi dolu bir ortamda büyüyen ve manevi doyuma ulaşan bir çocuğun iyi bir ahlaka sahip olması (örneğin; adam öldürme, hayvanlara eziyet etme gibi kötü ve zararlı duygulardan uzak olma) ve sorumluluk sahibi bir vatandaş sıfatına sahip olması kuvvetle muhtemeldir. Bu sebeple çocuğun psikolojik ve duygusal bakımdan sağlıklı bir ortamda büyümesi, toplum bakımından da son derece kıymetlidir.

Sosyal ve toplumsal değişimlere paralel olarak ailenin de işlevlerinde değişiklikler olabilmektedir. Ancak çocuğa karşı sahip olunan sevgi, şefkat ve merhamet gibi hasletler insanın doğal ve değişmeyen içgüdüsel özelliklerinden olduğu için ailenin bu işlevi de geçmişten günümüze kadar değişmeksizin varlığını sürdürmüştür.[716] Günümüzde, bireyselleşmenin her geçen gün daha da arttığı göz önünde bulundurulduğunda, bu işlev kanaatimizce ailenin önemini daha da arttırmaktadır.

3. Ailenin Güvenlik İşlevi

Ailenin bir diğer önemli işlevi güvenlik işlevidir. Aile, tüm aile bireyleri için bu kapsamda özellikle çocuklar için güvenlik sağlar. Ailenin güvenlik işlevini sadece dışarıdan gelecek tehditlere karşı düşünmemek gerekir. Aile ayrıca ekonomik, sosyal ve psikolojik bakımdan da güvenlik işlevi görür.

Aile, özellikle çocuklar bakımından adeta cam fanus gibidir. Şöyle ki; yeni doğan çocukların bakım ve ihtiyaçlarının sağlıklı bir şekilde giderilebilmesi için aile ortamı gereklidir. Nitekim literatürde 0-3 yaş döneminin gelişimsel kritikliği vurgulanmakta; her ne kadar kreş gibi kurumlar ailenin bakım işlevini paylaşsa da güvenli bağlanma ve temel ihtiyaçların (beslenme, motor gelişim, dil edinimi vb.) karşılanmasında aile ortamının birincil ve en sağlıklı mecra olduğu ifade edilmektedir.[717]

Her ne kadar kreş gibi kurumlarla ailenin bu işlevi paylaşılsa da özellikle çocuğun beslenme, yürüme, konuşma gibi en temel ihtiyaçlarını karşılayana kadar aile ortamında bulunması daha sağlıklı olacaktır.

---

[715] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 18.
[716] İbrahim Kır, "Ailenin İşlevleri", 388.
[717] Haluk Yavuzer, *(Doğum Öncesinden Ergenlik Sonuna…) Çocuk Psikolojisi*, (İstanbul: Remzi Kitabevi, 2004), 85 vd.; Sevda Bekman, *Eşit Fırsat: Anne-Çocuk Eğitim Programının Değerlendirilmesi*, (İstanbul: AÇEV Yayınları, 2000), 7 vd.

Aile, "ekonomik" bakımdan da güvenlik işlevi görür. Aile üyelerinden birisi veya birkaçı çalışarak ailenin diğer üyelerinin ekonomik ihtiyaçlarını karşılar. Yine benzer şekilde aile üyelerinden birisinin veya birkaçının sosyal güvenceye sahip olması, diğer aile üyelerinin de bu sosyal güvenceden (doğrudan veya dolaylı yoldan) yararlanmasını sağlar.[718] Aile ortamı, genellikle bütün aile üyelerinin sevildiği, saygı gösterildiği ve beğenildiği yerdir. Bunun bir sonucu olarak aile ortamı, aile üyelerinin kendilerini en rahat, mutlu ve özgüvende hissettikleri ortamdır. Sıcak bir aile ortamı, bütün aile üyelerine "psikolojik güvenlik" de sağlar.

Son olarak kanaatimizce aile ortamı "cinsel güvenlik" sağlama işlevine de sahiptir. Şöyle ki; günümüzde özellikle kimsesiz çocuklar, zorlanarak veya aldatılarak cinsel istismara maruz bırakılabilmektedir. Sağlıklı bir aile ortamında ise çocukların "cinsel" yönden de daha korunaklı bir şekilde yaşama ihtimali oldukça yüksektir.

4. Ailenin Eğitim-Öğretim ve Terbiye İşlevi

Aile tarih boyunca çocuğun eğitim ve öğretimini sağlayan ilk sosyal kurum olmuştur. Ancak modern devletin ortaya çıkması, "ailenin eğitim ve öğretim işlevini" ortadan kaldırmamakla birlikte nispeten zayıflatmıştır. Şöyle ki; modern devlet eğitim birimleri, ordu, akıl hastaneleri ve cezaevleri gibi kurumlarla toplumu "dizayn etme" rolünü de üzerine almıştır. Yine Sanayi Devrimi gerçekleşince insanların uzun süre çalışmak zorunda kalması ve bu sebeple çocukları ile yeterince ilgilenememesi de ailenin "eğitim ve öğretim işlevini" zayıflatmıştır. Bununla birlikte, kanaatimizce, günümüzde aile hala en önemli eğitim ve öğretim işlevine sahip kurumdur.

Öncelikle buradaki "eğitim ve öğretim işlevinden" kastımız sadece okuma-yazma değildir. Çocuğun kişiliğinin gelişimi, gelenek-görenek, örf ve âdet kurallarını öğrenmesi, toplumun temel değerlerini benimsemesi ve ahlaki gelişimi ilk olarak aile ortamında sağlanır. Nitekim dilimize de yerleşen "aile görgüsü" ve "aile terbiyesi" gibi kavramlar, ailenin eğitim ve öğretim işlevinin bir görünümüdür.[719] Her ne kadar devlet, sistemli eğitim kurumları ile ailenin "eğitim ve öğretim işlevinin" önemli bir kısmını

[718] Örneğin; ülkemizde, çalışmayan eş ve çocuklar çalışan eşin sağlık sigortasından doğrudan faydalanabilmektedir. Emekli olan kişinin ölmesi durumunda ise emekli maaşından belirli koşullar dahilinde diğer eş veya çocuklar faydalanabilmektedir. Örneğin bkz. 5510 sayılı Sosyal Sigortalar ve Genel Sağlık Sigortası Kanunu md. 3, 16, 32, 34 vb.
[719] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 20.

kendi üzerine almak istese de kanaatimizce bu durum, ailenin "eğitim ve öğretim işlevinin" önemini azaltmamaktadır. Çünkü öncelikle yukarıda da bahsettiğimiz üzere ailenin "eğitim ve öğretim işlevi" çok yönlüdür. İkinci olarak eğitim kurumları ailenin vermiş olduğu temel üzerine bilgileri inşa etmektedir. Üçüncü olarak ise çocuğun eğitimi, eğitim kurumları ile aile arasındaki iş birliği çerçevesinde devam etmektedir.[720] Diğer bir ifadeyle çocuk okula gittiğinde bile ailenin "eğitim ve öğretim işlevi" devam etmektedir. Bu sebeplerle bütün sosyal ve kültürel değişimlere ve gelişmelere rağmen ailenin "eğitim ve öğretim işlevi" varlığını önemli bir şekilde sürdürmektedir.

Ailenin eğitim-öğretimle bağlantılı bir diğer işlevi terbiye işlevidir. Toplumdaki düzenin sürekliliği için bireylerin belirli normlara uyması gerekir. Aile, çocuğun dürtülerini kontrol etmesini, başkalarının haklarına saygı duymasını ve toplumsal kurallara uyum sağlamasını öğreterek bu düzenin temelini atar. Ancak kanaatimizce çocuğu "terbiye etmek" sadece "kuralları öğretmek" değildir; aynı zamanda çocuğun karakterinin de şekillenmesidir. Bu kapsamda hoşgörü, empati, dürüstlük ve sorumluluk gibi temel erdemler aile ortamında gelişir.

5. Ailenin Sosyalleştirme İşlevi

Sosyalleşme; "*bir sosyal olgu olarak ferdin doğuştan itibaren toplumun üyeliğini kazanmasında belli aşamalardan geçerek kendinden beklenen uygun rol ve ilgili normlardan haberdar olması*" şeklinde tanımlanmaktadır.[721] Ailenin sosyalleştirme işlevi hem çocuk hem de diğer aile üyeleri bakımından düşünülebilir.

Ailenin çocuk bakımından "sosyalleştirme işlevi", eğitim ve öğretim işlevi ile yakından ilgilidir. Ailenin eğitim ve öğretim işlevi başlığında da bahsettiğimiz üzere, çocuğun kişiliğinin gelişimi ailede başlar. Çocuk toplumsal değer ve normları öncelikle ailede öğrenir. Aile, bilinçli veya bilinçsiz bir şekilde başkalarına karşı davranış formlarını, sevgiyi-saygıyı, cinsel rolleri ve ahlaki davranış biçimlerini çocuğa öğretir.[722] Dolayısıyla aile, çocuğun sosyal normları ilk olarak öğrendiği ve sosyalleşmesini

[720] İbrahim Kır, "Ailenin İşlevleri", 394; Münire Erden, *Eğitim Bilimlerine Giriş*, (Ankara: Arkadaş Yayınevi, 2007), 41-42.
[721] Mustafa E. Erkal, *Sosyoloji (Toplumbilimi)*, (İstanbul: Der Yayınları, 2006), 81; Cemal Baltacı ve Meyrem Tuna Uysal, "Türkiye'de Bir Siyasal Sosyalleşme Aracı Olarak Ders Materyali: İlköğretim Sosyal Bilgiler Dersi Üzerine Bir İnceleme", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 17/3 (2012): 178.
[722] İbrahim Kır, "Ailenin İşlevleri", 394.

gerçekleştirdiği toplumsal bir kurum özelliğine sahiptir. Kanaatimizce, aile aracılığıyla çocuğa aynı kültürel ve sosyal değerlerin aktarılması, bireyler arasındaki çatışmanın azalmasını sağlamakta ve toplumsal yaşamın uyum içerisinde sürekliliğine katkıda bulunmaktadır.

Aile aynı zamanda diğer aile üyeleri bakımından "sosyalleşme" işlevi görmektedir. Keza aile, eşleri yalnızlıktan kurtarmakta, birlikte aktivite yapmaya teşvik etmekte ve kişilerin birbirine yol arkadaşı olmasını sağlamaktadır. Yine aile bireyleri, diğer aile bireyleri vasıtasıyla tanıdık çevre edinmekte ve arkadaş çevresini genişletmektedir.[723]

Ailenin işlevleri bu yukarıda saydığımız işlevlerle sınırlı değildir. Ailenin başkaca çok fazla sayıda işlevi bulunmaktadır. Örneğin; toplumsal denetim işlevi, eş seçmede ve yuva kurmada yardımcı olma işlevi, huzurlu ve güvenli bir hayat sağlama işlevi, paylaşma işlevi ve milli kültürü yaşatma ve kuşaktan kuşağa aktarma işlevi bu işlevlerinden sadece birkaçıdır.[724] Ancak çalışma konumuzun sınırları ve amacı bakımından ailenin diğer işlevlerini açıklama gereksinimi duyulmamıştır.

Yukarıda kısaca aktarmaya çalıştığımız işlevlerden de anlaşılacağı üzere aile, toplumun ve devletin çıkarları bakımından oldukça önemli bir kurumdur. Bu sebeple, devletler aile konusunda politikalar geliştirmekte ve bu alanı kanunlarla düzenleme gereksinimi duymaktadırlar. Diğer bir ifadeyle devletler, ailenin kurulması aşaması olan nişanlılık ve evlilik ile ailenin sona ermesinden sonraki aşamalar olan miras/mal rejimi, vesayet gibi konular da dahil olmak üzere bütünüyle aileyi kurumsallaştırmak istemektedirler. Bu doğrultuda ailenin gerek birey gerek toplum gerekse de devlet açısından öneminden de kısaca bahsetmek kanaatimizce uygun olacaktır.

D. Ailenin Önemi

Kurumsallaşma biçimi ve işlevleri toplumdan topluma farklılık gösterse de aile, tarih boyunca bütün toplumların vazgeçilmez temel bir unsuru olmuştur.[725] Örneğin;

---

[723] Talcot Parsons and Robert F. Bales, *Family Socialization and Interaction Process*, (London: Routledge, 1998), 35 vd.
[724] İbrahim Kır, "Ailenin İşlevleri", 383-399.
[725] Fineman, aile ile devletin etkileşim halinde olduğunun altını çizmektedir. Ona göre aile ile devlet birbirlerini tamamlarlar. Birisinin kapsamı ya da doğasındaki değişiklikler diğerinin kapsamını ya da doğasını da değiştirecektir. Martha Albertson Fineman, "What Place for Family Privacy", *George Washington Law Review*, 67/5 (1999): 1208.

Aristoteles, devletin çekirdeğinin aile olduğunu belirtmiştir.[726] Yine benzer şekilde Bodin aileyi devletin kaynağı olarak görmüştür.[727] Bu yönüyle aile evrensel bir kurumdur.[728] Aslında yukarıda kısaca bahsettiğimiz ailenin işlevleri bile gerek bireysel gerekse de toplumsal bakımdan ailenin önemini ortaya koymaktadır.

Toplumun temeli[729] olarak kabul edilen ailenin sağlıklı ve güçlü olması, içinde bulunduğu toplumu da sağlıklı ve güçlü kılacaktır.[730] Dolayısıyla aile ile toplum ve devlet arasında doğrudan bir etkileşim vardır. Bu sebeple devletler genel olarak aileyi korumayı ve güçlendirmeyi hedefleyen politikalar üretmeye çalışmaktadırlar.

Ülkemizde ve özellikle Batı'da, son yüzyılda başta cinsel ve bireysel özgürlük anlayışı olmak üzere birçok düşünsel alanda önemli ölçüde değişiklikler olmasına rağmen aile hala önemini muhafaza etmektedir ve toplumun temeli olmaya devam etmektedir. Aile, hâlâ birey ile toplum arasında köprü vazifesi görmektedir. Çocuklar aile ortamında yetişmekte ve aile eşlerin birbirine derin bağlarla bağlandığı ortam olmaya devam etmektedir.[731]

Dolayısıyla, "aile hayatı" kavramı özerk bir şekilde yorumlanırken, ailenin topluma ve kamu düzenine ilişkin yönünün de göz önünde bulundurulması gerekmektedir. "Aile" kavramını sadece aileyi oluşturan bireyler boyutuyla düşünmek, ailenin yukarıda bahsetmiş olduğumuz birçok işlevini ve toplum ve devlet bakımından önemini göz ardı etmek anlamına gelecektir. Bu nedenle "aile" kavramına ilişkin yapılan (veya yapılacak) "özerk yorum" son derece önemlidir ve "özerk yorum"un sonuçlarının birçok boyutuyla birlikte düşünülmesi gerekmektedir.

---

[726] Hasan T. Fendoğlu, "Aristoteles'in Devlet Felsefesi ve Önceki Anayasa Hukukumuz", *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:6 (1993): 134.
[727] Abdurrahman Saygılı, "Jean Bodin'in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63/1 (2014): 188.
[728] Sezen Ünlü, *Aile Yapısı ve İlişkileri*, (Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002), 14; Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 32.
[729] Nitekim Anayasamızın "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" başlıklı 41. maddesine göre; "*Aile, Türk toplumunun temelidir*." Yine İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 16. maddesinin 3. fıkrasında; "*Aile, cemiyetin tabii ve temel unsurudur, cemiyet ve devlet tarafından korunmak hakkını haizdir*." şeklindeki hükme yer verilerek ailenin önemi uluslararası alanda da vurgulanmıştır. Benzer şekilde 1966 tarihli Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 23. maddesinin 1. fıkrasında da; "*Aile, toplumun doğal ve temel birimidir ve toplum ve devlet tarafından korunma hakkına sahiptir.*" şeklindeki hükme yer verilmiştir.
[730] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 34.
[731] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 34.

Bundan sonra bu bölümde, "aile hayatı" kavramının AİHS'de ve Türk hukukunda nasıl düzenlendiği ve otantik yorum yapma yetkisine sahip mahkemelerin "aile hayatı" kavramını "özerk" olarak nasıl yorumladığı konuları üzerinde durulacaktır. Diğer bir ifadeyle AİHM'nin ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin *bakış açısından (gözünden)*, "aile hayatı" kavramının özerk anlamı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

II. AVRUPA İNSAN HAKLARI SÖZLEŞMESİ BAĞLAMINDA "AİLE HAYATI" KAVRAMININ ÖZERK ANLAMI

"Aile" kavramına AİHS'nin iki farklı maddesinde doğrudan yer verilmiştir. AİHS'nin "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" başlığını taşıyan 8. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve yazışmasına saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*." Ancak bu hak "mutlak" nitelikte değildir. Çünkü aynı maddenin 2. fıkrasında; "*Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir*." şeklindeki ifadelere yer verilerek bu hakkın sınırlandırılma koşulları gösterilmiştir.

Sözleşme'nin "*Evlenme hakkı*" başlığını taşıyan 12. maddesinde ise; "*Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir*." şeklindeki ifadelerle "aile kurma" hakkından bahsedilmiştir.[732]

Sözleşme'nin 8. maddesi ile 12. maddesi birbiriyle yakından ilişkilidir. Ancak "*Evlenme hakkı*" başlığını taşıyan 12. maddenin "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*"

[732] Anayasamızda gerek "evlenme hakkına" gerekse de "aile kurma hakkına" yönelik doğrudan bir düzenleme yer almamaktadır. Bu hakkın, Hitler'in 2. Dünya Savaşı öncesi uygulamış olduğu politikalara bir tepki olarak AİHS'de düzenlendiği ifade edilmektedir. Bkz. Marleen Eijkholt, "The Right To Found A Family As A Stillborn Right To Procreate?" *Medical Law Review*, 18/2 (2010): 132. Nitekim bilindiği üzere Nazi rejiminde, ırkın ıslahına yönelik olarak ırkçı üreme politikaları benimsenmiştir. Yine aynı tepkinin bir başka yansıması olarak İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 16. maddesinde; "*Evlilik çağına varan her erkek ve kadın, ırk, uyrukluk veya din bakımından hiçbir kısıtlamaya tabi olmaksızın evlenmek ve aile kurmak hakkına haizdir*." şeklindeki hükme yer verilmiştir. Benzer şekilde 1966 tarihli Medenî ve Siyasî Haklara İlişkin Uluslararası Sözleşme'nin 23. maddesinin 1. fıkrasında da; "*Evlenebilecek yaşta bulunan erkeklerle kadınlara, evlenme ve bir aile kurma hakkı tanınacaktır.*" şeklindeki hükme yer verilmiştir.

başlığını taşıyan 8. maddeye göre kapsamının daha dar olduğu kabul edilmektedir.[733] Bu doğrultuda örneğin, iki kişinin evlendiği durumlarda, aile hayatına ilişkin müdahaleler 8. madde kapsamında değerlendirilmektedir.[734] Yine eşler ile çocuklar arasındaki ilişkilere yönelik müdahaleler de 8. madde kapsamında incelenmektedir.[735] Dolayısıyla hem 8. maddenin hem de 12. maddenin ihlal edildiğine ilişkin bir şikayet AİHM'nin önüne geldiğinde, Mahkeme başvuruyu öncelikle 8. madde kapsamında değerlendirmektedir.[736] Söz konusu müdahale 8. maddenin 2. fıkrasında öngörülen sınırlandırma koşullarına uygun gerçekleşmişse o halde Sözleşme'nin hem 8. maddesinin hem de 12. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşılmaktadır.[737] Bu sebeple AİHM'nin incelemesi ve içtihatları 8. madde üzerinde yoğunlaşmaktadır. Ancak 8. maddedeki "Aile hayatına saygı hakkı"nın anlamını ortaya koyabilmek için öncelikle "aile hayatı" kavramından ne anlaşılması gerektiğini tespit etmek gerekmektedir. Dolayısıyla bu başlık altında AİHS bağlamında "aile hayatı" kavramının özerk anlamı ortaya konulmaya çalışılacaktır.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İngilizce metninde, 8. maddede koruma altına alınan haklarla ilgili olarak "respect" (saygı) ifadesi kullanılmıştır. Bu kapsamda sözleşmeye taraf devletlerin aile hayatı ile ilgili yükümlülüklerinin sadece "saygı" göstermekten ibaret olduğu düşünülebilir. Nitekim "saygı" ifadesinin hakkın koruma alanını ve kapsamını zayıflattığı ileri sürülmüştür.[738] Bu görüşte olanlar Sözleşme'nin

---

[733] Ulaş Karan, "Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Kapsamı ve Anayasal Dayanağı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13/163-164 (2018): 122.

[734] Pieter van Dijk, "The Right to Marry and to Found a Family" in *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ed. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn ve Leo Zwaak, (Intersentia: Cambridge University Press, 2006), 842.

[735] Örneğin AİHM *P., C. ve S./Birleşik Krallık* başvurusunda şu ifadelere yer vermiştir: "… *Mahkeme yukarıda, S.'nin doğumdan sonra alınmasının ve bakım ve evlat edinme işlemleri sırasında yasal temsilden yoksun bırakılmasının Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlalini ortaya koyduğunu tespit etmiştir. Mahkeme, 12. maddenin aile kurma hakkıyla ilgili olduğunu ve 8. maddenin lex specialis* (özel madde) *olarak kabul edilebileceği, ebeveynler ve mevcut bir çocuk arasındaki aile hayatına müdahalelerin haklı görülebileceği durumlarla ilgili olmadığını gözlemleyerek, mevcut davada bu hüküm kapsamında ayrı bir sorun ortaya çıkmadığını tespit etmiştir*…" Bkz. P., C. ve S./Birleşik Krallık, Başvuru No: 56547/00, 16.07.2002 (Nihai Karar Tarihi: 16.10.2002), § 142.

[736] Ulaş Karan, "Evlenme ve Aile Kurma Hakkı", 122.

[737] Ulaş Karan, "Evlenme ve Aile Kurma Hakkı", 122.

[738] Songül Atak, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Kararlarında Yabancıların Aile Yaşamı Hakkı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/1-2 (2007): 106. Ancak "saygı" (respect) ifadesinin devletin bu alana ilişkin hareketsiz kalması anlamına gelmediğini, aksine bu alanda düzenlemeler dahi yapmasının gerekebileceğini ileri süren düşünürler de olmuştur. Bkz. Torkel Opsahl, "The Convention and Right to Respect for Family Life, Particularly as regards the Unity of the Family and the Protection of the Rights of Parents and Guardians in the Educatioin of Children", in *Privacy and Human Rights*, ed., A.H. Robertson, (Manchester, Manchester University Press, 1973), 197.

kabul edilmesi sürecinde "saygı" kelimesi yerine önce "dokunulmazlık" kelimesinin önerildiğini, daha sonra "hukuk dışı müdahalelerden bağışık olma" ifadesinin düzenlemede yer aldığını ancak kabul edilen nihai metinde "saygı" ifadesine yer verildiğini belirtmekte ve Sözleşme'nin kabul ediliş sürecinden hareket etmektedirler.[739]

Dikkat edileceği üzere, "aile hayatına saygı hakkı" AİHS'de ayrı bir maddede düzenlenmemiş; özel hayat, konut ve haberleşme hakkı ile birlikte düzenlenmiştir. Anayasamızın da 20. maddesinde, "özel hayat ve aile hayatı"; 21. maddesinde "konut dokunulmazlığı" ve 22. maddesinde "haberleşme hürriyeti" düzenlenmiştir. Bu durum, kanaatimizce bu dört hakkın birbiriyle yakından ilişkili olduklarının somut bir tezahürüdür.[740] Bu noktada özellikle "özel hayat" ile "aile hayatı"nın oldukça fazla kesişen koruma alanına sahip olduğunu, bununla birlikte "özel hayat" kavramının daha geniş sınırlara sahip olduğunu belirtmemiz gerekmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde, "aile hayatı" kavramından ne anlaşılması gerektiğine yönelik olarak herhangi bir tanımlama veya belirleme yapılmamıştır. Aynı durum özel hayat, konut ve haberleşme hakkı için de geçerlidir. Sadece herkesin bu haklara saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu belirtilmiştir. Dolayısıyla bu kavramların ve hakların anlamı AİHM'nin yorumlarıyla şekillenmektedir. Bu kapsamda, aşağıda öncelikle "aile hayatına saygı hakkı"nın yakından ilişkili olduğu diğer haklar karşısındaki konumu tespit edilecek, sonrasında ise Mahkeme'nin "aile hayatı" kavramına vermiş olduğu anlam incelenecektir.

A. Aile Hayatına Saygı Hakkının Yakından İlişkili Olduğu Diğer Bazı Haklar Karşısındaki Konumu

1. Aile Hayatına Saygı Hakkı ile Evlenme ve Aile Kurma Hakkı Arasındaki İlişki

Aşağıda "aile hayatı" kavramının özerk anlamı kısmında ayrıntılı olarak açıklanacağı üzere, evlenme, aile kurmanın bir ön koşulu değildir. Diğer bir ifadeyle bireyler, sözleşmeye taraf devletlerin hukuken tanımadığı (ülkemizde imam nikahıyla kurulan birliktelikler bu duruma örnek olarak gösterilebilir) evlenme biçimleri ile de bir

[739] Songül Atak, "Yabancıların Aile Yaşamı Hakkı", 106.
[740] "*… Evli, bekar, boşanmış veya dul olsun; bir kişinin medeni durumu, 8. madde tarafından korunan kişisel veya sosyal kimliğinin bir parçasını oluşturmakta ve evlenme hakkı, özel hayata saygı hakkıyla yakından ilişkili bulunmaktadır…*" Bkz. Bayraktar/Türkiye, Başvuru No: 27094/20, 27.06.2023, § 42.

aile oluşturabilirler ve kurulan bu aile, Sözleşme'nin 8. maddesindeki aile hayatına saygı hakkının korumasından faydalanabilir. Bununla birlikte gerçek ve yasal bir evliliğin varlığı durumunda, söz konusu ilişki AİHS'nin 8. maddesinin korumasından yararlanılması için yeterlidir.[741] Ancak evlilik gerçek bir evlilik değilse, örneğin; göçmenlik kurallarını bertaraf etmek için veya vatandaşlık elde etmek için kâğıt üzerinde evlilik yapılmışsa, bu evliliği gerçekleştiren eşler aile hayatına saygı hakkının korumasından yararlanamayacaklardır. Fakat çocuk ile ebeveyni arasındaki ilişki farklı değerlendirilmektedir. Ortada ister gerçek ve yasal bir evlilik bulunsun isterse de gerçek veya yasal bir evlilik bulunmasın çocuk ile ebeveynleri arasındaki ilişki 8. madde kapsamında değerlendirilmektedir.[742]

Sözleşme'nin "*Evlenme ve Aile Kurma*" hakkını düzenleyen 12. madde metni daha yakından incelendiğinde, "*Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.*" şeklindeki ifadelere yer verilerek; evlenme yaşı, evlenme engelleri, evlenme ehliyeti (örneğin; ayırt erme gücü) ve evlenmenin şekli şartları (örneğin resmi nikah) gibi hakkın kullanılması konularında ulusal hukuka atıfta bulunulduğu görülmektedir.

Öncelikle cinsiyet bakımından konu ele alındığında, söz konusu maddede dikkate edilirse; "*... her erkek ve kadın... evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.*" hükmüne yer verilerek sadece farklı biyolojik cinsiyete sahip kişilerin evlenme hakkını kullanabilecekleri açık bir şekilde ifade edilmiştir. Nitekim AİHM de eski tarihli kararlarında, sadece farklı biyolojik cinsiyete sahip kişilerin evlenme hakkını kullanabileceklerini ifade etmiştir. Örneğin; Mahkeme, 17.10.1986 karar tarihli Rees/Birleşik Krallık başvurusunda; "*… Mahkeme'ye göre, 12. madde ile güvence altına alınan evlenme hakkı, karşıt biyolojik cinsiyete sahip kişiler arasındaki geleneksel evliliğe atıfta bulunmaktadır. Bu durum, 12. maddenin esas olarak ailenin temeli olan evliliği korumakla ilgili olduğunu açıkça ortaya koyan madde metninden de*

[741] Ivana Roagna, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, Çev. Ayşe Gül Alkış Schäling, (Strazburg: Avrupa Konseyi, 2012), 28.
[742] Nitekim AİHM bu hususu şu şekilde ifade etmiştir: "*… 8. maddenin dayandığı aile hayatı kavramı, birlikte yaşama olmasa bile, meşru olup olmadığına bakılmaksızın, bir ebeveyn ile çocuğu arasındaki bağı kapsar. Bu bağ sonraki olaylarla kopabilirse de bu, ancak istisnai durumlarda gerçekleşebilir…*" Bkz. Boughanemi/Fransa, Başvuru No: 22070/93, 24.04.1996, § 35. Benzer diğer başvurular için bkz. Berrehab/Hollanda, Başvuru No: 10730/84, 21.06.1988, § 21; Gül/İsviçre, Başvuru No: 23218/94, 19.02.1996, § 32.

anlaşılmaktadır…"[743] şeklindeki ifadelere yer vererek evlenme hakkı ile "geleneksel evliliğe" atıfta bulunulduğunu açıkça belirtmiştir.[744]

Ancak sonraki kararlarında AİHM, "*sadece farklı biyolojik cinsiyete sahip kişilerin evlenme hakkını kullanabilecekleri*" şeklindeki görüşünü kısmen değiştirmiştir. Esasında günümüzde de Mahkeme'nin görüşünde köklü bir değişiklik yoktur. Mahkeme'nin güncel içtihatlarına göre, kural olarak Sözleşme'nin 12. maddesi bir tarafı erkeğin diğer tarafı ise kadının oluşturduğu geleneksel evliliği koruma altına almaktadır. Ancak sözleşmeye taraf devlet kendi ulusal hukukunda aynı cinsiyete sahip kişilerin evliliğine hukuken izin vermişse o halde bu kişilerin evlenme hakkı Sözleşme kapsamında da koruma görecektir. Diğer bir ifadeyle AİHM'nin güncel yaklaşımına göre, evlenme hakkının söz konusu olabilmesi için artık karşı cinsten iki kişinin varlığı zorunlu değildir.[745] Ancak önemle ifade etmek isteriz ki, Mahkeme, aynı cinsten iki kişinin evliliğine izin verilmesi konusundaki yetkinin sözleşmeci devletlere ait olduğunu, sözleşmeci devletlerin bu konuda geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu ve Sözleşme'nin 12. maddesinin sözleşmeci devletlere herhangi bir yükümlülük yüklemediğini önemle vurgulamaktadır. Örneğin Mahkeme, 2010 yılında karara bağlamış olduğu Schalk ve Kopf/Avusturya başvurusunda bu hususu şu şekilde açıklamıştır: "… *Mahkeme artık 12. maddede yer alan evlenme hakkının her koşulda karşı cinsten iki kişi arasındaki evlilikle sınırlı olması gerektiğini düşünmeyecektir. Sonuç olarak, 12. maddenin başvuranların şikayetlerine uygulanamaz olduğu söylenemez. Ancak, bu haliyle, eşcinsel evliliğe izin verilip verilmeyeceği hususu, sözleşmeci devletin ulusal hukuku tarafından düzenlemeye bırakılmıştır. Bu bağlamda Mahkeme, evliliğin bir*

[743] Rees/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9532/81, 17.10.1986, § 49.

[744] AİHM'nin benzer yönde birçok kararı vardır. Örneğin; Schalk ve Kopf/Avusturya başvurusunda; "… *Mahkeme, iç hukukun, ister doğuştan ister cinsiyet tanıma prosedüründen kaynaklansın, yalnızca karşı cinsiyetten kişiler arasında evliliğe izin verdiğini, aynı cinsiyetten evliliklere ise izin verilmediğini kaydetmiştir. Benzer şekilde, 12. madde, geleneksel evlilik kavramını bir erkek ve bir kadın arasında olarak kabul etmiştir. Mahkeme, bazı sözleşmeci devletlerin evliliği eşcinsel partnerleri de kapsayacak şekilde genişlettiklerini kabul etmiş, ancak bunun kendi toplumlarında evliliğin rolüne ilişkin kendi vizyonlarını yansıttığını ve sözleşmeci devletler tarafından 1950 Sözleşmesi'nde ortaya konan temel hakkın yorumundan kaynaklanmadığını belirtmiştir*…" Bkz. Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010), § 53. Yine Cossey/Birleşik Krallık başvurusunda; "… *Mahkeme, 12. maddenin yorumlanmasında yeni bir yaklaşım benimsemeye gerek olduğunu düşünmemektedir. Mahkeme ayrıca, geleneksel evlilik kavramına bağlılığın, evlilik amacıyla bir kişinin cinsiyetini belirlemek için biyolojik kriterlerin benimsenmeye devam edilmesi için yeterli neden sağladığını, bunun sözleşmeci devletlerin evlenme hakkının kullanılmasını ulusal hukukla düzenleme yetkisi dahilinde bir konu olduğunu tespit etmektedir...*" ifadelerine yer vermiştir. Bkz. Cossey/Birleşik Krallık, Başvuru No: 10843/84, 27.09.1990, § 46.

[745] Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010), § 61.

toplumdan diğerine büyük ölçüde farklılık gösterebilen köklü sosyal ve kültürel çağrışımları olduğunu gözlemlemektedir. Mahkeme, toplumun ihtiyaçlarını değerlendirmek ve bunlara cevap vermek için en iyi konumda olan ulusal makamların yerine kendi kararını koymak için acele etmemesi gerektiğini yineler (bkz. B. ve L./Birleşik Krallık, yukarıda anılan, § 36). Sonuç olarak, Mahkeme, Sözleşme'nin 12. maddesinin, davalı Hükümet'e, başvuranlar gibi eşcinsel bir çiftin evliliğe erişimini sağlama yükümlülüğü getirmediğini tespit etmiştir…"[746]

Görüleceği üzere AİHM'ye göre, evlenecek kişilerin cinsiyeti konusunda sözleşmeye taraf devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Fakat kanaatimizce, AİHM'nin bu yaklaşımı Sözleşme'nin 12. maddesinin lafzı ile uyuşmamaktadır. Çünkü Sözleşme'de açıkça "*erkek ve kadın*" ifadesine yer verilerek sadece farklı biyolojik cinsiyete sahip kişilerin evlenme hakkının Sözleşme kapsamında korunacağı açık bir şekilde belirtilmiştir.

Benzer şekilde Birleşmiş Milletler Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinin 2. fıkrasında; "*Evlilik çağındaki her erkek ve kadının evlenme ve aile kurma hakkı hukuk tarafından tanınır.*" şeklindeki düzenleme ile bireylerin evlenme ve aile kurma hakkı güvence altına alınmıştır. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi'nin önüne gelen Joslin/Yeni Zelenda başvurusunda, başvurucu Joslin, Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinin 2. fıkrasının, eşcinsel ilişkileri de heteroseksüel ilişkiler kadar koruduğu iddiasında bulunmuştur. Ancak Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Sözleşme metninde "erkek" ve "kadın" ibarelerinin ayrı ayrı kullanıldığını, dolayısıyla Sözleşme'nin 23. maddesinin 2. fıkrasının karşı cinsler arasındaki ilişkileri koruduğunu, bu nedenle de sözleşmeci devletin yükümlülüklerinin sadece Sözleşme ile sınırlı olduğunu belirtmiş ve başvurucunun bu yöndeki taleplerini reddetmiştir.[747]

---

[746] Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010), § 61-63. Benzer yönde tespit ve değerlendirmeleri içeren daha yakın tarihli diğer kararlar için bkz. Oliari ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 18766/11 ve 36030/11, 21.07.2015 (Nihai Karar Tarihi: 21.10.2015), § 192; Chapin ve Charpentier/Fransa, Başvuru No: 40183/07, 09.06.2016 (Nihai Karar Tarihi: 09.09.2016), § 37; Orlandi ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 26431/12; 26742/12; 44057/12 ve 60088/12, 14.12.2017 (Nihai Karar Tarihi: 14.03.2018), § 192.

[747] Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Joslin/Yeni Zelenda Başvurusu, No: 902/1999, § 8.1-8.3. Ayrıca bkz. Işıl Kurnaz, "LGBTQ Haklarının Korunmasında Anayasa Yargısı ve Stratejik İnsan Hakları Davaları: Türkiye Örneği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 148 (2020): 23-24; Ulaş Karan, "Evlenme ve Aile Kurma Hakkı", 128.

Karan, 2017 yılı sonu itibariyle Avrupa Konseyi'ne üye on beş (15) devletin eşcinsel evliliğe izin verdiğini, diğer devletlerin ise henüz izin vermediğini, izin veren devlet sayısının düşük olması nedeniyle AİHM'nin "eşcinsel evlilik" konusundaki görüşünün kısa zamanda değişmesinin zor olduğunu, ancak ilerleyen zamanlarda "eşcinsel evliliğe" izin veren devlet sayısının artması ile birlikte AİHM'nin de görüş değiştirebileceğini ifade etmiştir.[748] Burada cevaplanması gereken soru şudur: Eşcinsel evliliğe izin veren Avrupa Konseyi'ne üye devlet sayısının artması, AİHM'nin 12. maddeye ilişkin görüşünü değiştirmesi için yeterli midir? Diğer bir ifadeyle AİHM, birçok devletin eşcinsel evliliğe izin vermesi durumunda, güncel içtihadını değiştirip sözleşmeye taraf bütün devletlere bu konuda pozitif yükümlülük yükleyebilir mi? Kanaatimizce bu soruya verilecek cevap "hayır" olmalıdır. Çünkü; yukarıda da belirttiğimiz üzere, Sözleşme'nin 12. maddesi açıkça "erkek" ve "kadın" kavramlarını kullanarak, evlenme ve aile kurma hakkını sadece karşı cinslere özgülemiştir. Sözleşme'nin birçok maddesinde "herkes" ifadesi geçmesine rağmen, 12. maddede "erkek" ve "kadın" ifadelerinin kullanılması bilinçli bir tercihi göstermektedir. Yani Sözleşme'nin 12. maddesi ile bilinçli bir şekilde sadece geleneksel evlilikler koruma altına alınmıştır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 12. maddesi oldukça açıktır; bu maddede herhangi bir değişiklik yapılmaksızın AİHM'nin Sözleşme'nin açık lafzına aykırı yorum yapması ve bu yorum yoluyla da devletlere Sözleşme'de öngörülmeyen bir yükümlülük yüklemesi mümkün değildir.

Benzer şekilde ülkemizde de 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun 134. maddesinde; "*Birbiriyle evlenecek erkek ve kadın, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte başvururlar*." şeklindeki ifadelere yer verilmiştir. Bu doğrultuda, ülkemizde de evlenme hakkı sadece karşı cinsiyete sahip bireylere tanınmıştır.[749]

Evlenme hakkı ile ilgili ortaya çıkan sorunlardan birisi de "transseksüellerin"[750] evliliği konusu olmuştur. Bu kişiler, evlenmeden önce cinsiyetlerini değiştirmiş ve nüfus

[748] Ulaş Karan, "Evlenme ve Aile Kurma Hakkı", 128-129.
[749] Hıfzı Veldet Velidedeoğlu, *Türk Medeni Hukuku-Cilt 2-Aile Hukuku* (İstanbul: Nurgök Matbaası, 1965), 45; Akıntürk ve Karaman, *Aile Hukuku*, 59.
[750] Transseksüel bireyler aslında bedensel açıdan ya erkek ya da kadındırlar. Ancak kendilerini, bulundukları cinsiyetten başka cinsiyete ait hissederler ve olabildiğince hissettikleri cinsiyetin özelliklerine bürünürler. Bkz. https://www.cetad.org.tr/73/sik-sorulan-sorular/48/transseksuelite, (E.T. 19.09.2024).

kaydında yeni kimlikleri ile tanınmışsa; diğer bir ifadeyle kişinin karşı cinsiyete geçtiği hukuken kabul edilmişse bu kişilerin evlenme hakkını kullanmaları yönünden herhangi bir problem bulunmamaktadır. Ancak bu bireyler evlendikten sonra karşı cinsiyete geçerlerse, bu halde aynı cinse sahip iki kişinin evliliği gibi bir sonuç ortaya çıkacaktır. İşte bu durumda da AİHM, sözleşmeye taraf devletlerin geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu, cinsiyet değişikliği öncesinde veya sonrasında evliliğin sona ermesi zorunluluğunun getirilebileceğini ve bu zorunluluğun evlenme hakkını ihlal etmeyeceğini açıkça ifade etmektedir. Örneğin Mahkeme, *Parry/Birleşik Krallık* başvurusunda; "… *madde 12, bir erkek ve kadının evlenme ve aile kurma temel hakkını güvence altına almaktadır. Evlenme hakkının kullanılması sosyal, kişisel ve hukuki sonuçlar doğurur ve 12. madde evliliğin ulusal hukuk tarafından düzenlenmesini açıkça öngörür. Söz konusu hassas ahlaki seçimler ve özellikle çocukların korunmasına ve güvenli aile ortamlarının teşvik edilmesine verilecek önem göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, toplumun ihtiyaçlarını değerlendirmek ve bunlara cevap vermek için en iyi konumda olan yetkililerin yerine kendi kararını koymak için acele etmemelidir… İç hukukta evliliğe, ister doğuştan ister cinsiyet tanıma prosedüründen kaynaklansın, yalnızca karşı cinsiyetten kişiler arasında izin verilmektedir. Aynı cinsiyetten evliliklere izin verilmemektedir. Sözleşme'nin 12. maddesi de benzer şekilde, bir erkek ve bir kadın arasında olması gereken geleneksel evlilik kavramını korumaktadır. Bu nedenle Mahkeme, konunun, evlilik bağlamında cinsiyet değişikliğinin etkilerinin nasıl düzenleneceği konusunda sözleşmeci devletin takdir yetkisine girdiği sonucuna varmaktan başka bir şey yapamaz. Eşlerden birinin cinsiyetinin değişmesine rağmen her iki eşin de evliliğe devam etmek istediği az sayıdaki evlilik için bir düzenleme yapması istenemez…*" şeklindeki değerlendirmelere yer vermiştir.[751]

Diğer taraftan Sözleşme, evlenme yaşını tespit etme noktasında sözleşmeye taraf devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımıştır. AİHM'nin de içtihatlarında evlenme yaşına ilişkin herhangi bir gönderme yapmadığı, bu konuyu Sözleşme'nin 12. maddesine uygun olarak taraf devletlerin takdir yetkisine bıraktığı gözlemlenmektedir.[752]

[751] Bkz. Parry/Birleşik Krallık, Başvuru No: 42971/05, 28.11.2006, (Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Kabul Edilemezlik Kararı). Benzer yönde diğer kararlar için bkz. Christine Goodwin/Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95, 11.07.2002, § 103; R. ve F./Birleşik Krallık, Başvuru No: 35748/05, 28.11.2006, (Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Kabul Edilemezlik Kararı).
[752] Ulaş Karan, "Evlenme ve Aile Kurma Hakkı", 124.

Evlenme yaşında (ve AİHM'nin güncel yaklaşımına göre evlenecek kişilerin cinsiyeti konusunda) olduğu gibi, "evlenme hakkının kullanılması" konusunda da sözleşmeye taraf devletin takdir yetkisi bulunmaktadır. "Evlenme hakkının kullanılması" ile kastedilen; evlenmenin şekli, evlenme ehliyeti, evlenme engelleri, çokeşlilik, evlenecek kişiler arasındaki akrabalık ilişkisi, boşanma ve yeniden evlenme gibi konulardır.[753] Sözleşmeye taraf devlet, evlenme hakkının kullanılması konusunda belirli koşullar öngörmüşse, bu koşulları yerine getirmeyen kişilerin evliliklerinin tanınmaması Sözleşme'nin ihlali olarak görülmemektedir.[754] Bu doğrultuda, resmi nikah dışındaki bir başka törenle yapılan evliliklere, resmi nikahla yapılan evliliklerin hukuki sonuçlarının sağlanmaması Sözleşme'nin ihlal edildiği anlamına gelmez. Örneğin; resmi nikah yapmalarının önünde herhangi bir engel olmamasına rağmen Roman/Çingene geleneksel kültürüne özgü bir nikah ile evlenen kişilerin evliliklerinin geçersiz sayılması AİHS'ye aykırı görülmemiştir.[755] Bununla birlikte devletin bu alandaki takdir yetkisi sınırsız değildir. Mahkeme'ye göre, devlet, yapmış olduğu düzenlemelerle hakkın kullanılmasını önemli ölçüde zorlaştırmamalı, hakkın özüne zarar verecek şekilde kısıtlamamalıdır.[756] Bu kapsamda, eğer bir ülkenin ulusal mevzuatı boşanma hakkını tanımışsa yeniden evlenme hakkı makul olmayan sınırlamalara tabi tutulmamalıdır. Örneğin; F./İsviçre başvurusuna konu olan olayda, daha önce de iki kez boşanan başvurucuya, son

[753] Ulaş Karan, "Evlenme ve Aile Kurma Hakkı", 129.

[754] "… *Başvuran, Evlilik Kanunu'nda öngörülen şekillerde değil de özel bir dini ritüele göre yapılan evliliğinin Alman makamları tarafından tanınmamasından şikâyetçi olmuştur. Sözleşme'nin 9 (1) maddesinin herkese din özgürlüğü hakkı tanıdığı doğrudur. Ancak bu hüküm, 'Evlenme çağına gelmiş erkek ve kadınların, bu hakkın kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalara göre evlenme ve aile kurma hakkına sahip olduklarını' öngören 12. madde dikkate alınmaksızın değerlendirilemez. Evlilik sadece düşünce, vicdan ya da dinin bir ifade biçimi olarak görülmemekte, evlenme hakkının kullanılmasını düzenleyen ulusal yasalara atıfta bulunan 12. maddenin özel hükmüne tabi tutulmaktadır. Mevcut davada, başvuranın evlenme hakkı reddedilmemiştir. Kendisinden sadece Alman yasalarında öngörülen şekillerde evlenmesi talep edilmiştir. Sonuç olarak, Sözleşme'nin, özellikle de 9(1) ve 12. maddelerinin ihlal edildiğine dair bir görünüm yoktur…*" Bkz. AİHK, X/Federal Alman Cumhuriyeti, Başvuru No: 6167/73, 18/12/1974, Kabul Edilemezlik Kararı.

[755] Mahkeme söz konusu kararında ayrıca şu ifadelere de yer vermiştir: "… *Evlenme hakkının kullanılması sosyal, kişisel ve hukuki sonuçlar doğurur. Bu hak, Sözleşmeci Devletlerin ulusal yasalarına tabidir, ancak getirilen sınırlamalar, hakkı, hakkın özüne zarar verecek şekilde veya önemli ölçüde kısıtlamamalı veya azaltmamalıdır (bkz. I. / Birleşik Krallık [BD], no. 25680/94, § 79, 11 Temmuz 2002). Mahkeme, İspanya'da 1981'den beri yürürlükte olan medeni nikahın herkese açık olduğunu gözlemlemekte ve bunun düzenlenmesinin dini ya da diğer gerekçelerle herhangi bir ayrımcılık içermediği görüşünü benimsemektedir. Bir belediye başkanı, sulh hâkimi veya atanmış başka bir kamu görevlisi önünde yapılan aynı evlilik şekli, ayrım yapılmaksızın herkes için geçerlidir. Kişinin dinini veya inançlarını beyan etmesi veya kültürel, dilsel, etnik veya başka bir gruba ait olması gerekmez…*" Bkz. Muñoz Díaz/İspanya, Başvuru No: 49151/07, 08.12.2009 (Nihai Karar Tarihi: 08.03.2010), § 78-79.

[756] Bkz. I./Birleşik Krallık, Başvuru No: 25680/94, 11.07.2002, § 79; Rees/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9532/81, 17.10.1986, § 50; F/İsviçre, Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987, § 32.

boşanmasının ardından ulusal mahkeme tarafından üç yıl süreyle yeniden evlenme yasağı getirilmiştir. AİHM, söz konusu yasağı, 12. maddedeki hakkın özünü zedeleyen orantısız bir müdahale olarak değerlendirmiş ve ihlal kararı vermiştir.[757]

Boşanma konusu ile ilgili şu hususu da belirtmek isteriz ki, AİHM'ye göre, Sözleşme'nin 12. maddesi boşanma hakkını içermez.[758] Diğer bir ifadeyle, evlenme hakkından hareketle 12. maddenin boşanma hakkını da güvence altına aldığı ileri sürülemez. Dolayısıyla bir devlet ulusal hukukunda boşanmayı yasaklarsa bu durum, Sözleşme'nin 12. maddesine aykırı olmaz.

Sözleşme'nin 8. maddesindeki "aile hayatına saygı hakkı" ile 12. maddesindeki "aile kurma hakkı" arasındaki ilişkiye de kısaca değinmek gerekmektedir. Öncelikle, Sözleşme'nin 12. maddesinde düzenlenen "aile kurma hakkı" sadece hukuken tanınan evlilikler yoluyla kurulan aileleri koruma altına almaktadır.[759] Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan "aile hayatına saygı hakkı" ise daha geniş kapsamlıdır; hukuken tanınmayan evlilikler de Sözleşme'nin 8. maddesinin korumasından yararlanabilir. Bu doğrultuda, Sözleşme'nin 12. maddesindeki "aile kurma hakkı"nın sadece eşleri ve çocukları ilgilendirdiği, bunun haricindeki diğer kişileri ve ilişkileri koruma altına almadığı ifade edilmektedir.[760] Zamansal anlamda bir değerlendirme yapıldığında ise "aile hayatına saygı hakkının" "aile kurma hakkını" kapsamadığı, "aile hayatına saygı hakkı" ile kurulmuş veya kurulmakta olan bir ailenin koruma altına alındığı, fakat mevcut olmayan bir ailenin "aile hayatına saygı hakkının" korumasından faydalanamayacağı

[757] F/İsviçre, Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987, § 38.
[758] "*… Başvuranlar, Sözleşme'nin hazırlanmasından bu yana meydana gelen sosyal gelişmelere, özellikle de evliliklerin sona ermesinde önemli bir artış olduğu iddiasına büyük önem vermektedirler. Sözleşme ve Protokollerinin günümüz koşulları ışığında yorumlanması gerektiği doğrudur. Bununla birlikte, Mahkeme, evrimsel bir yorum yoluyla, bu belgelerden, başlangıçta yer almayan bir hak türetemez. Bu durum, özellikle ihmalin kasıtlı olduğu bu davada geçerlidir. Ayrıca, 22 Kasım 1984 tarihinde imzaya açılan Sözleşme'ye Ek 7 No.lu Protokol'de (P7) boşanma hakkına yer verilmediği de belirtilmelidir. Özellikle evliliğin sona ermesi durumunda eşlere bazı ek haklar tanıyan Protokol'ün 5. maddesinde (P7-5) bu sorunun ele alınması fırsatı değerlendirilmemiştir. Gerçekten de Protokol'ün açıklayıcı raporunun 39. paragrafında, 5. maddede (P7-5) yer alan 'feshi halinde' ifadesinin 'bir Devlete evliliğin feshini sağlama veya özel fesih biçimleri öngörme yükümlülüğü getirmediği' belirtilmektedir. Dolayısıyla Mahkeme, başvuranların 12. maddeden boşanma hakkı çıkaramayacakları sonucuna varmaktadır…*" Bkz. Johnston ve Diğerleri/İrlanda, Başvuru No: 9697/82, 18.12.1986, § 53-54.
[759] "*Mahkeme, 12. maddenin bir erkek ve kadının evlenme ve aile kurma temel hakkını güvence altına aldığını gözlemlemektedir*." Bkz. Christine Goodwin/Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95, 11.07.2002, § 98.
[760] Ulaş Karan, "Evlenme ve Aile Kurma Hakkı", 134.

söylenebilir.[761] "Aile kurma hakkı" ise gelecekte gerçekleşecek bir "evlenme" olayına yönelmekte ve "hukuken tanınan aileyi" koruma kapsamına almaktadır.[762]

Hak sahipliği bakımından da bu iki hak arasında farklılık bulunmaktadır. Aile kurma hakkının sahibi "evlenme çağına gelen her erkek ve kadın" ile sınırlanmış iken, aile hayatına saygı hakkından "herkes" faydalanabilir. Yine bir diğer fark, devletin takdir yetkisi bakımındandır. Aile kurma hakkının hayata geçirilmesinde devletin daha fazla takdir yetkisinin bulunduğu kabul edilmektedir.[763]

Bu çalışmada asıl inceleme konumuz Sözleşme'nin 8. maddesinde düzenlenen "aile hayatına saygı hakkı"dır. Aile hayatına saygı hakkı, kişinin özel hayatı kapsamında düşünülmüş ve Sözleşme'nin 8. maddesinde "özel hayat", "konut" ve "haberleşme" hakkı ile birlikte düzenlenmiştir. "Aile hayatına saygı hakkı" ile yakından bağlantılı olan bu diğer haklar arasındaki ilişkiyi de kısaca açıklamak kanaatimizce faydalı olacaktır.

2. Aile Hayatına Saygı Hakkı ile Özel Hayata Saygı Hakkı Arasındaki İlişki

Bu iki hak arasında oldukça yakın bir ilişki vardır. Bu nedenle gerek AİHS'de gerekse de Anayasamızda "aile hayatına saygı hakkı" ile "özel hayata saygı hakkı" aynı maddede düzenlenmiştir. AİHS'nin "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" başlıklı 8. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*." Anayasamızın "*Özel hayatın gizliliği*" başlıklı 20. maddesine göre ise; "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*"

---

[761] "… *Aile hayatına saygı hakkı, bir ailenin varlığını gerektirir ve sadece aile kurma arzusunu güvence altına almaz (bkz. 13 Haziran 1979 tarihli Marckx/Belçika kararı, seri A no. 31, s. 14-15, § 31, ve Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, 28 Mayıs 1985 tarihli karar, seri A no. 94, s. 32, § 62)…*" Bkz. Frette/Fransa, Başvuru No: 36515/97, 26.02.2002 (Nihai Karar Tarihi: 26.05.2002, § 32. Ayrıca bkz. "… *Mahkeme, başvuranın başvurusunu Sözleşme'nin 8. maddesiyle bağlantılı olarak ele alınan 14. maddesine dayandırdığını kaydederek, 8. madde hükümlerinin ne aile kurma hakkını ne de evlat edinme hakkını güvence altına almadığını yineler (bkz. Fretté, yukarıda anılan, § 32)... Aile hayatına saygı gösterilmesi hakkı, sadece aile kurma arzusunu güvence altına almaz; bir ailenin varlığını (bkz. Marckx/Belçika, 13 Haziran 1979 tarihli karar, Seri A no. 31, § 31) veya en azından, örneğin evlilik dışı doğan bir çocuk ile doğal babası arasındaki potansiyel ilişkiyi (bkz. Nylund/Finlandiya (dec.), no. 27110/95, AİHM 1999-VI) veya aile hayatı henüz tam olarak kurulmamış olsa bile gerçek bir evlilikten doğan ilişkiyi (bkz. Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, 28 Mayıs 1985 tarihli karar, Seri A no. 94, § 62) veya yasal ve gerçek bir evlat edinmeden doğan ilişkiyi (bkz. Pini ve Diğerleri/Romanya, no. 78028/01 ve 78030/01, § 148 , AİHM 2004-V) gerektirir…*"

[762] Abdulkadir Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı (AİHM'nin Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme)*, (Ankara: Liberte Yayınları, 2016), 45.

[763] Osman Doğru ve Atilla Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt)*, (Ankara: Pozitif Matbaa, 2013), 539.

Öğretide bu iki hak arasındaki ilişkinin niteliği konusunda fikir birliği bulunmamaktadır. Bazı yazarlar, "özel hayata saygı hakkının" "aile hayatına saygı hakkını" da kapsadığını ileri sürmektedir. Diğer bir ifadeyle "aile hayatına saygı hakkı"nın "özel hayata saygı hakkı"nın alt unsuru olduğunu iddia etmektedirler.[764] Bazı yazarlar ise tam aksine, "aile hayatına saygı hakkı"nın "özel hayata saygı hakkı"na nazaran üst kavram olduğunu iddia etmişlerdir.[765] Diğer bazı yazarlar ise "aile hayatına saygı hakkı" ile "özel hayata saygı hakkı"nın birbirinden farklı ve bağımsız haklar olduğunu, bu iki hak arasında herhangi bir altlık-üstlük ilişkisi bulunmadığını savunmuşlardır.[766]

Kanaatimizce de aile hayatı kavramı ile özel hayat kavramı birbirinden farklı ve bağımsız kavramlardır. Çünkü bir hakkın diğer bir hakkın alt unsuru olması için, alt unsur olarak görülen hakka ilişkin bütün konuların üst kavram olarak görülen hak kapsamında kalması gerekmektedir. Diğer bir ifadeyle, örneğin, "aile hayatına saygı hakkı"nın "özel hayata saygı hakkı"nın alt unsuru olabilmesi için "aile hayatına saygı hakkı" kapsamında kalan bütün konuların "özel hayata saygı hakkı"nın norm alanı içinde kalması gerekmektedir. Ancak bir sonraki başlıkta daha ayrıntılı bir şekilde açıklayacağımız üzere bazı konular veya hukuki çıkarlar sadece "aile hayatına saygı hakkı"nı, diğer bazı konular veya hukuki çıkarlar ise sadece "özel hayata saygı hakkı"nı ilgilendirmektedir. Örneğin; bir kişinin isminin veya fotoğrafının izinsiz bir şekilde başka kişiler tarafından kullanılması sadece "özel hayata saygı hakkı"yla ilgilidir. Bir babanın (yahut annenin) 18 yaşından küçük çocuğunun hukuki çıkarlarını korumak amacıyla dava açması, savcılığa şikâyet dilekçesi sunması veya çocuğu adına savunmada bulunması sadece "aile hayatına saygı hakkı"yla ilgilidir. Yine eşlerin birbirlerine veya çocuklarına karşı "tanıklıktan çekinmesi" sadece "aile hayatına saygı hakkı"yla ilgilidir. Bu örnekler çoğaltılabilir. Dolayısıyla aile hayatı kavramı ile özel hayat kavramı birbirinden farklı ve bağımsız kavramlardır. Nitekim gerek AİHS'de gerekse de Anayasamızda aynı maddede düzenlenmiş olsa da her iki kavram da vurgulanmıştır. Kanaatimizce kanun koyucu, bu

[764] Ramazan Keklik, *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2012), 22; Özlem Usta, "Aile Hayatına Saygı ve Aile Hayatının Korunması Hakkı Bağlamında Ele Alınan Birkaç Kurum Üzerine İnceleme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30/3 (2022): 1563.
[765] Zeki Hafızoğulları ve Muharrem Özen, *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*, (Ankara: US-A Yayıncılık, 2010), 248.
[766] Halil Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayınları, 2017), 478; Ersan Şen, *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*, (İstanbul: Kazancı Kitap, 1996), 224.

iki kavramdan birisinin diğerini tamamen kapsadığını düşünseydi, madde metninde her iki kavrama da ayrıca yer vermezdi. Nitekim Anayasamızın "*Özel hayatın gizliliği*" başlıklı 20. maddesinin gerekçesinde; "*Bu madde ile kişinin özel hayatı korunmaktadır. Kişinin özel hayatı ferdî, özel hayat ve ayrı bir kavram ve bir «bütün» teşkil eden aile hayatından oluştuğu için her ikisi birlikte ifade edilmiştir*." ifadelerine yer verilerek "aile hayatı" kavramının ayrı bir kavram olduğu vurgulanmıştır.

"Aile hayatına saygı hakkı" ile kıyaslandığında, "özel hayata saygı hakkı"nın norm alanı ve uygulama kapsamı daha geniştir. Nitekim gerek AİHM kararları gerekse de Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları analiz edildiğinde, özel hayata saygı hakkının ihlal edildiği yönündeki şikâyetlerin daha fazla ileri sürüldüğü ve oldukça fazla konuda ihlal kararları verildiği göze çarpmaktadır.[767]

Aile hayatına saygı hakkı ile özel hayata saygı hakkı arasındaki ilişkiyi daha yakından incelemeye geçmeden önce, "aile hayatı" ile "özel hayat" kavramlarından kısaca bahsetmek faydalı olacaktır.

Öncelikle belirtmek isteriz ki, aile hayatı kavramı çalışmanın ilerleyen kısımlarında ayrıntıları ile açıklanacaktır. Fakat yine de çok kısaca ifade etmek gerekirse; kişilerin aile olarak bir arada yaşadığı fertler ile gerçekleştirdiği ve paylaştığı faaliyetler "aile hayatı"nı oluşturmaktadır.[768] Örneğin; anne, baba ve çocuk arasındaki ilişkiler ve bu kişiler arasındaki sorunlar "aile hayatı" kapsamındadır. Sadece aileyi ilgilendiren konuların başkaları tarafından izlenmesi, öğrenilmesi veya bu konulara müdahale edilmesi AİHS'de güvence altına alınmıştır.[769] Ancak bu güvence mutlak nitelikte değildir. Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında sınırlama sebeplerine yer verilerek bu hakkın ilgili sebepler dahilinde sözleşmeci devletler tarafından sınırlandırılabileceği öngörülmüştür.

Özel hayat kavramını ise tüketici bir tanım ile tanımlamak mümkün değildir. Nitekim AİHM de hiçbir zaman özel hayatın ne olduğuna ilişkin açık ve kesin bir tanım yapmamıştır.[770] Mahkemeye göre bu kavram, eksiksiz bir tanım yapılamayan geniş bir

---

[767] Bkz. https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?Hak%5B%5D=17, (E.T. 20.09.2024); https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22applicability%22:[%2255%22]}, (E.T. 20.09.2024).
[768] Şen, *Özel Hayatın Gizliliği*, 224.
[769] Şen, *Özel Hayatın Gizliliği*, 224.
[770] Roagna, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, 12. Benzer şekilde Türk Anayasa Mahkemesi de "*Özel hayat kavramı eksiksiz bir tanımı bulunmayan geniş bir kavramdır.*" şeklindeki

kavramdır.[771] Sosyal ve teknolojik gelişmeler doğrultusunda kavramın anlamı ve kapsamı genişleyebilmektedir. Dolayısıyla bu hakkın kapsamına ilişkin eksiksiz bir liste oluşturmak mümkün görünmemektedir. Sadece günümüzde korunan hukuki çıkarlardan söz edilebilir.[772]

Özel hayat kavramı ilk olarak 19. yüzyılın sonlarında Anglo-Amerikan hukukunda ortaya çıkmıştır.[773] Özellikle siyasi ve magazinsel olarak popüler kişilerin özel yaşamlarına dair gizli kalması gereken mahrem bilgilerinin medya tarafından ortaya dökülmesi üzerine ABD hukuku "özel hayat" kavramını tartışmaya başlamıştır.[774] O dönemde Amerikalı hâkimler özel hayatı "*kişinin yalnız bırakılma hakkı*" (*the right to be let alone*) olarak ifade etmişlerdir.[775] Daha sonra ise çeşitli düzenlemelerle "özel hayata saygı hakkı" Anayasal güvence altına alınmıştır.[776]

Avrupa'da ise özel hayata saygı hakkı çok önemli bir hak olarak kabul edilmektedir. O kadar ki, özel hayat olmaksızın bireyin yaşamasının anlamsız olduğu, birey olmanın olmazsa olmaz bir unsuru olduğu ileri sürülmektedir.[777] Günümüzdeki teknolojik gelişmeler (internet, sosyal medya, güvenlik kameraları vs.) ile birlikte özel hayata saygı hakkının öneminin daha da arttığı, söz konusu teknolojik gelişmelerin özel hayata saygı hakkının ihlali bakımından büyük riskler barındırdığı söylenebilir. Çünkü kişisel bir verinin dijital ortama aktarılması durumunda, bu dijital veriler genellikle bir yerlerde depolanmakta ve bütünüyle silinememektedir.

---

ifadelerle "özel hayat" kavramının eksiksiz bir şekilde tanımlanamayacağını ifade etmektedir. Bkz. Eşref Köse [1. B.], B. No: 2017/38098, 03.06.2020, § 54.

[771] "… *Mahkeme, 'özel hayat' kavramının kapsamlı bir tanımını yapmanın mümkün veya gerekli olduğunu düşünmemektedir. Ancak, bu kavramı bireyin kendi kişisel hayatını istediği gibi yaşayabileceği bir 'iç çember' ile sınırlandırmak ve bu çemberin dışında kalan dış dünyayı tamamen dışlamak çok kısıtlayıcı olacaktır. Özel hayata saygı aynı zamanda diğer insanlarla ilişki kurma ve geliştirme hakkını da belli bir dereceye kadar içermelidir*…" Bkz. Niemietz/Almanya, Başvuru No: 13710/88, 16.12.1992, § 29. Aynı yönde bkz. Pretty/Birleşik Krallık, Başvuru No: 2346/02, 29.04.2002, § 61; Peck/Birleşik Krallık, Başvuru No: 44647/98, 28.01.2003 (Nihai Karar Tarihi: 28.04.2003), § 57.

[772] Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, 24.

[773] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 40.

[774] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 40.

[775] Samuel D.Warren ve Louis D. Brandeis, "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, 4/5 (1890): 195.

[776] Ayrıntılı bilgi için bkz. Priscilla M.Regan, *Legislating Privacy: Technology, Social Values, and Public Policy*, (London: The University of North Carolina Press, 1995), 6.

[777] Fried'e göre, ateş için oksijen ne anlam ifade ediyorsa, özel hayat da bireyin kendisini diğer kişiler arasında bir birey olarak görmesinde aynı anlamı ifade eder. Bkz. Charles Fried, "Privacy", *The Yale Law Journal*, 77/475 (1968): 477-478.

Esasında gerek özel hayata saygı hakkı gerekse de aile hayatına saygı hakkı ile korunmaya çalışılan temel değerlerden birisi mahremiyettir.[778] Tarihsel olarak bakıldığında, mahremiyet önce "aile hayatı" ile birlikte anılan bir kavram olmuştur. Ancak bireyselliğin öne çıkması ile birlikte bu kavram daha sonra genellikle özel hayat ile özdeşleşmiştir.[779] Bununla birlikte günümüzde özel hayata verilen anlam, kişinin mahremiyetine indirgenemeyecek çeşitlilik ve genişliktedir.[780] Diğer bir ifadeyle, özel hayat mahremiyetten daha geniş bir kavramdır.[781] Özel hayat, bireyin sosyal hayatını, yani dış dünya ile olan ilişkilerini de kapsamaktadır. Bu doğrultuda iş hayatı (mesleki faaliyetler)[782] ile ticari faaliyetler[783] de bu kavramın kapsamına girmektedir. Benzer şekilde Türk Anayasa Mahkemesi de kararlarında, özel hayat kavramının herkesin kişisel yaşamını istediği şekilde sürdürme ve dış dünyayı bu çemberden ayrı tutma kavramına indirgenemeyeceğini, ayrıca özel bir sosyal hayat sürdürmenin de bu kavram ile güvence altına alındığını açıkça vurgulamaktadır.[784] Dolayısıyla özel hayat, kişinin hem iç alanını hem de dış alanını güvenceye almaktadır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi her ne kadar özel hayatın tanımını günümüze kadar yapmamış hatta özel hayatın tanımlanamayacağını ve tanımlanmasına da gerek olmadığını belirtmiş olsa da içtihatlarında kavramın kapsamına giren hukuki değerleri saymak suretiyle özel hayata saygı hakkının norm alanına ışık tutmuştur. Mahkeme Pretty/Birleşik Krallık başvurusunda, özel hayatın; kişinin fiziksel ve psikolojik

---

[778] "Mahrem" kavramı Arapça haram (yasaklanmış) kökünden gelmektedir. Nitekim dilimizde de evlenilmesi yasak olan kişilere "mahrem"; evlenilmesinde sakınca bulunmayan kişilere ise "nâmahrem" denilmektedir.

[779] Lawrence M. Friedman, *Private Lives: Families, Individuals, and the Law*, (London: Harvard Universıty Press, 2004), 146-147.

[780] Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı,* 24.

[781] Roagna, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, 12.

[782] "*… Mahkeme'nin içtihadına göre, 'özel hayat' kavramının mesleki faaliyetleri dışarıda bırakacak şekilde anlaşılması için ilkesel bir neden bulunmamaktadır (bkz. Bigaeva / Yunanistan, no. 26713/05, § 23, 28 Mayıs 2009, ve Oleksandr Volkov / Ukrayna, no. 21722/11, §§ 165-67, AİHM 2013). Bir bireyin mesleki hayatına yönelik kısıtlamalar, başkalarıyla ilişkiler geliştirerek sosyal kimliğini inşa etme biçimi üzerinde etkileri olması halinde 8. madde kapsamına girebilir. Buna ek olarak, mesleki hayat genellikle özel hayatla iç içe geçmiştir, özellikle de özel hayata ilişkin faktörler, terimin tam anlamıyla, belirli bir meslek için yeterlilik kriteri olarak kabul ediliyorsa (bkz. Özpınar/Türkiye, no. 20999/04, §§ 43-48, 19 Ekim 2010). Dolayısıyla, mesleki hayat, kamusal bağlamda bile 'özel hayat' kapsamına girebilecek olan, bir kişi ile diğerleri arasındaki etkileşim alanının bir parçasıdır (bkz. Mółka/Polonya (dec.), no. 56550/00, ECHR 2006-IV)*." Bkz. Fernández Martínez/İspanya, Başvuru No: 56030/07, 12.06.2014, § 71.

[783] Bkz. Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy/Finlandiya, Başvuru No: 931/13, 27.06.2017, § 130.

[784] Serap Tortuk [1. B.], B. No: 2013/9660, 21.01.2015, § 31.

bütünlüğünü,[785] fiziksel ve sosyal kimliğinin unsurlarını (örneğin; cinsel kimliği, isim, cinsel yönelim ve cinsel yaşam gibi unsurları) kişisel gelişim hakkını, diğer insanlarla ve dış dünyayla ilişki kurma ve geliştirme hakkını, kişisel özerkliği ve kendi kaderini tayin etme hakkını kapsadığını ifade etmiştir.[786]

a. Aile Hayatı ile Özel Hayat Arasındaki Farklar

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, kanaatimizce "aile hayatı" kavramı ile "özel hayat" kavramı birbirinden farklı hukuki çıkarları ifade etmektedir. Bu nedenle yine kanaatimizce bu kavramlardan birisi diğerinin alt kavramı veya üst kavramı değildir.

Hukuki bir benzetme yapacak olursak; aileyi "adi ortaklık"a[787] benzetebiliriz. Çünkü eşler, aile hayatı ile birlikte birbirlerine karşı birey olmaktan çıkmakta, duygusal ve zihinsel olarak farklı iki bireyin oluşturduğu bir birlik meydana getirmektedirler.[788] Dolayısıyla, özel hayat kavramının süjesi birey iken; aile hayatı kavramının süjesi ailedir.[789] Aile hayatı alanı bütün aile bireylerine açıktır. Aile hayatına ilişkin eylemlerin ve faaliyetlerin diğer aile üyeleri tarafından öğrenilmesi ilgili kişinin rızasına bağlı değildir. Özel hayat alanı ise birey dışındaki herkese (aile de dahil) kapalıdır. Dolayısıyla bireyin özel hayatı ile ilgili bir faaliyetin veya bilginin aile üyeleri de dahil olmak üzere diğer kişiler tarafından öğrenilmesi veya bilinmesi ilgilinin rızasını gerektirir.[790]

Burada şu soru akla gelebilir: Aile üyelerinin birbirlerine karşı özel hayat alanı var mıdır? Kanaatimizce bu soruya verilecek cevap "evet"tir. Çünkü aile olmak, aile bireylerinin birbirlerine karşı "özel hayat alanına" sahip olamayacakları anlamına gelmez.[791] Nitekim Anayasa Mahkemesi, *B.Y.* başvurusunda; "… *Başvurucunun özel*

---

[785] Ayrıca bkz. "… *Mahkeme, özel hayat kavramının Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında bir kişinin fiziksel ve psikolojik bütünlüğünü kapsadığına hâlihazırda çeşitli bağlamlarda karar vermiştir* …" N.Ö./Türkiye, Başvuru No: 24733/15, 14.01.2025, § 45.

[786] Pretty/Birleşik Krallık, Başvuru No: 2346/02, 29.04.2002, § 61.

[787] 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu'nun 620. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Adi ortaklık sözleşmesi, iki ya da daha fazla kişinin emeklerini ve mallarını ortak bir amaca erişmek üzere birleştirmeyi üstlendikleri sözleşmedir.*" Ticari unvanı ve tüzel kişiliği bulunmayan adi ortaklıkta, ortaklar birlikte hareket etmek zorundadırlar ve malvarlıkları üzerinde ortakların elbirliği mülkiyeti vardır. Burada aileyi "adi ortaklık"a benzetirken, aslında kişinin birey olmaktan çıkıp aile üyeleri ile birlikte tüzel kişiliği olmayan birlik oluşturmasını ve aynı düşüncelerle birlikte hareket etmelerini vurgulamak istedik. Elbette ailede duygusal ve zihinsel faktörlerin; adi ortaklıkta ise maddi beklentilerin ön planda olduğu yadsınamaz bir gerçekliktir.

[788] Martha Albertson Fineman, "What Place for Family Privacy", *George Washington Law Review*, 67/5-6 (1999): 1213.

[789] Martha Albertson Fineman, "What Place for Family Privacy", 1213.

[790] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 46.

[791] Bkz. M.P./Portekiz, Başvuru No: 27516/14, 07.09.2021 (Nihai Karar Tarihi: 17.01.2022).

yaşamının gizli alanına dahil önemli bir unsur olan telefonuna yazılım programı yüklenerek ulaşılan kişisel verilerin elde ediliş şekline, kapsamına ve kişisel verilere ulaşma amacının meşru olup olmadığına yönelik olarak derece mahkemelerince bir değerlendirme yapılmamıştır. Ayrıca başvurucunun eşinin, başvurucunun telefonuna program yüklediğine, kişisel verilerine ulaştığına ve bunları kullandığına ilişkin açık ikrarının olduğu gözetildiğinde verilerin hukuka aykırı şekilde ele geçirilmesine ilişkin suç kastının bulunup bulunmadığının başvurucunun süreç içinde ileri sürdüğü tüm iddiaları karşılanarak ve gösterilen deliller araştırılarak ortaya konulması gerekirken, ele geçirme fiilinin unsuru olmadığı hâlde verilerin ifşa edilmediği gerekçesine dayanılmıştır. Derece mahkemelerinin eşlerin birbirlerine karşı özel hayat alanlarının bulunmadığı sonucunu doğuracak mahiyetteki yaklaşımının anayasal güvencelere aykırı olduğu açıktır. Bu hususlar dikkate alındığında derece mahkemelerince açıklanan gerekçelerin başvurucunun kişisel verilerinin korunması hakkının güvencelerini gözetecek şekilde ilgili ve yeterli olduğunun söylenmesi mümkün görünmemektedir…"[792] şeklinde değerlendirmelerde bulunarak, eşlerin birbirlerine karşı "özel hayat" alanına ve hakkına sahip olduklarını açıkça ifade etmiştir. Yine benzer şekilde ABD Federal Yüksek Mahkemesi "*Griswold v. Connecticut*" davasında, ister evli olsun ister bekar olsun bütün bireylerin kendine özgü özel hayat alanı bulunduğunu ve bu alanın devletin müdahalesinden korunması gerektiğini ifade etmiştir.[793]

Herhangi bir konu, eylem veya işlem, bir eşin özel hayatıyla, diğer eşin ise aile hayatıyla ilgili olabilir. Nitekim bu konuda ilginç bir örnek AİHM'nin önüne gelmiştir. *Suküt/Türkiye*[794] başvurusuna konu olan olayda, 1972 doğumlu olan başvurucu Osman Suküt, 1990 yılından itibaren orduda tankçı üstçavuş olarak görev yapmıştır. Başvurucu, ordudaki hiyerarşik üstleri tarafından 1997 ve 1998 yıllarında toplam beş kez uyarılmıştır. Başvurucunun iddiasına göre, başvurucunun eşinin başörtülü olması bu uyarıların temel sebebidir. Söz konusu uyarılardan sonra Yüksek Askerî Şûra (YAŞ), 2 Ağustos 1999 tarihinde, disiplinsizlik nedeniyle başvurucunun erken emekliliğine karar vermiştir. İlgili

[792] Bkz. B.Y. [1. B.], B. No: 2018/30296, 07.09.2021, § 44.
[793] Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479 (1965). Kararın tam metni için. Bkz. https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep381/usrep381479/usrep381479.pdf, (E.T. 20.02.2025); Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 49.
[794] Suküt/Türkiye, Başvuru No: 59773/00, 11.09.2007, Kabul Edilebilirlik Kararı.

tarihteki Anayasa hükmü uyarınca YAŞ kararlarına karşı yargı yolu kapalı olduğu için başvurucu söz konusu işleme karşı doğrudan AİHM'ye başvurmuştur.

Başvurucu diğer bazı haklarının yanı sıra AİHS'nin 8. maddesinde yer alan özel hayat ile aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.[795] Nitekim AİHM'nin karar gerekçesinden anlaşıldığı kadarıyla, YAŞ kararı öncesinde başvurucunun dosyası yüksek rütbeli dokuz askerden oluşan bir komisyona gönderilmiştir. Komisyonun başvurucu ile ilgili raporundaki şu ifadeler kanaatimizce dikkat çekicidir:

"*A. Başvuranın tutum ve davranışlarına ilişkin:*

A.a. Başvuran, devrim yanlısı îslami görüşleri benimsemektedir…

B. Başvuranın kişiliğine ilişkin:

B.a Başvuran, ahlak dışı olduğu gerekçesiyle sosyal faaliyetleri benimsememiş ve meslektaşları ile hiçbir ilişki kurmamıştır.

B.b. Eşinin pencereden dışarıya bakmasını ve evden çıkmasını yasaklamış, yasağına uymadığı zamanlarda eşini dövmüştür…

C. Diğer tespitler:...

C.b. İrticai düşünce yapısındadır…

C.d. Tutum ve davranışları ile yasadışı irticai ve ideolojik görüşleri benimsemesi nedeniyle Silahlı Kuvvetlerde kalması uygun değildir."

Başvurucunun iddiasının ispatlanması halinde, yani eşinin başörtülü olması nedeniyle erken emekliliğe sevk edildiğinin ortaya konulması durumunda, AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edildiği hususu kanaatimizce bariz olacaktı. Çünkü başvurucu bu durumda, işine devam edebilmesi için ya eşinden boşanmak durumunda kalacak ya da eşi başını açmak zorunda kalacaktı. Birinci ihtimal (boşanma) başvurucunun aile hayatına saygı hakkını, ikinci ihtimal (eşinin başörtüsünü çıkarması) ise başvurucunun eşinin özel hayatına saygı hakkını ihlal edecekti. Ancak, AİHM başvurucunun iddiasını ispatlayamadığı kanaatine varmıştır. Mahkeme; "… *Yüksek Askerî Şûra kararının ne başvuranın özel ve aile yaşamına ilişkin tutumlarına ne de eşinin giyimine dayalı*

[795] Suküt/Türkiye, Başvuru No: 59773/00, 11.09.2007, Kabul Edilebilirlik Kararı.

olduğuna fakat alınan kararın, başvuranın davranış ve hareketlerinin askeri disiplin ve laiklik ilkesine aykırılığına dayandığına…" dikkat çekmiştir.[796] Bu nedenle AİHS'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğine karar vermiştir.

Özel hayata saygı hakkı zaman zaman aile hayatına saygı hakkı ile çatışabilir. Günümüzde, özel hayata saygı hakkı alanındaki hoşgörü ve genişlemenin aile hayatına saygı hakkını zayıflattığı ileri sürülmektedir.[797] Dolayısıyla bazen özel hayata saygı hakkı ile aile hayatına saygı hakkı karşı karşıya gelebilmektedir. Örneğin; bir çiftin başka bir kadın ile "taşıyıcı annelik sözleşmesi"[798] imzaladıklarını düşünelim. Taşıyıcı annenin kürtaj yaptırmaya karar vermesi durumunda, taşıyıcı anne bakımından özel hayata saygı hakkı; bebeğin genetik ailesi bakımından ise aile hayatına saygı hakkı gündeme gelecektir.

Yine bir kişinin cinsel tercihi veya evinde müstehcen yayınlar izlemesi onun özel hayatı ile ilgilidir. Ancak bu kişi evli bir kişi ise bu kişinin bu eylemleri eşi tarafından güven sarsıcı olarak bulunabilir ve boşanma davasına konu edilebilir. Görüleceği üzere bir eylem bir eş için özel hayat kapsamında kalırken diğer eş için aile hayatı kapsamında kalabilmektedir. Kanaatimizce bu örnekte, bir eşin eylemleri diğer eşin aile hayatını olumsuz yönde etkilediği için özel hayata saygı hakkının korunması gerektiği ileri sürülemez.[799]

Yine başka bir örnek olarak, evli olmayan fakat hamile olan bir kadın yasal sürelere uygun olduğu müddetçe özel hayatına saygı hakkı kapsamında kendi iradesiyle hamileliği sona erdirebilir. Fakat hamile kadın evli ise yasal sürelere uygun olsa bile

---

[796] Suküt/Türkiye, Başvuru No: 59773/00, 11.09.2007, Kabul Edilebilirlik Kararı.
[797] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 48.
[798] Taşıyıcı anneliği kısaca ifade etmek gerekirse, eşlerden alınan yumurta ve sperm ile döllenen embriyo başka bir kadının rahmine yerleştirilir ve çocuğun doğumu beklenir. Sonrasında bebek genetik ailesine teslim edilir. Detaylı bilgi için bkz. Hazal Ungan Çalışkan, "Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22/1 (2016): ss. 489-509.
[799] Nitekim benzer olaya ilişkin bir davada Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 15.06.2015 tarih, 2014/23692 Esas ve 2015/12591 Karar sayılı kararında şu değerlendirmeleri yapmıştır: "*… davalının internet ortamında farklı cinsel içerikli sitelere üye olup, bu sitelerde vakit harcayarak mesajlaşmak suretiyle güven sarsıcı davranışlarda bulunduğu anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya (TMK md. 166/1) karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır…*" Bkz. https://kararara ma.yargitay.gov.tr/index, (E.T. 10.01.2026).

kocasının rızası olmadan hamileliği sona erdiremeyebilir. Çünkü burada hamile kadının kocası yönünden aile hayatına saygı hakkı gündeme gelir.[800]

b. Aile Hayatı ile Özel Hayatın Bütünlük Arz Etmesi

Bir üst başlıkta izah etmeye çalıştığımız üzere, aile hayatı ile özel hayat birbirinden farklı kavramlardır. Ancak bu kavramlar arasında oldukça yakın bir ilişki vardır. Yine bir benzetme yapacak olursak bu iki kavramı bir yapbozun birbirini tamamlayan iki parçasına benzetebiliriz. Kanaatimizce bu kavramlar birbirini bütünleyen kavramlardır. Nitekim Anayasamızın "*Özel hayatın gizliliği*" başlıklı 20. maddesinin gerekçesinde; "*Bu madde ile kişinin özel hayatı korunmaktadır. Kişinin özel hayatı ferdî, özel hayat ve ayrı bir kavram ve bir «bütün» teşkil eden aile hayatından oluştuğu için her ikisi birlikte ifade edilmiştir.*"[801] şeklindeki ifadelere yer verilerek bu husus vurgulanmıştır.

Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi'nin özel hayata saygı hakkı kapsamındaki ilk kararları incelendiğinde; bu kararların genellikle aile ilişkileriyle ilgili olduğu görülmektedir.[802] Bu kapsamda, bu kararların genellikle karı-koca ve ebeveyn-çocuk ilişkilerinden kaynaklandığı gözlemlenmektedir.[803]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin de özel hayat kavramını çok yönlü bir şekilde kullandığı, aile hayatına saygı hakkı kapsamına girmeyen birçok önemli durumu

[800] Yargıtay 2.Hukuk Dairesi 13.10.2014 tarih, 2014/7476 Esas ve 2014/19377 Karar sayılı kararında; "… *Yapılan soruşturma ve toplanan delillerden davalı kadının evlilik birliğinin kendisine yüklediği yükümlülükleri yerine getirmekten kaçındığı, çocuğunu eşinin onayı ve haberi olmadan, tıbbi bir zorunluluk bulunmadığı halde aldırdığı ve eşini, çocuklarını öldürmekle tehdit ettiği anlaşılmaktadır. Bu halde taraflar arasında ortak hayatı temelinden sarsacak derecede ve birliğin devamına imkân vermeyecek nitelikte bir geçimsizlik mevcut ve sabittir. Olayların akışı karşısında davacı dava açmakta haklıdır. Bu şartlar altında eşleri birlikte yaşamaya zorlamanın artık kanunen mümkün görülmemesine göre, boşanmaya (TMK.md. 166/1)karar verilecek yerde, yetersiz gerekçe ile davanın reddi doğru bulunmamıştır*…" şeklindeki değerlendirmelerle, kadının, hamile olduğu çocuğu eşinin onayı ve haberi olmaksızın aldırmasını boşanma sebebi ve kusur olarak kabul etmiştir. Bkz. https://kararara ma.yargitay.gov.tr/index, (E.T. 10.01.2026).

[801] https://anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf, (E.T. 15.02.2024).

[802] Laura W. Morgan ve Lewis B. Reich, "The Individual's Right of Privacy in a Marriage", *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 23 (2010): 111-112.

[803] Şu hususu da belirtmek isteriz ki, Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi kararlarında; ailenin "kutsallığı" vurgulanmakta ve tarihsel geçmişinin okul, siyasi parti vb. gibi birçok kurumdan daha eski olduğu ifade edilmektedir. Bu yönüyle, aile hayatına saygı hakkının Anayasa'dan ve Haklar Bildirgesi'nden daha önce var olduğu kabul edilmektedir. Laura W. Morgan ve Lewis B. Reich, "The Individual's Right of Privacy in a Marriage", 111-112.

özel hayata saygı hakkı kapsamında değerlendirdiği ve bu sebeple özel hayata saygı hakkını "torba hüküm" olarak gördüğü söylenebilir.[804]

3. Aile Hayatına Saygı Hakkı ile Konuta Saygı Hakkı Arasındaki İlişki

Konut kavramı da aile hayatı kavramı gibi "özerk" bir kavramdır.[805] AİHM'ye göre, yaşanılan bir yerin Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında "konut" teşkil edip etmediği hususu olgusal koşullara, bilhassa ilgili yer ile yeterli ve sürekli bağların varlığına bağlıdır.[806]

Aslında "konut" kavramı için, Sözleşme'nin 8. maddesinin İngilizce metninde "*home* (ev, konut)"; Fransızca metninde ise "*domicile* (ikametgâh)" kavramı kullanılmaktadır. Mahkeme bu kavramlardan "*domicile*" kavramının daha geniş bir çağrışıma ve uygulama alanına sahip olduğunu belirterek "konut" kavramını geniş bir şekilde yorumlamaktadır.[807] Örneğin; Akhlyustin/Rusya başvurusunda hükümet, kamu görevlisi olan başvurucunun çalışma ofisinin "konut" olarak kabul edilemeyeceğini iddia etmiştir. Ancak Mahkeme, "konut" kavramının bireyin sadece evini kapsamadığını, 8. maddenin Fransızca metninde kullanılan "*domicile*" teriminin İngilizce metninde kullanılan "*home*" teriminden daha geniş bir anlam ifade ettiğini ve bu kavramın bireyin çalışma ofisine kadar uzanabileceğini, dolayısıyla başvurucunun iş yerinde uygulanan

---

[804] Roagna, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, 13.

[805] "*… Sözleşme'nin 8. maddesindeki 'özel hayat', 'aile hayatı' ve 'konut' kavramları, 1 No.lu Protokol'ün 1. maddesindeki 'mülkiyet' kavramı gibi özerk kavramlardır. Bu kavramların anlamı ulusal hukuktaki nitelendirmeye bağlı olmaksızın tespit edilir…*" Bkz. Chiragov ve Diğerleri/Ermenistan, Başvuru No: 13216/05, 16.06.2015, § 206.

[806] Avrupa Konseyi / Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi: Özel hayata ve aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı*, (Avrupa Konseyi Ortak Projesi, 2019), 82.

[807] "*… Mahkeme, 8. maddenin İngilizce metninde geçen 'home' kelimesine ilişkin olarak, başta Almanya olmak üzere bazı Sözleşmeci Devletlerde (bkz. yukarıdaki 18. paragraf) bu kelimenin iş yerlerini de kapsadığının kabul edildiğini gözlemlemektedir. Böyle bir yorum, ayrıca, Fransızca metinle de tamamen uyumludur, çünkü 'domicile'* (ikametgâh) *kelimesi 'home'* (ev) *kelimesinden daha geniş bir anlama sahiptir. Örneğin; 'domicile' kavramı, kişinin mesleki faaliyetlerini icra ettiği çalışma mekânlarını da kapsayabilir.*

Bu bağlamda, kesin ayrımlar yapmak her zaman mümkün olmayabilir; zira bir meslek veya işle ilgili faaliyetler pekâlâ bir kişinin özel konutundan yürütülebileceği gibi, bu türden (mesleki) nitelikte olmayan faaliyetler de bir ofiste veya ticari binada icra edilebilir. Dolayısıyla 'home' (ev) ve 'domicile' (ikametgâh) kavramlarının dar bir biçimde yorumlanması, 'özel hayat' kavramının dar yorumlanmasında olduğu gibi, muamele eşitsizliği riskine yol açabilir…" Bkz. Niemietz/Almanya, Başvuru No: 13710/88, 16.12.1992, § 30.

"iletişimin denetlenmesi tedbirinin" "konuta saygı hakkı" kapsamında değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmiştir.[808]

Konut; aile birliğinin sağlandığı, mahrem olayların yaşandığı ve aile üyelerinin iyi veya kötü bir şekilde zamanını geçirdiği alandır. Esasında "aile hayatına saygı hakkı" ile korunan değerlerin önemli bir kısmı "konutta" gerçekleşen faaliyetlere ilişkindir.[809] Nitekim "konut" kavramının "aile hayatına" bakan bu yönü nedeniyle hukukumuzda "aile konutu" özel düzenlemeye[810] ve özel korumaya tabi tutulmuştur.[811] AİHM de bir kararında konut kavramını, "*özel hayatın ve aile hayatının geliştiği yer*" şeklinde tanımlamıştır.[812]

"Konut" kavramı, fiziksel alanı belirlenmiş veya sınırlanmış yerleri ifade etmek için kullanılmaktadır. Ancak AİHM'nin kararları incelendiğinde, "konut" kavramının sadece "mesken"den ibaret sayılmadığı görülmektedir.[813] Kişilerin özel hayatlarını ve aile hayatlarını sürdürdüğü yaşam alanları olan konutlar, fiziksel alan dışında başka anlamları da barındırmaktadır. Kişiler konut içerisinde sakin, huzurlu ve mutlu bir şekilde, gizlilik ve güven içerisinde yaşamlarını sürdürme hakkına sahiptirler. Dolayısıyla konuta saygı hakkı, özel hayata ve aile hayatına saygı hakkı ile yakından ilişkilidir ve bu haklarla bütünlük arz etmektedir.[814] Bu nedenle, konut içerisinde gerçekleşmemiş olsa bile, konuta ve ailenin veya bireyin huzuruna etki edebilecek müdahaleler Sözleşme'nin 8. maddesi

---

[808] Bkz. Akhlyustin/Rusya, Başvuru No: 21200/05, 07/11/2017 (Nihai Karar Tarihi: 05.03.2018), § 37.
[809] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 84.
[810] 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "*Aile konutu*" başlıklı 194. maddesine göre; "*Eşlerden biri, diğer eşin açık rızası bulunmadıkça, aile konutu ile ilgili kira sözleşmesini feshedemez, aile konutunu devredemez veya aile konutu üzerindeki hakları sınırlayamaz.*
Rızayı sağlayamayan veya haklı bir sebep olmadan kendisine rıza verilmeyen eş, hâkimin müdahalesini isteyebilir.
Aile konutu olarak özgülenen taşınmaz malın maliki olmayan eş, tapu kütüğüne konutla ilgili gerekli şerhin verilmesini tapu müdürlüğünden isteyebilir.
Aile konutu eşlerden biri tarafından kira ile sağlanmışsa, sözleşmenin tarafı olmayan eş, kiralayana yapacağı bildirimle sözleşmenin tarafı hâline gelir ve bildirimde bulunan eş diğeri ile müteselsilen sorumlu olur."
[811] "*… sanığın suç tarihinde aile konutunun anahtarını değiştirerek eşini eve almama biçimindeki gerçekleşen ve merhamet ve şefkatle bağdaşmaz nitelikteki eyleminin, TCY'nin 232/1. maddesinde öngörülen aile bireylerine kötü davranma suçunu oluşturacağı gözetilmeden ve eşlerin müşterek konuttan yararlanmasını farklı şekilde düzenleyici nitelikte karar verildiğine ilişkin bir kanıt da gösterilmeden, yetersiz gerekçe ile beraat hükmü kurulması…*" Bkz. Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 18.03.2009 tarih, 2007/213 Esas ve 2009/5127 Karar sayılı kararı.
[812] Bkz. Moreno Gómez/İspanya, Başvuru No: 4143/02, 16.11.2004 (Nihai Karar Tarihi: 16.02.2005), § 53.
[813] Burak Tekin, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2021), 74.
[814] Tekin, "Aile Hayatına Saygı", 74.

kapsamında değerlendirilmektedir. Örneğin; konut çevresinde gerçekleşen çevresel kirlilik, koku ve gürültü gibi ailenin veya bireyin konut içindeki yaşamını olumsuz yönde etkileyebilecek durumlar konuta saygı hakkıyla ilişkilendirilmektedir.[815] Bu kapsamda, Taşkın ve Diğerleri/Türkiye başvurusunda Bergama'da yaşayan bazı yöre sakinleri, ulusal makamların siyanürle altın madeni işletmeciliğine izin vermesi yönündeki kararından şikayetçi olmuşlar ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasında bulunmuşlardır.[816] Mahkeme yapmış olduğu değerlendirme sonucunda; maruz kalınması muhtemel çevre kirliliğinin başvurucuların sağlıklarını ciddi şekilde tehlikeye atmasına gerek olmadığını; ilgililerin refahını ve özel ve aile hayatlarını etkileyecek şekilde konutlarından yararlanmalarını engelleyebilecek ağır çevre ihlallerinin madde uygulaması bakımından yeterli olduğunu, dolayısıyla somut olayda Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini belirtmiştir.[817]

Son olarak şu hususu da belirtmek isteriz ki, mülkiyet, bir yerin AİHS'nin 8. maddesi anlamında konut olarak değerlendirilmesi için gerekli ve yeterli bir unsur değildir.[818] Kiralık bir evde yaşayan ve kira sözleşmesi kendi adına olmayan kişi de konutuna saygı gösterilmesi hakkına sahiptir. Ayrıca AİHM'ye göre, "konutun" hukuka uygun bir şekilde tesis edilmiş olmasına da gerek yoktur. Hukuka aykırı bir şekilde oluşturulan "konutlar" da AİHS'nin 8. maddesinin korumasından faydalanmaktadır. Örneğin *Prokopovich/Rusya* başvurusunda Mahkeme bu hususa ilişkin olarak; "… *Mahkeme, Sözleşme organlarının içtihadına göre, 8. madde anlamında 'konut' kavramının, yasal olarak işgal edilmiş veya yasal olarak kurulmuş yapılarla sınırlı olmadığını hatırlatır. 'Konut', iç hukuktaki sınıflandırmaya bağlı olmayan özerk bir kavramdır. Belirli bir yerleşim yerinin 8 § 1 maddesinin korumasından yararlanan bir*

[815] "… *Sözleşme'nin 8. maddesi; bireyin özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesini isteme hakkını korumaktadır. Konut; genellikle özel ve aile hayatının geliştiği yer, yani fiziksel olarak tanımlanmış alandır. Birey, konutuna saygı gösterilmesi hakkına sahiptir; bu ise sadece fiili fiziksel alan üzerindeki hakkı değil, aynı zamanda o alanın huzur ve sükûnundan yararlanma hakkını da ifade eder. Konuta saygı hakkının ihlalleri; bir kimsenin konutuna izinsiz girilmesi gibi somut veya fiziksel ihlallerle sınırlı değildir; aynı zamanda, gürültü, emisyon (yayılım), koku veya diğer müdahale biçimleri gibi somut veya fiziksel olmayan ihlalleri de kapsamaktadır. Ciddi bir müdahale, şayet kişinin konutunun imkânlarından (konforundan) yararlanmasını engelliyorsa, o kişinin konutuna saygı hakkının ihlali sonucunu doğurabilir …*" Bkz. Giacomelli/İtalya, Başvuru No: 59909/00, 02.11.2006 (Nihai Karar Tarihi: 26.03.2007), § 76. Aynı yönde bkz. Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 36022/97, 08.07.2003, § 96.

[816] Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 46117/99, 10.11.2004, § 104-106.

[817] Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 46117/99, 10.11.2004, § 113-114.

[818] Roagna, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, 31.

'konut' teşkil edip etmediği, olgusal koşullara, yani belirli bir yerle yeterli ve sürekli bağların varlığına bağlı olacaktır..."[819] şeklindeki ifadelere yer vermiştir. Mahkeme, başvurucunun kiracı olarak ulusal hukukta oturma hakkı sona ermiş olsa dahi sosyal konutlarda oturmaya devam etmesini AİHS'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirmiştir.[820]

4. Aile Hayatına Saygı Hakkı ile Haberleşme Hürriyetine Saygı Hakkı Arasındaki İlişki

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde aile hayatına saygı hakkı ile birlikte düzenlenen son hak haberleşme hürriyetine saygı hakkıdır. Haberleşme hürriyetine saygı hakkı, kişilerin haberleşmelerinin gizliliğini korumayı amaçlar. Bu nedenle bu hak, aile hayatına saygı hakkı ve özel hayata saygı hakkı ile ilişkilendirilmektedir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, aile üyeleri arasındaki haberleşmelerin Sözleşme'nin 8. maddesindeki "aile hayatı" ve "haberleşme" kavramlarına dahil olduğunu ifade etmiştir.[821] Mahkeme, tutukluların/hükümlülerin akrabaları veya aileleri ile görüşmelerinin yasaklanmasını Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulmaktadır.[822]

Ancak, haberleşme hürriyeti her ne kadar Sözleşme'nin 8. maddesinde aile hayatına saygı hakkı ile birlikte düzenlenmişse de kanaatimizce bu hakkın "aile hayatı"na bakan "özel" bir yönü yoktur. Bu hak daha çok "özel hayatın gizliliği" ile ilgilidir. Zira bu hak ile bireyin, başkalarının bilmesini istemediği özel hayatına ilişkin bilgiler korunmaktadır. Ayrıca AİHM'nin A./Fransa[823] başvurusundan itibaren bu hakkı bağımsız bir hak olarak ele aldığı, özel hayata ve aile hayatına müdahale olmaksızın bu hakkın ihlal edilebileceğini belirttiği ileri sürülmektedir.[824]

---

[819] Bkz. Prokopovich/Rusya, Başvuru No: 58255/00, 18.11.2004 (Nihai Karar Tarihi: 18.02.2005), § 36. Aynı yönde bkz. Buckley/Birleşik Krallık, Başvuru No: 20348/92, 26.09.1996, § 52-54.
[820] McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 18984/91, 27.09.1995, § 46.
[821] "*… aile üyeleri arasındaki telefon görüşmeleri, 8. madde anlamında 'aile hayatı' ve 'haberleşme' kavramları kapsamındadır.*" Bkz. Margareta ve Roger Andersson/İsveç, Başvuru No: 12963/87, 25.02.1992, § 72.
[822] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 187.
[823] A./Fransa, Başvuru No: 14838/89, 23.11.1993.
[824] Meriç Karagözler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Aile Hayatına Saygı Hakkı" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013), 127.

"Haberleşme" kavramına ilişkin olarak Sözleşme'nin resmi metinlerinde "*correspondence/correspondance*" terimleri kullanılmaktadır. Bu terimler anlam itibariyle esasında mektup yoluyla yapılan yazışmaları ifade etmektedir. Ancak AİHM, teknolojik gelişmeleri de göz önünde bulundurarak bu kavramı oldukça geniş bir şekilde yorumlamakta ve her türlü yazılı ve sözlü gönderiyi 8. madde kapsamında değerlendirmektedir. Örneğin; posta, telefon, telgraf, faks ve e-posta gibi iletişim araçları Sözleşme'nin 8. maddesinin korumasından yararlanmaktadır.[825] Burada önemli olan husus haberleşmenin kapalı-kanal bir iletişim aracılığıyla gerçekleşmesidir. Bu kapsamda, kamuya açık şekilde gerçekleştirilen iletişimler (örneğin; özel radyo) Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında korunmamaktadır.[826] Yine yüz yüze yapılan görüşmeler ve ses kayıt cihazıyla yapılan kayıtlar "haberleşme hürriyetine saygı hakkı" kapsamında değerlendirilmemektedir.[827]

Haberleşme hürriyetine saygı hakkında; kişinin sansür edilmeksizin, kesintiye uğramaksızın, denetlenmeksizin ve izlenmeksizin başkalarıyla iletişim kurma hakkı güvence altına alınmaktadır. Bu doğrultuda iletinin, göndericiden muhatabına ulaşma anına kadar olan süreç "haberleşme hürriyetine saygı hakkı" kapsamında;[828] muhataba ulaştıktan sonraki süreç ise "özel hayata saygı hakkı" kapsamında değerlendirilmektedir.[829]

Son olarak belirtmek isteriz ki, haberleşme hürriyetine saygı hakkında koruma altına alınan değer haberleşmenin yol ve yöntemidir. Haberleşmenin konusu "müdahale" bakımından önemli değildir. Diğer bir ifadeyle, iletinin içeriği suç olarak değerlendirilse dahi Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasındaki sınırlandırma sebepleri olmaksızın o haberleşmeye müdahale edilemez.[830]

---

[825] Roagna, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, 32.
[826] N.F./İtalya, Başvuru No: 37119/97, 02.08.2001 (Nihai Karar Tarihi: 12.12.2001), § 39.
[827] Tekin, "Aile Hayatına Saygı", 78.
[828] Bir kişinin haberleşmesine engel olmak, yani haberleşme sürecini başlatmadan dahi müdahalede bulunmak yine "haberleşme hürriyeti"nin ihlali anlamına gelir. Nitekim AİHM Golder/Birleşik Krallık başvurusunda bu hususu şu şekilde açıklamıştır: "… *Bir kişinin yazışmaya başlamasını engellemek, 'haberleşmeye saygı gösterilmesi hakkı'nın kullanılmasına en geniş kapsamlı 'müdahale' biçimini oluşturur. Bu müdahalenin 8. maddenin kapsamı dışında kalması düşünülemez, nitekim sadece gözetim dahi tartışmasız bir şekilde 8. maddenin kapsamına girer…*" Bkz. Golder/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975, § 43.
[829] Tekin, "Aile Hayatına Saygı", 78.
[830] A./Fransa, Başvuru No: 14838/89, 23.11.1993, § 35-37.

B. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Özerk "Aile Hayatı" Yorumu

"Aile hayatı" kavramı Sözleşme'nin 8. maddesinde tanımlanmamıştır. Sadece herkesin "*aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu*" ifade edilmiştir. Benzer şekilde AİHM'nin içtihatlarında da "aile hayatı" kavramının tanımının yapılmadığı gözlemlenmektedir.[831] Jacobsen, Mahkeme'nin bu yaklaşımının bilinçli bir tercih olduğunu, böylece belirli bir aile veya aile hayatı modelini desteklemekten Mahkeme'nin başarılı bir şekilde kaçındığını ileri sürmektedir.[832]

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, AİHM'ye göre "aile hayatı" kavramı özerk bir kavramdır.[833] Mahkeme bu kavramı, sözleşmeye taraf devletlerin ulusal hukuklarında hangi tür ilişkileri "aile hayatı" kapsamında değerlendirdiklerinden bağımsız bir şekilde yorumlamaktadır. Mahkeme; sosyal, biyolojik, hukuksal ve duygusal bağları dikkate alarak bir değerlendirme yapmakta, aile hayatının varlığını tespit noktasında genellikle "fiiliyattaki yakın kişisel bağların varlığı" ölçütünden hareket etmektedir.[834] Dolayısıyla ulusal hukuka uygun bir şekilde kurulmayan ilişkiler dahi "aile hayatı" kapsamında değerlendirilebilmektedir.

Yukarıda belirtildiği üzere, Sözleşme'nin 8. maddesi, kural olarak, aile kurma hakkını değil var olduğu kabul edilen bir "aile hayatı"nın korunmasını güvence altına almaktadır. Aile kurma hakkı ise Sözleşme'nin "*Evlenme Hakkı*" başlıklı 12. maddesinin konusudur.[835] Dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesi "aile hayatına saygı hakkı"nı güvence altına alırken, bir ailenin mevcut olduğunu varsayar.[836] Eğer başvuruya konu olayda bir "aile" bulunmuyorsa, kural olarak Sözleşme'nin 8. maddesi uygulanabilir nitelikte olmayacaktır. Bu nedenle öncelikle Mahkeme'nin içtihatları doğrultusunda hangi durumlarda aile hayatının var kabul edileceğinin belirlenmesi gerekmektedir.

---

[831] Anette Faye Jacobsen, *Human Rights Monitoring: A Field Mission Manual*, (Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008), 379. Kanaatimizce de "aile hayatı" kavramını tanımlamak oldukça zordur. Çünkü bu kavramın tanımında; akrabalık, sevgi, bağımlılık, değerler, ahlak, din, gelenekler ve kültür gibi çok sayıda bileşen rol oynamaktadır. Dünyanın her yerinde "aileler" var olmakla birlikte, bu ailelerin oluşumunda ve yapısında farklılıklar bulunmaktadır. Bu nedenle AİHM'nin bütün devletler için geçerli bir aile hayatı tanımı yapması kolay değildir.

[832] Jacobsen, *Human Rights Monitoring*, 379.

[833] Bkz. Chiragov ve Diğerleri/Ermenistan, Başvuru No: 13216/05, 16.06.2015, § 206.

[834] Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, 97.

[835] Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 7.

[836] Marckx/Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979, § 31.

1. Önkoşul: Ailenin Varlığı

Aile hayatına saygı hakkı, aile kurmaya yönelik salt arzuları korumaz. Kural olarak, halihazırda mevcut olan bir aile hayatını güvence altına almaktadır. Mahkeme bu hususu birçok kararında vurgulamıştır. Örneğin; E.B./Fransa başvurusunda; "… *Mahkeme… 8. madde hükümlerinin ne aile kurma hakkını ne de evlat edinme hakkını güvence altına aldığını yineler. Taraflardan hiçbiri buna itiraz etmemektedir. 'Aile hayatına' saygı gösterilmesi hakkı, sadece aile kurma arzusunu güvence altına almaz; bir ailenin varlığını gerektirir...*"[837] şeklindeki değerlendirmeleri ile 8. maddenin uygulanabilirlik koşulunun mevcut olan bir aileyi gerektirdiğini açıkça belirtmiştir.

Ancak bu önkoşulun istisnaları bulunmaktadır. AİHM "*potansiyel aile*"yi de Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirebilmektedir.[838] "*Potansiyel aile*" ile henüz aile hayatı kurulmamış olmakla birlikte, aile hayatı kurulma potansiyeli taşıyan ilişkiler kastedilmektedir. Potansiyel ailenin söz konusu olabilmesi için geleceğe yönelik kurgulanmış bir aile birlikteliği olmalıdır. Bu kapsamda örneğin; baba ile evlilik dışında doğan çocuk arasında[839] ve nişanlılar arasında[840] belirli koşulların gerçekleşmesi halinde "aile hayatı"nın var olduğu kabul edilmektedir.

Mahkeme'ye göre, baba ile evlilik dışında doğan çocuk arasındaki ilişkide, biyolojik bağın varlığı, tek başına, aile hayatına saygı hakkının güvencelerinden faydalanabilmek için yeterli değildir.[841] Biyolojik baba ile çocuk arasında yakın bir kişisel

---

[837] E.B./Fransa, Başvuru No: 43546/02, 22.01.2008, § 41.

[838] Osman Doğru, *Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 46; Harris, O'Boyle, Bates ve Buckley, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi*, 378.

[839] "*… Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamındaki 'aile hayatı' kavramının evliliğe dayalı ilişkilerle sınırlı olmadığını ve tarafların evlilik dışı birlikte yaşadıkları diğer fiili 'aile' bağlarını da kapsayabileceğini yineler. Böyle bir ilişkiden doğan bir çocuk, doğduğu andan itibaren ipso jure bu 'aile' biriminin bir parçasıdır. Dolayısıyla, çocuk ve ebeveynleri arasında aile yaşamına denk düşen bir ilişki mevcuttur…*" Bkz. L./Hollanda, Başvuru No: 45582/99, 01.06.2004 (Nihai Karar Tarihi: 01.09.2004), § 35. Aynı yönde bkz. Chavdarov/Bulgaristan, Başvuru No: 3465/03, 21.12.2010 (Nihai Karar Tarihi: 21.03.2011), § 40.

[840] "*… Mahkeme, aile hayatına saygı hakkını güvence altına alan 8. maddenin 'bir ailenin varlığını varsaydığını' hatırlatır. Ancak bu, planlanan tüm aile hayatlarının tamamen kapsam dışında kaldığı anlamına gelmez…*" Bkz. Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985, § 62. Ayrıca bkz. Hugo Storey, "The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg", *The International and Comparative Law Quarterly*, 39/2 (1990): 334.

[841] "*… Mevcut davada Mahkeme, Şahin/Almanya ([GC], no. 30943/96, § 12, AİHM 2003-VIII) ve Sommerfeld/Almanya ([GC], no. 31871/96, §§ 11-12, AİHM 2003-VIII) davalarındaki durumun aksine, başvurucunun (babanın) A.'yı (biyolojik çocuğu) tanımaya çalışmadığını ve hiçbir zaman birlikte yaşamadıkları için A. ve annesiyle hiçbir zaman bir 'aile birimi' oluşturmadığını kaydetmektedir. Sonuç olarak, başvuranın A. ile olan ilişkisinin, fiilen 'aile bağları' oluşturmak için yeterli süreklilik ve öze sahip*

ilişkinin varlığını gösteren hukuki veya olgusal unsurların bulunması gerekmektedir. Bu noktada, biyolojik baba ile çocuk arasındaki ilişkinin niteliği, babanın gerek doğum öncesinde gerekse de doğum sonrasında çocuğa yönelik ilgisi ve bağlılığı gibi ölçütler dikkate alınmaktadır.[842]

Yine benzer şekilde nişanlılar arasındaki salt nişanlılık durumu, aile hayatına saygı hakkının güvencelerinden faydalanabilmek için yeterli değildir. Burada da birlikte yaşama, çocuk sahibi olmayı planlama gibi unsurların varlığı gerekmektedir.[843]

Potansiyel aile hayatı bakımından, bir eşin özel hayata saygı hakkı diğer eşin aile hayatına saygı hakkı ile çatışabilir. Örneğin; hamile bir kadın kocasına sormadan ve kocasının iznini almadan kürtaj yaptırmak isterse; burada kadının özel hayata saygı hakkı mı korunacaktır yoksa kocanın doğacak çocuk ile ilişkisi bakımından aile hayatına saygı hakkı mı korunacaktır? AİHM, bu konuda önüne gelen başvurularda kadının özel hayata saygı hakkına üstünlük tanımaktadır. Örneğin; Mahkeme Boso/İtalya başvurusunda; ceninin biyolojik babası olan başvurucunun aile hayatına saygı hakkının, kürtaj konusunda kendisine danışılması ya da rızasının alınması gibi usuli hakları içerecek şekilde geniş yorumlanamayacağını; gebeliğin -gebeliğin devam ettirilmesi veya sona erdirilmesi de dâhil olmak üzere- öncelikle gebe kadını ilgilendirdiğini, dolayısıyla kürtaj konusunda potansiyel babanın aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği noktasındaki iddialarının (daha önceki içtihatlarına da atıf yaparak) reddedilmesi gerektiğini belirtmiştir.[844]

Ancak kanaatimizce, tıbbi bir zorunluluk veya haklı bir mazeret olmaksızın kadının tamamen şahsi tercihiyle (keyfi olarak) gebeliği sonlandırması haklar dengesine uygun değildir. Çünkü aile hayatına saygı hakkı, sadece bireysel bir özgürlük alanı değil, aynı zamanda eşlerin ortak geleceğini ilgilendiren kararlarda karşılıklı rıza ve dayanışmayı da kapsayan bir bütündür. Bu nedenle, haklı bir neden sunulmayan durumlarda babanın doğacak çocuk üzerindeki manevi bağının ve aile kurma hakkının tamamen görmezden gelinmesi kanaatimizce hakkaniyetli değildir. Dolayısıyla, somut

---

olduğunu gösteren başka faktörler olup olmadığı sorusu ortaya çıkmaktadır. Mahkeme, yakın bir kişisel ilişkinin varlığına işaret eden başka herhangi bir hukuki veya fiili unsur olmaksızın, sadece biyolojik bağın 8. maddenin korumasından yararlanmak için yeterli görülmesi gerektiği konusunda başvuranla hemfikir değildir…" L./Hollanda, Başvuru No: 45582/99, 01.06.2004 (Nihai Karar Tarihi: 01.09.2004), § 37.

[842] Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı,* 100.

[843] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 266.

[844] Boso/İtalya, Başvuru No: 50490/99, 05.09.2002, Kabul Edilebilirlik Kararı.

ve haklı bir sebebin bulunmadığı hallerde kocanın karar mekanizmasına dahil edilmesi, aile birliğinin korunması ve taraflar arasındaki hak dengesinin tesisi açısından daha uygundur.

Bu başlık altında şu hususu da belirtmek isteriz ki, evliliğin sona ermiş olması her halükârda "aile hayatı"nın da sona ereceği anlamına gelmez. Eşler arasındaki evlilik boşanma, evliliğin iptali gibi sebeplerle sona erse bile, çocuk ile ebeveynler arasındaki "aile hayatı" varlığını sürdürmeye devam eder. Bununla birlikte, boşanma durumunda eşler arasındaki aile hayatı sona erer.[845] Yine birlikte yaşamın sona ermesi, çocuğun koruyucu bakım altına alınması ve çocuğun başka birisi tarafından evlat edinilmesi durumlarında aile hayatı sona erer.[846]

Başvuruya konu olayda bir "aile hayatı" bulunmuyorsa, o olayda "aile hayatına saygı hakkı" uygulanabilir olmayacağından, hangi durumlarda "aile hayatı"nın var kabul edileceği belirlenmelidir. AİHM, hangi durumlarda "aile hayatı"nın var olduğunun kabul edileceğine dair içtihatlar geliştirmiştir ve bazı ölçütler belirlemiştir. "Önkoşul" kabul edilen aile hayatının mevcut olup olmadığı bu ölçütlere göre belirlenmektedir.

2. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Özerk Yorum Yetkisi Bağlamında Aile Hayatının Varlık Koşulları

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, sözleşmeye taraf devletlerin iç hukuklarındaki "aile hayatı" kavramlarından bağımsız, aile yapısının sosyal, biyolojik, hukuksal ve duygusal özelliklerini dikkate alarak içtihatlar geliştirmekte ve bu sayede, aile hayatına ilişkin ortak bir Avrupa standardı oluşturmayı ve yeknesak uygulama sağlamayı hedeflemektedir.[847] Ancak burada resmi bir evliliğin bulunduğu aile ile resmi bir evliliğin bulunmadığı aile arasında bir ayrım yapmamız gerekmektedir. Çünkü aşağıda detaylıca açıklayacağımız üzere, Mahkeme'nin "aile hayatı"na ilişkin yorumu, bu iki durumda bazı farklılıklar göstermektedir.

[845] Roagna, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, 30.
[846] Roagna, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, 30.
[847] Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin "aile hayatı" kavramına yönelik ortak bir Avrupa standardı oluşturmaya çalışması ve yeknesak uygulama sağlamayı hedeflemesi sadece bu hakka özgü değildir. Çalışmamızın Birinci Bölümü'nde ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere, özerk yorum ilkesinin devreye girdiği bütün kavramlarda bu amaç geçerlidir.

a. Resmi (De Jure) Evliliğe Dayalı Aile Hayatı

Öncelikle, ortada resmi bir evlilik varsa bu durumda AİHM sadece bu evliliğin gerçek bir evlilik olup olmadığına bakmaktadır. Eğer evlilik gerçekse başkaca bir ölçüte gerek olmaksızın o evliliğe dayalı ilişkinin "aile hayatı" kapsamında kaldığı ve AİHS'nin 8. maddesinin güvencesinden yararlanması gerektiği kabul edilmektedir.[848] Örneğin; Mahkeme *Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık* başvurusunda şu ifadelere yer vermiştir: "… *Hükümet tarafından atıfta bulunulan türden bir aile hayatı henüz tam olarak kurulmamış olsa bile 'aile hayatı' kavramı yasal ve gerçek bir evlilikten doğan ilişkiyi her halükârda içermelidir. Bu evlilikler, 8. madde uyarınca gösterilmesi gereken saygıyı görmek için yeterli görülmelidir...*"[849] Dikkat edileceği üzere, burada önemli olan husus, iç hukukta resmen tanınan evliliğin "gerçek (hakiki)" bir evlilik olmasıdır. Dolayısıyla vatandaşlık elde etmek, göçmen statüsünden kurtulmak, çalışma veya oturma izni almak, ülkeye girişi kolaylaştırmak gibi kâğıt üzerinde ve sahte olan evlilikler Sözleşme'nin 8. maddesindeki "aile hayatına saygı hakkı" kapsamında koruma görmeyecektir.

Yine aşağıda açıklanacağı üzere, resmi bir evliliğin bulunmadığı aile ilişkilerinde AİHM birçok ölçütü dikkate almaktadır. Diğer bir ifadeyle *de facto* ilişkilerin bulunduğu durumlarda birden fazla ölçüt devreye girmektedir. Bu yönüyle bazı yazarlar, Mahkeme'nin resmen tanınan evlilikleri resmen tanınmayan evliliklere göre daha üstün tuttuğunu iddia etmektedirler.[850]

Resmen tanınan bir evliliğin bulunduğu ilişkilerde, eşlerin birlikte yaşamasına da gerek yoktur. Diğer bir ifadeyle birlikte yaşama "aile hayatı" için olmazsa olmaz unsurlardan birisi değildir.[851] Nitekim Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık başvurusuna konu olan olayda, Bay ve Bayan Cabales resmi ve gerçek bir şekilde evli

---

[848] "… *Mahkeme… Bay ve Bayan Berrehab'ın yaptığı gibi yasal ve gerçek bir evlilikle eşler arasında kurulan ilişkinin 'aile hayatı' olarak kabul edilmesi gerektiğine karar vermiştir…*" Bkz. Berrehab/Hollanda, Başvuru No: 10730/84, 21.06.1988, § 21. Aynı yönde bkz. Kiyutin/Rusya, Başvuru No: 2700/10, 10.03.2011 (Nihai Karar Tarihi: 15.09.2011), § 55.

[849] Bkz. Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985, § 62.

[850] Robin C. A. White ve Clare Ovey, *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*, (New York: Oxford University Press, 2010), 338; Gülay Arslan Öncü, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*, (İstanbul: Beta Basım Yayın, 2011), 264.

[851] Jacobsen, *Human Rights Monitoring*, 380.

olan kişilerdir. Ancak çiftler uzun bir süre ayrı yaşamışlardır.[852] Bayan Cabales Birleşik Krallık'ta yaşarken, Bay Cabales de Birleşik Krallık'a girmek ve yerleşim izni alarak eşiyle birlikte yaşamak istemiştir. Fakat Birleşik Krallık'taki sıkı göç yasaları nedeniyle eşlerin normal bir aile hayatı kurması çok mümkün olmamıştır. AİHM, her ne kadar eşler uzun süre ayrı yaşamış olsa da resmi ve gerçek evlilikleri nedeniyle "aile hayatına saygı hakkı"na sahip olduklarının altını çizmiştir.[853]

Resmen tanınan bir evliliğin bulunması durumundaki ilişkileri de eşler arasındaki ilişkiler ve çocuklar ile ebeveynler arasındaki ilişkiler şeklinde ikiye ayırarak incelememiz mümkündür. Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere, eşler arasındaki kanuna uygun ve gerçek bir evlilikle kurulmuş ilişkiler başka bir koşula gerek olmaksızın "aile hayatı" sayılmaktadır. Eşler arasındaki evlilik gerçek olsa bile resmen tanınan bir evlilik olmadığı sürece o ilişkiyi *de facto* ilişki kabul etmek ve başka koşulların da varlığını aramak gerekmektedir.

Devletler, olağan evliliklerde diğer bir ifadeyle resmi evliliklerde, evliliğin belirli koşullara uygun bir şekilde gerçekleşmesini istemektedirler. Yukarıda[854] da ifade ettiğimiz üzere AİHM (AİHS'nin 12. maddesine uygun bir şekilde) bu konuda devletlere takdir yetkisi tanımakta ve bu konuyu ulusal hukuka havale etmektedir. Bu konuda *Yiğit/Türkiye* kararı dikkat çekici bir karar olmuştur. Bu kararda, Türkiye'nin "imam nikahı" uygulamasını resmi nikah olarak kabul etmemesinin AİHS'nin 8. maddesine uygun olup olmadığı konusu tartışılmıştır. Başvuruya konu olayda, başvurucu Şerife Yiğit, 1976 yılında dini bir merasimle (imam nikahıyla) Ömer Koç ile evlenmiştir. Bu evlilikten 6 çocukları dünyaya gelmiştir. Aynı zamanda çiftçi olan Ömer Koç, başvurucu ile resmi bir evlilik yapmaksızın 10 Eylül 2002 tarihinde hayatını kaybetmiştir. Başvurucu eşinin hayatını kaybetmesi üzerine, ilgili makamlara başvurarak evliliklerinin tanınmasını ve dul maaşı ile sosyal güvenlik ödemelerinin kendisine sağlanmasını talep etmiştir. Ancak ilgili makamlar, başvurucu ile Ömer Koç arasında resmi bir evlilik bulunmadığı gerekçesiyle başvurucunun taleplerini reddetmiştir. AİHM, öncelikle

[852] Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985, § 47.
[853] Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985, § 62.
[854] Bkz. II. Bölüm, II, A, "1. Aile Hayatına Saygı Hakkı ile Evlenme ve Aile Kurma Hakkı Arasındaki İlişki" Başlığı.

başvurucu ile eşi arasında bir "aile hayatı"nın mevcut olduğunu tespit etmiştir.[855] Bununla birlikte, başvurucunun, vefat eden eşiyle dini bir evlilik içerisinde yaşamayı tercih ettiğini ve bu evlilik neticesinde resmi makamların müdahalesi olmaksızın huzur içinde yaşadığını belirtmiştir. Dolayısıyla AİHM'ye göre, eşlerin dini evliliği tercih etmiş olması ve medeni (resmi) bir evlilik akdetmemiş olmaları, başvurucunun 8. madde çerçevesinde etkin bir aile yaşamı sürdürmesine engel olacak mahiyette bir idari ve cezai türde yaptırım uygulanmasını gerektirmemiştir. Bu nedenle Mahkeme, Türkiye'nin "aile hayatı"na yönelik bir müdahalesinin bulunmadığını belirtmiştir.[856]

Mahkeme ayrıca, başvurucunun dul maaşı ile sosyal güvenlik ödemelerinin kendisine sağlanmasına ilişkin talebine yönelik olarak da değerlendirmelerde bulunmuş ve şu hususları belirtmiştir: "… *Mahkeme, 8. maddenin Devletler üzerinde dini evliliği tanıma yükümlülüğü yaratacak şekilde yorumlanamayacağı görüşünü benimsemektedir. Bu bağlamda… 8. maddenin evli olmayan çiftler bakımından özel bir rejim tesis etme yönünde Devlete yönelik bir yükümlülük getirmediğine dikkat çekmek önemlidir… Bu nedenle mirası düzenleyen Medeni Kanun ve yerel sosyal güvenlik mevzuatı uyarınca başvurucunun mirasçılık sıfatına sahip olmaması başvurucunun 8.madde kapsamındaki haklarının ihlal edildiği anlamına gelmez*…"[857]

Olaya çocuklar ile ebeveynler arasındaki ilişki noktasından baktığımızda ise AİHM'ye göre, resmen tanınan bir evlilikten doğan çocuk ile resmen tanınmayan bir evlilikten doğan çocuk arasında herhangi bir fark yoktur. Her iki durumda da "aile hayatı" içerisinde doğan çocuk, doğumu sebebiyle ve doğduğu andan itibaren aile birliğinin *ipso*

---

[855] Mahkeme, başvurucu ile eşi arasında "aile hayatı"nın mevcut olduğunu tespit ederken, resmen tanınmayan evliliklerde kullandığı ölçütleri kullanmıştır ve şu tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur: "… *8. madde aile hayatına saygı hakkını garanti altına alarak bir ailenin mevcudiyetini önceden varsaymaktadır. Aile hayatının mevcut olup olmaması temel olarak uygulamada yakın kişisel bağların gerçekten var olması meselesidir… 8. madde, meşru aile açısından geçerli olduğu gibi meşru olmayan bir ailenin aile hayatı açısından da geçerlidir… bir ilişkinin aile hayatı oluşturup oluşturmadığına karar verirken çiftin birlikte yaşayıp yaşamadığı, ilişkilerinin uzunluğu ve çocuk sahibi olup olmadıkları da dahil olmak üzere çok sayıda unsur belirleyici olabilir… İş bu davada başvurucu 1976 yılında Ö.K ile imam nikâhı ile evlenmiştir. Çift altı çocuk sahibi olmuş, bunlardan ilk beşi babalarının nüfus kütüğüne kaydedilmiş, son çocuk ise başvurucunun nüfus kütüğüne kaydedilmiştir. Başvurucu ve Ö.K.'nın ölüm tarihi olan 2002 yılına kadar, birlikte yaşadığı hususunda tarafların herhangi bir itirazı olmamıştır. Mahkeme dini evliliğin Türk hukukundaki yeri, rolü ve sosyal sonuçlarına dair karar verme yetkisine sahip olmadığı kanaatindedir. Mahkeme başvurucu Ö.K. ve çocuklarının Sözleşme'nin 8. maddesinin anlamı çerçevesinde aile oluşturacak şekilde yaşadıklarını belirtmektedir*…" Bkz. Yiğit/Türkiye, Başvuru No: 3976/05, 02.11.2010, § 93-97.

[856] Yiğit/Türkiye, Başvuru No: 3976/05, 02.11.2010, § 101.

[857] Yiğit/Türkiye, Başvuru No: 3976/05, 02.11.2010, § 102.

jure (hukuken; hukukun kendisinden) parçasıdır. Dolayısıyla çocukla ebeveynleri arasında aile hayatına karşılık gelen bir bağ mevcuttur.[858] Boşanma gibi sonradan meydana gelen olaylar, istisnai durumlar dışında, çocuk ile ebeveynler arasındaki aile ilişkisini ortadan kaldırmaz.[859] Örneğin; Gül/İsviçre başvurusuna konu olan olayda, başvurucu Rıza Gül 1983 yılına kadar eşi ve iki oğlu ile birlikte Gümüşhane ilinde yaşamıştır. 1983 yılında İsviçre'ye giden Gül, 1990 yılında iki oğlunun yerleşim amacıyla İsviçre'ye gelmesini istemiştir. Ancak yetkili makamlar başvurucunun küçük oğluna giriş izni vermemiştir. Gül, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur. İsviçre Devleti; başvurucu Gül'ün, küçük oğlu Ersin üç aylıkken Türkiye'den ayrıldığını, kendi ülkesinde bir aile hayatı kurmaya hiçbir şekilde teşebbüs etmediğini ve bu nedenle de ortada "aile hayatı" bulunmadığını iddia etmiştir. Ancak AİHM, "resmi bir evlilik" içerisinde gerçekleşen doğum ile birlikte başvurucu ile çocuk arasında "aile hayatı" ilişkinin kurulduğunu, istisnai durumlar haricinde sonradan meydana gelen olayların bu bağı ortadan kaldırmayacağını, nitekim başka bir ülkede yaşayan başvurucunun birkaç kez Türkiye'ye gelip çocuklarını ziyaret ettiğini ve bu nedenle de "aile hayatı"na ilişkin bağın devam ettiğini belirtmiştir.[860]

Bununla birlikte, her ne kadar evli olmayan anne ile evlilik dışında doğan çocuk arasındaki ilişki "aile hayatı" kapsamında değerlendirilse de[861] baba ile evlilik dışında doğan çocuk arasındaki ilişkinin "aile hayatı" kapsamında değerlendirilmesi için ilişkinin niteliği test edilmektedir.[862] Babanın çocukla iletişim kurması veya çocuğun bakımına ve yetişmesine katkıda bulunması gibi çocukla bağlılığı ve çocuğuna sadakati dikkate alınmaktadır.[863]

Evlat edinme hakkı, Sözleşme'nin 8. maddesinde güvence altına alınan haklardan birisi değildir. Ancak "evlat edinme" gerçekleştikten sonra[864], evlat edinen ile evlat

---

[858] "*.. Mahkeme… aile kavramının evliliğe dayalı ilişkilerle sınırlı olmadığını ve tarafların evlilik dışı birlikte yaşadıkları diğer fiili aile bağlarını da kapsayabileceğini hatırlatır. Böyle bir ilişkiden doğan bir çocuk, doğumu sebebiyle ve doğduğu andan itibaren ipso jure bu aile biriminin bir parçasıdır…*" Bkz. Yiğit/Türkiye, Başvuru No: 3976/05, 02.11.2010, § 43.

[859] Bkz. Kosmopoulou/Yunanistan, Başvuru No: 60457/00, 05.02.2004 (Nihai Karar Tarihi: 05.05.2004), § 42.

[860] Gül/İsviçre, Başvuru No: 23218/94, 19.02.1996, § 28-33.

[861] Marckx/Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979, § 31.

[862] Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 8.

[863] Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı*, 51.

[864] Mahkeme, Pini ve Diğerleri/Romanya başvurusunda, evlat edinenler ile evlat edinilen arasında birlikte yaşama gibi bir birliktelik olmasa dahi kanuna uygun bir şekilde kurulmuş evlat edinme ilişkisini "aile

edinilen çocuk arasındaki ilişkiler de "aile hayatı" kapsamında korunur.[865] Ancak söz konusu ilişkinin ulusal hukuktaki kanuna uygun bir şekilde kurulması ve hakiki olması gerekmektedir.[866]

Sadece eşler arasındaki ve ebeveynler ile çocuklar arasındaki ilişkiler değil, aynı zamanda diğer aile bireyleri olan kardeş, büyükanne-büyükbaba, amca, dayı, hala, teyze gibi kişilerle olan ilişkiler de "aile hayatı" kapsamında değerlendirilebilir. Ancak aşağıda açıklanacağı üzere bu kişilerle olan kan bağı "aile hayatı" için yeterli değildir; diğer bazı olgusal unsurların bulunması gerekmektedir.

b. Resmi Evliliğe Dayalı Olmayan (De Facto) Aile Hayatı

Daha önce de birçok kez altını çizdiğimiz üzere, AİHM'ye göre sadece resmen tanınan evliliğe dayalı ilişkiler değil aynı zamanda fiili birliktelikler de "aile hayatı" kapsamında değerlendirilebilir.[867] Ancak yine Mahkeme, sözleşmeci devletlerin resmen tanınan evlilik dışındaki birlikteliklere (bu birliktelikler "aile hayatı" kapsamında görülse dahi) resmi evlilikler gibi bir statü tanımasının zorunlu olmadığını; dolayısıyla resmi evliliklerde eşlere tanınan hakların *de facto* ilişki içinde olan kişilere tanınmamasının tek başına "aile hayatına saygı hakkı"nı ihlal etmeyeceğini açıkça belirtmektedir.[868] Nitekim yukarıda bahsetmiş olduğumuz *Yiğit/Türkiye* başvurusunda Mahkeme, imam nikahıyla evlenen ve birlikte yaşayan eşlerin devletin müdahalesi olmaksızın huzur içinde yaşadığını, eşlere herhangi bir idari veya cezai yaptırım uygulanmadığını, eşlerin resmi nikah akdetmelerinin önünde herhangi bir engel olmamasına rağmen bilinçli olarak dini nikah ile yaşamayı tercih ettiklerini, devletin imam nikahıyla evlenen çiftlerin bu evliliklerini tanımak zorunda olmadığını ve bu nedenle somut olayda "aile hayatı"na yönelik bir müdahale bulunmadığını ifade etmiştir.[869]

---

hayatı" kapsamında değerlendirmiştir. Bkz. Pini ve Diğerleri/Romanya, Başvuru No: 78028/01 ve 78030/01, 22.06.2004 (Nihai Karar Tarihi: 22.09.2004), § 141-148.

[865] Pini ve Diğerleri/Romanya, Başvuru No: 78028/01 ve 78030/01, 22.06.2004 (Nihai Karar Tarihi: 22.09.2004), § 140-148.

[866] Pini ve Diğerleri/Romanya, Başvuru No: 78028/01 ve 78030/01, 22.06.2004 (Nihai Karar Tarihi: 22.09.2004), § 148.

[867] "*… Bir çiftin ilişkileri söz konusu olduğunda, 'aile hayatı' evliliğe dayalı aileleri ve de facto ilişkileri kapsar. Bir ilişkinin 'aile hayatı' kapsamında olup olmadığına karar verirken, çiftin birlikte yaşayıp yaşamadığı, ilişkilerinin uzunluğu ve birbirlerine olan bağlılıklarını birlikte çocuk sahibi olarak veya başka bir şekilde gösterip göstermedikleri gibi bir dizi faktör söz konusu olabilir…*" Bkz. Al-Nashif/Bulgaristan, Başvuru No: 50963/99, 20.06.2002 (Nihai Karar Tarihi: 20.09.2002), § 112.

[868] Yiğit/Türkiye, Başvuru No: 3976/05, 02.11.2010, § 99-103.

[869] Yiğit/Türkiye, Başvuru No: 3976/05, 02.11.2010, § 101-103.

Evlilik dışı beraberlikler, geçici beraberliklerden daha fazla anlamı olan bir ilişki biçimidir. Dolayısıyla her birliktelik/beraberlik "aile hayatı" olarak değerlendirilemez.[870] Ancak her somut olayın kendine has özellikleri bulunması nedeniyle, "aile hayatı" oluşturan bütün ilişki biçimlerini tek tek saymak mümkün değildir.[871] AİHM, çiftin birlikte yaşayıp yaşamadığı, ilişkilerinin uzunluğu, birbirlerine olan bağlılıklarını birlikte çocuk sahibi olarak veya başka bir şekilde gösterip göstermedikleri gibi bir dizi ölçüt kullanarak söz konusu ilişkinin "aile hayatı" oluşturup oluşturmadığını tespit etmektedir. Örneğin Mahkeme, *Van der Heijden/Hollanda* başvurusunda şu tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur: "… *Mahkeme, 8. maddedeki 'aile hayatı' kavramının yalnızca evliliğe dayalı ailelerle sınırlı olmadığını ve diğer fiili ilişkileri de kapsayabileceğini yineler… Bir ilişkinin 'aile hayatı' olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine karar verirken, çiftin birlikte yaşayıp yaşamadığı, ilişkilerinin uzunluğu ve birbirlerine olan bağlılıklarını birlikte çocuk sahibi olarak veya başka bir şekilde gösterip göstermedikleri de dâhil olmak üzere bir dizi faktör söz konusu olabilir. Başvuranın Bay A. ile ilişkisi, şikâyet konusu olayların meydana geldiği tarihte on sekiz yıl sürmüştür; bu sürenin büyük bir kısmında, en azından Bay A.'nın mevcut davayla ilgisi olmayan nedenlerle hapse girdiği 1998 yılına kadar birlikte yaşamışlardır. Bu nedenle Mahkeme, başvuran ve Bay A. arasında bir 'aile hayatının' var olduğunu tespit etmiştir…*"[872] AİHM'nin kullanmış olduğu bu ölçütler aşağıda açıklanacaktır.

Burada, "başvuruya konu olayda söz konusu ölçütler birlikte mi bulunmak zorundadır yoksa bu ölçütlerden sadece birisinin veya birkaçının varlığı ilişkiyi 'aile hayatı' kabul etmek için yeterli midir?" sorusu yöneltilebilir. AİHM birçok kararında aşağıda sayılan kriterlerden hepsinin başvuruya konu olayda gerçekleşmesine gerek olmadığını, bu kriterlerden birisinin veya birkaçının varlığı durumunda da o ilişkinin "aile hayatı" sayılabileceğini açıkça ifade etmiştir. Örneğin; *Keegan/İrlanda*[873] başvurusunda çocuğunun annesi ile 2 yıl kadar birlikte yaşama ve bilinçli bir şekilde çocuk sahibi olma bakımından çocuğun babası ile çocuk arasındaki ilişki, *Johnston ve Diğerleri/İrlanda*[874] başvurusunda yaklaşık olarak 15 (onbeş) yıl birlikte yaşayan eşler arasındaki ilişki ve

[870] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 233.
[871] Roagna, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, 27-28.
[872] Bkz. Van der Heijden/Hollanda, Başvuru No: 42857/05, 03.04.2012, § 50-52.
[873] Keegan/İrlanda, Başvuru No: 16969/90, 26.05.1994, § 45.
[874] Johnston ve Diğerleri/İrlanda, Başvuru No: 9697/82, 18.12.1986, § 56.

Kroon ve Diğerleri/Hollanda[875] başvurusunda birlikte yaşamasalar dahi dört çocuk dünyaya getiren kişiler arasındaki ilişki "aile hayatı" kapsamında değerlendirilmiştir.

(1) Yakın ve Gerçek Kişisel Bağlar

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin içtihatlarına göre; "aile hayatının" var olup olmadığına ilişkin sorun, esasında yakın kişisel bağların gerçekten var olup olmadığına bağlı bir olgu sorunudur.[876] Mahkeme, "aile" kavramını gerçeklere dayalı bir mesele olarak görmektedir. Bu noktada biyolojik bağ, "aile hayatı"nın varlığını belirlemede tek başına yeterli bir ölçüt değildir.

Dikkat edileceği üzere bu kriter iki farklı koşulu ifade etmektedir. Öncelikle "aile hayatı"ndan söz edebilmek için söz konusu ilişkinin "yakın kişisel bağ" içermesi gerekmektedir.[877] AİHM, *Odièvre/Fransa* başvurusunda, "*taraflar arasında duygusal bir ilişki varsa ve bu ilişkiyi sürdürme arzusu bulunuyorsa*" o halde yakın kişisel bağın var olduğundan söz edilebileceğini ifade etmiştir.[878] Aksi takdirde Sözleşme ile korumaya değer bir aile hayatının varlığından söz etmek mümkün olmayacaktır.

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, biyolojik bağ, "aile hayatı"nı belirlemede tek başına yeterli bir ölçüt değildir. Nitekim Mahkeme *J.R.M./Hollanda* başvurusunda, babanın (donörün) sadece bir kadının suni (yapay) döllenme yoluyla hamile kalmasını sağlamak için sperm bağışında bulunması durumunu, çocukla-baba arasındaki ilişki bakımından aile hayatı kapsamında görmemiştir.[879] *K ve T/Finlandiya* başvurusunda ise biyolojik baba olmayan kişinin anne ile birlikte yaşaması ve çocuk ile arasında duygusal ilişki bulunması sebebiyle, çocuk ile biyolojik baba olmayan kişi arasında aile hayatının mevcut olduğu kabul edilmiştir.[880] Yine *X, Y ve Z/Birleşik Krallık* başvurusunda

---

[875] Kroon ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 18535/91, 27.10.1994, § 30.

[876] "… *Mahkeme, önceki içtihatlarına uygun olarak, aile hayatının var olup olmadığının, esasen, yakın kişisel bağların uygulamadaki gerçek varlığına bağlı bir olgu sorunu olduğunu belirtmektedir*…" Bkz. K. ve T./Finlandiya, Başvuru No: 25702/94, 12.07.2001, § 150. "… *Mahkeme, içtihadına uygun olarak, aile hayatının varlığı ya da yokluğu sorununun esasen yakın kişisel bağların varlığına bağlı bir olgu sorunu olduğunu belirtmektedir…*" Bkz. Emonet ve Diğerleri/İsviçre, Başvuru No: 39051/03, 13.12.2007, § 33.

[877] Burada, ilişkiye AİHM'nin "gerçeklik" testi uyguladığı, aile ilişkileri ile aile hayatı arasında bir ayrım yaptığı ve üyeleri arasında duygusal ilişki bulunan kişilerin "aile hayatı"nın korumasından faydalandığı ifade edilmektedir. Bkz. Karagözler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 48.

[878] Odièvre/Fransa, Başvuru No: 42326/98, 13.02.2003, § 26.

[879] "… *Komisyon, bir kişinin sadece bir kadının suni döllenme yoluyla hamile kalmasını sağlamak için sperm bağışında bulunması durumunun, bağışta bulunan kişiye çocukla aile hayatına saygı gösterilmesi hakkını vermediği görüşündedir*…" Bkz. J.R.M./Hollanda, Başvuru No: 16944/90, 08.02.1993, Kabul Edilemezlik Kararı, § 1.

[880] K ve T/Finlandiya, Başvuru No: 25702/94, 12.07.2001, § 149-150.

Mahkeme, kadın olarak dünyaya gelen ancak 4 (dört) yaşından itibaren kendisini erkek gibi hisseden transseksüel (X)'in cinsiyet değiştirme ameliyatı olduğunu, kadın olan (Y) ile her yönden erkek partneri gibi yaşadığını, (Y)'nin çocuk doğurabilmesi için yapay döllenmeye (*artificial insemination by donör-AID*) izin almak üzere birlikte başvurduklarını, (X)'in bütün bu süreçte yer aldığını ve doğumdan itibaren (Z)'nin "babası" gibi davrandığını tespit ederek üçü arasındaki (X, Y ve Z) ilişkide "aile hayatı" bulunduğunu kabul etmiştir.[881]

Resmen tanınan evliliklerdeki aile hayatında olduğu gibi *de facto* ilişkilerde de aile üyelerinin birlikte yaşaması zorunlu bir unsur değildir. Aile üyeleri arasında yakın kişisel ilişkinin varlığı halinde, o ilişki "aile hayatı" kapsamında değerlendirilecektir. Bu noktada, aile hayatı kavramının sadece çekirdek aile üyelerini değil aynı zamanda büyükanne ve büyükbabalar ile torunlar, amca ve yeğen, kardeşler, kuzenler vb. arasındaki ilişkileri de kapsayabileceği açıktır.[882]

İkinci olarak söz konusu yakın kişisel bağ gerçek (*certain links/real personal bond*) olmalıdır.[883] Daha önce de bahsettiğimiz üzere, gerçek olmayan evlilikler aile hayatı kapsamında değerlendirilmemektedir. Benzer şekilde gerçek olmayan evlilik dışı ilişkilerin de evleviyetle "aile hayatı" kapsamında değerlendirilemeyeceği açıktır. Her ne kadar gerçek olmayan (yapay) evliliklerden farklı olarak *de facto* ilişkilerde ilişkinin gerçek olup olmadığını tespit etmek daha kolay olsa da bu ilişkilerin her an bitirilme ihtimali oldukça yüksektir. Bu nedenle ilişkinin süresi, çocuk planlaması ve gelecek için yatırımlar ilişkinin gerçekliğini tespit etmede ölçüt olarak kullanılabilir.[884] AİHM, ulusal hukukta babalık davasının reddedilmesi olayıyla ilgili olan *Ahrens/Almanya* başvurusunda, bayan (P) ile başvurucu arasındaki ilişkinin, çocuk (R)'ye hamile kalınmasından yaklaşık bir yıl önce sona erdiğini, başvurucu ile bayan (P) arasındaki sonraki ilişkilerin tamamen *cinsel* nitelikte olduğunu ve başvurucu ile bayan (P)'nin

[881] X, Y ve Z/Birleşik Krallık, Başvuru No: 21830/93, 22.04.1997, § 37. Ancak Mahkeme aynı kararında, transseksüelliğin, sözleşmeci devletler arasında karmaşık bilimsel, hukuki, ahlaki ve sosyal konuları gündeme getirdiğini, bu nedenle 8. madde kapsamında sözleşmeci devletlerin biyolojik baba olmayan bir kişiyi çocuğun babası olarak resmen tanıma yükümlülüğü bulunmadığını, dolayısıyla her ne kadar aralarında bir "aile hayatı" söz konusu olsa da X ve Z arasındaki ilişkinin hukuki olarak tanınmamasının aile hayatına saygı hakkını ihlal etmediğini ifade etmiştir. Bkz. X, Y ve Z/Birleşik Krallık, Başvuru No: 21830/93, 22.04.1997, § 52.
[882] Merris Amos, *Human Rights Law*, (Oxford: Hart Publishing, 2006), 376.
[883] Amos, *Human Rights Law*, 375-376.
[884] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 236.

birlikte bir aile kurmayı planladıklarına dair hiçbir belirti bulunmadığını belirterek başvurucu ile bayan (P) ve yine başvurucu ile çocuk (R) arasında "aile hayatı"nın bulunmadığını ifade etmiştir.[885] Dolayısıyla bu karardan da görüleceği üzere, aile kurmaya yönelik bir düşünce olmaksızın sadece cinsel birliktelik amacıyla kurulan ilişkiler "aile hayatı" kapsamında değerlendirilmemektedir.

(2) Birlikte Yaşama

"Birlikte yaşama" unsuru bir ilişkinin "aile hayatı" kapsamında değerlendirilmesi noktasında oldukça önemli bir ölçüttür. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, evlilikleri resmen tanınan kişilerin, "aile hayatı"nın güvencelerinden yararlanabilmeleri için birlikte yaşamaları zorunlu değildir. Aynı şekilde *de facto* ilişkiler bakımından da "birlikte yaşama" ölçütü olmazsa olmaz bir ölçüt değildir. Bununla birlikte Mahkeme, *de facto* ilişkiler bakımından "birlikte yaşama" ölçütünü daima göz önünde bulundurmakta ve sadece istisnai hallerde "birlikte yaşamayan" kişiler arasındaki ilişkileri "aile hayatı" kapsamında değerlendirmektedir. Nitekim Mahkeme, 27.10.1994 tarihli *Kroon ve Diğerleri/Hollanda* başvurusunda; "*… Kural olarak, birlikte yaşamak 'aile hayatı' için bir gereklilik olsa da istisnai olarak diğer faktörler de bir ilişkinin fiili 'aile bağları' oluşturmak için yeterli sürekliliğe sahip olduğunu göstermeye hizmet edebilir; 1987'den beri Bayan Kroon ve Bay Zerrouk'un dört çocuğu doğduğu için burada durum böyledir…*"[886] şeklindeki gerekçelerle özellikle *de facto* ilişkiler bakımından birlikte yaşama ölçütünün önemini vurgulamış ve dört çocuk dünyaya getiren çiftler bakımından "birlikte yaşama" söz konusu olmasa bile çiftlerin "aile hayatı"nın güvencelerinden yararlanacağının altını çizmiştir.

"Birlikte yaşama" ölçütünde Mahkeme "ortak yaşam süresi"ni de göz önünde bulundurmaktadır. Her ne kadar asgari bir ortak yaşam süresi belirlemenin imkânsız olduğunu belirtmiş olsa da ortak yaşam süresi, Mahkeme'nin bir aile hayatının varlığını kabul etmesinde kilit bir faktördür.[887]

---

[885] Ahrens/Almanya, Başvuru No: 45071/09, 22.03.2012 (Nihai Karar Tarihi: 24.09.2012, § 59.
[886] Kroon ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 18535/91, 27.10.1994, § 30.
[887] Mahkeme, aralarında biyolojik bağ bulunan ve daha sonra tekrar birlikte yaşamaya başlayan ebeveynler ile çocuk arasındaki iki aylık ortak yaşam süresini "aile hayatı" bakımından yeterli kabul etmiştir. Bkz. D ve Diğerleri/Belçika, Başvuru No: 29176/13, 08.07.2014 (Kabul Edilebilirlik Kararı), § 49.

Anne babanın ayrı yaşadığı durumlarda ise çocuk ile ebeveynleri arasındaki ilişki bakımından AİHM "*yakın ve gerçek kişisel bağ*" ölçütüne ağırlık vermektedir. Bu durumda ebeveyn ile çocuk birlikte yaşamasa dahi aralarındaki bağ devam ediyorsa, bu kişiler arasında "aile hayatı"nın varlığını kabul etmektedir. Örneğin Mahkeme, *Berrehab/Hollanda* başvurusunda, eşlerin boşandığını, çocuğun dünyaya geldiği zamanda eşlerin birlikte yaşamadığını ve daha sonra da birlikte yaşamaya devam etmediklerini, bununla birlikte babanın sınır dışı edilene kadar kızıyla haftada 4 kez görüştüğünü ve görüşmelerinin birkaç saat devam ettiğini, bu sebeple de aralarında (baba ile kız arasında) "aile hayatı"nın mevcut olduğunu ifade etmiştir.[888]

Diğer taraftan eğer somut olayda bir "aile hayatı" varsa bu durumda ilgili kişiler "birlikte yaşama" imkanının sağlanmasını sözleşmeci devletten talep edebilirler. Diğer bir ifadeyle "aile hayatı"na sahip kişilerin bir araya gelme yönündeki istekleri, Sözleşme'nin 8. maddesinin koruması altındadır. Kişinin, vatandaşı olduğu devletten 8. maddenin gereğini talep etmesi en doğal hakkıdır.

Ancak bu konuda AİHM önüne gelen uyuşmazlıklar genellikle devletin vatandaşı olmayan kişilerin ülkeye kabul edilmemesiyle veya ülkeden çıkarılmasıyla ilgili olmaktadır. Bu noktada, sözleşmeci devletin egemenlik yetkisiyle kişilerin "aile hayatına saygı hakkı" karşı karşıya gelmektedir. Acaba sözleşmeci devletin, vatandaşı olmayan eş ve çocukların birlikte yaşamalarını sağlama konusunda bir yükümlülüğü var mıdır?

Öncelikle şu hususu belirtmek isteriz ki, sözleşmeci devlet kendi vatandaşını kabul etme ve yabancıları sınır dışı etme yetkisine sahiptir. Başka bir ifadeyle, sözleşmeci devlet, eşlerin ve çocukların yaşamak istedikleri ülkeye yönelik tercihlerine saygı göstermek zorunda değildir.[889] AİHM de kararlarında kural olarak bu hususu kabul etmekte ve sözleşmeci devletin bu konuda geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu ifade etmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, içtihatlarında bu konuyla ilgili bazı ölçütler geliştirmiş ve adeta yabancılar ile devletler arasında hakem olma rolünü üstlenmiştir.[890]

Öncelikle, vatandaş olmayan kişilerin ülkeye girmelerinde veya ülkede kalmalarında sözleşmeci devletlerin geniş bir takdir yetkisi vardır. Sözleşmeci devlet,

[888] Berrehab/Hollanda, Başvuru No: 10730/84, 21.06.1988, § 21.
[889] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 298.
[890] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 302.

vatandaşı olmayan kişilerin tercihlerine saygı göstermek zorunda değildir. Nitekim AİHM'ye "aile birleşimi" konusunda yapılan başvuruların önemli bir kısmı bu gerekçe ile olumsuz sonuçlanmaktadır.[891] Bu durumun tek istisnası, "aile hayatı"na sahip kişilerin başka bir ülkede aile birliğini kurmalarının ve aile hayatını sürdürmelerinin mümkün olmaması ihtimalidir. Yani sözleşmeci devletin ülkesi dışında "aile hayatı"nı sürdürmek bu kişiler bakımından mümkün değilse o halde sözleşmeci devlet bu kişilerin birlikte yaşama isteklerine saygı göstermelidir. Aksi takdirde Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiş olacaktır. Ayrıca Mahkeme, bir ülkede hukuka uygun olarak uzun yıllar kalan kişilerin ailevi sebeplerle ülkeyi terk etmek zorunda kalmasını "aile hayatına saygı hakkı"nın ihlali olarak değerlendirmektedir.[892] Benzer değerlendirmeler eşlerden birisinin sözleşmeci devletin vatandaşı diğerinin ise yabancı olması durumunda da geçerlidir.

(3) Ekonomik Birliktelik

Yukarıdaki iki ölçüte nazaran daha nadir başvurulan ve kanaatimizce daha "*zayıf*" bir ölçüt olan "ekonomik birliktelik" ölçütü de bir ilişkinin "aile hayatı" kapsamında değerlendirilmesinde etkili olabilmektedir. Ekonomik rollerin paylaşımı, birisinin sosyal

---

[891] Kombe, *Positive obligations under the European Convention*, 43.

[892] Örneğin; *Şen/Hollanda* başvurusuna konu olayda, başvurucu Zeki Şen 1977 yılında, on iki yaşındayken, aile birleşimi kapsamında babasının yaşadığı ülke olan Hollanda'ya gitmiştir. 1982 yılında Türkiye'den diğer başvurucu olan Gülden Şen ile evlenmiştir. Ancak Gülden Şen evlenmeden sonra dahi Türkiye'de yaşamaya devam etmiştir. Eşlerin 08.08.1983 tarihinde (aynı zamanda üçüncü başvurucu olan) Sinem isminde kızları dünyaya gelmiştir. 1986 yılında, Gülden Şen kızı Sinem'i kız kardeşine ve eniştesine emanet ederek kocasının yanına (Hollanda'ya) gitmiştir. Hollanda Devleti Gülden Şen'e oturum izni de vermiştir. Şen çiftinin 1990 ve 1994 yılında Hollanda'da iki çocuğu daha dünyaya gelmiştir. Bu arada Şen çifti 1992 yılında yetkili makamlara başvuruda bulunarak Türkiye'de bulunan kızları Sinem'in de Hollanda'ya gelmesini ve Sinem'e de oturum izni verilmesini istemişlerdir. Ancak Hollanda Devleti, Sinem'e oturum izni verilmesi yönündeki talebi reddetmiştir. Gerekçe olarak da özetle; Sinem'in teyzesi ile aile bağlarının geliştiği, ebeveynlerin başta eğitim olmak üzere çocuğun hiçbir ihtiyacı ile ilgilenmedikleri, 6 yıl içerisinde (1986-1992) başvurucu babanın sadece 3 kez Türkiye'ye gittiği ve dolayısıyla Sinem ile ebeveynleri arasında "aile hayatı" ilişkisi bulunmadığı; ayrıca Hollanda'nın küçük ve yoğun nüfusa sahip bir ülke olduğu, bu nedenle sıkı bir göç politikası izlendiği, insani zorunluluk bulunmadığı ve uluslararası kurallara aykırı olmadığı sürece yabancıların ülkede kalmalarına izin verilmediği sebepleri ileri sürülmüştür. Ancak AİHM, eşlerin uzun süredir diğer iki çocuğuyla birlikte hukuka uygun bir şekilde Hollanda'da bulunduklarını ve bir hayat kurduklarını, dolayısıyla Türkiye'ye dönmelerinin artık uygun olmayacağını, ancak Hollanda makamlarının tutumu karşısında Şen ailesinin ya Türkiye'ye dönmek zorunda kalacağını ya da en büyük kızlarından mahrum bir şekilde yaşamalarına devam edeceklerini, dolayısıyla Şen ailesinin böyle bir zorunlu tercihle baş başa kalmaları ile Hollanda Devleti'nin menfaatleri karşılaştırıldığında adil bir denge kurulmadığını ve bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini hüküm altına almıştır. Bkz. Şen/Hollanda, Başvuru No: 31465/96, 21.12.2001. Burada Mahkeme'nin "*çocuk ile anne-baba arasında doğumla kurulan bağ sınırlı istisnalar dışında koparılmamalıdır*." şeklindeki ilkesinden hareket ettiğini ve bu nedenle ilişkiyi "aile hayatı" kapsamında değerlendirdiğini belirtmemiz gerekmektedir. Benzer yönde bkz. Bkz. Tuquabo-Tekle ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 60665/00, 01.12.2005 (Nihai Karar Tarihi: 01.03.2006).

güvencesinden diğerinin de faydalanması ve bakmakla yükümlü olma gibi unsurlar aile bağlarının varlığını gösterebilir.[893] *C./Belçika* başvurusunda Komisyon, kişinin aile şirketinde çalışmış olmasını aile hayatının varlığı noktasında delil olarak değerlendirmiştir.[894]

İlerleyen kısımlarda daha detaylı olarak açıklanacağı üzere, "aile hayatı" sadece ahlaki, kültürel ve sosyal ilişkilerle sınırlı değildir. Mal rejimi ve mirasçılık gibi ekonomik boyutları da içermektedir. Ancak "aile hayatı"nın maddi menfaate ilişkin sonuçlarını "*ekonomik birliktelik*" ölçütü ile karıştırmamak gerekmektedir. Çünkü "*ekonomik birliktelik*" ölçütü bir ilişkinin "aile hayatı" olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu ile ilgilidir. İlişki "aile hayatı" kapsamında görülürse o halde bu aile hayatının elbette hem maddi hem de manevi sonuçları gündeme gelecektir.

Burada sadece şu hususu belirtmekle yetinmek istiyoruz; aile üyelerinin birbirlerine mirasçı olabilmesi sözleşmeci devletlerin takdir yetkisindedir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesi, aile üyelerinin birbirlerine mirasçı olma hakkını ihtiva etmez.[895] Ancak bu durumda dahi eşitlik ilkesine aykırı düzenlemeler yapılamaz. Örneğin; resmi bir evlilik içinde doğan çocuk ile resmen tanınmayan bir ilişki sonucu doğan çocuk arasında miras bakımından eşitlik ilkesine aykırı hükümler öngörülemez. Aksi takdirde Sözleşme'nin 8. maddesi 14. madde[896] ile birlikte değerlendirilerek Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşılabilir.

(4) İlişkinin Uzunluğu

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *X, Y ve Z/Birleşik Krallık* başvurusunda; "… *Bir ilişkinin 'aile hayatı' olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine karar verirken, çiftin birlikte yaşayıp yaşamadığı, ilişkilerinin uzunluğu ve birbirlerine olan bağlılıklarını birlikte çocuk sahibi olarak veya başka bir şekilde gösterip göstermedikleri de dahil olmak üzere bir dizi faktör söz konusu olabilir…*"[897] şeklindeki ifadelerle "ilişkinin uzunluğu"nun da "aile hayatı" bakımından dikkate alınabileceğini açıkça ifade

[893] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 238.
[894] Bkz. C./Belçika, Başvuru No: 21794/93, 07.08.1996, § 24.
[895] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 238.
[896] Sözleşme'nin "*Ayrımcılık yasağı*" başlıklı 14. maddesine göre; "*Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır*."
[897] X, Y ve Z/Birleşik Krallık, Başvuru No: 21830/93, 22.04.1997, § 36.

etmiştir. Nitekim *Johnston ve Diğerleri/İrlanda* başvurusunda Mahkeme; "… *Mevcut davada, birinci ve ikinci başvuranların yaklaşık on beş yıldır birlikte yaşadıkları ve 8. maddenin amaçları doğrultusunda bir 'aile' oluşturdukları açıktır. Dolayısıyla, ilişkileri evlilik dışı olmasına rağmen, 8. maddenin korumasından yararlanma hakkına sahiptirler…*"[898] şeklindeki gerekçelerle sadece ilişkinin uzunluğu ölçütüne dayanarak söz konusu ilişkiyi "aile hayatı" kapsamında değerlendirmiştir.[899]

Bununla birlikte Mahkeme, içtihatlarında, asgari bir ilişki süresi belirtmemiştir. Her bir davanın koşullarına göre somut olayı değerlendirerek ve ilişkinin niteliğini göz önünde bulundurarak söz konusu ilişkinin "aile hayatı" kapsamında kalıp kalmadığına karar vermektedir. Örneğin Mahkeme *Berrehab/Hollanda* başvurusunda bu durumu şu şekilde açıklamıştır: "… *Herhangi bir durumun değerlendirilmesinde bağın 'niteliğinin' ve her bir davanın koşullarının dikkate alınması gerektiği göz önüne alındığında, fiili aile hayatı oluşturmak için gerekli olacak asgari bir ortak yaşam süresi tanımlamak kuşkusuz uygun olmayacaktır...*"[900]

Mahkeme'nin içtihatları analiz edildiğinde, "*ilişkinin uzunluğu*" ölçütünün genellikle "*birlikte yaşama*" ölçütü ile bir arada değerlendirildiği ve "*birlikte yaşayan kişilerin ortak hayat süresinin*" "*kilit bir faktör*" olarak ele alındığı görülmektedir.[901] Dolayısıyla "*ilişkinin uzunluğu*" ölçütüne münhasır bir ölçüt olarak tek başına çok fazla başvurulmamaktadır.

(5) Diğer Ölçütler

Yukarıda bahsetmiş olduğumuz ölçütler AİHM'nin "aile hayatı" testinde en çok başvurduğu ölçütlerdir. Ancak Mahkeme ölçütler noktasında kendisini sınırlandırmamaktadır. Dolayısıyla somut olayın koşullarına göre başkaca bir ölçüte başvurması her zaman ihtimal dahilindedir. Burada önemli olan husus kişilerin birbirine olan bağlılıklarını somut olgularla ortaya koyabilmeleridir. Nitekim Mahkeme *X, Y ve Z/Birleşik Krallık* başvurusunda; "… *Bir ilişkinin 'aile hayatı' olarak nitelendirilip nitelendirilemeyeceğine karar verirken, çiftin… birbirlerine olan bağlılıklarını birlikte*

[898] Johnston ve Diğerleri/İrlanda, Başvuru No: 9697/82, 18.12.1986, § 56.
[899] Usta'ya göre, AİHM, *de facto* bir ilişkiyi Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirirken; "birlikte yaşama", "ilişkinin uzunluğu" ve "çocuk sahibi olarak ya da başka yollarla birlikteliklerini kanıtlama" ölçütlerine başvurmaktadır. Bkz. Usta, "Aile Hayatına Saygı", 1576.
[900] Bkz. Berrehab/Hollanda, Başvuru No: 10730/84, 21.06.1988, § 153.
[901] Bkz. Berrehab/Hollanda, Başvuru No: 10730/84, 21.06.1988, § 153.

çocuk sahibi olarak veya başka bir şekilde gösterip göstermedikleri de dahil olmak üzere bir dizi faktör söz konusu olabilir…"[902] şeklinde tespit ve değerlendirmelerde bulunarak çiftlerin birbirlerine bağlılıkları konusunda sınırlayıcı bir yaklaşım sergilemediğini ifade etmiştir. Söz konusu kararda da ifade edildiği üzere, çocuk sahibi olmak, bir ilişkinin "aile hayatı" olarak kabul edilmesi noktasında önemli bir faktördür. Ancak söz konusu çocuğun çiftler arasındaki duygusal bağlılık sonucunda mı yoksa gündelik ilişki sonucunda mı dünyaya geldiği ve eşlerin birbirlerine ve çocuğa karşı nasıl bir tavır takındıkları hususu da değerlendirmeye tabi tutulacaktır.

Mahkeme yapmış olduğu özerk yorumla bir ilişkiyi "aile hayatı" kapsamında değerlendirirse bu değerlendirme bazı sonuçları da beraberinde getirecektir. Diğer bir ifadeyle "aile hayatı"na bağlanan bazı hukuki sonuçlar ve teminatlar bulunmaktadır. Yine bu kapsamda söz konusu ilişkiye yönelik olarak sözleşmeci devletlerin negatif ve pozitif yükümlülükleri gündeme gelecektir. Dolayısıyla bir ilişkinin "aile hayatı" kapsamında kalıp kalmadığını tespit etmek son derece önemlidir.

Bu doğrultuda, bir sonraki başlıkta aile hayatına saygı hakkının teminatları ve devletlerin bu konudaki yükümlülükleri konusu ele alınacaktır.

C. Aile Hayatına Saygı Hakkının Teminatları ve Devletlerin Yükümlülükleri

1. Aile Hayatına Saygı Hakkının Teminatları

a. Aile Hayatının Mahremiyetine (Gizliliğine) Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı

(1) Genel Olarak

"Aile hayatına saygı hakkı" denilince akla ilk olarak aile hayatının mahremiyetinin (gizliliğinin) ihlal edilmemesi ve ayrıca korunması gelmektedir.[903] Her ne kadar aile hayatına saygı hakkının aşağıda diğer başlıklarda ayrıntılı bir şekilde açıklayacağımız üzere birçok boyutu ve norm alanı bulunsa da "mahremiyet" bu hakkın önemli bir boyutunu teşkil etmektedir. Nitekim Birleşmiş Milletler Kişisel ve Siyasal Haklar Uluslararası Sözleşmesi'nin diğer haklarla birlikte aile hayatını da güvence altına

[902] X, Y ve Z/Birleşik Krallık, Başvuru No: 21830/93, 22.04.1997, § 36.
[903] Nitekim geçmişte mahremiyet önce "aile hayatı" ile birlikte anılan bir kavram olmuştur. Friedman, *Private Lives*, 146-147.

alan 17. maddesinin başlığı "mahremiyet hakkı" şeklindedir.[904] Anayasamızın 20. maddesinde de öncelikle AİHS'nin 8. maddesine paralel şekilde; "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*" hükmüne yer verilmiş, söz konusu hükmün devamında ise "*Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.*" denilerek, aile hayatının mahremiyetinin önemi vurgulanmıştır.

Arapça bir kelime olan ve kökeni haram kelimesine dayanan mahremiyet, kadın-erkek ilişkilerinde özel bir anlam kazanmış ve "gizlilik" yerine kullanılmıştır.[905] Gizli ya da mahrem kelimesinin İngilizce karşılığı olan "private" kelimesi, Latince *privatus* sıfatından türemiştir ve anlam olarak "*aleni olmamayı, herkes tarafından bilinmeye karşı kapalı olmayı, uzak kalmayı*" içermektedir.[906] Bu nedenle mahremiyet kelimesinin Arapça ve Latince kökenlerinin birbirine yakın anlamlar taşıdığı görülmektedir.

Aile hayatının mahremiyeti, hem aile içi etkileşime ve mekân olarak haneye hem de ailenin kendi içinde rol dağılımı bağlamında iç mahremiyet ilişkilerine atıfta bulunmaktadır.[907] Bu nedenle mahremiyet, aile hayatının içindeki ve dışındaki sınırları ve mesafeleri belirlemektedir.[908]

---

[904] Söz konusu maddeye göre; "*1. Hiç kimsenin özel ve aile yaşamına, konutuna veya haberleşmesine keyfi veya hukuka aykırı olarak müdahale edilemez; onuru veya itibarı hukuka aykırı saldırılara maruz bırakılamaz.*
2. Herkes bu tür saldırılara veya müdahalelere karşı hukuk tarafından korunma hakkına sahiptir." Bkz. https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf, (E.T. 15.07.2025). İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi'nin 12. maddesinde de benzer şekilde; "*Hiç kimse özel hayatı, ailesi, meskeni veya yazışması hususlarında keyfi karışmalara, şeref ve şöhretine karşı tecavüzlere maruz bırakılamaz. Herkesin bu karışma ve tecavüzlere karşı kanun ile korunmaya hakkı vardır*." hükmüne yer verilmiş, bununla birlikte Beyannamedeki maddeler başlıklandırılmamıştır. Sadece madde numarasına yer verilmiştir.

[905] Yusuf Bahri Gündoğdu, "Mahremiyet Eğitiminin Temeli İnsanlık Şerefi: Ailenin Mesuliyetleri", *Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, 7/2 (2017): 388; Enes Kılıç, "Aile ve Din Bağlamında Kurandaki Mahremiyet Tasavvuru", *Journal of Analytic Divinity*, 2/1 (2018): 63. Türk Dil Kurumu Sözlüğü'nde de mahremiyet kelimesinin "gizlilik" anlamına geldiği belirtilmektedir. Bkz. https://sozluk.gov.tr/, (E.T. 10.03.2026).

[906] Bkz. Turhan Yörükkan, "Bir İlişki Düzenleme Süreci Olarak Mahremiyet", *TİSK Akademi*, 3/6 (2008): 129.

[907] Mahmut Hakkı Akın, "Ailede Mahremiyet", içinde *Tüm Yönleriyle Mahremiyet*, ed. H. Şule Albayrak, (Ankara: T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 2022), 389.

[908] Mahmut Hakkı Akın, "Ailede Mahremiyet", 389.

Mahremiyet; "*üçüncü kişilerin merak alanı dışında tutulan varlık ortamı olup her bireyin kişisel, ilişkisel ve ailesel yaşam alanına dışarıdan müdahaleye (dış ve yabancı girişe) karşı gizlilik*" şeklinde tanımlanmaktadır.[909]

Tarihsel olarak bakıldığında, mahremiyet öncelikle "aile hayatı" ile birlikte anılan bir kavram olmuştur. Ancak bireyselliğin öne çıkması ile birlikte bu kavram daha çok özel hayat ile özdeşleşmiştir.[910] Ayrıca aile hayatına saygı bakımından mahremiyet çoğunlukla, kişinin ailesiyle birlikte gizlilik ve güvenlik içinde serbestçe yaşadığı ve zamanının önemli bir bölümünü geçirdiği alan olan konutlarda gündeme gelmektedir. Bu nedenle mahremiyet sadece aile hayatına saygı hakkının teminatlarından birisi değildir; aynı zamanda özel hayata saygı hakkının ve konuta saygı hakkının teminatlarından birisi olup bu üç hakkın kesişim kümesinde yer almaktadır.

Bu doğrultuda, aşağıda ayrıntılı bir şekilde açıklayacağımız üzere; yalnız kalma hakkının, ebeveyn olma hakkının ve aile içi faaliyetlerin gizliliği ilkesinin aile hayatının mahremiyeti kapsamında kaldığını, ayrıca eşlerin cinsel tercihlerinin aile hayatının mahremiyeti gereği boşanma davalarında kusur dağılımına konu edilmemesi gerektiğini söyleyebiliriz. Yine "aile hayatının mahremiyeti" ile başka bir hakkın çatışması durumunda çoğu kez aile hayatının mahremiyetinin üstün tutulduğunu da belirtmek isteriz.

(2) Yalnız Kalma Hakkı

Aile hayatının mahremiyeti öncelikle, aile üyelerinin dışarıdan gelecek müdahalelerden ari bir şekilde ilişkilerini sürdürebilmelerini ifade eder. Bu kapsamda aile üyelerinin, devlet ve üçüncü kişiler tarafından gelen müdahalelere karşı korunması, yani ailenin kendi hayat alanı içinde rahat bırakılması gerekmektedir.[911]

Bu hakkın kâmil manada sağlanabilmesi için devletin aile hayatının mahremiyetine saygı duyması ve bu alana müdahale etmemesi gerekir. Devletin bu alana müdahalesi sadece pozitif yönde olabilir. Yani devlet, üçüncü kişilere karşı bu alanı

[909] İbrahim Ö. Kaboğlu, *Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı)* (İstanbul, Afa Yayınevi, 1998), 167.
[910] Friedman, *Private Lives*, 146-147.
[911] Bilge Öztan, *Aile Hukuku* (Ankara: Turhan Kitabevi, 2004), 9.

koruyarak, aile bağlarının güçlendirilmesi ve aile içi mutluluğun arttırılması yönünde düzenlemeler yaparak "pozitif" anlamda bu alana müdahale edebilir.[912]

Mahremiyetin en önemli unsurlarından birisi cinselliktir. Daha öncesinde de ifade ettiğimiz üzere[913] aile, kadın ve erkeğin cinsel arzularının doğal ve meşru yoldan tatmin edildiği bir kurumdur. Bu kapsamda aile içi mahremiyet, eşlerin evlilik birliği içinde yaşamış oldukları cinsel tecrübelerinin başta devlet olmak üzere herkese karşı korunmasını gerektirir. Örneğin; Griswold v. Connecticut[914] kararına konu olayda Amerikan Federal Yüksek Mahkemesi, Connecticut eyaletinin 1879 yılında çıkarmış olduğu bir kanun[915] ile evli çiftler arasında doğum kontrolünü yasaklamasının (söz konusu kanun gebeliği önleme amacıyla herhangi bir ilaç, tıbbi madde veya araç kullanılması yasaklıyordu) Anayasaya uygunluğunu ele almıştır. Mahkeme, aile hayatının Anayasa tarafından güvence altına alındığını, bu alanın kutsal bir alan olduğunu[916] ve her türlü müdahaleye karşı korunduğunu belirterek söz konusu kanunun aile hayatına saygı hakkını (aile mahremiyetini) ihlal ettiğine karar vermiştir.[917]

Bununla birlikte mahremiyet ilkesi, eşler arasındaki bütün cinsel ilişkilerin korunacağı ve bu ilişkilere müdahale edilemeyeceği anlamına gelmez. Diğer bir ifadeyle bu ilke mutlak koruma sağlamaz. Her ne kadar geçmişte, evlilikle birlikte kadının cinsel ilişki konusunda kocasına her zaman rızası olduğu, bir eşin diğer eşi cebren cinsel ilişkiye zorlayabileceği şeklinde bir anlayış[918] bulunmuş olsa da günümüzde bu anlayış geçerliliğini yitirmiştir. Artık günümüzde, eşlerden birisinin cinsel ilişkiye "hayır" deme hakkının olduğu kabul edilmektedir.[919] Nitekim ülkemizde de 765 sayılı eski Türk Ceza

---

[912] William Sharp M'Kechnie, *The State & the İndividual: An İntroduction to Political Science, With Special Reference to Socialistic and İndividualistic Theories*, (Glasgow: James MacLehose and Sons Publisher to the University, 1896), 351.
[913] Bkz. II. Bölüm, I, C, 1. "a. Cinsel Arzuların Meşru ve Doğal Yoldan Tatmini" Başlığı.
[914] Bkz. https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep381/usrep381479/usrep381479.pdf, (E.T. 20.02.2025).
[915] Little Comstock Act.
[916] Yargıç Douglas'ın; "… *uğraştığımız konu, yani aile hayatına saygı hakkı; Bill of Rights'dan, ABD'nin siyasi partilerinden, okul sisteminden daha eskidir. Evlilik iyi günde ve kötü günde, mutlulukta ve üzüntüde bir arada olmayı gerektiren kutsal bir birlikteliktir*" şeklindeki ifadeleri, kanaatimizce aile hayatına saygı hakkının önemini vurgulaması bakımından değerlidir. Bkz. https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep381/usrep381479/usrep381479.pdf, (E.T. 20.02.2025).
[917] Griswold v. Connecticut, 381 U.S. 479, 486. Kararın tam metni için bkz. https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep381/usrep381479/usrep381479.pdf, (E.T. 20.02.2025).
[918] "*Marital rape doctrine/exemptions*" şeklinde de adlandırılan bu anlayışa göre eşler arasındaki "tecavüz" hukuka aykırı bir davranış olarak değerlendirilmiyordu. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Catharine A. MacKinnon, *Sex Equality: Family Law*, (New York, Foundation Press, 2001), 856.
[919] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 55.

Kanunu (TCK)'nda aile (evlilik) içi tecavüz suç olarak düzenlenmemişti. Sadece eski TCK'nın 478. maddesi kapsamında,[920] eşle cinsel ilişkinin doğal olmayan yollarla gerçekleşmesi halinde bu eylem "aile efradına karşı fena muamele" olarak kabul edilmekteydi.[921] 5237 sayılı yürürlükteki TCK'da ise eşe karşı cinsel saldırı suç olarak düzenlenmiştir. Ancak bu suçun soruşturması ve kovuşturması mağdur eşin "şikâyetine" bağlıdır.[922]

(3) Ebeveyn Olma Hakkı

Evlenme ve aile kurmanın amaçlarından birisi de çocuk sahibi olma isteğidir. Aynı zamanda bu durum ailenin biyolojik işlevlerinden birisidir.[923] Bu hakkın güvence altına alınması için rıza dışı kısırlaştırma ceza kanunlarında suç olarak düzenlenmektedir.[924]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; bir çiftin tıbbi yardımla üremeden faydalanması, aile hayatının bir ifadesi olarak 8. maddenin kapsamına girer.[925] Bununla birlikte Mahkeme, ahlaki değerlendirmelere ve toplumsal kabul edilebilirliğe dayanan endişelerin üremeye yardımcı tedavi yöntemleri gibi hassas bir alanda ciddiye alınması

---

[920] Söz konusu maddeye göre; "*Yukarıki maddede beyan olunan haller haricinde ailesiyle birlikte yaşayan on iki yaşından aşağı bir çocuğa veya aile efradından birine rahim ve şefkatle kabili telif olmıyacak surette fena muamelelerde bulunan şahıs otuz aya kadar hapsolunur.*

Bu fena muamele neseben ve sıhren usul ve fürudan biri aleyhine vakı olursa ceza üç aydan üç seneye kadardır.

Bu muameleyi karı kocadan biri öbürü aleyhine yapmış ise takibat icrası mutazarrırın şikayetine bağlıdır. Mutazarrır küçük ise evlenmeden evvel üzerine hakkı velayet veya vesayeti olanlar da şikayette bulunabilir."

[921] Esasında 765 sayılı eski TCK'nın 416. maddesinde yer alan "Irza Geçme" suçunun karı-koca arasında gerçekleşmesi halinde ceza bağışıklığına ilişkin bir hüküm olmamasına rağmen, aile hayatına saygı kapsamında, kocanın bu suçun faili olamayacağı yönünde görüş vardı. Bkz. Nur Centel, "Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım", içinde İnsan Hakları Hukuku ve Kadın (Türkiye'de Kadın Sorunları Paneli), (İstanbul: Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2003), 80.

[922] 5237 sayılı TCK'nın "Cinsel saldırı" başlıklı 102. maddesine göre; "*(1) Cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlâl eden kişi, mağdurun şikâyeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması hâlinde iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası verilir.*

(2) Fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur. Bu fiilin eşe karşı işlenmesi hâlinde, soruşturma ve kovuşturmanın yapılması mağdurun şikâyetine bağlıdır."

[923] Bkz. II. Bölüm, I, C, 1. "b. Neslin Devamı" Başlığı.

[924] Nitekim ülkemizde de 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "Kısırlaştırma" başlıklı 101. maddesinde şu hükme yer verilmiştir: "*(1) Bir erkek veya kadını rızası olmaksızın kısırlaştıran kimse, üç yıldan altı yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Fiil, kısırlaştırma işlemi yapma yetkisi olmayan bir kimse tarafından yapılırsa, ceza üçte bir oranında artırılır.*

(2) Rızaya dayalı olsa bile, kısırlaştırma fiilinin yetkili olmayan bir kişi tarafından işlenmesi halinde, bir yıldan üç yıla kadar hapis cezasına hükmolunur."

[925] Bkz. S.H. ve Diğerleri/Avusturya, Başvuru No: 57813/00, 03.11.2011, § 82.

gerektiğini düşünmekte ve bu konuda devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır.[926] Diğer bir ifadeyle sözleşmeci devletler, tüp bebek (*in vitro fertilizasyon*), sperm veya yumurta donasyonu,[927] embriyo transferi, taşıyıcı annelik gibi yöntemleri mevzuatlarında düzenleme konusunda geniş bir takdir yetkisine sahiptirler. Fakat Mahkeme bu konuda devletlerin sınırsız bir takdir yetkisinin olmadığını belirtmekte ve meşru menfaatlerin de dikkate alınması gerektiğini ifade etmektedir.[928]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, sözleşmeye taraf devletler üremeye yardımcı tedavi yöntemlerine ulusal hukuklarında izin vermek zorunda değillerdir.[929] Fakat üremeye yardımcı tedavi yöntemleri ile başka bir ülkede doğan çocuğun, annesi ve babası ile hukuki bağını kuracak yasal düzenlemeleri yapmaları gerekmektedir. Örneğin; Mennesson/Fransa başvurusuna konu olan olayda, Fransa Devleti'nin vatandaşı olan ve aynı zamanda karı-koca olan Bay Dominique Mennesson (birinci başvurucu) ile Bayan Sylvie Mennesson (ikinci başvurucu) çocuk sahibi olamamışlardır. Çiftin çocuk sahibi olamamasının sebebi ikinci başvurucunun kısır olmasından kaynaklanmıştır. Başvurucular kendi üreme hücreleri ile gerçekleştirdikleri tüp bebek denemelerinin başarısızlıkla sonuçlanması üzerine "taşıyıcı annelik"[930] yoluyla çocuk sahibi olmaya karar vermişlerdir. Bunun için, bu yöntemlerin kanun ile düzenlendiği Kaliforniya'ya (ABD'ye) gitmişler ve taşıyıcı annelik yöntemi için bir anlaşma imzalamışlardır. Bu anlaşmaya göre kocanın üreme hücresi ile bağış yapılmış bir yumurtanın döllenmesi sonucu elde edilen embriyonlar taşıyıcı annenin rahmine yerleştirilecek, başvurucular taşıyıcı annenin masraflarını karşılayacak ve taşıyıcı annenin dünyaya getirmiş olduğu çocuğun anne ve babası başvurucular olacaktır.

---

[926] Bkz. S.H. ve Diğerleri/Avusturya, Başvuru No: 57813/00, 03.11.2011, § 100.

[927] Tüp bebek tedavisinde yumurta dölleme işlemi için başka bir erkeğe ait sperm hücrelerinin kullanılmasına sperm donasyonu adı verilmektedir. Bkz. https://ivoxtupbebekmerkezi.com/sperm-donasyonu-nedir-neden-yapilir/, (E.T. 16.07.2025). Yumurta donasyonu ise bir kadının yumurtalarını başka bir kadının hamile kalması için bağışlaması anlamına gelir. Bu işlemde, bir vericiden (donör) toplanan yumurtalar, donasyon amaçlı başvuran çiftin erkek partnerinden alınan spermlerle laboratuvar ortamında döllenir ve gelişen embriyolar kadın partnere transfer edilir. Bkz. https://kolanbritishivfcenter.com/yumurta-donasyonu/#:~:text=Yumurta%20donasyonu%2C%20bir%20kad%C4%B1n%C4%B1n%20yumurtalar%C4%B1n%C4%B1,embriyolar%20kad%C4%B1n%20partnere%20transfer%20edilir (E.T. 16.07.2025).

[928] Bkz. S.H. ve Diğerleri/Avusturya, Başvuru No: 57813/00, 03.11.2011, § 100.

[929] Mennesson/Fransa, Başvuru No: 65192/11, 26.06.2014, § 63.

[930] Taşıyıcı annelikte, eşlerden alınan yumurta ve sperm ile döllenen embriyo başka bir kadının rahmine yerleştirilir ve kadının doğumu beklenir. Sonrasında bebek genetik ailesine teslim edilir. Ayrıntılı bilgi için bkz. Hazal Ungan Çalışkan, "Bırakınız Taşısınlar", 489-509.

1 Mart 2000 tarihinde taşıyıcı annenin gebeliğinin ikiz hamilelik olduğu tespit edilmiştir. 14 Temmuz 2000 tarihinde, başvurucular ile taşıyıcı anne Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'ne müracaatta bulunmuştur. Kaliforniya Yüksek Mahkemesi, dört ay içerisinde gerçekleşecek doğum sonrasında dünyaya gelecek olan çocukların biyolojik babasının birinci başvurucu, yasal annesinin ise ikinci başvurucu olacağına resmi olarak karar vermiştir. Kararda aynı zamanda doğum belgesinde yer alacak ifadeler de belirtilmiştir. Buna göre başvurucular doğum belgesinde "anne" ve "baba" olarak kaydedileceklerdir.

İkizler 25 Ekim 2000 tarihinde dünyaya gelmişlerdir. Doğum belgeleri yukarıda belirtildiği şekilde hazırlanmıştır. 2000 yılının Kasım ayında birinci başvurucu Los Angeles Fransız Konsolosluğu'na gitmiş ve ikizlerin doğum belgelerinin Fransız nüfus kütüğüne kaydedilmesini istemiştir. Birinci başvurucu aynı zamanda çocuklar ile birlikte Fransa'ya dönebilmeleri için pasaportuna gerekli işlemlerin yapılmasını da talep etmiştir. Ancak Konsolosluk yetkilileri, birinci başvurucunun bu taleplerini ikinci başvurucunun doğum yaptığını ispat edememesi nedeniyle reddetmişlerdir.[931]

İlgili tarihte Fransa'da taşıyıcı annelik yasaktır. Bu nedenle Fransa makamları ve yargı organları, Kaliforniya Yüksek Mahkemesi'nin vermiş olduğu kararı tanımamışlardır.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi söz konusu olaya ilişkin yapmış olduğu inceleme neticesinde; Fransa'nın tutumunun "çocuğun üstün yararı" ilkesine uygun olmadığını, çocukların belirsizlikle karşı karşıya kaldığını ve mevcut durumdan çocukların olumsuz etkileneceğini belirterek en azından çocukların biyolojik babası olan başvurucu ile çocuklar arasında soybağının kurulması gerektiğine karar vermiştir.[932]

---

[931] Mennesson/Fransa, Başvuru No: 65192/11, 26.06.2014, § 1-12.

[932] *"… Fransa'nın, vatandaşlarının, kendi ülkesinde yasakladığı bir üreme yöntemine başvurmaları konusunda cesaretlerini kırmak istemesi anlaşılabilir. Ancak, bu şekilde dünyaya gelmiş çocuklar ile onları sahiplenen ebeveynler arasındaki bağın Fransız hukukunda tanınmıyor olmasının sonuçları sadece yasak olan bu yöntemi seçtikleri için Fransız yetkililer tarafından suçlanan ebeveynlerin üzerinde görülmemektedir. Bu durum çocukları da etkilemektedir… Bu inceleme, olayda olduğu gibi çocukları sahiplenen ebeveynlerden birinin çocukların biyolojik ebeveyni olması durumunda özel bir boyut kazanmaktadır. Her birinin kimliğinin bir unsuru olan soybağının önemi bakımından, çocukla ebeveyn arasındaki bağın biyolojik gerçekliğine ve bu kişilerin bu bağın tam olarak tanındığını ileri sürüyor olmalarına rağmen bu tarz bir hukuksal bağdan çocuğun mahrum edilmesinin onun yüksek menfaatiyle uyumlu olduğu ileri sürülemez… Mahkeme … iç hukukta, çocuklar ile biyolojik babaları arasında soybağının kurulması gibi bu bağın tanınmasının da engellenmiş olmasından dolayı davalı devletin kendisine tanınan takdir yetkisinin sınırını aştığını kabul etmiştir*…" Bkz. Mennesson/Fransa, Başvuru No:

Mahkeme, 2019 yılında açıklamış olduğu danışma görüşünde ise sadece biyolojik baba bakımından değil aynı zamanda biyolojik babanın eşi olan anne adayı bakımından da ulusal hukukun ebeveyn-çocuk ilişkisini tanıması gerektiğini ifade etmiştir.[933] Dolayısıyla AİHM'ye göre, ulusal hukukun sadece çocuğun biyolojik ebeveynini tanıması yeterli değildir; aynı zamanda çocuğun dünyaya gelmesine biyolojik olarak herhangi bir katkıda bulunamayan fakat çocuğu sahiplenen ebeveyn ile çocuk arasında da aile bağı kurulmalıdır. Bu bağın nasıl kurulacağı (tanıma, evlat edinme vs.) konusundaki araçları seçme noktasında sözleşmeci devletlerin geniş bir takdir yetkisi vardır.[934]

Bu başlık altında kısaca "kürtaj" meselesinden de bahsetmek istiyoruz. Çünkü eşler ebeveyn olmayı arzu edebilecekleri gibi "ebeveyn olmamayı", diğer bir ifadeyle gebeliği sonlandırmayı da isteyebilirler. Ancak bu konu birden fazla hakkın karşı karşıya geldiği "hassas" bir alandır. Çünkü ceninin "yaşam hakkı", babanın "aile hayatına saygı hakkı" ve annenin "özel hayatına saygı hakkı" genellikle birbiriyle çatışmaktadır. Hassas bir konu olması ve birden fazla hakkın gündeme gelmesi nedeniyle AİHM, kürtajla ilgili konularda sözleşmeye taraf devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır.

Daha öncesinde değindiğimiz üzere[935] AİHM, *yaşamın ne zaman başlayacağı* konusu ile ilgili olarak özerk bir yaklaşım benimsememektedir.[936] Diğer bir ifadeyle Mahkeme, yaşam hakkının kapsamı noktasında özerk yorum yapmamaktadır.[937] Çünkü yaşam hakkının, "ovum evresi"[938] ile yani ana rahmine düşülmesi anında ya da hemen sonrasında başladığının kabul edilmesi durumunda, doğmamış bir canlının dahi yaşam hakkı AİHS'nin 2. maddesi kapsamında korunacak ve yaşam hakkı neredeyse *mutlak* bir

65192/11, 26.06.2014, § 99-100. Aynı yönde verilen bir diğer karar için bkz. Bouvet/Fransa, Başvuru No: 9063/14; 10410/14, 21.07.2016 (Nihai Karar Tarihi: 21.10.2016), § 55-58.

933 Bkz. "Yurtdışında taşıyıcı gebelik anlaşması ile doğan bir çocuk ile müstakbel annesi arasındaki yasal ebeveyn-çocuk ilişkisinin ulusal hukukta tanınmasına ilişkin danışma görüşü [BD]", 10.04.2019. https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380431-8364345 (E.T. 17.07.2025). Ayrıca "danışma görüşü"ne ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Hakan Kolçak ve Ünal Gençtürk, "Danışma Görüşü Başvurusu: İHAS'a Ek 16 Nolu Protokol Üzerine Kapsamlı Bir Değerlendirme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30/3 (2022): 1627-1669.

934 Bkz. "Yurtdışında taşıyıcı gebelik anlaşması ile doğan bir çocuk ile müstakbel annesi arasındaki yasal ebeveyn-çocuk ilişkisinin ulusal hukukta tanınmasına ilişkin danışma görüşü [BD]", 10.04.2019, § 51. https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380431-8364345 (E.T. 17.07.2025).

935 Bkz. 1. Bölüm, III, B, 4, b. "(1) Yaşam Hakkı" Başlığı.

936 Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 296.

937 Gerards, *General Principles of the European*, 71.

938 "*Döllenmeden sonraki ilk 2 haftaya ovum (dölüt) evresi denir. Sperm tarafından döllenen yumurta hücresi hızla bölünerek çoğalmaya başlar. Bu olay, hücrelerin değişerek vücut dokularını ve organlarını oluşturmasındaki ilk aşamadır.*" Bkz. https://www.cocukludunya.com/uzman-yazilari/hamilelikte-ay-ay-bebek-gelisimi.html (E.T. 15.07.2023).

güvenceye kavuşacaktır. Bu durumda da hangi sebeple olursa olsun bir devletin kürtaja yasal olarak izin vermesi Sözleşme ile bağdaşmayacaktır. Tam aksine yaşamın *doğum* ile başladığının kabul edilmesi durumunda ise bütün kürtaj uygulamaları AİHS'nin 2. maddesinin koruması dışında kalacak ve doğmamış çocukların *yaşam hakları* hiçbir şekilde korunamayacaktır. Dolayısıyla *yaşam hakkının* özerk ve yeknesak bir şekilde yorumlanması, Mahkeme'yi zor ve tartışmalı bir seçimle baş başa bırakacaktır. Nitekim Mahkeme *Vo/Fransa* başvurusunda[939] ve *Evans/Birleşik Krallık* başvurusunda[940] özerk yorum yapmayı reddederek bu seçimi yapmak zorunda kalmaktan bilinçli olarak kaçınmıştır.

Diğer taraftan Mahkeme, kürtaj konusunda annenin "özel hayatına saygı hakkı"nın babanın "aile hayatına saygı hakkı"na üstün tutulması gerektiği düşüncesindedir. AİHM; hamileliğin devam ettirilmesi ya da sonlandırılması tercihinin öncelikle hamile kadının kendi meselesi olduğunu; bu nedenle de kadının hamileliği sonlandırma konusundaki tercihinin onun özel hayatına saygı hakkı kapsamında kaldığını, bu hak ile potansiyel babanın aile hayatına saygı hakkı kıyaslandığında,

---

939 *"… Günümüz koşulları ışığında yorumlanması gereken yaşayan bir belge olan Sözleşme'nin evrimsel yorumuna rağmen, yaşam hakkının ne zaman başladığı meselesinin, Mahkeme'nin genel olarak devletlerin bu alanda sahip olması gerektiğini düşündüğü takdir marjına girdiği sonucuna varılmaktadır (bkz. 25 Nisan 1978 tarihli Tyrer/Birleşik Krallık kararı, Seri A no. 26, s. 15-16, § 31 ve müteakip içtihat). Bu sonuca varılmasının nedenleri, ilk olarak, bu tür bir koruma konusunun sözleşmeci devletlerin çoğunda, özellikle de tartışma konusu olduğu Fransa'da çözülmemiş olması ve ikinci olarak, yaşamın başlangıcının bilimsel ve yasal tanımı konusunda Avrupa'da bir fikir birliği bulunmamasıdır… En iyi ihtimalle, embriyonun/fetüsün insan ırkına ait olduğu devletler arasında ortak bir zemin olarak kabul edilebilir. Bu varlığın potansiyeli ve kişi olma kapasitesi - üstelik Fransa gibi birçok Devlette miras ve hediye bağlamında ve Birleşik Krallık'ta medeni hukuk kapsamında korumadan yararlanmaktadır… Yukarıda belirtilenleri göz önünde bulunduran Mahkeme, doğmamış çocuğun Sözleşme'nin 2. maddesinin (Fransızca metinde 'personne') amaçları doğrultusunda bir kişi olup olmadığı sorusuna soyut olarak cevap vermenin ne arzu edilir ne de mümkün olduğuna ikna olmuştur. Mevcut davayla ilgili olarak, başvuranın hamileliğinin aniden sona ermesinin 2. madde kapsamına girip girmediğini incelemenin gereksiz olduğunu düşünmektedir…*" Bkz. Vo/Fransa, Başvuru No: 53924/00, 08.07.2004, § 82-85.

940 "*… Başvuran, J'nin embriyonların saklanmasına ilişkin rızasını geri çekmesi üzerine embriyonların imha edilmesini gerektiren İngiliz hukuku hükümlerinin, Sözleşme'nin 2. maddesine aykırı olduğunu belirterek yaşam hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür… Mahkeme, Vo/Fransa [BD], no. 53924/00, § 82, ECHR 2004-..., kararında, yaşamın başlangıcının bilimsel ve hukuki tanımı konusunda Avrupa'da bir fikir birliği bulunmaması nedeniyle, yaşam hakkının ne zaman başlayacağı konusunun, devletlerin takdir marjına girdiğini belirtmiştir. İngiliz hukuku uyarınca, mevcut başvuranın davasında yerel mahkemeler tarafından açıkça belirtildiği üzere, bir embriyon bağımsız haklara veya menfaatlere sahip değildir ve 2. madde uyarınca bir yaşam hakkı talep edemez veya kendi adına talep edilemez. Dolayısıyla, mevcut davada yaşam hakkı ihlal edilmemiştir…*" Bkz. Evans/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6339/05, 07.03.2006, § 45-47. Mahkeme benzer görüşünü sonraki kararlarında da devam ettirmiştir. Örneğin *Parrillo/İtalya* başvurusunda da; "*… Sözleşme'nin 2. maddesi mevcut davada söz konusu olmadığından, insan yaşamının ne zaman başladığı gibi hassas ve tartışmalı bir sorunun burada incelenmesinin gerekli olmadığı kanaatindedir…*" şeklinde değerlendirmelerde bulunmuştur. Bkz. Parrillo/İtalya, Başvuru No: 46470/11, 27.08.2015, § 215.

annenin özel hayatına saygı hakkının daha üstün olacağını, bu yüzden babanın aile hayatına saygı hakkının, annenin kürtaj konusunda babaya danışması ya da izin istemesi gerektiği şeklinde yorumlanamayacağını ifade etmektedir.[941] Ancak daha öncesinde de belirttiğimiz üzere, kanaatimizce, tıbbi bir zorunluluk veya haklı bir mazeret olmaksızın kadının tamamen şahsi tercihiyle (keyfi olarak) gebeliği sonlandırması haklar dengesine uygun değildir. Haklı bir neden sunulmayan durumlarda babanın doğacak çocuk üzerindeki manevi bağı ve aile kurma hakkı dikkate alınarak kocanın da karar mekanizmasına dahil edilmesi, aile birliğinin korunması ve taraflar arasındaki hak dengesinin tesisi açısından daha uygundur.

(4) Aile İçi Faaliyetlerin Gizliliği İlkesi

Aile hayatının mahremiyetinin en önemli unsurlarından birisi cinsellik olmakla birlikte bu kavram cinselliğin ötesinde bir anlam zenginliğine sahiptir. Bu kapsamda aile hayatı çerçevesinde, aile içinde gerçekleşen nişanlılıktan evlenme ve boşanmaya kadar düşünülebilecek her türlü ailevi faaliyetin, aile bireylerinin rızaları dışında öğrenilmesi ve üçüncü kişilere aktarılması hukuka aykırıdır.[942] Dolayısıyla aile hayatına ilişkin faaliyetlerin öğrenilmesi kural olarak sadece ilgilinin rızası ile mümkündür.

Kural *zımni veya açık rıza haricinde aile hayatına ilişkin bilgilerin öğrenilmemesi ve üçüncü kişilere aktarılmaması* olmakla birlikte, kanaatimizce burada "kamuya mal olmuş" kişilerin aile hayatı ile "kamuya mal olmamış" kişilerin aile hayatı arasında bir ayrım yapmak gerekmektedir.[943] Çünkü kamuya mal olmuş kişiler hakkında bilgi edinmek bakımından toplumun meşru bir menfaatinin bulunduğu ve bu kişilerin aile hayatına ilişkin konuları zımni olarak kamuoyuna açtığı kabul edilmektedir.[944] Bu

---

[941] Boso/İtalya, Başvuru No: 50490/99, 05.09.2002; R.H./Norveç, Başvuru No: 17004/90, 19.05.1992; X/Birleşik Krallık, Başvuru No: 8416/79, 13.05.1980.

[942] Şen, *Özel Hayatın Gizliliği*, 226.

[943] Kamuya mal olmuş kişi; "*toplum hayatının (siyasî, sosyal, ekonomik, kültürel, sanatsal, bilimsel vb.) çeşitli alanlarında öne çıkarak toplumun ilgisini üzerlerinde toplayan ve haklarında bilgi edinmek bakımından toplumun meşru bir menfaatinin bulunduğu kişi*" olarak tanımlanabilir. Bkz. L. Müjde Kurt, "Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 66/3 (2017): 592.

[944] "*Somut olayda, ... Gazetesi'nin 24.06.2011 tarihli nüshasının ilk sayfasında 'Baba ...'in kaçamağı' başlığıyla ve aynı tarihli gazetenin Kelebek isimli ekinde 'Babası da Çok ...' başlığı altında, yine ... Gazetesi'nin 09.07.2011 tarihli nüshasının ... Ege ekinin 12. sayfasında 'Tatil Zehir Oldu' başlığı altında, davacının tatil yaptığı bayanla birlikte plaj fotoğrafları yayınlanarak verilen haberde, 'ünlü futbolcu ... ...'in babası ... ... bir kızla öpüşürken görüntülendi' şeklinde ifadelere yer verilmiştir. Davacının Real Madrid Spor Kulübünde futbol oynayan Türk asıllı Alman vatandaşı ... ...'in babası olduğu, dosyaya ibraz edilen gazete haberlerinden davacının zaman zaman oğlunun transferleri ile ilgili açıklamalarda bulunduğu, menajeri gibi davrandığı, bu nedenle kamuoyunda tanındığı ve dava konusu fotoğrafların da kamuya açık alanda çekildiği anlaşılmıştır.*

bağlamda, kamuya mal olmuş kişilerin mahremiyet hakkı, kamunun bilgi edinme hakkı karşısında mutlak bir koruma sağlamamakta; iki hakkın çatıştığı durumlarda kamusal menfaatin üstünlüğü esas alınmaktadır. Bununla birlikte söz konusu bilgilerin (haberlerin) görünen gerçekliğe uygun olması, güncel olması, bilginin verilmesinde kamu yararı (toplumsal ilgi) bulunması ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir.[945] Aksi takdirde; sadece ticari kaygılar güden, kamu yararının gerektirdiği bilginin sınırlarını aşan yahut aile hayatının mahremiyetinin özünü zedeleyen haberler "aile hayatına saygı hakkı"nı ihlal etmiş olacaktır.

Kamuya mal olmamış kişilerin aile hayatlarının kamuoyuna açılmasında ise kural olarak "kamu yararı" yoktur. Ancak Narin Güran[946] cinayetinde olduğu gibi kamuoyunun dikkatini çeken ve toplumu doğrudan ilgilendiren konularda, aile hayatına ilişkin haberlerin[947] kamuoyu ile paylaşılmasında "kamu yararı"nın bulunduğu söylenebilir.

Aile hayatının mahremiyeti, aile hukukuna ilişkin davalarda da gündeme gelmektedir. Bu kapsamda; mahremiyet ilkesinin aleni yargılanma hakkının bir istisnasını oluşturduğu ve gerekmesi halinde duruşmaların "gizli" bir şekilde yapılabileceği ileri sürülmektedir.[948]

Aile üyeleri de aile hayatının mahremiyetini ihlal etmemekle yükümlüdürler. Evlilikle birlikte eşler (örneğin; sadakat yükümlülüğü gibi) bazı yükümlülükler üstlenmektedirler. Bu doğrultuda eşlerden birisinin sadakat yükümlüğüne aykırı davranışları "özel hayatın gizliliği" içerisinde kalmaz; aksine "aile hayatının gizliliğini"

Bu kapsamda; davacının kamuya açık alanda magazin basınının ve magazin kamuoyunun ilgisini çeken birçok ünlünün tatil yaptığı yörede, kendi iradesi ile oluşturduğu ortamın basına taşınmasının sonuçlarına katlanması gerekir. Davalının internet sitesinde yayınlanan haberlerin ve resimlerin haber verme, eleştirme ve kamu oyunu bilgilendirme hakkına binaen hazırlanmış, görünen gerçekliğe uygun, güncel bir magazin haberi olduğu, haberin yayınlanmasında toplumsal ilgi bulunduğu, çatışan yararlar dengesinin davacı yararına bozulmadığı, davalı yönünden hukuka uygunluk nedenlerinin bulunduğu ve böylece davacının kişilik haklarının saldırıya uğramadığı benimsenmelidir…" Bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 20.09.2012 tarih, 2012/12110 Esas ve 2012/13185 Karar sayılı kararı.

945 Ayvaz Cebre, "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı:7 (2016): 304 vd.

946 https://www.aa.com.tr/tr/gundem/narin-guran-cinayeti-davasinda-gerekceli-karar-aciklandi/34604 34, (E.T. 25.02.2025).

947 Ancak daha önce de bahsettiğimiz üzere bu haberlerin görünen gerçekliğe uygun olması, güncel olması, bilginin verilmesinde kamu yararı (toplumsal ilgi) bulunması ve ölçülülük ilkesine aykırı olmaması gerekmektedir.

948 Karagözler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 114-116.

ihlal eder. Diğer bir ifadeyle bu durumda aile hayatının gizliliğinin önem ve önceliği vardır.[949]

Mahremiyet ilkesi, eşlerin ayrı olarak yaşadıkları veya birbirinden ayrıldıkları (boşandıkları) dönem için de geçerlidir. Eşler boşandıktan sonra, evlilik birliği içinde yaşamış oldukları cinsel tecrübeleri ve diğer mahrem bilgileri üçüncü kişilere aktarmamakla yükümlüdürler.[950]

(5) Eşlerin Birbirlerine Karşı Cinsel "Soğukluklarının" Boşanma Davalarında Kusur Dağılımına Konu Edilmesi ve Mahremiyet İlkesi

Yukarıda[951] ifade ettiğimiz üzere geçmişte, evlilikle birlikte kadının cinsel ilişki konusunda kocasına her zaman rızası olduğu, bir eşin diğer eşi cebren cinsel ilişkiye zorlayabileceği şeklinde bir anlayış bulunmuş olsa da günümüzde bu anlayış geçerliliğini yitirmiştir. Artık günümüzde, eşlerden birisinin cinsel ilişkiye "hayır" deme hakkının olduğu kabul edilmektedir. Bu anlayışın bir sonucu olarak ülkemizde eşe karşı cinsel saldırı suç olarak düzenlenmiştir.[952]

---

[949] "*… Sunulan delil, eşlerin birlikte yaşadıkları konutta, davalının bilgisi dışında koca tarafından hazırlanan bir sistemle elde edilmiştir. Yapılan bilirkişi incelemesi sonucu, (CD)'deki ses kayıtlarının, orijinal olduğu, üzerinde ekleme, çıkarma, kesinti ve kopyalama bulunmadığı tespit edilmiştir. Davalı-davacı, kayıt altına alınan konuşmaların kendisine ait olmadığına ilişkin bir iddia ileri sürmemekte, bu delilin özel hayatının gizliliği ihlal edilerek elde edildiğini belirterek karşı çıkmaktadır. Bir delilin elde edilişi, kişilerin Anayasa ile tanınmış haklarının ihlali suretiyle gerçekleşmiş ise, onun hukuka aykırı olarak elde edildiğinin kabulü gerekeceğinde duraksama bulunmamaktadır. Delilin elde edilişinde hukuka uygunluk nedenleri varsa, o zaman kanuna aykırılık ortadan kalkar. Kuşkusuz Anayasaya göre; herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz. (Anayasa m.20/1) Ancak, evlilik birliğinde eşlerin, evliliğin devamı süresince birbirlerine sadık kalmaları da yasal bir zorunluluktur. (TMK. m.185/3) Eşlerden birinin, bu alana ilişkin özel yaşamı, evlilikle bir araya geldiği ve birlikte yaşadığı hayat arkadaşı olan diğer eşi de en az kendisininki kadar yakından ilgilendirir. O nedenle, evlilikte; evlilik birliğine ilişkin yasal yükümlülükler alanı, eşlerin her birinin özel yaşam alanı olmayıp, aile yaşamı alanıdır. Bu alanla ilgili de eşlerin tek tek özel yaşamlarının değil, bütün olarak aile yaşamının gizliliği ve dokunulmazlığı önem ve öncelik taşır. Bu bakımdan evliliğin yasal yükümlülükler alanı, diğer eş için dokunulmaz değildir. Bu nedenle, eşinin sadakatinden kuşkulanan davacı-davalının, birlikte yaşadıkları her ikisinin de ortak mekanı olan konuta, eşinin bilgisi dışında ses kayıt cihazı yerleştirerek, eşinin aleni olmayan konuşmalarını kaydetmesinde bu suretle sadakat yükümlülüğü ile bağdaşmayan davranışlarını tespit etmesinde özel hayatın gizliliğinin ihlalinden söz edilemez ve hukuka aykırılık bulunduğu kabul olunamaz. Aksine, aile birliğine ilişkin ortak yaşanılan mekana davalının, meşru olmayan bir amaç için arkadaşlarını kabul etmesinde, aile hayatının gizliliğini ihlal söz konusudur…*" Bkz. Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.10.2008 tarih, 2007/17220 Esas ve 2008/13614 Karar sayılı kararı. Karara erişim için bkz. https://kararara ma.yargitay.gov.tr/, (E.T. 15.07.2025).

[950] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 56.

[951] Bkz. Bkz. 2. Bölüm, II, C. 1. a. (2) "Yalnız Kalma Hakkı" başlığı.

[952] Bkz. 5237 sayılı TCK'nın "Cinsel saldırı" başlıklı 102. Maddesi.

Ancak Yargıtay uygulamasında, haklı bir neden olmaksızın cinsel ilişkiden kaçınan eş boşanma davalarında "kusurlu" olarak kabul edilmekte ve bu eş aleyhine maddi ve manevi tazminata hükmedilmektedir. Örneğin Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 28.09.2009 tarih, 2008/12710 Esas ve 2009/16076 Karar sayılı kararında; "… *Davacının cinsel ilişkiden kaçındığına ilişkin bir delil ortaya konulamamıştır. Boşanmaya neden olan olaylarda; fiziksel bir rahatsızlığı bulunmamasına rağmen, cinsel ilişkiyi gerçekleştiremeyen davalı koca tamamen kusurludur*…" şeklindeki ifadelere yer verilerek, cinsel ilişkiden kaçınan davalı koca kusurlu bulunmuş ve davacı kadın yararına uygun miktarda maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerektiği ifade edilmiştir.[953] Benzer şekilde Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 15.12.2010 tarih, 2010/2-674 Esas ve 2010/650 Karar sayılı kararında; "… *Tarafların yedi ay birlikte yaşadıkları halde aralarında cinsel birleşmenin gerçekleşmediği, davacının halen bakire olduğu hususları dosya kapsamıyla sabittir. Taraflar hakkında düzenlenen hastane sağlık kurulu raporlarında, cinsel ilişki kurmaya engel oluşturacak fiziki, anatomik ve psikolojik bir durumun saptanamadığı belirtilmiştir. Davalının 02.04.2008 tarihli oturumdaki açıklamaları, tanık ifadeleri ve diğer kanıtlar birlikte değerlendirildiğinde, fiziki ve psikolojik herhangi bir sorunu bulunmadığı halde, cinsel birleşmeyi gerçekleştiremeyen davalının boşanmaya neden olay olaylarda tamamen kusurlu olduğu anlaşılmaktadır… O halde mahkemece, tarafların sosyal ve ekonomik durumları, tazminata esas olan fiilin ağırlığı ile hakkaniyet kuralları ... dikkate alınarak davacı kadın yararına uygun miktarda maddi ve manevi tazminata hükmedilmesi gerekir. Bu yönün dikkate alınmaması doğru görülmemiştir*…" ifadelerine yer verilmiştir.[954]

Yargıtay'ın güncel yaklaşımı da aynı doğrultudadır. Yani haklı bir neden olmaksızın cinsel ilişkiden kaçınan eş "kusurlu" kabul edilmekte ve bu eş aleyhine maddi ve manevi tazminata hükmedilmektedir.[955]

---

[953] Bkz. https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T. 21.07.2025).
[954] Bkz. https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T. 21.07.2025).
[955] "… *Evlenmenin sosyal amacı yanında, cinsel arzuları tatmin etme gayesi de vardır. Tarafların cinsel organları normal yapıda olmasına rağmen, psikolojik sebeple de olsa uzun evlilik süresi içinde cinsel ilişki kuramadıkları anlaşılmaktadır. Bu hal evlilik birliğini temelinden sarsar. Birlikte yaşanan uzun süre içinde cinsel ilişkinin başarılamamış olması karşısında eşlerde birbirine karşı haklı bir nefretin, en azından isteksizliğin doğacağı şüphesizdir. Böyle bir durumu davacı-davalı kadın açısından bir kusur olarak kabul etmek mümkün değildir. Davalı-davacı erkeğin boşanmaya neden olan olaylarda tam kusurlu olduğunun kabulü gerekir. Ne zaman gerçekleşeceği belli olmayan ve ondan sonra da devam edip etmeyeceği şüpheli bulunan cinsel yakınlaşmayı beklemek için davacı-karşı davalıyı zorlamak açık bir haksızlıktır. Bu koşullar altında davacı-karşı davalı kadından evlilik birliğini devam ettirmesi beklenemez.*

Ancak kanaatimizce Yargıtay'ın bu yaklaşımı aile hayatının mahremiyeti ilkesine uygun bir yaklaşım değildir. Çünkü öncelikle, bir hakkın negatif (*ilgili hakkı kullanmama*) ve pozitif (*ilgili hakkı kullanma*) olmak üzere iki boyutu vardır. İlgili hakkı kullanmaya zorlamak yahut kullanmamayı yaptırıma tabi tutmak o hakkın negatif boyutunu ihlal eder. Kanaatimizce, eşler arasındaki rızaya dayalı cinsi münasebetler aile hayatının mahremiyeti kapsamında kaldığı gibi eşlerden birisinin tercihi nedeniyle gerçekleşmeyen cinsi münasebetler de aile hayatının mahremiyeti kapsamında kalır. Bu kapsamda, eşlerden birisinin cinsel ilişkiye girmeme tercihini boşanma davasında "kusur" kabul etmek ve o eş aleyhine maddi ve manevi tazminata hükmetmek kanaatimizce aile hayatının mahremiyetini ihlal etmektedir. Çünkü bu yaklaşım eşleri cinsel yönden bazı davranışlarda bulunmaya zorlamakta, diğer bir ifadeyle eşlerin cinsel ilişkiye girmeme tercihlerine müdahale etmekte ve bu durumu hukuk (boşanma) davasında yaptırıma bağlamaktadır.

Diğer taraftan yargılama aşamasında, cinsel birleşmenin gerçekleşip gerçekleşmediğine ilişkin araştırmalar yapılmakta ve tarafların "kusur" tespiti bakımından eşler *fizyolojik ve psikolojik* yönden denetime tabi tutulmaktadır.[956] Böylece "kusur" oranının tespiti uğruna eşler arasında kalması gereken konular alenileşmekte ve taraflar cinsel davranışlarıyla ilgili kamu makamlarını kendi çıkarları doğrultusunda ikna etmeye çalışmaktadırlar. Bu durum kanaatimizce aile hayatının mahremiyetine uygun düşmemektedir.

Ayrıca Yargıtay'ın mevcut içtihatları doğrultusunda, bir eşin cinsel birliktelik istediği diğer eşin ise bu istediği reddettiği bir durumda; tarafların isteğinde ısrar etmesi halinde ya bir eş TCK kapsamında cinsel saldırı suçunu işlemek durumunda kalacak ya

---

Kadın dava açmakta haklıdır. Bu halde aile birliğinin temelinden sarsıldığı ... kabul edilerek kadının boşanma davasının kabulü ile boşanmaya karar verilmesi gerekirken kadının davasının yetersiz gerekçe ile reddedilmesi usul ve kanuna aykırıdır…" Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 30.04.2025 tarih, 2024/6442 Esas ve 2025/4430 Karar sayılı kararı, bkz. https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T. 21.07.2025).

[956] "*… Dosya kapsamından tarafların yaklaşık iki yıldır evli oldukları, aralarında cinsel birlikteliğin gerçekleşmediği, alınan rapor ile de kadının halen bakire olduğu anlaşılmaktadır. Her iki taraf da cinsel birlikteliğin karşı tarafça istenmediği iddiasını ileri sürülmüştür. Tarafların evli kaldıkları süre göz önüne alındığında, tarafların cinsel birlikteliğe engel olacak fizyolojik ve psikolojik bir rahatsızlığının olup olmadığı hususunda rapor alınması ve tüm delillerin değerlendirilmesi ile sonucu uyarınca kusur belirlemesi ve derecelendirmesi yapılarak bir karar verilmesi gerekirken bu husus değerlendirilmeden yazılı şekilde hüküm kurulması doğru görülmemiş ve bozmayı gerektirmiştir…*" Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 15.04.2025 tarih, 2024/7233 Esas ve 2025/3682 Karar sayılı kararı, bkz. https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T. 21.07.2025).

da diğer eş kendisine karşı açılacak boşanma davası bakımından kusurlu konumuna düşecektir.

Bununla birlikte cinsel arzularını mütemadiyen baskılamak zorunda kalan eşten evlilik birliğini sürdürmesini beklemek kanaatimizce dürüstlük kuralına uygun düşmeyecektir. Eşin istikrarlı bir şekilde cinselliğe yanaşmaması yahut gönülsüzlüğü muhatap eşi rencide edebilir ve üzebilir. Dolayısıyla cinsel arzularını tatmin edemeyen eş boşanma davası açabilir.[957] Fakat kanaatimizce bu boşanma davasında eşlerin cinsel ilişkiye girmeme tercihleri sadece "boşanma sebebi" olarak görülmeli, "kusur dağılımına" konu edilmemeli ve boşanma davasının fer'i sonuçları bakımından bu davranış dikkate alınmamalıdır.[958]

Nitekim AİHM oldukça yakın bir tarihte karara bağlamış olduğu H.W./Fransa başvurusunda; eşiyle cinsel ilişkiye girmeyi bırakan bir kadının boşanma davasında sadece bu nedenle kusurlu sayılmasını Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulmuştur. Söz konusu kararda şu değerlendirmelere yer verilmiştir: "… *Sözleşme'nin 8. maddesi öncelikle bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumayı amaçlar… Başvurucu boşanma kararının kendisinden değil, kararın gerekçesinden şikayetçidir… Evlilik içi cinsel ilişkiyi bir yükümlülük olarak görmek, aile içi cinsel şiddetin önlenmesi yönündeki devlet yükümlülükleriyle bağdaşmaz. Ceza hukukunda evlilik içi tecavüz suç olarak tanımlansa da medeni hukukta var olan bu zorlayıcı içtihat, bu ilerlemenin etkisini zayıflatmaktadır. Mahkeme, Hükümetin öne sürdüğü gibi, evliliğe rıza göstermenin gelecekteki tüm cinsel ilişkilere de rıza gösterildiği anlamına geldiğini kabul edemez. Böyle bir gerekçe, evlilik içi tecavüzün cezalandırılabilir niteliğini ortadan kaldırabilecek mahiyettedir. Bu yaklaşım, evlilik içi tecavüzün suç olarak kabul edilmesini anlamsızlaştırır. Somut olayda, cinsellik alanına müdahaleyi haklı kılacak özel bir gerekçe bulunmadığı gibi başvurucunun eşi, başka yollarla boşanma talebinde bulunabilecekken bunu yapmamıştır. Örneğin; başvurucunun eşi, evlilik bağının kalıcı olarak bozulduğunu ileri sürerek boşanma talebinde bulunma hakkına sahip olmasına rağmen bu hakkını ana talep olarak ileri sürmemiştir. Sonuç olarak Mahkeme, ulusal*

[957] Özlem Tüzüner, "Boşanma Açısından Eşle Cinsel Birliktelik Yaşa(ya)mama ve Yargıtay'ın İlgili İçtihatlarının Mukayeseli Aile Hukuku Penceresinden Eleştirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29/1 (2023): 433.
[958] Aynı yönde bkz. Özlem Tüzüner, "Cinsel Birliktelik", 416 vd.

mahkemelerin söz konusu menfaatler arasında adil bir denge kuramadığı sonucuna varmaktadır. Bu hususlar, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğinin tespiti için yeterlidir ..."[959]

(6) "Aile Hayatının Mahremiyeti" ile Başka Bir Hakkın Çatışması Durumu

Haklar arasında anayasada açıkça öngörülmediği sürece bir hiyerarşi kurmak, teorik olarak mümkün ve güvenilir değildir.[960] Her ne kadar bazı yazarlar anayasal normlar ve haklar arasında *hukuki* bir hiyerarşi olduğunu, çatışma halinde *üst* normun uygulanması gerektiğini iddia etseler de bu hiyerarşinin *hukuki* bir hiyerarşi değil; *ahlaki* veya *siyasi* bir hiyerarşi olduğu düşünülebilir.[961]

Bununla birlikte, önemine istinaden aile hayatının mahremiyetinin korunması amacıyla anayasal ve yasal güvenceler öngörülmektedir. Aile hayatı kimi zaman başka bir hak veya hürriyetin sınırlandırılması sebebi olarak karşımıza çıkmakta kimi zaman ise açıkça başka bir hakka üstün tutulmaktadır. Örneğin Anayasamızın "*Düşünceyi açıklama ve yayma hürriyeti*" başlıklı 26. maddesinde; herkesin düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahip olduğu, bu hürriyetin resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir alma ya da verme serbestliğini de kapsadığı, bununla birlikte aile hayatının korunması amacıyla söz konusu hakkın sınırlandırılabileceği ifade edilmiştir.[962] Dolayısıyla aile hayatı, düşünceyi açıklama ve yayma hürriyetinin sınırlandırma sebebi olarak öngörülmüştür.

Yine demokratik ve şeffaf yönetimin gereği olan eşitlik, tarafsızlık ve açıklık ilkelerine uygun olarak kişilerin bilgi edinme hakkını kullanmalarına ilişkin esas ve usulleri düzenleyen 4982 sayılı Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 21. maddesinin 1. fıkrasında, kişinin izin verdiği hâller hariç olmak üzere, açıklanması hâlinde kişinin aile

---

[959] Bkz. H.W./Fransa, Başvuru No: 13805/21, 23.01.2025 (Nihai Karar Tarihi: 23.04.2025), § 63-93.
[960] İsmail Köküsarı, "Hakların Çatışması ile Hakların Yatay Etkisi Arasındaki İlişki", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 41/1 (2024): 108.
[961] Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 75-76.
[962] Madde şu şekildedir: "*Herkes, düşünce ve kanaatlerini söz, yazı, resim veya başka yollarla tek başına veya toplu olarak açıklama ve yayma hakkına sahiptir. Bu hürriyet Resmî makamların müdahalesi olmaksızın haber veya fikir almak ya da vermek serbestliğini de kapsar. Bu fıkra hükmü, radyo, televizyon, sinema veya benzeri yollarla yapılan yayımların izin sistemine bağlanmasına engel değildir.*
Bu hürriyetlerin kullanılması, millî güvenlik, kamu düzeni, kamu güvenliği, Cumhuriyetin temel nitelikleri ve Devletin ülkesi ve milleti ile bölünmez bütünlüğünün korunması, suçların önlenmesi, suçluların cezalandırılması, Devlet sırrı olarak usulünce belirtilmiş bilgilerin açıklanmaması, başkalarının şöhret veya haklarının, özel ve aile hayatlarının yahut kanunun öngördüğü meslek sırlarının korunması veya yargılama görevinin gereğine uygun olarak yerine getirilmesi amaçlarıyla sınırlanabilir."

hayatına haksız müdahale oluşturacak bilgi ve belgeler, bilgi edinme hakkının kapsamı dışında tutulmuştur.[963] Dolayısıyla bilgi edinme hakkı ile aile hayatının mahremiyetinin çatışması halinde aile hayatının mahremiyeti üstün tutulacaktır. Kanaatimizce söz konusu düzenleme oldukça önemlidir ve yerindedir. Aksi takdirde bilgi edinme hakkı ile aile hayatının mahremiyetinin çatışması halinde haklar arasında denge kurulması gerekecekti.

Belirtmek isteriz ki, gerek Anayasanın 26. maddesinde gerekse de Bilgi Edinme Hakkı Kanunu'nun 21. maddesinde her ne kadar genel bir ifade ile "aile hayatı" kavramı kullanılmış olsa da bu kavram ile öncelikle aile hayatının mahremiyetinin (gizliliğinin) güvence altına alınmaya çalışıldığı kanaatindeyiz.

Anayasamızın 20. maddesinin 1. fıkrasında aile hayatının gizliliğine dokunulamayacağı açıkça ifade edilmiş, bu hakkın istisnası olarak ise 20. maddenin 2. fıkrasında arama ve el koyma işlemlerinden bahsedilmiştir. Ancak aile hayatının mahremiyetinin gerçekleştiği temel alan olan konutlar 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nda özel bir düzenlemeye tabi tutulmuştur.[964] Bu kapsamda kural olarak, konutta gece vakti arama yapılamayacağı (md. 118/1), kolluk amirinin yazılı emri ile kolluk görevlilerinin konutta arama yapamayacağı, konutta arama yapılabilmesi için hâkim kararının veya gecikmesinde sakınca bulunan hallerde Cumhuriyet savcısının yazılı

---

[963] Madde metni şu şekildedir: "*Kişinin izin verdiği hâller saklı kalmak üzere, özel hayatın gizliliği kapsamında, açıklanması hâlinde kişinin sağlık bilgileri ile özel ve aile hayatına, şeref ve haysiyetine, meslekî ve ekonomik değerlerine haksız müdahale oluşturacak bilgi veya belgeler, bilgi edinme hakkı kapsamı dışındadır.*
Kamu yararının gerektirdiği hâllerde, kişisel bilgi veya belgeler, kurum ve kuruluşlar tarafından, ilgili kişiye en az yedi gün önceden haber verilerek yazılı rızası alınmak koşuluyla açıklanabilir." Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ayhan Döner, *Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları*, (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010), 254 vd.

[964] Nitekim söz konusu kanun tasarısıyla ilgili Adalet Komisyonu raporunda şu ifadelere yer verilmiştir: "*… Her demokratik hukuk devletinde fertlere, maddî ve manevî varlıklarını istedikleri gibi geliştirip şekillendirebilecekleri hür bir 'hayat alanı' tanınır. Devletin müdahalesinden korunmuş bulunan ve 'bireyin küçük dünyası' olarak anılabilecek olan bu alan temel hak ve hürriyetler ve ülkenin siyasî rejimi bakımından hassas bir göstergedir. Bu küçük dünyamız ne kadar geniş ise, ülkede mevcut olan siyasî rejim o kadar hürriyetçi ve demokratik; ne kadar dar ise, o kadar baskıcı ve otoritedir. Anayasa m. 20, 21 ve 22'de, İnsan Hakları Evrensel Beyannamesi m.12, İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi m.8'de, fertlerin devletin müdahalelerinden korunmuş hür bir alana sahip bulundukları açıkça ifade edilmiştir. Anayasamıza göre, herkes özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz (m. 20); kimsenin konutuna dokunulamaz (m. 21); herkes haberleşme hürriyetine sahiptir, haberleşmenin gizliliği esastır (m. 22). Kanunun açıkça gösterdiği hallerde, usûlüne göre verilmiş bir hâkim kararı olmadıkça; gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınan merciin emri bulunmadıkça, kimsenin üstü, özel kâğıtları, eşyası ve konutu aranamaz; bu eşya ile konutta bulunan eşyaya el konulamaz; haberleşme engellenemez ve gizliliğine dokunulamaz…*" Bkz. https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D22/Y1/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/dae0d14f-2705-4057-b986-d564242691d5.htm, (E.T. 25.07.2025).

emrinin gerekli olduğu (md. 119/1) ve konutta yapılacak aramada Cumhuriyet savcısının hazır olması gerektiği, Cumhuriyet savcısının hazır olmadığı durumlarda o yer ihtiyar heyetinden veya komşulardan iki kişinin bulundurulmasının zorunlu olduğu (md. 119/4) ifade edilmiştir. Yine ayrıca kişinin konutunun teknik araçlarla izlenemeyeceği; konutta ses ve görüntü kaydı alınamayacağı da (md. 140/5) hüküm altına alınmıştır.

Sonuç olarak; aile hayatının mahremiyetinin korunması, aile hayatına saygı hakkının en önemli teminatlarından birisidir. Yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere kural olarak bu alana müdahale edilmemelidir. Bu alana müdahale ancak pozitif yönde olabilir. Bu doğrultuda kanun koyucu bu alanda düzenlemeler yaparken *hassas* davranmalı ve uygulamada söz konusu hak etkin bir şekilde hayata geçirilmelidir.

Aile hayatına saygı hakkının başkaca teminatları da bulunmaktadır. Aşağıda aile hayatına saygı hakkının diğer teminatlarından bahsedilecektir.

b. Birlikte Vakit Geçirme (Birlikte Yaşama) Hakkı

Aile hayatına sahip kişilerin birlikte vakit geçirmeleri (yaşamaları) ve birbirlerinin arkadaşlığından karşılıklı olarak yararlanmaları, Sözleşme'nin 8. maddesi anlamında "*aile hayatı*"nın temel bir unsurunu teşkil etmektedir.[965] Mahkeme önüne gelen başvurularda "birlikte yaşama" hakkına yönelik talepler genellikle yabancılarla ilgili uyuşmazlıklarda söz konusu olmaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında "*herkes*" aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu için kural olarak vatandaş veya yabancı ayrımı yapmaksızın (yine aynı şekilde ikametgâh, oturum izni gibi ek şartlar aramaksızın) sözleşmeci devlet tarafından herkese bu hakkın tanınması gerekmektedir. Ancak yukarıda açıkladığımız üzere Mahkeme, yabancıların aile birleşimi yönündeki talepleri bakımından sözleşmeci devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunduğunun altını çizmektedir.

El-Masri/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti başvurusunda, Mahkeme, başvurucunun gizli ve hukuk dışı yollarla kaçırılması ve keyfi olarak gözaltına alınması durumunun, aile üyelerinin birlikte olmaktan mahrum bırakılmasına neden olduğu gerekçesiyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.[966] Benzer

[965] Zorica Jovanović/Sırbistan, Başvuru No: 21794/08, 26.03.2013 (Nihai Karar Tarihi: 09.09.2013), § 68; Elsholz/Almanya, Başvuru No: 25735/94, 13.07.2000, § 43; K. ve T./Finlandiya, Başvuru No: 25702/94, 12.07.2001, § 151.
[966] El-Masri /Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, Başvuru No: 39630/09, 13.12.2012, § 248-250.

şekilde başvurucunun, durumu hakkında hiçbir bilgi sahibi olmayan ailesinden ayrı şekilde bir yıldan uzun süre tecritte tutulduğu *Nasr ve Ghali/İtalya* başvurusuna konu olayda[967] ve başvurucuya oğlunun akıbeti hakkında inandırıcı bilgiler verilmemesi olayında[968] birlikte yaşama hakkı boyutuyla aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar verilmiştir.[969]

c. Velayet, Kişisel İlişki Kurma ve Görüşme Hakkı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, çocuklarla ilgili tüm kararlarda öncelikle çocukların menfaatlerinin üstün tutulması gerektiğini ifade etmektedir.[970] Hatta bu konuda uluslararası hukukta da geniş bir görüş birliğinin bulunduğunun altını çizmektedir.[971] AİHM'ye göre ulusal mahkemeler; bütün aile durumunu ve özellikle de duygusal, olgusal, psikolojik, maddi ve tıbbi nitelikte bir dizi faktörü derinlemesine incelemeli ve çocuk için en iyi çözümü sunmaya çalışmalıdır.[972]

Çocuğun üstün yararı ise ikiye ayrılarak değerlendirilmektedir. Öncelikle Mahkeme'ye göre bu üstün yarar, çocuğun sağlıklı bir ortamda gelişmesini sağlamayı gerektirir ve hiçbir koşulda bir ebeveyn 8. madde uyarınca çocuğun sağlığına ve gelişimine zarar verecek tedbirler alma/aldırma hakkına sahip olamaz.[973] Bununla birlikte diğer taraftan, ailenin yetersiz olduğu durumlar haricinde, çocuğun ailesi ile olan bağlarının devam ettirilmesi çocuğun yararınadır; çünkü aile bağlarının koparılması çocuğun köklerinden koparılması anlamına gelir. Çocuğun üstün yararı gereği, aile üyeleri ile kişisel ilişkileri korumak ve gerekiyorsa aileyi "*yeniden inşa etmek*" gerekmektedir.[974]

---

[967] Nasr ve Ghali/İtalya, Başvuru No: 44883/09, 23.02.2016 (Nihai Karar Tarihi: 23.05.2016), § 305.
[968] Zorica Jovanović/Sırbistan, Başvuru No: 21794/08, 26.03.2013 (Nihai Karar Tarihi: 09.09.2013), § 74-75.
[969] Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi*, (Hukuk Danışmanlığı Bölümü, 2019), 65.
[970] Neulinger ve Shuruk /İsviçre, Başvuru No: 41615/07, 06.07.2010, § 135.
[971] X. /Letonya, Başvuru No: 27853/09, 26.11.2013, § 96.
[972] Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Madde 8 Rehberi*, 68.
[973] Örneğin; *Sommerfeld/Almanya* başvurusuna konu olayda; 13 yaşındaki bir kız çocuğu, babasını görmek istemediğini açık bir şekilde belirtmiş ve bu yöndeki isteğini birkaç yıl boyunca ulusal makamlar nezdinde devam ettirmiştir. Ulusal mahkemeler de bu kızın menfaatlerini üstün tutarak babası ile görüşmesini uygun görmemişlerdir. AİHM yapmış olduğu değerlendirmede, kızın babasını görmeye zorlanması durumunda kızın duygusal ve psikolojik dengesinin ciddi şekilde bozulacağını, bu nedenle görüşmeye izin verilmemesi kararının çocuğun menfaatine daha uygun olduğunu ifade etmiştir. Bkz. Sommerfeld /Almanya, Başvuru No: 31871/96, 08.07.2003, § 65.
[974] Bkz. Gnahoré/Fransa, Başvuru No: 40031/98, 19.09.2000 (Nihai Karar Tarihi: 17.01.2001), § 65.

Bazı zorunlu hallerde (örneğin; ebeveynin psikolojik rahatsızlıklarının bulunması,[975] alkol bağımlılığı olan ebeveynlerin sürekli olarak birbiriyle kavga etmesi ve bir kavga esnasında çocuğun da yaralanması[976] vb.) çocuk koruyucu aileye verilebilmekte yahut devletin koruması altına alınabilmektedir. Ancak bu hallerde dahi Mahkeme, çocuk ile ebeveynlerinin görüşmesine büyük bir önem vermektedir.[977] Söz konusu "tedbirin" geçici nitelikte olması gerektiğinin altını çizmekte ve ailenin yeniden birleşmesi için gerekli rehberliklerin yapılması gerektiğini belirtmektedir.[978] *Johansen/Norveç* başvurusunda, yeterince somut gerekçeler ortaya konulmaksızın başvurucu ile çocuk arasındaki ilişkinin tamamen ortadan kaldırılması Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulunmuştur.[979]

Velayet hakkı ile ilgili başvurular da Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında değerlendirilmektedir. Ebeveynlerin ayrılması üzerine çocuğun velayetinin hangi ebeveyne bırakılacağı hususunda sözleşmeci devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Tarafların çıkarları yeterince dikkate alındığı ve açık bir keyfilik sergilenmediği müddetçe, velayet kararları nedeniyle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmesi ihtimali düşüktür.[980]

Bununla birlikte *Moser/Avusturya* başvurusuna konu olayda, annenin ekonomik durumunun kötü olması, sabit bir ikametgâh sahibi olmaması ve barınma konusunda kısıtlı imkanlarının bulunması nedeniyle çocuğun velayeti idari bir birim olan Viyana Gençlik ve Aile Dairesi'ne *(Amt für Jugend und Familie*) devredilmiştir. AİHM yapmış olduğu değerlendirme neticesinde, velayetin devredilmesi nedeninin herhangi bir fiziksel veya zihinsel hastalık ya da şiddet veya istismar içeren bir davranış nedeniyle çocuğa bakamayacak durumda olma gibi bir sebepten kaynaklanmadığını, anne ile çocuğun birlikte kalmalarını sağlayacak (örneğin; onları bir anne-çocuk merkezine yerleştirme) imkanların onlara sunulmadığını, ayrıca aralarında düzenli temas sağlanmadığını ve bu nedenle de Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini ifade etmiştir.[981]

---

[975] Johansen/Norveç, Başvuru No: 17383/90, 07.08.1996.
[976] Y.C./Birleşik Krallık, Başvuru No: 4547/10, 13.03.2012 (Nihai Karar Tarihi: 24.09.2012).
[977] Ursula Kilkelly, "Children's Rights: A European Perspective", *Judicial Studies Institute Journal*, 4/2 (2004): 74.
[978] Kilkelly, "Children's Rights", 74.
[979] Johansen/Norveç, Başvuru No: 17383/90, 07.08.1996, § 80-85.
[980] Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı*, 96.
[981] Moser/Avusturya, Başvuru No: 12643/02, 21.09.2006 (Nihai Karar Tarihi: 21.12.2006), § 68-74.

d. Çocuğun Menfaatlerini Koruma Hakkı

"Aile hayatı" kapsamında, çocuğun ebeveynleri olan kişiler çocuğun menfaatlerini koruma ve çocuğu başta hukuki mecralar olmak üzere gerekli alanlarda temsil etme yetkisine sahiptirler. Dikkat edileceği üzere, AİHM'ye göre önemli olan kişiler arasında bir "aile hayatı"nın mevcut olmasıdır. Çocuk ile ebeveyni arasındaki ilişkinin ulusal makamlar tarafından resmi bir şekilde tanınıp tanınmamasının bir önemi yoktur. Hatta ulusal hukuka göre kişinin çocuğu temsil etme yetkisine sahip olup olmamasının da bir önemi bulunmamaktadır. AİHM'ye göre, biyolojik anne, ulusal hukukta velayet hakkına ve çocuğu temsil etme yetkisine sahip olmasa bile onun "*doğal anne*" olarak konumu, çocuğun menfaatlerini korumak için çocuğu adına AİHM'ye başvurmak için gerekli yetkiye sahip olduğu anlamına gelir.[982] Esasında AİHM'nin burada, "aile hayatına saygı hakkı"nı etkin bir şekilde güvence altına almak için "yetki" kavramını da "özerk" bir şekilde yorumladığı göze çarpmaktadır.

Bu kapsamda örneğin; *M.D. ve Diğerleri/Malta* başvurusuna konu olayda, annenin ciddi ihmalleri bulunduğu (örneğin; üç ve beş yaşındaki çocukların saçlarının bitlenmiş olması ve saçlarının bazı kısımlarında kellikler oluşması), çocuklarına kaba davrandığı, onlara eziyet ettiği ve babalarının dövme şeklindeki eylemlerine karşı sessiz ve tepkisiz kaldığı gerekçeleriyle velayet hakkı anneden alınmıştır. Hatta benzer gerekçelerle anne hakkında ceza kovuşturması da yürütülmüş ve yargılama neticesinde anne suçlu bulunmuştur. Daha sonra anne M.D., kendi adına ve çocukları adına tazminat davası açmıştır. Ancak çocukları adına açmış olduğu dava, velayet hakkı ve temsil yetkisi bulunmadığı gerekçesiyle reddedilmiştir. Anne M.D., AİHS'nin bazı maddelerinin ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede, "doğal anne" sıfatının çocuğun menfaatlerini korumak için gerekli temsil ilişkisine yeterli olduğunu belirtmiş ve "aile hayatına saygı hakkı"nın ihlal edildiğine karar vermiştir.[983]

e. Cezaevindekilerle Görüşme Hakkı

Sözleşme'nin 5. maddesine uygun bir şekilde tutuklu veya hükümlü olarak kişinin cezaevinde bulunması, diğer haklar gibi aile hayatına saygı hakkına da sınırlama

[982] Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Madde 8 Rehberi*, 65.
[983] M.D. ve Diğerleri/Malta, Başvuru No: 64791/10, 17.07.2012 (Nihai Karar Tarihi: 17.10.2012), § 26-30, 80.

getirecektir. Bu durum, infaz rejimin doğasından kaynaklanır. Dolayısıyla Sözleşme'nin 5. maddesine uygun bir alıkonulma başlı başına Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmez.[984] Fakat tutukluların veya hükümlülerin hiçbir şekilde "aile hayatı"na sahip olamayacakları da söylenemez. Bu noktada öncelikle cezaevi yetkililerinin, cezaevindeki kişinin ailesiyle temasını sürdürmesine yardımcı olmaları gerekmektedir.[985]

Cezalandırmanın en önemli amaçlarından birisinin ıslah olduğu ve kişinin tekrar toplum hayatına döneceği göz önünde bulundurulduğunda, aile bağlarının cezaevinde de devam etmesi hem kişi hem de toplum yararınadır. Bu nedenle yeterli ve gerekli imkânların cezaevinde bulunan kişilere sağlanması gerekmektedir.[986] Ancak diğer taraftan; suçların önlenmesi, dirliğin ve düzenin sağlanması gibi kamu düzenini ilgilendiren konularda sözleşmeci devlete geniş bir takdir yetkisi de bırakmak gerekmektedir. Dolayısıyla bu iki çıkar arasında bir denge oluşturulmaya çalışılmaktadır.

Bu konudaki başvurular genellikle cezaevinde bulunan kişilerin yakınlarıyla görüşmelerine getirilen sınırlamalardan kaynaklanmaktadır.[987] AİHM öncelikle "aile ziyaretleri" konusunda devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunduğunun altını çizmektedir.[988] Ancak bu takdir yetkisinin "demokratik toplumun gerekleri" ve "ölçülülük" ilkelerine uygun bir şekilde kullanılmasını beklemektedir. Bu kapsamda her bir somut olayı kendi özel koşulları içerisinde değerlendirmekte ve işlenilen suçun niteliği, cezaevinde bulunan kişinin karakteri ve konumu, aile üyelerinin yakınlık derecesi gibi bir dizi ölçütü göz önünde bulundurmaktadır. Örneğin; *Moiseyev/Rusya* başvurusuna konu olan olayda, başvurucu Moiseyev, Rusya Federasyonu'na ait gizli bilgileri Güney Kore'li bir diplomatik görevliye verdiği iddiasıyla gözaltına alınmış ve sonrasında

---

[984] Karagözler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 62.

[985] "*… cezaevi yetkililerinin, bir mahkûmun yakın ailesiyle temasını sürdürmesine yardımcı olması, mahkûmun aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının temel bir parçasıdır…*" Bkz. Messina/İtalya, Başvuru No: 25498/94, 28.09.2000 (Nihai Karar Tarihi: 28.12.2000), § 61.

[986] A. H. Robertson ve J. G. Merrills, *Human Rights in Europe: A Study of European Convention on Human Rights*, (Manchester ve New York: Manchester University Press, 1993), 138.

[987] Karagözler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 63.

[988] Bkz. Boyle ve Rice/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9659/82; 9658/82, 27.04.1988, § 74. Örneğin *Dikme/Türkiye* başvurusuna konu olan olayda, başvurucu Metin Dikme diğer başvurucu olan Emine Dikme'nin oğludur. Metin Dikme 1992 yılında "Devrimci Sol" örgütüne üye olduğu gerekçesiyle tutuklanmış ve İstanbul'da bir cezaevine götürülmüştür. Başvurucunun annesi Emine Dikme ise Viyana'da yaşamaktadır. Başvurucu Emine Dikme, Ramazan Bayramı'nda tutuklu bulunan oğlunu cezaevinde ziyaret etmek istemiştir. Ancak idari makamlar bu görüşmeye izin vermemişlerdir. Bunun üzerine başvurucu Emine Dikme konuyu AİHM'ye taşımıştır. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede Türkiye'nin takdir yetkisini aşmadığını ve bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğini belirtmiştir. Bkz. Dikme/Türkiye, Başvuru No: 20869/92, 11.07.2000, § 113-119.

tutuklanmıştır. Başvurucu, "devlet sırrı" niteliğindeki bilgileri yabancı bir devlet görevlisine verdiği iddiasıyla "vatana ihanet" suçundan dolayı yargılanmış ve neticede dört yıl altı ay hapis cezasına çarptırılmıştır. Ayrıca başvurucunun mallarına da el konulmuştur.[989] Bu süreç içerisinde, başvurucu hakkındaki yargılama devam ederken, başvurucunun eşi ve kızı başvurucuyla görüşmek istemiştir. Ancak 3 Temmuz 1998'den 9 Nisan 1999'a kadar, yani yaklaşık olarak dokuz (9) ay boyunca hiçbir aile üyesinin başvurucu ile görüşmesine izin verilmemiştir.[990] Daha sonra ise ayda en fazla 2 kez olmak üzere ve her bir ziyaret bir saatten fazla olmamak üzere (yani ayda toplamda en fazla 2 saat olacak şekilde) ziyaret konusunda başvurucunun ailesine izin verilmiştir. Görüşmelerde, fiziki teması kesmek amacıyla başvurucu özel bir cam bölmenin içinde tutulmuş, görüşmeler dahili bir telefon aracılığıyla gerçekleştirilmiş ve bu görüşmelerde bir gardiyan hazır bulunmuştur. Daha sonra konu AİHM'ye taşınmıştır. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirme neticesinde gerek başvurucunun eşinin gerekse de kızının söz konusu yargılama ile bir ilgisinin (sanık veya tanık vb.) bulunmadığını, dolayısıyla başvurucuyla ilgili delil toplama sürecine olumsuz bir etkilerinin olamayacağını ifade etmiş ve sonuç olarak ilgili tedbiri "ölçüsüz" bularak aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir.[991]

Ancak AİHM "örgütlü suçlar"ı ayrı bir kapsamda değerlendirmekte ve bu konuda devletlere daha geniş takdir yetkisi tanımaktadır. Nitekim örgüt üyelerinin dış dünyayla temaslarının kesilmesi hem cezaevinde hem de dış dünyada suç işlenmesinin organize edilmesini engelleyecektir. Bu kapsamda Mahkeme, yukarıdaki olayda Moiseyev'in bir örgüt kapsamında tutuklanması ve aile üyelerinin ilgili örgütle bağlantısının tespit edilmesi halinde, Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlalinin söz konusu olmayacağının sinyalini vermiştir.[992] Nitekim *Öcalan/Türkiye (2)* başvurusunda, başvurucunun hapis cezasının özel bir rejime tabi tutulması ve aile üyeleri ile görüşmelerinin sınırlandırılması Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı görülmemiştir. AİHM söz konusu başvuruda; "… *Mahkeme yüksek güvenlikli bir cezaevinde tutulan ve müebbet hapis cezasına çarptırılmış mahkûmların aileleri ile iletişimlerine uygulanan kuralların, bu kişilerin suç örgütleri ile devam ettirdikleri kişisel iletişim riskini en aza indirmek amacıyla, ilgili kişiler ile daha*

[989] Moiseyev/Rusya, Başvuru No: 62936/00, 09.10.2008 (Nihai Karar Tarihi: 06.04.2009), § 48-53.
[990] Moiseyev/Rusya, Başvuru No: 62936/00, 09.10.2008 (Nihai Karar Tarihi: 06.04.2009), § 73.
[991] Moiseyev/Rusya, Başvuru No: 62936/00, 09.10.2008 (Nihai Karar Tarihi: 06.04.2009), § 255.
[992] Moiseyev/Rusya, Başvuru No: 62936/00, 09.10.2008 (Nihai Karar Tarihi: 06.04.2009), § 254.

önce içinde bulundukları suç ortamı arasında var olan bağlarını sınırlamayı hedeflediğini tespit etmektedir..." şeklindeki değerlendirmeleri ile başvurucunun lideri olduğu terör örgütü ile bağlantısının sınırlandırılması noktasında Türkiye'nin meşru çıkarlarının bulunduğunu belirtmiştir.[993] Dolayısıyla kamu düzeninin ve güvenliğinin korunması ve suç işlenmesinin önlenmesi gibi meşru amaçlar doğrultusunda, uygulanan tedbirin Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal etmediğinin altını çizmiştir.

Cezaevindeki kişilerle ilgili AİHM'nin önüne gelen konulardan bir diğeri, eşlerin birlikte yaşamalarına veya cinsel ilişkiye girmelerine izin verilmemesi ile ilgili şikâyetlerdir. Öncelikle, eşler aynı cezaevinde bulunsalar bile Sözleşme eşlerin cezaevinde aile hayatlarını birlikte sürdürmelerine ilişkin bir güvence sağlamamaktadır.[994] Çünkü ceza infaz kurumları belli bir disiplinin sağlanması ve kişilerin bazı menfaatlerden yoksun bırakılması gereken yerlerdendir.[995] Aksi takdirde cezaların caydırıcı etkisi zayıflayacaktır.

Yine benzer şekilde kişinin eşiyle cinsel ilişki kurmasına yönelik talepler de Mahkeme tarafından reddedilmektedir.[996] AİHM, ülkemizde "pembe oda" olarak adlandırılan ve tutuklu veya hükümlülerin eşleriyle mahrem ilişkilerine olanak sağlayan imkânların sözleşmeci devletlerin yarısından fazlasında mevcut olduğunu, ancak Sözleşme'nin bu konuda taraf devletlere herhangi bir yükümlülük yüklemediğini, dolayısıyla bu konuda geniş bir takdir yetkilerinin bulunduğunu ifade etmektedir.[997] Bu kapsamda, bir kişi müebbet hapis cezasına çarptırılmış olsa bile eşiyle cinsel ilişki kurma talebinin reddedilmesi Sözleşme'ye aykırı değildir.[998]

---

[993] Bkz. Öcalan/Türkiye (2), Başvuru No: 24069/03; 197/04; 6201/06 ve 10464/07, 18.03.2014, § 150-164.
[994] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 306.
[995] Mahkeme önüne gelen bir olayda, hırsızlık suçundan dolayı hüküm giyen başvurucu, eşinin her hafta sonu Cumartesi saat 14.00'dan Pazartesi sabah saat 09.00'a kadar kendisini ziyaret etmesine ve bu zaman diliminde evlilik hayatlarını sürdürmek amacıyla hücresinde kendisiyle birlikte kalmasına izin verilmesini talep etmiştir. Ancak başvurucunun bu talebi cezaevi yönetimince reddedilmiştir. Bunun üzerine AİHM'ye yapılan başvuru üzerine Mahkeme, aile hayatına ilişkin sınırlamanın Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasına uygun olduğunu ve herhangi bir ihlal olmadığını belirterek, başvuru hakkında "kabul edilemezlik" kararı vermiştir. Bkz. X/Federal Alman Cumhuriyeti, Başvuru No: 3603/68, 04.02.1970.
[996] Livingstone bu konuda 2000 yılına kadar yapılan başvurulardan hiçbirisinin olumlu sonuçlanmadığını ifade etmektedir. Bkz. Stephen Livingstone, "Prisoners' Rights in the Context of the European Convention on Human Rights", *Punishment and Society*, 2/3 (2000), 318.
[997] Bkz. Dickson/Birleşik Krallık, Başvuru No: 44362/04, 04.12.2007, § 81; Varnas/Litvanya, Başvuru No: 42615/06, 09.07.2013 (Nihai Karar Tarihi: 09.12.2013), § 109.
[998] Aliev/Ukrayna, Başvuru No: 41220/98, 29.04.2003 (Nihai Karar Tarihi: 29.07.2003), § 11, 15, 188.

Konuyla ilgili olarak, eşlerin çocuk sahibi olmak istediği ve cezaevinde bulunan kişinin tahliye olacağı tarihte kendisinin veya eşinin çocuk yapma yeteneğinin kaybolacağı ihtimalinde nasıl bir değerlendirme yapılacağı hususu da değerlendirilmelidir. AİHM bu durumda da sözleşmeci devletlerin "cinsel ilişki" konusunda takdir yetkisinin bulunduğunu ifade etmektedir. Ancak somut olayın özel koşullarına göre "yapay döllenme" gibi alternatif araçların değerlendirilmesini beklemektedir. Örneğin; *Dickson/Birleşik Krallık* başvurusuna konu olayda, başvurucular karı-kocadır. Birinci başvurucu olan Kirk Dickson, adam öldürmekten dolayı cezaevinde bulunmaktadır ve hiç çocuğu yoktur. Eşi olan ikinci başvurucu Lorraine Dickson'un ise başka bir ilişkiden üç çocuğu vardır. Başvurucular, cezaevindeki başvurucunun en erken tahliye tarihi ile ikinci başvurucunun yaşı göz önünde bulundurulduğunda; normal koşullarda çocuk sahibi olamayacaklarını, çocuk sahibi olmalarının tek çaresinin "yapay döllenme" yolu olduğunu, dolayısıyla "yapay döllenme" yoluyla çocuk sahibi olmalarına izin verilmesini talep etmişlerdir. Ancak başvuruculaların bu talebi sözleşmeci devlet tarafından reddedilmiştir. Hükümet; çocuk sahibi olma fırsatını kaybetmenin hapis cezasının kaçınılmaz ve gerekli bir sonucu olduğunu, bazı önemli suçlardan dolayı hüküm giyen kişilerin çocuk sahibi olmasına izin verilmesi durumunda suçların önlenmesine yönelik cezaevinin caydırıcı etkisinin zayıflayacağını ve bir ebeveyninden uzun süre yoksun kalan çocuğun yüksek menfaatlerinin zarar göreceğini ve bu durumun bütün toplum üzerinde olumsuz sonuç doğuracağını iddia etmiştir.[999] Ancak AİHM yapmış olduğu değerlendirme sonucunda, kamusal menfaatler ile özel menfaatler arasında adil bir denge kurulmadığını ve bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğini hüküm altına almıştır.[1000]

Cezaevindeki kişilerin aile hayatıyla ilgili olarak AİHM'nin önüne gelen bir diğer konu, bu kişilerin dışarıdaki aile üyelerini ziyaret etmek için veya cenaze töreni gibi bazı merasimlere katılmak için izin istemeleri konusudur. Bu konuda da devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır. Ancak Mahkeme, her başvuruyu kendi özel koşulları içerisinde değerlendirmekte ve takdir yetkisinin özellikle "demokratik toplumun gerekleri" ölçütüne uygun bir şekilde kullanılıp kullanılmadığını denetlemektedir. Bu

[999] Bkz. Dickson/Birleşik Krallık, Başvuru No: 44362/04, 04.12.2007, § 58-64.
[1000] Bkz. Dickson/Birleşik Krallık, Başvuru No: 44362/04, 04.12.2007, § 72-85.

kapsamda zaman zaman ihlal kararları vermektedir. Örneğin; *Płoski/Polonya*[1001] başvurusuna konu olayda, hırsızlık suçundan dolayı tutuklu bulunan başvurucunun birer ay arayla annesi ve babası vefat etmiştir. Başvuran hem annesinin hem de babasının cenaze törenine katılmak için izin istemişse de yetkili makamlar her iki talebi de reddetmiştir. Ret gerekçesinde; hırsızlık suçunun "*toplum için önemli bir tehlike*" içerdiği ve kişinin tekrar cezaevine dönmesinin "*garanti olmadığı*" ifadelerine yer verilmiştir. AİHM ise yapmış olduğu değerlendirme neticesinde, başvurucunun bir görevlinin eşliğinde söz konusu merasimlere katılıp katılamayacağı hususunun hiçbir şekilde değerlendirilmediğini, ilgili kararların "*acil bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmediğini*" ve izlenen meşru amaçlarla "*orantılı olmadığını*" belirterek ihlal kararı vermiştir.[1002] Dolayısıyla Mahkeme'ye göre, her ne kadar sözleşmeci devletlerin bu konuda takdir yetkisi bulunmakta ise de bir kişinin ebeveynlerinin cenaze törenine katılma yönündeki talebi ancak zorlayıcı sebepler varsa ve alternatif bir çözüm yolu bulunamıyorsa reddedebilir.

Yine benzer şekilde *Feldman/Ukrayna* başvurusunda, cezaevinde tutuklu olarak bulunan başvurucunun babasının cenaze törenine katılma yönündeki isteğinin "*iç hukukta böyle bir imkân bulunmadığı*" gerekçesiyle reddedilmesi ve alternatif çözüm yollarının değerlendirilmemesi Sözleşme'nin 8. maddesine aykırı bulunmuştur.[1003]

Bununla birlikte *Schemkamper/Fransa* başvurusunda, cezaevinde bulunan başvurucunun, babasının durumunun çok kötü olmadığı ve kendisini cezaevinde ziyaret edebilecek konumda olduğu gerekçeleriyle, başvurucunun ziyaret talebinin reddedilmesi Sözleşme'ye aykırı görülmemiştir.[1004]

Son olarak şu hususu da belirtmek isteriz ki; Türk Anayasa Mahkemesi de AİHM'ye paralel şekilde, cezaevindeki kişilerin, yakınlarının cenaze törenlerine katılma

---

[1001] Płoski/Polonya, Başvuru No: 26761/95, 12.11.2002 (Nihai Karar Tarihi: 12.02.2003).

[1002] "*… Mahkeme, Sözleşme'nin 8. maddesinin tutuklu bir kişiye bir yakınının cenazesine katılmak için koşulsuz bir izin hakkı vermediğini yineler. Her bir talebi esasına göre değerlendirmek yerel makamların görevidir. Mahkemenin incelemesi, sözleşmeci devletlere bırakılan takdir marjını dikkate alarak, itiraz edilen tedbirlerin başvuranın Sözleşme'deki hakları bağlamında değerlendirilmesiyle sınırlıdır.*
Mahkeme, mevcut davanın özel koşullarında ve davalı Devlet'e bırakılan takdir marjı karşısında, başvuranın ebeveynlerinin cenazelerine katılmasına izin verilmemesinin, acil bir sosyal ihtiyaca karşılık gelmediği ve izlenen meşru amaçlarla orantılı olmadığı için demokratik bir toplumda gerekli olmadığı sonucuna varmıştır. Bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir…" Bkz. Płoski/Polonya, Başvuru No: 26761/95, 12.11.2002 (Nihai Karar Tarihi: 12.02.2003), § 38-39.

[1003] Bkz. Feldman/Ukrayna, Başvuru No: 42921/09, 12.01.2012 (Nihai Karar Tarihi: 12.04.2012), § 16-36.

[1004] Schemkamper/Fransa, Başvuru No: 75833/01, 18.10.2005 (Nihai Karar Tarihi: 18.01.2006), § 35.

yönündeki taleplerinde alternatif çözüm yollarının değerlendirilmesi gerektiğini ifade etmektedir. Örneğin, "*Murat Yavuzarslan Başvurusu*"nda; "*Türkiye Cumhuriyeti hükûmetini ortadan kaldırmaya veya görevini yapmasını engellemeye teşebbüs etme*" suçundan Silivri L Tipi Kapalı Ceza İnfaz Kurumu'nda tutuklu olarak bulunan başvurucunun annesi 16.07.2020 tarihinde vefat etmiştir.[1005] Başvurucu, aynı tarihli dilekçesiyle Samsun'un Çarşamba ilçesinde gerçekleşecek olan cenaze törenine katılma talebinde bulunmuştur. Ancak başvurucunun talebi COVID-19 salgınının neden olduğu bulaş riski gerekçe gösterilerek reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi yapmış olduğu değerlendirme sonucunda; "… *COVID-19 salgınının neden olduğu bulaş riskine ilişkin genel gerekçeyle yetinilmiş, sosyal mesafe ve maske kullanımı gibi tedbirler çerçevesinde başvurucunun talebinin karşılanmasına ilişkin bir değerlendirme yapılmamıştır. Başsavcılık, başvurucunun talebinin karşılanması için durumun gerektirdiği özeni gösterdiğini, alternatif çözümler denediğini ortaya koyabilmiş değildir*…" şeklindeki gerekçelerle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[1006]

f. Maddi Menfaatler

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin *Marckx/Belçika* başvurusunda belirttiği ve daha sonra önüne gelen birçok başvuruda tekrarladığı üzere; "… *Aile hayatı sadece sosyal, ahlaki ya da kültürel ilişkileri içermez… Bakım ile ilgili yükümlülüklerde (nafaka) ve çoğu sözleşmeci devletin iç hukukunda yer alan, mirastan saklı pay alma gibi durumlarda görüldüğü üzere, maddi menfaatleri de içerir…*".[1007] Dolayısıyla en azından teorik planda, aile hayatına saygı hakkının mal rejiminin tasfiyesi, mirasçılık, destekten yoksun kalma tazminatı, nafaka, sosyal güvenlik ödemeleri vb. şeklindeki maddi menfaatleri de içerdiği söylenebilir. Ancak belirttiğimiz üzere aile hayatına saygı hakkının bu yönü genellikle teoride kalmaktadır. Çünkü sözleşmeye taraf devletler bu tür maddi menfaatleri çoğunlukla "resmi" evliliğin bulunduğu aile ilişkileriyle sınırlı tutmaktadır. Resmi evliliğin bulunmadığı aile ilişkilerinde ise Mahkeme'ye göre sözleşmeci devletlerin "*özel bir rejim tesis etme*" yönünde yükümlülükleri bulunmamaktadır.[1008] Dolayısıyla mal rejiminin tasfiyesi, mirasçılık, destekten yoksun

[1005] Murat Yavuzarslan [1. B.], B. No: 2020/29558, 08.02.2024, § 2.
[1006] Murat Yavuzarslan [1. B.], B. No: 2020/29558, 08.02.2024, § 17.
[1007] Bkz. Marckx/Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979, § 52.
[1008] Nitekim daha önce de bahsettiğimiz üzere Mahkeme Şerife Yiğit/Türkiye başvurusunda bu hususu şu şekilde vurgulamıştır: "… *8. maddenin evli olmayan çiftler bakımından özel bir rejim tesis etme yönünde*

kalma tazminatı, nafaka, sosyal güvenlik ödemeleri vb. şeklindeki maddi menfaatler "aile hayatına saygı hakkı"nın zorunlu bir sonucu değildir. Sözleşmeci devletlerin bahsi geçen maddi menfaatlerin hukuki rejimine yönelik takdir yetkisi bulunmaktadır.

Bu konuda AİHM önüne gelen şikayetler genellikle eşitlik ilkesine aykırı davranıldığına ve ayrımcılık yapıldığına yöneliktir. Mahkeme de bu şikayetleri Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte 14. maddesi[1009] kapsamında incelemektedir. Bu kapsamda, tek başına Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmemiş olsa bile yapılan ayrımcılık Sözleşme'nin 8. maddesi ile birlikte 14. maddesini ihlal etmiş olabilir. Örneğin, Mahkeme'ye göre; *Marckx/Belçika* başvurusunda miras hakkı bakımından evlilik içinde doğan çocuk ile evlilik dışında doğan çocuk arasında ayrım yapılması 8. madde ile birlikte ele alındığında Sözleşme'nin 14. maddesini ihlal etmiştir.[1010] Yine benzer şekilde *Pla ve Puncernau/Andorra* başvurusunda iradi bağışlama olan vasiyetnamedeki kavramların yorumlanmasıyla ilgili ayrımcılık iddiası gündeme gelmiştir. Başvuruya konu olayda, Andorra yetkili makamları vasiyetnamede geçen "oğul (*son*)" kelimesinin sadece biyolojik çocukları kapsadığını; evlatlık edinilen çocuğu ise kapsamadığını belirtmişlerdir. AİHM ise vasiyetnamede evlatlık edinilen çocuğun dışlandığına, mirasın sadece biyolojik çocuklara bırakıldığına ilişkin açık bir hüküm bulunmadığını, dolayısıyla evlatlık edinilen çocuğun sözleşmeci devlet tarafından ayrımcılığa maruz bırakılmasının "objektif" ve "makul" bir temeli bulunmadığını belirterek Sözleşme'nin 8. maddesi ile bağlantılı olarak 14. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir.[1011]

---

devlete yönelik bir yükümlülük getirmediğine dikkat çekmek önemlidir… Bu nedenle mirası düzenleyen Medeni Kanun ve yerel sosyal güvenlik mevzuatı uyarınca başvurucunun mirasçılık sıfatına sahip olmaması başvurucunun 8. madde kapsamındaki haklarının ihlal edildiği anlamına gelmez…" Bkz. Yiğit/Türkiye, Başvuru No: 3976/05, 02.11.2010, § 102.

[1009] Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "*Ayrımcılık yasağı*" başlıklı 14. maddesine göre; "*Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır*." Şu hususu belirtmek isteriz ki; ayrımcılık yasağını düzenleyen 14. madde, Sözleşme'deki diğer haklardan bağımsız bir hak değildir. Bu madde hak ve özgürlükleri düzenleyen her bir maddenin bütünleyici bir parçasını oluşturmaktadır. Sözleşme'deki bir hakkın ihlal edildiği iddiası tek başına incelendiğinde, o hakkın ihlal edilmediği sonucuna varılabilir. Ancak aynı hakkın 14. maddeyle bağlantılı olarak ele alınması sonucunda, ilgili hakka yönelik müdahalenin ayrımcılık oluşturduğu ve 14. maddenin ihlal edildiği sonucuna varılması mümkündür. Daha ayrıntılı açıklamalar için bkz. Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 603 vd.

[1010] Marckx/Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979, § 59. Benzer yönde verilen diğer kararlar için bkz. Vermeire/Belçika, Başvuru No: 12849/87, 29.11.1991, § 27-28; Brauer/Almanya, Başvuru No: 3545/04, 28.05.2009, § 44-45.

[1011] Pla ve Puncernau/Andorra, Başvuru No: 69498/01, 13.07.2004, § 57-63.

g. Tanıklıktan Çekinme Hakkı

Bilindiği üzere tanıklık; kamu hukukundan doğan toplumsal bir ödev olarak kabul edilmekte ve davayla ilgili gerçeklerin ortaya çıkmasını sağlamak amacıyla hukuk sistemlerinde tanıklık yapmak genellikle zorunlu tutulmaktadır.[1012] Ancak tanık olan kişinin şüphelinin (veya sanığın) yakını yahut aile üyelerinden birisi olması ve söyleyeceği hususların şüphelinin (veya sanığın) aleyhine olacak olması durumunda, ya aile ilişkilerinin (yakınlık ilişkilerinin) bozulması gündeme gelecek ya da tanık yalan söylemek zorunda kalacaktır. İşte böyle durumlarda tanığı iki kötü durumdan birisini tercih etmeye mecbur kılmamak amacıyla hukuk sistemlerinde "tanıklıktan çekinme hakkı" düzenlenmektedir.[1013] Örneğin; 5271 sayılı Ceza Muhakemesi Kanunu'nun "*Tanıklıktan çekinme*" başlıklı 45. maddesinde tanıklık yapmaktan çekinebilecek kişiler şu şekilde düzenlenmiştir: "*1) Aşağıdaki kimseler tanıklıktan çekinebilir:*

a) Şüpheli veya sanığın nişanlısı.

b) Evlilik bağı kalmasa bile şüpheli veya sanığın eşi.

c) Şüpheli veya sanığın kan hısımlığından veya kayın hısımlığından üstsoy veya altsoyu.

d) Şüpheli veya sanığın üçüncü derece dahil kan veya ikinci derece dahil kayın hısımları.

e) Şüpheli veya sanıkla aralarında evlâtlık bağı bulunanlar."

Görüleceği üzere "tanıklıktan çekinebilecek" kişilerin önemli bir kısmı şüpheli veya sanığın aile üyeleridir. Ayrıca 5271 sayılı CMK'da "eş" bakımından resmi evliliğe atıfta bulunulmuş ve mevcut eşin veya eski eşin tanıklıktan çekinebileceği hüküm altına alınmıştır. Burada, AİHM'nin "aile" olarak, diğer bir ifadeyle karı-koca olarak gördüğü (örneğin; dini nikah ile evlenen veya uzun süredir karı-koca gibi birlikte yaşayan)

[1012] Nitekim bu husus Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.09.2023 tarih, 2023/254 Esas ve 2023/470 Karar sayılı kararında şu şekilde ifade edilmiştir: "… *Tanık, kendisine karşı yürütülmeyen bir ceza soruşturmasında, olay hakkında beş duyusu ile edindiği algılamaları ifadesiyle açığa vuran kişidir… Tanıklık, kamu hukukundan doğan toplumsal bir ödevdir. Bu nedenle tanığın, hukuka uygun olarak yapılan davet üzerine adli makamlar önüne gelmek, bildiklerini doğru olarak anlatmak ve yemin etme ödevi bulunmaktadır...*"

[1013] Söz konusu düzenlemeler sadece ceza (muhakemesi) kanunlarına özgü değildir. Hukuk (muhakemesi) kanunlarında da benzer düzenlemeler yer almaktadır. Örneğin bkz. 6100 sayılı Hukuk Muhakemeleri Kanunu'nun 247, 248 ve 250. maddeleri.

kişilerin tanıklıktan çekinme hakkına sahip olup olmadığı konusu gündeme gelecektir. Doktrinde, bu kişiler arasındaki ilişkiyi "nişanlılık" ilişkisi olarak değerlendirip tanıklıktan çekinme hakkının bulunduğunu ileri sürenler olduğu gibi resmen tanınmayan bu ilişki biçimlerinin "evlilik bağı" olarak değerlendirilemeyeceğini ve bu nedenle bu kişilerin tanıklık yapmaktan çekinemeyeceğini ileri sürenler de vardır.[1014]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi 03.04.2012 tarihli *Van der Heijden/Hollanda* başvurusunda[1015] konuyu kapsamlı bir şekilde değerlendirmiştir. Başvuruya konu olayda, başvurucu Bayan Gina Gerdina van der Heijden ile Bay A. yaklaşık olarak on sekiz yıldır birlikte yaşayan ve ilişkilerinden iki çocuk dünyaya getiren kişilerdir. 9 Mayıs 2004'ü 10 Mayıs 2004'e bağlayan gece, *'s-Hertogenbosch*'taki bir kafede bir adam, Bayan Van der Heijden'in evli olmayan hayat arkadaşı Bay A. olduğu düşünülen bir kişi tarafından vurularak öldürülmüştür. Olaya ilişkin yapılan yargılamada her ne kadar tanıklıktan çekinmek istese de Bayan Van der Heijden tanık olarak dinlenmiştir. Hollanda mevzuatına göre, evli olan (eski eş de dahil olmak üzere) veya kayıtlı bir hayat ortaklığı kuran (eski hayat ortaklıkları da dahil olmak üzere) kişilerin tanıklıktan çekinme hakkı vardır.[1016] Ancak Bayan Van der Heijden ile Bay A. arasında resmi bir evlilik olmadığı gibi kayıtlı bir hayat ortaklığı da bulunmadığı için Bayan Van der Heijden'in tanıklıktan çekinme talebi reddedilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi öncelikle Bayan Van der Heijden ile Bay A. arasındaki ilişkinin "aile hayatı" oluşturduğunu tespit etmiştir.[1017]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, davada aslında birbiriyle çatışan iki kamu menfaati vardır. Birincisi, ciddi suçların kovuşturulmasındaki kamu yararıdır. İkincisi ise aile hayatının devlet müdahalesinden korunmasındaki kamu yararıdır. Kamu yararları göz önünde bulundurulduğunda her iki menfaat de önemlidir. Davalı Hollanda Devleti, birbiriyle rekabet halindeki bu menfaatleri dengelerken, aile hayatının korunmasındaki kamu menfaatinin, cezai kovuşturmasındaki kamu menfaatinden daha

[1014] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Burak Sarıyar, "Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklıktan Çekinme Hakkı" (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2022), 84 vd. Ayrıca bkz. Faruk Turhan, "Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı - Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28/3 (2020): 1392.
[1015] Van der Heijden/Hollanda, Başvuru No: 42857/05, 03.04.2012.
[1016] Van der Heijden/Hollanda, Başvuru No: 42857/05, 03.04.2012, § 23.
[1017] Van der Heijden/Hollanda, Başvuru No: 42857/05, 03.04.2012, § 51.

ağır bastığını düşünmüş, ancak yasal korumadan yararlanan "*aile hayatının*" kapsamına sınırlar koymuştur. AİHM'ye göre; "… *Devletler, tanıklık ayrıcalığının kapsamına sınır koyma ve çizgiyi evlilik veya kayıtlı birlikteliklerle çekme hakkına sahiptir. Yasama organı, evliliğe veya tescile özel bir statü tanıma ve bunu diğer fiili birlikte yaşama türlerine tanımama hakkına sahiptir. Evlilik, evlenen kişilere özel bir statü kazandırır; evlenme hakkı Sözleşme'nin 12. maddesi ile korunmaktadır ve sosyal, kişisel ve hukuki sonuçlar doğurur… Aynı şekilde, tescilli bir ortaklığın hukuki sonuçları, onu diğer birlikte yaşama biçimlerinden ayırmaktadır. Belirleyici olan, ilişkinin uzunluğu veya destekleyici niteliğinden ziyade, sözleşmeye dayalı nitelikte bir haklar ve yükümlülükler bütünü taşıyan bir kamu teşebbüsünün varlığıdır. Başvuran ve Bay A. arasında yasal olarak bağlayıcı böyle bir anlaşmanın bulunmaması, onların ilişkilerini - nasıl tanımlanırsa tanımlansın - evli bir çiftten veya kayıtlı bir birlikteliği olan bir çiftten temelde farklı kılmaktadır...*"[1018] Sonuç olarak Mahkeme, başvurucunun tanıklıktan çekinme hakkından faydalanmak için gerekli olan resmi bir evlilik yapma veya hayat birlikteliğini tescil ettirme gibi imkanlardan yararlanmasının önünde herhangi bir engel bulunmadığını da vurgulayarak Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğini belirtmiştir.[1019]

2. Sözleşmeci Devletlerin Yükümlülükleri

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde yer alan "saygı" ifadesi ile devletin aile hayatına yönelik "negatif" yükümlülüğü açıkça vurgulanmıştır.[1020] Mahkeme tarafından da belirtildiği üzere, 8. maddenin temel amacı kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı bireyi korumaktır.[1021]

Ancak negatif yükümlülüklere ek olarak, aile hayatına "etkin" bir şekilde saygı gösterilmesini sağlamak için devletlerin pozitif yükümlülükleri de söz konusu olabilir. Nitekim AİHM *Lozovyye/Rusya* başvurusunda bu durumu şu şekilde vurgulamıştır: "… *8. maddenin temel amacı bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalesine karşı korumaktır. Ancak Mahkeme, devletin sadece negatif yükümlülüğünün bulunmadığını yineler. Bu*

[1018] Van der Heijden/Hollanda, Başvuru No: 42857/05, 03.04.2012, § 69.
[1019] Van der Heijden/Hollanda, Başvuru No: 42857/05, 03.04.2012, § 71 vd.
[1020] Akandji-Kombe, *Positive obligations*, 36.
[1021] "… *Mahkeme, 8. maddenin temel amacının bireyi kamu makamlarının keyfi eylemlerine karşı korumak olduğunu yineler*…" Bkz. Kroon ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 18535/91, 27.10.1994, § 31.

kapsamda negatif yükümlülüğün yanı sıra… aile hayatına etkin bir şekilde saygı gösterilmesinin doğasında bulunan pozitif yükümlülükler de söz konusu olabilir..."[1022]

Ayrıca Mahkeme'ye göre sözleşmeye taraf devletlerin pozitif yükümlülüklerinin bir gereği olarak bazı usuli yükümlülükleri de bulunmaktadır.

Sözleşme'nin 8. maddesine göre "herkes" aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu için, vatandaş-yabancı ayrımı yapılmaksızın bu yükümlülüklerin "herkes"e karşı gerçekleştirilmesi gerekmektedir.

a. Negatif Yükümlülükler

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde, herkesin aile hayatına "saygı" gösterilmesini isteme hakkına sahip olduğu açıkça belirtilmiş ve devletlerin bu hakka "keyfi müdahalede" bulunması yasaklanmıştır. Anayasamızın 20. maddesinin 1. fıkrasının 1. cümlesinde de; "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir.*" şeklinde, Sözleşme'nin 8. maddesine paralel bir hüküm öngörülmüş ve Anayasamızda da "saygı" ifadesine yer verilmiştir.[1023] Bu ifade "klasik bir negatif yükümlülük"[1024] ifadesi olup taraf devletlere öncelikle negatif yükümlülük getirmektedir.[1025]

Bilindiği üzere "negatif yükümlülük" kavramı, devletin, kişilerin aile hayatına "müdahale edemeyeceği, dokunamayacağı, karışamayacağı"; sadece "saygı göstereceği" anlamına gelmektedir. Ancak AİHM, devletlerin negatif yükümlülüğünden anlaşılması gerekenin "*keyfi müdahale*" olduğunu ifade etmektedir.[1026] Diğer bir ifadeyle "negatif yükümlülük" ile kastedilen devletlerin bu alana hiçbir şekilde müdahale edemeyeceği değil; "keyfi" şekilde müdahale edemeyecekleridir. Dolayısıyla burada negatif

[1022] Bkz. Lozovyye/Rusya, Başvuru No: 4587/09, 24.04.2018 (Nihai Karar Tarihi: 24.07.2018), § 36.
[1023] Tekin, "saygı" ifadesinin bireyin aile hayatının dokunulmazlığını ve gizliliğini de kapsadığını, ayrıca bu alanın sadece devlete değil başkalarına/üçüncü kişilere karşı da dokunulmaz ve gizli olduğunu ifade etmektedir. Bkz. Tekin, "Aile Hayatına Saygı", 79. Bu noktada belirtmek isteriz ki; Sözleşme'nin 8. maddesinden farklı olarak Anayasamızın 20. maddesinin 1. fıkrasının 2. cümlesinde; "*Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*." şeklindeki hükme yer verilerek aile hayatının gizliliği de açıkça koruma altına alınmıştır.
[1024] Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Madde 8 Rehberi*, 8.
[1025] Nitekim "aile hayatı"nın güvence altına alındığı Anayasamızın 20. maddesinin gerekçesinde; "*Özel hayatın korunmasının diğer bir yönü de resmî makamların özel hayata müdahale edememesi; yani kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesidir. Maddenin birinci fıkrasında «Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini istemek hakkına sahiptir» denmek suretiyle bu husus da sağlanmıştır*" şeklindeki ifadelere yer verilerek Devletin negatif yükümlülüğü vurgulanmıştır.
[1026] Bkz. Kroon ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 18535/91, 27.10.1994, § 31.

yükümlülük "*keyfi şekilde müdahale edememe*" anlamına gelmektedir. Aile hayatına yapılan bir müdahale varsa bu müdahalenin Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen koşullara uygun bir müdahale olup olmadığı değerlendirilecek ve bu fıkra kapsamında bir müdahale söz konusuysa ihlal kararı verilmeyecektir. Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen koşullara uygun olmayan müdahaleler ise "*keyfi müdahale*" kapsamında görülecek ve ihlal kararı verilecektir. Bu kapsamda müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı, meşru bir amaç güdüp gütmediği ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususları incelenecektir.

Örneğin; 05.12.2023 tarihinde karara bağlanan İlerde ve Diğerleri/Türkiye başvurusuna konu olayda, başvurucu Davut Tek, 10.09.2016 – 30.11.2016 tarihleri arasında Nevşehir E Tipi Ceza İnfaz Kurumu'nda tutuklu olarak kaldığını, daha sonra İzmir Menemen T Tipi Ceza İnfaz Kurumu'na ve kısa bir süre sonra da İzmir 2 No.lu T Tipi Ceza İnfaz Kurumu'na nakledildiğini, İzmir 2 No.lu T Tipi Ceza İnfaz Kurumu'nun ailesinin ikamet ettiği yerden yaklaşık 1.000 km uzaklıkta olduğunu, İzmir'deki ceza infaz kurumuna yapılan nakil sebebiyle ailesinin kendisini ziyaret etmekte güçlükler yaşadığını iddia ederek aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür.[1027] Mahkeme, öncelikle, hapis cezası alan bir kişinin özgürlük hakkını kaybedeceğini, Sözleşme'nin mahpuslara tutulacakları yeri seçme hakkı vermediğini, mahpusların ailelerinden ayrı kalmalarının ve onlardan uzakta yaşamalarının hapsedilmelerinin kaçınılmaz bir sonucu olduğunu belirtmiştir.[1028] Fakat bu kişilerin aile hayatına saygı hakkı da dâhil olmak üzere diğer tüm temel hak ve hürriyetlerden yararlanmaya devam edeceğini, dolayısıyla bu haklara getirilen sınırlandırmaların her olayda ilgili devlet tarafından gerekçelendirilmesi gerektiğini vurgulamıştır. Sonrasında Mahkeme; "… *Somut davada, başvuran, ailesinin nerede ikamet ettiği, sağlık ve istihdama ilişkin bireysel durumları ve eşi ve yaşlı annesinin üç farklı bağlantıyı içeren 1000 km'lik yolculuğu yaparken karşılaştıkları zorluklara ilişkin belirgin detaylar vermiştir. İlâveten, başvuranın annesinin kendisini yalnızca bir kere ziyaret ettiği ve başvuranın 30 Kasım 2016 ve 5 Ağustos 2021 tarihleri arasında ailesi tarafından her biri en fazla 45 dakika süreyle 67 kez ziyaret edildiği taraflar arasında tartışma konusu değildir. Dolayısıyla Mahkeme, somut davanın Hükümet tarafından dayanılan davalardan ayrı tutulması*

[1027] Bkz. İlerde ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 35614/19 ve 10 diğer, 05.12.2023, § 34.
[1028] İlerde ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 35614/19 ve 10 diğer, 05.12.2023, § 173 vd.

gerektiğini değerlendirmiş ve Sözleşme'nin 8 § 2 maddesi kapsamında gerekçelendirilmesi gereken bir müdahale olduğu sonucuna varmıştır…" şeklindeki gerekçelerle, somut olayda "*keyfi bir müdahale*" olduğunu tespit etmiştir.[1029]

Mahkeme yapmış olduğu inceleme neticesinde; söz konusu nakil işleminin "*kanuna uygun olduğunu*" ve düzenin korunması ve ceza infaz kurumu kalabalığının önlenmesi *meşru amaçlarını* izlediğini; bununla birlikte *ölçülülük* ilkesine aykırı olduğunu belirterek ihlal kararı vermiştir. Mahkemeye göre; "*… Hükümet, başvuranın İzmir Menemen'e ilk naklinin ceza infaz kurumu güvenliği sebebiyle, İzmir 2 no.lu T Tipi Ceza İnfaz Kurumuna ikinci naklinin ise ceza infaz kurumu kalabalığı sebebiyle gerçekleştiğini öne sürmüştür. Son olarak, Hükümet, başvuranın Kocaeli ve Maltepe ceza infaz kurumlarına nakil taleplerinin kurumun kalabalık olması sebebiyle reddedildiğini ileri sürmüştür. Mahkeme, Hükümet tarafından öne sürülen gerekçelerin doğruluğundan şüphe duyacak bir konumda değilken, başvuranın kendisine, ailesinin yanı sıra yargılama yerine yakın olan Nevşehir E Tipi Ceza İnfaz Kurumundan ilk olarak İzmir Menemen ve sonrasında İzmir T Tipi 2 no.lu Ceza İnfaz Kurumuna nakledilirken hiçbir gerekçe sunulmadığını kaydeder. Dolayısıyla, başvuranın söz konusu ceza infaz kurumlarına nakli, aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına keyfi müdahaleye karşı usuli güvencelerin yokluğunda meydana gelmiştir… Yerel makamlar, başvuranın ailesine daha yakın başka bir ceza infaz kurumuna tahsis edilip edilemeyeceği veya daha uzun ziyaretler ya da daha uzun telefon konuşmaları gibi aldığı az ziyaretleri telafi edecek alternatif yolların olup olmadığına dair somut bir değerlendirmede bulunmamıştır…*"[1030]

Devletin aile hayatına yönelik negatif yükümlülüğüne ilişkin *Slooten/Hollanda* başvurusundan[1031] da kısaca bahsetmek istiyoruz. Başvuruya konu olayda, başvurucu (anne) Slooten'in 04.08.2014 tarihinde çocuğu dünyaya gelmiştir. Ancak başvurucunun kocası ile yaşamış olduğu aile içi şiddet (sözlü ve fiziksel) vakaları, çocuğun defalarca bu aile şiddet olaylarına şahit olması, ev ortamında sürekli stres ve gerginlik olması, başvurucunun geçmişte yaşadığı ruh sağlığı sorunları ve başvurucunun çocuğu ile birlikte defalarca başka konutlara taşınması ve bu sebeple çocuğun sosyal çevreyle iletişimin sürekli kesilmesi gibi sebeplerle 29.10.2015 tarihinde çocuk başvurucudan alınmış ve

[1029] İlerde ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 35614/19 ve 10 diğer, 05.12.2023, § 212-215.
[1030] Bkz. İlerde ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 35614/19 ve 10 diğer, 05.12.2023, § 216-220.
[1031] [1031] Bkz. Slooten/Hollanda, Başvuru No: 45644/18, 15.04.2025 (Nihai Karar Tarihi: 15.07.2025).

koruyucu aileye teslim edilmiştir. Daha sonrasında ise başvurucunun çocuk üzerindeki velayet yetkisi kaldırılmıştır.[1032]

Başvurucu, ebeveynlik yeteneklerine yönelik bir araştırma yapılmaksızın çocuğunun koruyucu aile yanına yerleştirildiğini ve koruyucu aile yanında çocuğun durumunun iyi olduğundan bahisle velayet yetkisinin kaldırıldığını ileri sürerek aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Mahkeme yapmış olduğu inceleme neticesinde öncelikle, velayet yetkisinin sonlandırılmasının aile hayatına müdahale oluşturduğunu, bu müdahalenin kanuna uygun olduğunu ve çocuğun "sağlığının" ve "hak ve özgürlüklerinin" korunması gibi meşru amaçlar güttüğünü ifade etmiştir.[1033] Bununla birlikte Mahkeme, çocuğun üstün menfaatlerinin, kural olarak, çocuğun ailesiyle bağlarının sürdürülmesini emrettiğini, bu bağların kesilmesinin çocuğun köklerinden koparılması anlamına geleceğini, başvurucunun çocuğuna ihtimam ve şefkat gösterdiğine ilişkin deliller bulunduğunu, başvurucunun ebeveynlik yeteneklerinin düzgün bir şekilde değerlendirmeye tabi tutulmadığını, çocuk ile başvurucunun yeniden bir araya gelmelerinin çocuğun üstün menfaatine neden aykırı olacağının ortaya konulamadığını belirterek aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[1034]

Diğer taraftan devletin *negatif müdahalesinin* Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen koşullara uygun bir şekilde gerçekleştiği sonucuna ulaşılan çok sayıda karar örneği de vardır. Öncelikle şu hususu belirtmek isteriz ki; bir devlette dini nikaha dayalı evliliğin veya çok eşliliğin yasak olması, devletin bu tür aile ilişkilerine *keyfi bir şekilde* müdahale edebileceği anlamına gelmez. Devletler bu tür aile ilişkileri bakımından da Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasına uygun bir şekilde hareket etmek zorundadırlar.

Bununla birlikte çok eşli aile ilişkileri her ne kadar 8. madde kapsamında aile hayatı teşkil etse de bu tür ilişkilere yönelik müdahaleler çoğunlukla 2. fıkrada öngörülen koşullar kapsamında "haklı" bulunmakta ve ihlal kararları çıkmamaktadır. Mahkeme bu konuda devletlere geniş bir takdir yetkisi tanımaktadır. Mahkeme'nin bu yaklaşımında,

[1032] Bkz. Slooten/Hollanda, Başvuru No: 45644/18, 15.04.2025 (Nihai Karar Tarihi: 15.07.2025), § 5-27.
[1033] Bkz. Slooten/Hollanda, Başvuru No: 45644/18, 15.04.2025 (Nihai Karar Tarihi: 15.07.2025), § 68-78.
[1034] Bkz. Slooten/Hollanda, Başvuru No: 45644/18, 15.04.2025 (Nihai Karar Tarihi: 15.07.2025), § 66.

Hristiyan Avrupa ülkelerinin tek eşlilik kültürünün önemli bir etkisinin olduğu ileri sürülmektedir.[1035]

Örneğin; *E.A. ve A.A./Hollanda* başvurusuna konu olayda, başvurucu E.A., ikinci eşi ile birlikte Hollanda'da yaşamakta, ilk eşi ve ilk eşinden olan çocukları ise Fas'ta bulunmaktadır. E.A.'nın Hollanda'da daimî ikamet (oturma) izni bulunmaktadır. İkinci başvurucu A.A. ise E.A.'nın büyük oğludur. A.A. Hollanda'da oturma izni almak istemektedir. Bu nedenle başvurucular Hollanda Devleti'ne başvuruda bulunmuş ve oturma izni talep etmişlerdir. Ancak Hollanda Devleti bu başvuruyu reddetmiştir. Hollanda Devleti, söz konusu iznin sadece tek eş ve bu eşten dünyaya gelen çocuklar bakımından geçerli olduğunu, çok eşliliğin Hollanda kamu düzenine aykırı olduğunu, aile hayatına bir müdahale söz konusu olsa bile bu müdahalenin 8. maddenin 2. fıkrasına uygun olduğunu ileri sürmüştür.[1036]

Komisyon, başvurucu E.A.'nın Fas'taki ailesinin geçimini sağladığını, yılda ortalama 6 hafta onlarla beraber kaldığını, düzenli aralıklarla telefonla iletişim kurduğunu göz önünde bulundurmuş ve başvurucular arasında aile hayatının mevcut olduğuna karar vermiştir. Bu bağlamda, ikinci başvurana, babası ve onun ikinci eşiyle birlikte yaşaması için oturma izni verilmemesi başvurucuların aile hayatına bir müdahale teşkil etmektedir.[1037]

Komisyon, söz konusu müdahalenin 8. maddenin 2. fıkrasına uygun olup olmadığına ilişkin yapmış olduğu değerlendirmede ise; "… *Komisyon Hollanda makamlarının bu tür davalarda izlediği politikanın ülkenin ekonomik refahıyla açıkça bağlantılı olduğunu, özellikle de nüfus yoğunluğu nedeniyle iş gücü piyasasını düzenleme kaygısıyla hareket ettiklerini gözlemlemektedir… Bu nedenle, Komisyon, başvuruculların aile hayatına saygı hakkına yapılan müdahalenin kanunlara uygun olduğunu ve demokratik bir toplumda ülkenin ekonomik refahı açısından gerekli bir göç kontrolü tedbiri olarak haklı olduğunu değerlendirmektedir…*" şeklindeki gerekçelerle ihlal bulunmadığı sonucuna ulaşmıştır.[1038]

[1035] Samuel Chapman, *Polygamy, Bigamy and Human Rights Law*, (United States of America: Xlibris Corporation, 2001), 73; Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı*, 61.
[1036] Bkz. E.A. ve A.A./Hollanda, Başvuru No: 14501/89, 06.01.1992 (Kabul Edilebilirlik Kararı).
[1037] E.A. ve A.A./Hollanda, Başvuru No: 14501/89, 06.01.1992 (Kabul Edilebilirlik Kararı).
[1038] E.A. ve A.A./Hollanda, Başvuru No: 14501/89, 06.01.1992 (Kabul Edilebilirlik Kararı).

Benzer şekilde Bıbı/Birleşik Krallık başvurusuna konu olayda, başvurucu, babasının ilk eşi olan ve aynı zamanda annesi olan kişinin (başvurucunun annesi Bangladeş vatandaşıdır) Birleşik Krallık'a girmesine izin verilmemesi sebebiyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini iddia etmiştir. Komisyon burada da çok eşli ilişkiyi aile hayatı kapsamında değerlendirmiş fakat müdahalenin 8. maddenin 2. fıkrası uyarınca meşru olduğuna karar vermiştir.[1039]

Türk Anayasa Mahkemesi de benzer şekilde, Devlet için öngörülen negatif yükümlülüklerin her durumda aile hayatına keyfî surette müdahaleden kaçınmayı gerekli kıldığını vurgulamaktadır. Mahkeme, negatif bir müdahalenin varlığını tespit etmesi hâlinde Anayasa'nın 13. maddesi kapsamında müdahalenin kanuni dayanağının bulunup bulunmadığı, meşru amacının olup olmadığı, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygunluk ve ölçülülük ilkeleriyle çelişip çelişmediği hususlarında değerlendirmeler yapmaktadır.[1040]

b. Pozitif Yükümlülükler

Pozitif yükümlülükler doktrini, hak ve hürriyetlerin kullanılmasına müdahale edilmemesi yanında ayrıca bu hak ve hürriyetlerin korunması ve gerçekleştirilmesi yükümlülüğünü ifade etmektedir.[1041] Dolayısıyla bu teoriye göre, AİHS'ye taraf devletlerin hak ve hürriyetlere dokunmamaları veya bunların kullanımlarını engellememeleri, Sözleşme'nin amacının gerçekleşmesi için yeterli değildir. Sözleşmeci devletler hak ve hürriyetlerin etkin ve somut bir şekilde korunması ve hayata geçirilmesi için pozitif edimlerde bulunmakla yükümlüdürler.[1042]

[1039] "*… Komisyon, bu müdahalenin 1988 Göçmenlik Kanunu'nun 2. bölümü uyarınca hukuka uygun olduğunu belirtmektedir. Bu kanun, birden fazla yabancı eşin Birleşik Krallık'ta yerleşik bir kocaya katılmasını engellemekte ve çok eşli hane halklarının oluşumunu önlemeyi amaçlamaktadır. Çok eşlilik uygulaması, orada yaşayan halkın çoğunluğu tarafından kabul görmemektedir. Bu hükmün amacı, Hristiyan temelli tek eşli aile yapısının korunmasıdır. Komisyon, bu amacın meşru olduğunu ve 8. maddenin 2. fıkrasında yer alan ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması kapsamına girdiğini değerlendirmektedir. Müdahalenin demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını değerlendirirken, Komisyon, Sözleşmeci Devletlerin göç politikası alanında belli bir takdir yetkisine sahip olduğunu hatırlatır…*" Bkz. Bıbı/Birleşik Krallık, Başvuru No: 19628/92, 29.06.1992 (Kabul Edilebilirlik Kararı).

[1040] Bkz. Tuğba Çetinkaya [1. B.], B. No: 2018/17932, 14.10.2020, § 54; Latife Akyüz [1. B.], B. No: 2016/50822, 07.09.2021, § 42.

[1041] Semih Batur Kaya, "İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1 (2022): 56.

[1042] Said Vakkas Gözlügöl, *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2014), 219-220; Erkan Duymaz, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 47 (2012): 123-124.

Aile hayatı konusunda, devletlerin pozitif yükümlülüğünün iki temel dayanağının olduğu kabul edilmektedir.[1043] Bunlardan birincisi, "*İnsan haklarına saygı yükümlülüğü*" başlıklı Sözleşme'nin 1. maddesidir.[1044] Söz konusu maddede; "*Yüksek Sözleşmeci Taraflar kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, bu Sözleşme'nin birinci bölümünde açıklanan hak ve hürriyetlerden yararlanmalarını sağlarlar*." şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir.[1045]

İkinci dayanak ise Sözleşme'nin 8. maddesinde geçen "saygı" ifadesidir.[1046] Esasında "saygı" ifadesi, devletin insan haklarına müdahale etmekten veya insan haklarını kısıtlamaktan kaçınmasını ifade eder.[1047] Bu nedenle bu kavram klasik bir negatif yükümlülük ifadesi gibi düşünülebilir. Ancak AİHM, "saygı" kavramının özünde bazı pozitif yükümlülüklerin de bulunduğunu belirtmektedir.[1048] Keza Mahkeme, *Marckx/Belçika* kararından sonraki birçok kararında aile hayatı konusunda devletlerin pozitif yükümlülüklerine sıkça vurgu yapmıştır. Örneğin Mahkeme, *Aksu/Türkiye* başvurusunda şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "… *8. maddenin temel amacı bireyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumak olsa da Devlet'i yalnızca bu tür müdahalelerden kaçınmaya zorlamaz. Bu negatif yükümlülüklerin yanı sıra, özel hayata ve aile hayatına etkin bir şekilde saygı gösterilmesinin doğasında bulunan pozitif yükümlülükler de söz konusu olabilir…*"[1049]

[1043] Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, 6-7.

[1044] "… *Mahkeme, Sözleşme'nin 1. maddesi uyarınca, sözleşmeci devletlerin, kendi yetki alanları içinde bulunan herkesin, (...) Sözleşme'[de] (...) açıklanan hak ve özgürlüklerden yararlanmalarını sağladıklarını hatırlatmaktadır. Sözleşme'nin 8. maddesi, esasen kişiyi kamu makamlarının keyfi müdahalelerine karşı korumayı amaçlasa da Devlete, güvence altına aldığı hakları etkin bir şekilde saygı göstermeye ilişkin pozitif yükümlülükleri de dayatabilmektedir... Bu yükümlükler, özellikle, kişilerin kendi aralarındaki ilişkilerine kadar özel ve aile hayatına saygı gösterilmesini amaçlayan tedbirlerin alınmasını kapsayabilmektedir*…" Bkz. Mortıer/Belçika, Başvuru No: 78017/17, 04.10.2022 (Nihai Karar Tarihi: 04.01.2023), § 200.

[1045] Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, 7; Tekin, "Aile Hayatına Saygı", 81.

[1046] Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı*, 21; Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Madde 8 Rehberi*, 8 vd.

[1047] Kaya, "İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü", 52.

[1048] Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı*, 21. Öğretide de bir temel hak ve hürriyete "saygılı" olmanın bazı gereklerinin, diğer bir ifadeyle bazı şartlarının bulunduğu ifade edilmektedir. Buna göre devlet, aile hayatına saygı hakkını tanımalı, uygulanmasını sağlamalı, haksız müdahalelere karşı korumalı ve ihlal neticesinde bir zarar doğarsa bu zararı tazmin etmelidir. Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ayhan Döner, *Türk Anayasa Hukuku*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2025), 95 vd.

[1049] Bkz. Aksu/Türkiye, Başvuru No: 4149/04; 41029/04, 15.03.2012, § 59. Aynı yönde bkz. Tereshchenko/Rusya, Başvuru No: 33761/05, 05.06.2014 (Nihai Karar Tarihi: 05.09.2014), § 123; Stubbings ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 22083/93; 22095/93, 22.10.1996, § 62.

Kanaatimizce sözleşmeci devlet, aile hayatına *keyfi bir şekilde müdahalede bulunmayarak* kendi açısından negatif yükümlülüğünü yerine getirmektedir. Yani negatif yükümlülükte devlet ile birey arasındaki ilişki söz konusudur. Pozitif yükümlülükte ise devlet ile birey arasındaki ilişkinin yanı sıra birey ile diğer birey/bireyler arasındaki ilişki de gündeme gelmektedir. Dolayısıyla Sözleşme'nin 8. maddesinde kullanılan "saygı" kavramı, Sözleşme'nin "yatay etkisi"ni çağrıştırmakta, diğer bir ifadeyle üçüncü kişiler tarafından da saygı gösterilmesi gerekliliğini işaret etmektedir. Bilindiği üzere "*yatay etki (horizontal effect)*", temel hakların özel kişiler ile tüzel kişiler de dahil olmak üzere diğer özel kişiler arasındaki ilişkilerde etkili olması demektir.[1050] Bu kapsamda; üçüncü kişilerin saygı göstermesi, gerektiğinde sözleşmeci devlet eliyle (zoruyla) yerine getirilecektir. Dolayısıyla devlet, gerek devlet-birey arasındaki ilişkilerde gerekse de bireyler arasındaki ilişkilerde aile hayatının etkin bir şekilde kullanılmasını sağlayacak maddi ve hukuki koşulları sağlamakla yükümlüdür.[1051]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kararlarında, devletlerin pozitif yükümlülüklerine ilişkin bir tanım getirmemiştir.[1052] Bununla birlikte pozitif yükümlülükler genellikle "önlem alma yükümlülüğü" ve "sonuç yükümlülüğü" şeklinde ikiye ayrılmaktadır.[1053]

Sözleşme'nin 8. maddesindeki yükümlülüklerin "önlem alma yükümlülüğü" olduğu iddia edilmektedir.[1054] Bu kapsamda örneğin; hukuki düzenlemeleri yapmak ve kanunları çıkarmak, etkili (bağımsız, tarafsız, özenli ve süratli) soruşturma yapmak, yargılama yapmak ve cezaları infaz etmek şeklinde bazı pozitif yükümlülüklerden söz etmek mümkündür. Daha somut örnek vermek gerekirse; devlet koruması altına alınan çocukları yeniden anne ve babası ile bir araya getirmek, özellikle göçmenlerin aile birleşimi konusunda gerekli düzenlemeleri yapmak, ihtiyacı olan kişilere mali olanaklar sağlamak ve evlilik dışı çocukların tanınması prosedürünü düzenlemek devletlerin pozitif yükümlüklerinden bir kaçıdır.[1055] Örneğin; Nazarenko/Rusya başvurusuna konu olayda,

[1050] Bkz. Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 417-418.
[1051] Tekin, "Aile Hayatına Saygı", 82.
[1052] Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, 7.
[1053] İpek/Türkiye, Başvuru No: 25760/94, 17.02.2004 (Nihai Karar Tarihi: 17.05.2004), § 170.
[1054] Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı*, 7.
[1055] Sultan Tahmazoğlu Üzeltürk, *Özel Hayatın Gizliliği Hakkı: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre*, (İstanbul: Beta Yayınları, 2004), 164; Karagözler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 140.

başvurucu Nazarenko'nun 2007 yılında eşi N.'den A. isminde bir kızı dünyaya gelmiştir. 2010 yılında başvurucu ile N. boşanmıştır. Başvurucu; kızı A.'nın, N.'nin yeni hayat arkadaşı tarafından dövüldüğünden ve cinsel olarak istismar edildiğinden şüphelenmesi üzerine, kızı ile birlikte yaşamaya karar vermiştir. Kızının N. ile görüşmelerine ise eşlik etmeye gayret etmiş, kızının N. ile tek başına kalmasına müsaade etmemiştir.

Bir süre sonra N., A.'nın babasının başvurucu olmadığını iddia ederek, A.'nın velayetinin kendisine verilmesini ve A.'nın nüfus bilgilerindeki gerekli değişikliklerin yapılmasını talep etmiştir. DNA testi sonucunda A.'nın biyolojik babasının başvurucu olmadığı tespit edilmiştir. Bu nedenle ulusal hukuktaki mahkeme mevzuat gereğince; A.'nın babasının başvurucu Nazarenko olmadığının tespitine, aralarındaki soy bağının kaldırılmasına, Nazarenko'nun isminin A.'nın doğum belgesinden çıkartılmasına ve A.'nın soyadı ile baba adının Nazarenko ile ilişkili olmayan bir aile adı ve baba adıyla değiştirilmesine karar vermiştir.[1056] Rusya mevzuatına göre, Nazarenko ile A. iki yabancı kişi konumuna düştüğü için Nazarenko'nun A.'nın kendi yanında yaşamasını istemesi, onunla kişisel ilişki kurulmasını istemesi veya A.'nın haklarını savunabilmek adına temsilcisi olabilmesi mümkün değildir.[1057]

Bu kapsamda Nazarenko, aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme yapmış olduğu inceleme neticesinde; "… *8. maddenin temel hedefi, kamu makamlarının keyfi eylemlerine karşı bireyi korumak olsa da buna ek olarak aile hayatına 'saygı'nın etkili bir şekilde korunmasına yönelik pozitif yükümlülükler de bulunmaktadır. Bu yükümlülükler, bireyler arasındaki ilişkiler alanında bile, hem bireylerin haklarını koruyan yargısal ve icrai mekanizmanın düzenleyici bir çerçevesinin sağlanmasını hem de uygulama dahil olmak üzere aile hayatına saygıyı güvence altına almak için tasarlanmış tedbirlerin alınmasını kapsayabilir… Mahkeme, iç hukukun uygulanmasının bir sonucu olarak, başvurucunun soy bağının kaldırılmasının ardından tamamen ve otomatik olarak A.'nın yaşamından çıkartıldığını gözlemlemektedir. Bununla birlikte, bir çocuğu bir süre kendi çocuğuymuş gibi yetiştiren bir kimsenin, çocuğun biyolojik babası olmadığının ortaya çıkmasının ardından, çocuğun üstün yararına ilişkin nedenler öyle gerektirmedikçe, çocuğun yaşamından tamamen çıkartılmaması gerektiğini düşünmektedir. Mevcut davada bu tür*

[1056] Bkz. Nazarenko/Rusya, Başvuru No: 39438/13, 16.07.2015 (Nihai Karar Tarihi: 16.10.2015), § 6-32.
[1057] Nazarenko/Rusya, Başvuru No: 39438/13, 16.07.2015 (Nihai Karar Tarihi: 16.10.2015), § 33 vd.

nedenler ileri sürülmemiştir. Başvurucuyla kişisel ilişkinin A.'nın gelişimi için zararlı olacağı hiçbir aşamada ileri sürülmemiştir. Bunun aksine hem çocuk mahkemesi hem de uzman psikologlar tarafından başvurucu ile A. arasında güçlü bir karşılıklı bağın olduğu ve başvurucunun çocuğa iyi bir biçimde baktığı tespit edilmiştir … Bütün bu hususlar göz önüne alındığında, Mahkeme, yetkililerin başvurucu ile A. arasındaki aile bağlarının sürdürülmesi için bir imkân sağlama yükümlülüklerini yerine getiremedikleri sonucuna ulaşmaktadır. Başvurucunun, iç hukuk hükümlerinin katılığından ötürü soybağının kaldırılmasının ardından, A.'nın yaşamından tamamen ve otomatik olarak dışlanması, özellikle de A.'nın üstün yararı dikkate alınmaksızın kişisel ilişki kurma haklarının reddedilmesi, başvurucunun aile yaşamına saygısızlığa yol açmıştır…" şeklindeki gerekçelerle ihlal kararı vermiş ve "pozitif yükümlülük" kapsamında gerekli yasal düzenlemelerin yapılması gerektiğine işaret etmiştir.[1058]

Bu konuda en sık karşılaşılan vakalardan birisi aile içi şiddettir. Sözleşmeye taraf devletler özellikle kadına ve çocuğa karşı şiddeti önleme; şiddetin gerçekleşmesi durumunda ise gerekli soruşturmayı, kovuşturmayı ve cezalandırmayı yapmakla yükümlüdürler.[1059] Yine aile içi şiddetten dolayı meydana gelen mağduriyeti giderme yükümlülüğü de sözleşmeci devlete aittir.

Bu kapsamda AİHM, 2009 yılında karara bağlamış olduğu *Opuz/Türkiye* başvurusunda ihlal kararı vermiş ve (mülga) 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un yeterince koruma sağlamadığını belirterek mevzuatımızı ve uygulamayı eleştirmiştir. Mahkeme söz konusu kararında; "… *Hükümet tarafından aile içi şiddete maruz kalan kadınlar için çözüm yollarından biri olarak gösterilen 4320 sayılı Kanunun uygulanmasında ciddi sorunlar olduğu görülmektedir. Yukarıda adı geçen kuruluşlar tarafından yürütülen araştırma, mağdurlar aile içi şiddeti karakollara bildirdiklerinde,*

[1058] Nazarenko/Rusya, Başvuru No: 39438/13, 16.07.2015 (Nihai Karar Tarihi: 16.10.2015), § 61-68. AİHM ayrıca, "… *Mahkeme, kişisel ilişki kurma haklarını düzenleyen Rus yasal hükümlerinin katılığından endişe duymaktadır. Bu hükümler, çeşitli ailevi durumlara ve çocuğun üstün yararına herhangi bir istisna getirmeksizin, bir çocukla ilişkisini sürdürmeye hak sahibi olan kişilerin tüketici bir listesini oluşturmaktadır. Bunun sonucunda da başvurucu gibi çocukla ilişkili olmayan ama uzun bir süre boyunca onunla ilgilenmiş ve yakın bir kişisel bağ kurmuş bir kimse hiçbir koşulda ve çocuğun üstün yararı dikkate alınmaksızın kişisel ilişki kurma hakkını kazanamamaktadır. Hükümet, bir çocukla ilişkisini sürdürmeye hak sahibi olan kişilerin katı bir listesinin oluşturulmasının ve bu hükümlerin uygulanmasına her bir olayın kendine özgü koşulları içerisinde çocuğun üstün yararına istisnalar getirilmemesinin neden demokratik bir toplumda gerekli olduğuna dair herhangi bir neden göstermemiştir*…" şeklindeki ifadelere yer vererek, yasal düzenlemenin yapılması gerektiğini işaret etmiştir.

[1059] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Eltimur, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", s. 316 vd.

polis memurlarının şikayetleri soruşturmak yerine, mağdurları eve dönmeye ve şikayetlerinden vazgeçmeye ikna etmeye çalışarak arabulucu rolünü üstlenmeye çalıştıklarını göstermektedir. Bu bağlamda, polis memurları sorunu 'müdahale edemeyecekleri bir aile meselesi' olarak görmektedir. Bu raporlardan ayrıca, 4320 sayılı Kanun uyarınca mahkemeler tarafından verilen tedbir kararlarında makul olmayan gecikmeler yaşandığı, çünkü mahkemelerin bu kararları acil bir dava olarak değil, bir tür boşanma davası olarak gördüğü anlaşılmaktadır. Polis memurlarının olumsuz tutumu nedeniyle, saldırganlara tedbir kararlarının tebliğ edilmesinde de sık sık gecikmeler yaşanmaktadır. Ayrıca, aile içi şiddet uygulayanlar caydırıcı cezalar almıyor gibi görünmektedir, çünkü mahkemeler cezaları töre, gelenek veya namus gerekçesiyle hafifletmektedir. Bu sorunların bir sonucu olarak, yukarıda belirtilen raporlar, aile içi şiddetin yetkililer tarafından hoş görüldüğünü ve Hükümet tarafından belirtilen çözüm yollarının etkili bir şekilde işlemediğini göstermektedir. Benzer bulgular ve endişeler CEDAW Komitesi tarafından da dile getirilmiştir ..." ifadelerine yer vermiştir.[1060]

Bunun üzerine ülkemizde 6284 sayılı "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun" hazırlanmış ve 20.03.2012 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

Negatif yükümlülüklerde olduğu gibi pozitif yükümlülüklerde de sözleşmeci devletlerin takdir yetkisi bulunmaktadır. Bu takdir yetkisinin kapsamının (genişliğinin veya darlığının) belirlenmesinde ise bazı etkenler göz önünde bulundurulmaktadır.[1061] Bir bireyin varlığının önemli bir yönü (örneğin; cinsel bütünlüğü) söz konusu olduğunda devletin takdir yetkisi kısıtlı olacaktır.[1062] Yine temel değerlerin ve aile hayatının asli

[1060] Opuz/Türkiye, Başvuru No: 33401/02, 09.06.2009 (Nihai Karar Tarihi: 09.09.2009), § 195-197.
[1061] Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Madde 8 Rehberi*, 9.
[1062] Örneğin; *X ve Y/Hollanda* başvurusuna konu olayda, 13 Aralık 1961 tarihinde dünyaya gelen ve zihinsel engelli olan Bayan Y, 1970 yılından itibaren zihinsel engelli çocuklar için özel olarak işletilen bir evde yaşamaya başlamıştır. Bayan Y, 14 Aralık 1977'yi 15 Aralık 1977'ye bağlayan gece, kurum müdürünün damadı olan ve kurumda çalışmamasına rağmen eşiyle birlikte kurum binasında yaşayan Bay B. tarafından uyandırılmıştır. Bay B, Bayan Y'yi kendisini odasına kadar takip etmeye, soyunmaya ve kendisiyle cinsel ilişkiye girmeye zorlamıştır. Bayan Y'nin on altıncı doğum gününün ertesi günü meydana gelen bu olay, onun için travmatik sonuçlar doğurmuş ve büyük bir ruhsal rahatsızlık yaşamasına neden olmuştur. Ancak yetkili makamlar, zihinsel sorunları nedeniyle Bayan Y'nin dava açamayacağına yönelik kanaat belirtmişlerdir. Bayan Y'nin babası Bay X her ne kadar gerekli bütün yollara başvurmuş ise de iki yıl içinde benzer bir suç işlememesi koşuluyla Bay B. hakkında dava açılmamasına karar verilmiştir. AİHM ise yapmış olduğu değerlendirmede; söz konusu olayın temel değerleri ve özel yaşamın temel yönlerini ilgilendirdiğini, bu alanda etkili bir caydırıcılığın vazgeçilmez olduğunu, bu caydırıcılığın da ancak ceza hukuku hükümleriyle sağlanabileceğini ifade etmiş ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Bkz. X ve Y/Hollanda, Başvuru No: 8978/80, 26.03.1985, § 7-24.

yönlerinin tehlikede olduğu durumlarda (örneğin; kişinin dairesine izinsiz girilmesi suretiyle konutunun işgali ve dairenin içine gizlice kablo ve kameraların yerleştirilmesi) devletlerin takdir yetkisi sınırlı olacaktır.[1063] Bununla birlikte, toplumu ilgilendiren hassas ahlaki veya etik meselelerin gündeme geldiği durumlarda sözleşmeye taraf devletlerin takdir yetkisi daha geniş olacaktır.[1064]

Aile hayatına saygı hakkının korunması bakımından negatif yükümlükler ile pozitif yükümlülükler arasında öncelik-sonralık ilişkisi yoktur. Ayrıca bu yükümlülüklerden birisi diğerini ortadan kaldırmaz. Bu yükümlülükler bir bütündür ve duruma göre her ikisinin de yerine getirilmesi gerekebilir.[1065]

Ancak negatif yükümlülükler ile pozitif yükümlülükler arasındaki şu önemli farkı vurgulamakta kanaatimizce fayda vardır: Negatif yükümlülükler söz konusu olduğunda, devletin aile hayatına *keyfi müdahalede bulunmaması* esas olduğu için yapılan müdahalenin Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sınırlandırma sebeplerine uygun olup olmadığı yönünden bir değerlendirme yapılacaktır. Diğer bir ifadeyle müdahalenin hukuka uygun olup olmadığı, meşru bir amaç güdüp gütmediği ve demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığı hususları incelenecektir. Ancak pozitif yükümlülüklerde, devletten beklenen zaten aktif bir eylem olduğu için bu eylemin Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında öngörülen sınırlandırma sebeplerine uygun olup olmadığı yönünden bir değerlendirme yapılmayacaktır. Bireyin çıkarları ile toplumun çıkarları arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı hususu incelenecektir.[1066]

Bununla birlikte bireyin çıkarları ile toplumun çıkarları arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı hususu sadece pozitif yükümlülüklere özgü değildir; negatif yükümlülüklerde de dikkate alınmaktadır. Diğer bir ifadeyle bireyin çıkarları ile toplumun çıkarları arasında adil bir denge kurulup kurulmadığı hususu hem pozitif yükümlülüklerde hem de negatif yükümlülüklerde gündeme gelmektedir.[1067]

[1063] Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Madde 8 Rehberi*, 9.
[1064] Bkz. X, Y ve Z/Birleşik Krallık, Başvuru No: 21830/93, 22.04.1997, § 44; Frette/Fransa, Başvuru No: 36515/97, 26.02.2002 (Nihai Karar Tarihi: 26.05.2002, § 41; Christine Goodwin/Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95, 11.07.2002, § 85.
[1065] Tekin, "Aile Hayatına Saygı", 82-83.
[1066] Karagözler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 141.
[1067] "… *Hem negatif hem de pozitif yükümlülükler bağlamında, bireyin ve bir bütün olarak toplumun yarışan menfaatleri arasında adil bir denge kurulmasına dikkat edilmelidir*…" Bkz. Nazarenko/Rusya, Başvuru No: 39438/13, 16.07.2015 (Nihai Karar Tarihi: 16.10.2015), § 63.

Türk Anayasa Mahkemesi de pozitif yükümlülükler konusunda AİHM ile benzer değerlendirmeler yapmaktadır. Örneğin; *F.Y. Başvurusu*'na konu olayda, kadın olan başvurucu, çocuklarıyla arasında mahkemece kurulmuş kişisel ilişki kararı bulunmasına rağmen babanın engellemeleri nedeniyle çocuklarını göremediğini, devletin pozitif yükümlülükleri bağlamında gerekli önlemlerin alınmadığını, bu nedenle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğini ileri sürmüştür. Anayasa Mahkemesi öncelikle; "… *Devletin pozitif tedbirler alma yükümlülüğü konusunda Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri, ebeveynin çocuğuyla bütünleşmesinin sağlanması amacıyla tedbirler alınmasını isteme hakkını ve kamusal makamların bu tür tedbirleri alma yükümlülüğünü içermektedir*…" şeklindeki ifadelerle, Anayasa'nın 20. ve 41. maddeleri kapsamında devletin pozitif yükümlülüğe sahip olduğunun altını çizmiştir.[1068] Sonuç olarak Mahkeme şu tespit ve değerlendirmelerde bulunarak aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiğine karar vermiştir: "… *kamusal makamların ve mahkemelerin anayasal güvenceleri dikkate alarak kişisel ilişkinin kurulabilmesi için gerekli yaptırımları uygulaması gerektiği, aksi yöndeki somut yaklaşımın devletin pozitif yükümlülükleriyle bağdaşmayacağı vurgulanmalıdır. Keyfi olmadığı ve çocuğun ebeveyni ile ilişkisini bozmadığı sürece diğer ebeveynin çocuğun üstün yararına aykırı davranışları konusunda yaptırım uygulanması anayasal bir gereklilik olarak karşımıza çıkmaktadır. Böylece anılan kararların anayasal güvenceleri ve mevcut yasal düzenlemeleri gözeten ilgili ve yeterli gerekçe içermemesi nedeniyle başvurucunun çocuklarıyla kişisel ilişki kurabilmesi bakımından caydırıcı önlemlerin ivedilikle alınması noktasında aile hayatına saygı hakkı yönünden devletin pozitif yükümlülüklerinin yerine getirilmediği sonucuna varılmıştır*…"[1069]

c. Usuli Yükümlülükler

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. maddesinde açıkça herhangi bir usuli yükümlülükten bahsedilmemiştir. Bununla birlikte AİHM tarafından verilen birçok kararda Sözleşme'nin 8. maddesinin bazı usuli güvenceler içerdiği ifade edilmiştir.[1070] Kanaatimizce, Mahkeme tarafından ortaya konulan bu usuli güvenceler, devletlerin pozitif yükümlülüklerinin özel bir görünümünü teşkil etmektedir. Bu usuli yükümlülükler

[1068] Bkz. F.Y. [2. B.], B. No: 2022/46086, 12.03.2025, § 13.
[1069] F.Y. [2. B.], B. No: 2022/46086, 12.03.2025, § 21.
[1070] AİHM'ye göre bu usuli yükümlülükler 8. maddenin doğasında bulunmaktadır. Bkz. McMichael/Birleşik Krallık, Başvuru No: 16424/90, 24.02.1995, § 91.

ile aile hayatına ilişkin karar alma sürecinin adil olması ve bireyin 8. maddede koruma altına alınan hukuki çıkarlarına saygı gösterilmesi hedeflenmektedir.[1071] Belirtmek isteriz ki, aşağıda kısaca değineceğimiz bu usuli yükümlülükler hem idari hem de yargısal yolları kapsamaktadır.[1072]

Mahkeme'ye göre "aile hayatına saygı hakkı" kapsamında Sözleşme'nin 8. maddesinin usuli boyutlarından birisi yargılamanın uzunluğudur. Aile hayatına ilişkin yargılamanın uzun sürmesi Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal eder. Mahkeme'ye göre; "… *bu tür davalarda, usule ilişkin herhangi bir gecikme, mahkemeye sunulan konunun duruşma yapılmadan önce fiilen belirlenmesiyle sonuçlanması riskini taşır...*"[1073] Mahkeme, ebeveynlerin çocuklarına erişmesiyle ilgili davalarda sözleşmeci devletlerden makul süre konusunda olağanüstü bir özen beklemektedir. Örneğin; Mahkeme Kopf ve Liberda/Avusturya başvurusunda bu durumu şu şekilde belirtmiştir: "… *Mahkeme, 8. maddede açık bir usul kuralı bulunmamakla birlikte, müdahale tedbirlerine ilişkin karar verme sürecinin adil olması ve 8. madde ile korunan menfaatlere gereken saygıyı göstermesi gerektiğini belirtmektedir... Mahkeme, bir kişinin çocuğuyla olan ilişkisine ilişkin davalarda, usule ilişkin herhangi bir gecikmenin mahkemeye sunulan konunun duruşma yapılmadan önce fiilen belirlenmesi riskini taşıdığını göz önünde bulundurarak, bu konularda olağanüstü özen gösterilmesi gerektiği yönünde defalarca karar vermiştir*…"[1074]

Türk Anayasa Mahkemesi'nin önüne gelen bireysel başvurular incelendiğinde, özellikle *boşanma* davalarının uzun sürmesi nedeniyle *aile kurma* hakkına ilişkin usuli yükümlülüğün ihlal edildiğine yönelik sıklıkla ihlal kararları verilmektedir. Örneğin AYM, Ç.A. Başvurusu'nda şu tespit ve değerlendirmelerde bulunmuştur: "… *hukuk sistemimizde mevcut evliliğin sona ermesiyle yeniden evlenmenin mümkün olduğunu, sadakat yükümlülüğünün boşanma davası süresince de devam ettiğini gözeterek kişinin*

[1071] Buckley/Birleşik Krallık, Başvuru No: 20348/92, 26.09.1996, § 76; McMichael/Birleşik Krallık, Başvuru No: 16424/90, 24.02.1995, § 87; Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 46117/99, 10.11.2004, § 118.

[1072] "*… 8. maddenin doğasında bulunan usule ilişkin gereklilik, adli işlemlerin yanı sıra idari işlemleri de kapsamakla kalmayıp, diğerlerinin yanı sıra aile hayatına uygun saygının sağlanması gibi daha geniş bir amaca da yardımcı olmaktadır*…" Bkz. McMichael/Birleşik Krallık, Başvuru No: 16424/90, 24.02.1995, § 91.

[1073] W./Birleşik Krallık, Başvuru No: 9749/82, 08.07.1987, § 65.

[1074] Kopf and Liberda/Avusturya, Başvuru No: 1598/06, 17.01.2012 (Nihai Karar Tarihi: 17.04.2012), § 39.

özel ve aile hayatını düzenleyebilmesi, aile kurma bağlamında özel hayatına dair kararlar alabilmesi için devletin boşanma davalarını makul bir sürede sonlandırma yükümlülüğü olduğunu kabul etmiştir. Dolayısıyla boşanma davasına ilişkin sürecin ve akabinde gerçekleştirilecek işlemlerin hakkın özünü zedelemeyecek şekilde uygun bir zaman aralığında ve etkili hukuki çarelere başvurularak tamamlanması evlenme hakkının gerekliliklerinden biri olarak ortaya çıkmaktadır. Bu kapsamda boşanma davasının evlenme hakkının özünü zedeler bir duruma gelmemesi noktasında devlete yüklenen pozitif yükümlülük kararın sonucundan ziyade usulüne ilişkindir…"[1075]

Yine yargısal yollara başvuru hakkı bakımından da devletlerin usuli yükümlülükleri bulunmaktadır. Bu kapsamda ayrımcılık yapılmaksızın herkese özellikle velayet hakkı (yetkisi) ile ilgili konularda yargısal yollara başvuru imkânı tanınmalıdır.[1076] Örneğin; Zaunegger/Almanya başvurusuna konu olan olayda; başvurucu Zaunegger'in 1995 yılında evlilik dışı doğan bir kız çocuğu olmuştur. Başvurucu ve çocuğun annesi, 5 yıl süren fiili birlikteliklerini 1998 yılında sonlandırmışlardır. Başvurucu 2001 yılına kadar çocuğu ile birlikte yaşamaya devam etmiştir. Ancak ortak velayet beyanında bulunmadıkları için ulusal yasalar uyarınca (Alman Medeni Kanunu'nun 1626a § 2 maddesi) çocuğun velayeti sadece anneye ait olmuştur. 2001 yılından sonra çocuğun annesi ile birlikte yaşamaya başlaması üzerine çocuk ile olan görüşmelerde ve ilişkilerde bazı sorunlar ve anlaşmazlıklar yaşanmıştır. Bu sebeple başvurucu ortak velayet hakkına sahip olmak için hukuki yollara başvurmuştur. Fakat fiili birliktelik sırasında çiftlerin bu yönde bir beyanları bulunmadığı gerekçesiyle başvurusu reddedilmiştir. AİHM ise yapmış olduğu değerlendirmede, söz konusu davada öncelikle çocuğun üstün yararının ön planda tutulması gerektiğini vurgulamıştır. Ayrıca başvurucunun, resmi bir evlilikte çocuk doğduktan sonra boşanan bir babadan herhangi bir farkının olmadığını belirtmiştir. Nihayetinde, başvurucunun talebini haklı bulmuş ve Sözleşme'nin ihlal edildiği sonucuna ulaşmıştır.[1077]

[1075] Bkz. Ç.A. [1. B.], B. No: 2022/66069, 27.05.2025, § 11. Evliliğin iptali davasının uzun sürmesi nedeniyle *aile kurma* ve *evlenme hakkının* ihlal edildiğine dair benzer bir diğer başvuru için bkz. Erhan Arslan [1. B.], B. No: 2022/74624, 27.05.2025, § 12.
[1076] Roagna, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, 70.
[1077] Zaunegger/Almanya, Başvuru No: 22028/04, 03.12.2009, § 63-64. Benzer yönde verilen başka bir ihlal kararı için bkz. Keegan/Birleşik Krallık, Başvuru No: 28867/03, 18.07.2006, § 41-60.

Bir diğer usuli yükümlülük ise çocuğun devlet korumasına alınmasında veya evlatlık olarak başka kişilere verilmesinde gündeme gelmektedir. AİHM'ye göre, bu durumlarda anne ve babanın karar alma sürecine dahil edilmesi, anne ve babadan habersiz bu süreçlerin işletilmemesi ve onların rızası dışında çocuğun başka kişilere evlatlık olarak verilmemesi gerekmektedir.[1078]

D. Aile Hayatına Saygı Hakkının Sınırlandırılması Rejimi (md. 8/2)

Aile hayatına yapılan bir müdahalenin (işlemin, eylemin veya ihmalin) haklı olduğunun kabul edilebilmesi için, müdahalenin AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrasındaki şartların tümüne uygun olması gerekmektedir. Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasındaki şartlara uygun olmayan bir müdahale "aile hayatına saygı hakkı"nı ihlal eder. Bu kapsamda, aile hayatına yönelik bir kamu makamının müdahalesi, "*ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir.*"

Dikkat edileceği üzere, aile hayatına saygı hakkı mutlak bir hak değildir.[1079] Yukarıda ifade edilen koşullar ve meşru amaçlar doğrultusunda sınırlandırılabilir. Dolayısıyla bu hakka yapılan her müdahale bu hakkın ihlal edildiği anlamına gelmez.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, kamu makamları tarafından yapılan sınırlandırmanın Sözleşme'ye uygun olup olmadığını incelerken şu yöntemi uygulamaktadır: Öncelikle başvurunun "aile hayatına saygı hakkı" kapsamında olup olmadığını değerlendirmektedir. Eğer başvuruyu "aile hayatına saygı hakkı" kapsamında görürse; ortada bir müdahalenin bulunup bulunmadığını incelemektedir. Yapılan inceleme sonucunda "aile hayatına saygı hakkı"na müdahale olduğu tespit edilirse sırasıyla; söz konusu müdahalenin kanuna uygun olup olmadığı, 2. fıkrada sayılan meşru amaçlara yönelip yönelmediği ve demokratik toplumda gerekli olup olmadığı test edilmektedir.[1080]

[1078] Karagözler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 143-144.
[1079] Karan, "Evlenme ve Aile Kurma Hakkı", 122.
[1080] Gülay Arslan Öncü, "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", içinde *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)*, ed. Sibel İnceoğlu, (Ankara: Avrupa Konseyi, 2013), 322 vd.; Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*,

Aile hayatına saygı hakkına yönelik müdahalenin Sözleşme'ye uygun olup olmadığına ilişkin Mahkeme'nin kullandığı ölçütler aşağıda sırasıyla açıklanacaktır.

1. Kanuna Uygun Olma (*In Accordance With The Law*)

Aile hayatına saygı hakkına yönelik bir müdahale söz konusu olduğunda, öncelikle bu müdahalenin kanuni bir dayanağının bulunup bulunmadığı; kanuni dayanağı bulunuyorsa ilgili müdahalenin bu kanuni dayanağa uygun olup olmadığı noktasında bir inceleme yapılacaktır. Kanunilik şartı, Sözleşme'nin 9., 10. ve 11. maddelerinde "kanunen öngörülmüş olma" (*prescribed by law*) ibaresiyle ifade edildiği halde, Sözleşme'nin 8. maddesinde "kanuna uygun olma" (*in accordance with the law*) ibaresiyle ifade edilmiştir. Ancak Mahkeme her iki ifadeyi de aynı şekilde yorumlamaktadır.[1081]

Aile hayatına yönelik müdahalenin kanuni bir dayanağı yoksa kural olarak, başkaca bir incelemeye gerek duyulmaksızın ihlal kararı verilmektedir.[1082] Diğer bir ifadeyle "kanunilik" testini geçemeyen bir müdahale, "meşru amaç" ve "demokratik bir toplumda gerekli olma" testine tabi tutulmamaktadır. Ancak "pozitif yükümlülükler"in söz konusu olduğu hallerde, kanuna uygun olmayan müdahale doğrudan 8. maddenin ihlal edildiği anlamına gelmez. Bu durumda sözleşmeye taraf devlet, ulusal hukuk tarafından öngörülen şekilde hareket etmemiş olsa bile başka bir eylemle pozitif yükümlülüklerini yerine getirmiş olabilir.[1083]

"Kanuna uygun olma" ölçütü bakımından öncelikle, söz konusu müdahalenin kanuni bir dayanağının olması zaruridir. AİHM'ye göre; davalı devlet, haklı göstermek istediği müdahale için kendisine yetki veren bir hukuk düzeninin veya bir kuralın varlığını göstermelidir.[1084]

İfade etmek isteriz ki; AİHM "kanun" kavramını da özerk olarak yorumlamaktadır. Bilindiği üzere "kanun" kavramı biri şekli diğeri maddi olmak üzere iki farklı anlamda kullanılmaktadır. Şekli kanun, içeriğine bakılmaksızın yetkili organlar

10 vd.; Pekel, *Aile Hayatına Saygı Hakkı*, 6 vd.; Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Madde 8 Rehberi*, 7.

[1081] Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 11.

[1082] Bykov/Rusya, Başvuru No: 4378/02, 10.03.2009, § 82.

[1083] Arslan Öncü, *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı,* 154.

[1084] Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983, § 86.

tarafından öngörülen usullere uyularak çıkarılan düzenleyici veya bireysel işlemi ifade eder. Maddi kanun anlayışında ise, düzenleyici veya bireysel işlemin yetkili organlar tarafından belirli usuller çerçevesinde çıkarılması önemli değildir. Önemli olan bu işlemin genel, soyut, objektif ve kişilik dışı kurallar içermesidir.[1085] Bu kapsamda AİHM'nin "kanun" kavramına yüklediği anlam "maddi kanun anlayışına" daha yakındır. Şöyle ki; Mahkeme'ye göre, hukuki dayanak yazılı hukukta yani anayasa, kanun (yasa), tüzük, yönetmelik, kanun hükmünde kararname gibi mevzuat hükümlerinde bulunabileceği gibi yazılı olmayan (kodifiye edilmemiş) hukukta, örneğin yargıç yapısı içtihat hukukunda da bulunabilir.[1086] Hatta bu dayanak ulusal hukukta değil, uluslararası hukukta da bulunabilir.[1087]

Mahkeme'ye göre, müdahalenin dayanağı olan kanunun bazı niteliklere sahip olması gerekmektedir. Aşağıda kısaca açıklanacak olan niteliklere sahip olmayan kanuna dayanılarak yapılan müdahale yine 8. maddenin ihlali anlamına gelecektir. Bu kapsamda, müdahalenin dayanağını oluşturan kanunun erişilebilir, öngörülebilir olması ve hukukun kötü ve keyfi kullanımına karşı güvenceler içermesi gerekmektedir.

Kanunun erişilebilir (ulaşılabilir) olması; kuralın muhatabı ilgililerin, belirli bir olaya uygulanabilir nitelikteki hukuk kurallarının varlığı hakkında yeterli bilgiye sahip olabilmesi anlamına gelmektedir.[1088] Diğer bir ifadeyle "erişilebilirlik", müdahalenin dayanağını oluşturan hukuk kuralının kamu açısından "aleni" olmasını

[1085] Erdoğan Teziç, *Anayasa Hukuku*, (İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016), 15-17; Hakan Kolçak, "Organik Kanunlar: Şeklî ve Maddi Yönleriyle Normatif Bir Çalışma", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29/1 (2025): 68.

[1086] "*… Ayrıca, Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinde kullanılan 'kanun tarafından öngörülmüş olma' ve 'kanuna uygun olma' ifadeleriyle ilgili olarak, Mahkeme 'kanun' terimini şeklen değil özü itibariyle algıladığını her zaman vurgulamış, kanunlardan daha alt düzeydeki kararnameleri (De Wilde, Ooms ve Versyp – Belçika, 18 Haziran 1971 tarihli karar, Seri A no.12, s. 45 § 93) ve parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kural koyucuların getirdiği düzenlemeleri (Bartold - Almanya, 25 Mart 1985 tarihli karar, Seri A no. 90, s., 21 § 46) kapsayan yazılı hukuku ve yazılı olmayan hukuku da dahil etmiştir. 'Hukuk' sözcüğünden hem yazılı hukuk hem de hakimler tarafından oluşturulan 'hukuk' (diğerlerinin yanı sıra bkz. Sunday Times – İngiltere (no. 1) 26 Nisan 1979 tarihli karar, Seri A no. 30, s.30, § 47; yukarıda anılan, Kruslin, § 29 in fine; ve Casado Coca -İspanya, 24 Şubat 1994 tarihli karar, Seri A no. 285-A. s. 18 § 43) anlaşılmalıdır. Sonuç olarak, 'hukuk', yetkili mahkemeler tarafından yorumlandığı şekliyle yürürlükteki hükümlerdir…*" Bkz. Leyla Şahin/Türkiye, Başvuru No: 44774/98, 10/11/2005, § 88. (AİHM'nin Leyla Şahin/Türkiye kararının Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan çevirisinden alınmıştır).

[1087] Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 11.

[1088] "*… İkinci bir ilke de kanunun yeterince erişilebilir olması gerektiğidir: vatandaş, belirli bir davaya uygulanabilecek yasal kurallar hakkında, içinde bulunduğu koşullarda yeterli bir bilgiye sahip olabilmelidir…*" Bkz. Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983, § 87.

gerektirmektedir.[1089] Bu aleniliğin nasıl sağlanacağına ilişkin Sözleşme'de herhangi bir hüküm yoktur. Dolayısıyla aleniyeti sağlayacak yolları belirleme (mevzuatı Resmî Gazete'de veya online platformlarda yayımlama vs.) yetkisi sözleşmeye taraf devletlere aittir.

Kanunun öngörülebilir olması ise kuralın açık ve sarih olmasını, diğer bir ifadeyle muğlak olmamasını ifade eder. İlgili kişi, hukukun kendisine uygulanması halinde doğuracağı sonuçları önceden görebilmelidir.[1090] Mahkeme'ye göre, vatandaşların davranışlarını düzenlemelerine olanak vermek üzere yeterli açıklıkta formüle edilmemiş bir norm, hukuk kuralı olarak kabul edilemez; zira vatandaşlar belirli bir eylemin gerektirdiği sonuçları, durumun makul saydığı ölçüde ve eğer gerekli ise uygun bir dayanışmayla öngörebilmelidir.[1091] Başka bir ifadeyle iç hukuk, bireylerin Sözleşme'deki haklarını etkileyen tedbirlere yetkililerin hangi koşullarda ve hangi nedenlerle başvurabileceklerine ilişkin yeterli belirti sunacak şekilde açık olmalıdır.[1092] Ancak Mahkeme, bu "öngörülebilirliğin" mutlak bir kesinlik içermediğini de kararlarında vurgulamaktadır. Mahkeme'ye göre; "… *sonuçların mutlak bir kesinlikle öngörülebilir olması gerekli değildir; nitekim bunun başarılmasının mümkün olmadığı tecrübeyle sabittir. Yine de kesinlik ne kadar çok arzu edilse de beraberinde aşırı katılık getirebilir ve kanunun değişen koşullara ayak uydurabilmesi gerekmektedir. Dolayısıyla, birçok kanun kaçınılmaz olarak az ya da çok muğlak ifadelerle hazırlanmış olup, yorumlaması ve uygulaması pratiğe bırakılmıştır*..."[1093]

Aile hayatına müdahale teşkil eden eylemlerin (tedbirlerin) dayanağı olan kuralın, yeterince açık ve anlaşılır olması ve ayrıca konunun önemine göre ayrıntılar içermesi gerekmektedir. Örneğin Mahkeme, *Amann/İsviçre* kararında; kişisel verilerin işlenmesine ilişkin kanunun verileri toplama, kaydetme, saklama ve yok etme hususlarında spesifik ve ayrıntılı hükümler içermediğini, dolayısıyla kanunun öngörülebilir olmadığını ve bu nedenle de "kanunilik" kriterini karşılamadığını ifade etmiştir.[1094]

[1089] Suat Şimşek, "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri", *Sayıştay Dergisi*, Sayı:84 (2003): 9.
[1090] Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 12.
[1091] Bkz. The Sunday Times/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6538/74, 26.04.1979, § 49.
[1092] Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 12; C.G. ve Diğerleri/Bulgaristan, Başvuru No: 1365/07, 24.04.2008 (Nihai Karar Tarihi: 24.07.2008), § 39.
[1093] Bkz. The Sunday Times/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6538/74, 26.04.1979, § 49.
[1094] Amann/İsviçre, Başvuru No: 27798/95, 16.02.2000, § 55 vd.

Mahkeme'ye göre bir kanunun "erişilebilir" ve "öngörülebilir" olması yeterli değildir. Aynı zamanda bu kanunun kötü ve keyfi kullanımına karşı güvenceler içermesi ve "hukukun üstünlüğü" ilkesine uygun olması gerekmektedir. Bu kapsamda örneğin bir kanun idareye takdir yetkisi tanımışsa takdir yetkisinin sınırlarını da göstermelidir.[1095] Mahkeme, *Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık* başvurusunda bu durumu şu şekilde açıklamıştır: "… *Temel hakları etkileyen konularda, idareye sınırsız bir takdir yetkisi tanınması, Sözleşme'de yer alan demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri olan hukukun üstünlüğü ilkesine aykırı düşer. Sonuç olarak hukuk, yetkili makamlara verilen takdir yetkisinin kapsamını ve bu yetkinin kullanım tarzını yeterli bir açıklıkla göstermelidir...*"[1096]

Yine Mahkeme'ye göre; "kanuna uygun olma" ifadesi yalnızca ulusal hukuka atıfta bulunmamaktadır; aynı zamanda Sözleşme'nin giriş bölümünde açıkça belirtilen hukukun üstünlüğü ilkesiyle de ilişkilidir. Dolayısıyla bu ifade Sözleşme'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında güvence altına alınan haklara kamu makamları tarafından yapılacak keyfi müdahalelere karşı iç hukukta kanuni bir güvence sistemi olması gerektiğini ima etmektedir.[1097] Bu kapsamda; *Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık* başvurusunda, polise verilen "durdurma ve arama yetkileri" ile üst amirlerin "izin verme ve onaylamaya ilişkin yetkilerinin sınırlarının yeteri kadar net çizilmediği ve kötüye kullanıma karşı yeterli kanuni güvenceye tabi tutulmadığı" gerekçesiyle "kanuna uygun olma" ölçütünün ihlal edildiği sonucuna ulaşılmıştır.[1098]

[1095] Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 13.
[1096] Bkz. Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4158/05, 12.01.2010, § 76-77.
[1097] Bkz. Malone/Birleşik Krallık, Başvuru No: 8691/79, 02.08.1984, § 67.
[1098] "… *Mahkeme, polis memurlarının 44. maddedeki durdurma ve arama yetkilerine başvurma sıklığını gösteren istatistiki veriler ve diğer bulguları şaşkınlık verici bulmuştur. Adalet Bakanlığı, 2004/5 döneminde 33.177, 2005/6 döneminde 44.545, 2006/7 döneminde 37.000 ve 2007/8 döneminde 117.278 arama yapıldığını kaydetmiştir. Yargıç Carlile, Kanunun 2007 yılındaki uygulamalarına ilişkin raporunda, 44. madde aramalarında diğer suçlara ilişkin pek çok yakalama gerçekleşmiş olmasına rağmen, yapılan binlerce aramanın sonucunda terör saldırılarına ilişkin hiçbir bulguya ulaşılamadığını belirtmiştir; 2008 yılına ilişkin raporunda ise Yargıç Carlile, 44. madde yetkilerinin yersiz veya gereksiz biçimde kullanıldığına ilişkin örneklerin arttığını, durdurulan bazı kişilerin bilinen terörist profillerinden fazlasıyla uzak olduğunu ve aramayı haklı gösterecek hiçbir sebep yokken bu yetkilerin kullanılabildiğini belirtmiştir… Mahkeme'ye göre, polise bu kadar geniş bir takdir yetkisi verilmesi, ciddi bir keyfilik riski yaratmaktadır. Mevcut olaylar Siyahi veya Asyalı başvurucularla ilgili olmamakla birlikte, Yargıç Hope, Yargıç Scott ve Yargıç Brown'un belirttiği gibi, bu yetkilerin ayrımcılık yaratacak biçimde kullanılabilecek olması önemli bir husustur. Bağımsız değerlendiricinin de son raporunda belirttiği üzere, sadece istatistiki denge sağlamak için Beyazların da sebepsiz yere durdurulup aranması uygulamalarının ortaya çıkmış olmasına rağmen, mevcut istatistikler, Siyahi veya Asyalı kişilerin bu yetkilerden orantısız biçimde etkilendiğini göstermektedir. Üstelik, bu kadar geniş kapsamlı bir yetkinin, göstericilere veya protestoculara karşı Sözleşme'nin 10 ve/veya 11. maddelerini ihlal edecek biçimde yanlış kullanılması riski*

Görüleceği üzere, aile hayatına yönelik müdahalenin bir kanuna dayanması yeterli değildir; aynı zamanda ilgili kanunun yukarıda açıklanan niteliklere sahip olması gerekmektedir. Aksi halde "kanuna uygun olma" ölçütü sebebiyle ihlal kararları verilmektedir.

2. Meşru Amaçlara Uygunluk

Aile hayatına yönelik müdahalenin "kanuna uygun olması" bu müdahalenin haklı olduğu anlamına gelmez. Ayrıca söz konusu müdahalenin Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında gösterilen meşru amaçlardan (diğer bir ifadeyle sınırlandırma sebeplerinden) en az birisine yönelmesi gerekmektedir. Aksi takdirde yine aile hayatı ihlal edilmiş olur.

Aile hayatının hangi sebeplerle sınırlandırılabileceği (meşru amaçlar) Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında tüketici (tahdidi) bir şekilde sayılmıştır. Bu sebepler; "*ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlakın korunması ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması*" şeklindedir. Dolayısıyla bu amaçlar dışında aile hayatına müdahale edilmesi mümkün değildir.[1099] Belirtmek isteriz ki; bahsi geçen meşru amaçlara ilişkin Mahkeme herhangi bir tanım yapmamaktadır.[1100]

Görüleceği üzere meşru amaçları gösteren kavramlar oldukça genel ve soyut kavramlardır. Dolayısıyla bir müdahalenin meşru amaç izlemediği iddiasını kanıtlamak oldukça zordur. Sözleşme, taraf devletlere bu konuda geniş bir hareket alanı tanımıştır. Bu durumu göz önünde bulunduran AİHM, müdahalenin meşru amaçlardan en az birisine yöneldiği varsayımıyla haklılık incelemesini sürdürmektedir. Başvuruculların itiraz ettiği durumlarda dahi Mahkeme, genel olarak, davalı devletin ileri sürdüğü amaçları kabul etmektedir.[1101] Örneğin; *İ.A./Türkiye* başvurusunda, başvurucu, sahibi ve müdürü olduğu

---

de bulunmaktadır… Hükümet, kişinin bu durdurma ve arama uygulamasını yargısal denetime konu edebilmesi veya tazminat davası açabilmesi sağlanarak, yetkilerin kötüye kullanılmasına karşı koruyucular öngörüldüğünü iddia etmektedir. Ne var ki, bu iki dava yolunun da sınırları mevcut olayda açıkça görülmektedir. Özellikle de polisin makul şüphe sebebi göstermekle yükümlü olmaması, yetkinin uygunsuz biçimde kullanıldığını kanıtlamayı imkânsız değilse bile çok zor hale getirmektedir… Sonuç olarak Mahkeme, 2000 tarihli Kanunun 44. ve 45. maddelerindeki durdurma ve arama yetkileri gibi, izin verme ve onaylamaya ilişkin yetkilerin de sınırlarının yeteri kadar net çizilmediğini ve kötüye kullanıma karşı yeterli kanuni güvenceye tabi tutulmadığını düşünmektedir. Bu nedenle bu yetkiler kanuna göre değildir ve Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir…" Bkz. Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4158/05, 12.01.2010, § 84-87.

[1099] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 330; Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 14.

[1100] Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 14.

[1101] Karagözler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 148.

yayınevinde basılan bir kitap nedeniyle "Allah'a, İslam Dini'ne, Hz. Peygamber'e ve Kutsal Kitaba" yönelik ifadelerden dolayı cezalandırılmıştır. Hükümet yapmış olduğu savunmada, söz konusu kitabın dine, özellikle İslam Dini'ne saldırgan yaklaşımlar içerdiğini, dini duygulara hakaret ettiğini, bu nedenle de başvuranın cezalandırılmasının *sosyal bir ihtiyaca* karşılık geldiğini ileri sürmüştür. Ayrıca, halkın büyük çoğunluğunun Müslüman olduğu bir ülkede, İslam Dini'ne yönelik söz konusu eleştirilerin hakkın kullanım sınırını aştığı ileri sürülmüştür. Mahkeme, yapmış olduğu değerlendirmede, söz konusu müdahalenin (başvurucuyu cezalandırmanın), kamu düzeninin, ahlakın ve başkalarının haklarının korunması gibi meşru amaçları taşıdığını kabul etmiştir.[1102]

Benzer şekilde *Berrehab/Hollanda* başvurusuna konu olayda, Fas vatandaşı olan başvurucu Berrehab, Hollanda vatandaşı bir kadından Rebecca isminde bir kızının dünyaya geldiğini, geçimini sağlayabilmesi ve kızının eğitimi ile bakımına katkıda bulunabilmesi için oturum iznine ihtiyaç duyduğunu, bu nedenle kendisine oturum izni verilmesini Hollanda Devleti'nden talep etmiştir. Ancak Hollanda Devleti bu talebi kabul etmemiştir. Hollanda mevzuatına göre, oturum izni reddedilen kişi sınır dışı edilebilir. Kişi hakkında sınır dışı etme kararının alınabilmesi için kişinin kamu düzenine ya da ulusal güvenliğe tehdit oluşturması şart değildir.[1103] Başvurucu, oturum izni verilmemesi nedeniyle aile hayatına saygı hakkının ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme yapmış olduğu değerlendirmede; başvurucunun ailesiyle olan bağlarını fiilen sürdürmesi engellendiği için aile hayatına yönelik bir müdahale olduğunu; ancak bu müdahalenin kanuna ve meşru amaca uygun olduğunu ifade etmiştir. AİHM'ye göre; "… *Başvurucuya göre, söz konusu müdahale, Sözleşme'nin 8. maddesinin 2. fıkrasında belirtilen meşru amaçlardan hiçbirini gütmemektedir; özellikle, 'ülkenin ekonomik refahını' desteklememektedir. Zira bu müdahale Bay Berrehab'ın kızının bakım ve eğitim giderlerine katkıda bulunmaya devam etmesini engellemiştir.*

Hükûmet, Bay Berrehab'ın sınır dışı edilmesinin kamu düzeninin korunması açısından gerekli olduğunu düşünmekte ve ilgili çıkarlar arasında önemli ölçüde bir denge sağlandığını ileri sürmektedir.

[1102] Bkz. İ.A./Türkiye, Başvuru No: 42571/98, 13.09.2005 (Nihai Karar Tarihi: 13.12.2005), § 20-22.
[1103] Bkz. Berrehab/Hollanda, Başvuru No: 10730/84, 21.06.1988, § 14vd.

Komisyon, söz konusu müdahalenin Hollanda'nın göç kontrol politikasına uygun olduğu ve dolayısıyla düzensizliğin önlenmesi ve başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması gibi meşru amaçlarla alınmış olduğu kanaatindedir.

Mahkeme de Komisyonla aynı kanaati taşımaktadır. Ancak Mahkeme, izlenen meşru amacın, düzensizliğin önlenmesinden ziyade 8. maddenin 2. fıkrası kapsamında ülkenin ekonomik refahının korunması olduğunu düşünmektedir. Çünkü Hükûmet, nüfus yoğunluğu nedeniyle, iş gücü piyasasını düzenleme konusunda endişe taşımaktadır…"[1104]

AİHM'nin aile hayatına saygı hakkına yönelik kararları incelendiğinde, "meşru amaç testi"nden geçemeyen dava sayısının son derece az olduğu görülmektedir.[1105] Bu nadir karardan birisi *X ve Diğerleri/Avusturya* kararıdır. Karara konu olayda, homoseksüel ilişki yaşayan başvurucular, homoseksüel bir çiftin birlikte evlat edinmesinin Avusturya hukukunda hukuken imkânsız olmasından dolayı heteroseksüel çiftlere göre ayrımcılığa uğradıklarını iddia etmişlerdir. Avusturya Devleti bu iddiaya karşı, Avusturya evlat edinme hukukunun biyolojik bir ailede bulunabilecek bir ortamı oluşturmayı hedef aldığını, dolayısıyla *geleneksel aileyi* muhafaza etmeyi amaçladığını ve Avusturya hukukunun biyolojik gerçekliğe uygun olarak küçük bir çocuğun ebeveyn olarak karşıt cinsiyetten iki insana sahip olması gerektiği ilkesine dayandığını belirtmiştir.[1106] Mahkeme yapmış olduğu inceleme sonucunda; "… *Hükümet … kanun koyucunun bir çocuğun hukuken iki baba veya iki anneye sahip olabilmesini engellemek istediğini belirtmektedir… Ancak Mahkeme, Avusturya hukukunun tutarsız olduğunu düşünmektedir. Çünkü Avusturya hukuku eşcinsel olsa da tek bir kişinin evlat edinmesine izin vermektedir. Eğer bu kişi kayıtlı bir partnerle birlikteyse… Medeni Kanun'un 181. maddesinin 1. fıkrasının 2. bendine göre, bu partnerin rızası gereklidir. Sonuç olarak kanun koyucu, bir çocuğun eşcinsel bir çift tarafından kurulan ailenin içerisinde büyüyebileceğini kabul etmekte ve dolayısıyla bu durumun çocuk için zararlı olmadığını kabul etmektedir. Ancak Avusturya hukuku bir çocuğun iki anne veya iki babaya sahip olmaması gerektiğini açıkça öngörmektedir… Mahkeme, Hükümet'in evli olmayan heteroseksüel çiftlere tanınan bir eşin diğer eşin çocuğunu evlat edinmesi hakkının eşcinsel çiftlere tanınmamasının geleneksel ailenin muhafazası veya çocuğun*

[1104] Bkz. Berrehab/Hollanda, Başvuru No: 10730/84, 21.06.1988, § 25-26.
[1105] Gülay Arslan Öncü, "Özel Yaşam ve Aile Yaşamı", 159.
[1106] Bkz. X ve Diğerleri/Avusturya, Başvuru No: 19010/07, 19.02.2013, § 137.

çıkarlarının korunması için gerekli olduğunu ortaya koyacak çok sağlam ve inandırıcı nedenler sunmadığı kanaatindedir. Dolayısıyla Avusturya hukuku tarafından yapılan ayrım Sözleşme'yle uyuşmamaktadır…"[1107] şeklindeki gerekçelerle, söz konusu müdahalenin meşru amaç taşıdığının yeterli düzeyde ortaya konulamadığını ifade ederek ihlal kararı vermiştir.

Aile hayatına yönelik müdahalenin genellikle Sözleşme'de öngörülen en az bir meşru amaca uygun olduğu varsayıldığından, Mahkeme'nin incelemesi daha çok söz konusu müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olup olmadığı noktasında yoğunlaşmaktadır.

3. Demokratik Bir Toplumda Gereklilik

Mahkeme önüne gelen başvurularda öncelikle ve sırasıyla "kanuna uygun olma" ve "meşru amaçlara uygunluk" ölçütleri incelenmektedir. Bu ölçütlerde herhangi bir hukuka aykırılık saptanmadığı takdirde, son olarak müdahale "demokratik bir toplumda gereklilik" ölçütü dikkate alınarak değerlendirmeye tabi tutulmaktadır. Müdahalenin "haklı" olarak kabul edilebilmesi için bu ölçütten de başarıyla geçmesi gerekmektedir.[1108]

"Demokratik bir toplumda gereklilik" ölçütü, Sözleşme'nin en karmaşık, açık uçlu ve potansiyel olarak en öznel ölçütüdür.[1109] Davalarda sıklıkla tartışılan ve ihlal tespiti yapılırken en çok başvurulan ölçüt de bu ölçüttür.[1110] Bu nedenle Sözleşme'nin en önemli ölçütünün "demokratik bir toplumda gereklilik" ölçütü olduğu ileri sürülmektedir.[1111] Nitekim aile hayatına saygı hakkı kapsamında yapılan başvuruların

[1107] Bkz. X ve Diğerleri/Avusturya, Başvuru No: 19010/07, 19.02.2013, § 144-151.
[1108] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Abdurrahman Eren, *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzenin Gerekleri* (İstanbul: Beta Yayınevi, 2004); Mehmet Turhan, "Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 8 (1991): 401-420; Reyhan Sunay, "Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve 1982 Anayasası", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 8/1-2 (2000): 615-632; Mehmet Çatlı, "Bireysel Başvuru Kapsamında Bir Sınırlama ve Güvence Ölçütü Olarak Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri", (Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018).
[1109] Douwe Korff, "The Standard Approach Under Articles 8-11 ECHR and Article 2 ECHR", https://scsr.pravo.hr/_download/repository/KORFF_-_STANDARD_APPROACH_ARTS_8-11_ART 2.pdf, (E.T. 06.06.2024).
[1110] Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuza Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17 (2000): 35.
[1111] Rıza Türmen, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 35.

çoğunluğunda bu ölçütün gereklerinin yerine getirilmediği gerekçesiyle ihlal kararları verilmektedir.[1112]

Bu ölçütü açıklarken kanaatimizce şu iki sorunun cevabının ortaya konulması gerekmektedir:

1-) "Demokratik toplum" kavramı neyi ifade eder? Bu kavramdan ne anlaşılması gerekir?

2-) "Gereklilik" kelimesi ile kastedilen mana nedir? Aile hayatına ilişkin söz konusu müdahalenin yapılması demokratik bir toplumda "zorunlu" mu olmalıdır? Yani taraf devlet artık başka bir çarenin kalmadığı sadece "zorunlu" hallerde mi tedbire başvurabilir? Yoksa bu kelime "kabul edilebilir", "makul", "olağan" gibi daha esnek bir anlama mı sahiptir?

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'nin demokratik bir toplumun değer ve ideallerini koruma ve sürdürme amacıyla hazırlandığını sürekli işaret etmekle birlikte; "demokratik toplum" kavramından ne anlaşılması gerektiğini, hangi toplumların "demokratik" olarak niteleneceğini kapsamlı bir şekilde açıklamamıştır.[1113] Bununla birlikte bazı kararlarında "demokratik toplumların" taşıması gereken özellikleri belirtmiştir. Mahkemeye göre; "çoğulculuk", "hoşgörü" ve "açık fikirlilik" demokratik bir toplumun olmazsa olmaz özelliklerindendir.[1114] Ayrıca Sözleşme'nin Başlangıç bölümünde belirtilen "hukukun üstünlüğü" kavramı da demokratik bir toplumun temel ilkelerinden birisidir.[1115]

Mahkeme'ye göre, "gereklilik" kavramı "demokratik toplum" kavramıyla bağlantılıdır.[1116] Söz konusu gereklilik, demokratik toplum kelimesiyle sınırlı bir gerekliliktir. Bu kapsamda "gereklilik" kavramı, "zorunlu", "mutlaka gerekli" ya da

---

[1112] Yutaka Arai-Takahashi*, The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR* (Antwerp: Intersentia, 2002), 11.

[1113] Ursula Kilkelly, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz)* (Strasbourg: İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, 2001), 54.

[1114] Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, § 49; Dudgeon/Birleşik Krallık, Başvuru No: 7525/76, 22.10.1981, § 53; İ.A./Türkiye, Başvuru No: 42571/98, 13.09.2005 (Nihai Karar Tarihi: 13.12.2005), § 28.

[1115] "… *Demokratik bir toplumun temel ilkelerinden biri, Sözleşme'nin Giriş bölümünde açıkça atıfta bulunulan hukukun üstünlüğüdür…*" Bkz. Klass ve Diğerleri/Almanya, Başvuru No: 5029/71, 06.09.1978, § 55.

[1116] Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 15.

"kesinlikle gerekli" anlamına gelmemektedir. Yani taraf devlet, söz konusu müdahaleyi yapmasının "zorunlu" olduğunu, ilgili müdahaleden başka bir çaresinin kalmadığını ileri sürmek zorunda değildir.

Diğer taraftan bu kavram "kabul edilebilir", "makul", "olağan", "arzu edilir" terimlerinin içerdiği esnekliğe de sahip değildir.[1117] Bir müdahalenin "demokratik toplumda gerekli" olabilmesi için, "zorlayıcı toplumsal ihtiyaca" cevap vermesi ve güdülen meşru amaçla "ölçülü/orantılı" olması gerekmektedir.[1118] Söz konusu müdahalenin bu koşulları yerine getirdiği ve dolayısıyla haklı olduğu, ulusal makamların gösterdiği gerekçelerin "ilgili ve yeterli" (*relevant and sufficient*) olmasıyla anlaşılabilir.[1119]

Görüleceği üzere AİHM "gereklilik" kavramı bakımından da kesin ve net bir tanım ortaya koymamaktadır. Kanaatimizce burada Mahkeme'nin yapmış olduğu işlev, bireysel çıkar ile toplumsal (kamusal) çıkar arasındaki dengeyi sağlamaktır. Çünkü Mahkeme, müdahaleye konu temel hak ne kadar önemliyse taraf devletin sunmuş olduğu gerekçelerin ve sebeplerin de o kadar önemli ve ikna edici olmasını aramaktadır.[1120] Mahkeme bu denge ve denetim işlevini yerine getirirken müdahalenin "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca" cevap verip vermediğini ve izlenen meşru amaçla "ölçülü/orantılı" olup olmadığını değerlendirmektedir.

a. Zorlayıcı Toplumsal İhtiyaç

Aile hayatına yönelik bir müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğundan söz edebilmek için bu müdahalenin "zorlayıcı toplumsal ihtiyaca" cevap vermesi gerekmektedir. Mahkeme'nin *Handyside/Birleşik Krallık* başvurusunda da

---

[1117] "*.. Mahkeme'nin içtihadında… 'gerekli' sıfatının 'vazgeçilmez' ile eş anlamlı olmadığı gibi, 'kabul edilebilir', 'olağan', 'yararlı', 'makul' veya 'arzu edilir' gibi ifadelerin esnekliğine de sahip olmadığı; daha ziyade 'acil bir sosyal ihtiyaç' anlamına geldiği belirtilmiştir*…" Bkz. Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, § 48; Barthold/Almanya, Başvuru No: 8734/79, 25.03.1985, § 55.

[1118] "*… Bir müdahale, 'zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca' cevap veriyorsa ve özellikle de izlenen meşru amaçla orantılıysa, meşru bir amaç için 'demokratik bir toplumda gerekli' olarak kabul edilecektir. Gerekliliğe ilişkin ilk değerlendirmeyi yapmak ulusal makamlara ait olmakla birlikte, müdahale için gösterilen gerekçelerin ilgili ve yeterli olup olmadığına ilişkin nihai değerlendirme, Sözleşme'nin gereklerine uygunluk açısından Mahkeme'nin denetimine tabidir…*" Bkz. Coster/Birleşik Krallık, Başvuru No: 24876/94, 18.01.2001, § 104.

[1119] "*… Bir müdahale, 'acil bir toplumsal ihtiyaca' cevap veriyorsa, izlenen meşru amaçla orantılıysa ve ulusal makamların müdahaleyi haklı çıkarmak için ileri sürdükleri gerekçeler ilgili ve yeterli ise, bu müdahale demokratik bir toplumda gerekli kabul edilecektir…*" Bkz. Nada/İsviçre, Başvuru No: 10593/08, 12.09.2012, § 181.

[1120] Roagna, *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı*, 44.

vurguladığı üzere, "gerekli" kavramı "zorlayıcı toplumsal ihtiyaç" baskısını ima etmektedir.[1121]

Toplumsal ihtiyaçların tayin ve takdiri öncelikle ulusal mercilere aittir. Çünkü AİHM'nin de içtihatlarında sıklıkla vurguladığı üzere, toplumla sürekli olarak temas halinde bulunan ve toplumun değer yargılarını daha iyi analiz edebilecek olan makam ulusal organlardır.[1122] Bu konuda mahkemenin yetkisi "ikincil" niteliktedir. Bu nedenle taraf devlet, zorlayıcı toplumsal ihtiyacın olup olmadığına ilişkin ilk değerlendirmeyi yapacak ve gerekli görürse aile hayatına müdahalede bulunacaktır. Daha sonra ise bu müdahale AİHM'nin denetimine tabi tutulacaktır.

Mahkeme, söz konusu müdahalenin "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyaca cevap verip vermediğini", diğer bir ifadeyle "demokratik bir toplumda gerekli olup olmadığını" değerlendirirken taraf devletlerin "takdir alanı"nı da göz önünde bulundurmaktadır. Özellikle hassas ahlaki konularda ya da etik meselelerde taraf devletlerin takdir alanının daha geniş olduğunu belirtmektedir.[1123]

Bu kapsamda *Stübing/Almanya* başvurusu; hem "zorlayıcı toplumsal ihtiyaç" kriterinin hem taraf devletin "takdir alanı"nın hem de ahlak kurallarının gereklerinin hep birlikte tartışıldığı ve değerlendirildiği örnek başvurulardan birisi olmuştur. Söz konusu başvuruda öz kız kardeşiyle cinsel ilişkiye giren (ensest) ve öz kız kardeşinden toplamda 4 çocuğu dünyaya gelen kişinin birkaç kez hapis cezasına mahkûm edilmesinin Sözleşme'nin 8. maddesini ihlal edip etmediği tartışılmıştır. Şöyle ki; 1974 doğumlu başvurucu Patrick Stübing 3 yaşındayken koruma altına alınmış, daha sonra evlat edinilmiş ve biyolojik ailesiyle temasını tamamen kesmiştir. 1984 yılında ise başvurucunun öz kız kardeşi S.K. doğmuştur. 2000 yılına kadar başvurucu kız kardeşinin varlığından dahi habersiz bir şekilde yaşamıştır. 2000 yılının Aralık ayında öz annesinin ölümü üzerine başvurucu biyolojik ailesiyle yeniden temas kurmuş ve o tarihte 16 yaşında

---

[1121] Osman Doğru, "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 64 (2006): 43; Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, § 48.

[1122] "*... ülkelerinin hayati güçleriyle doğrudan ve sürekli temas halinde olmaları nedeniyle, Devlet makamları, ilke olarak, yalnızca ülkelerindeki 'ahlak kurallarının neyi gerektirdiği' konusunda değil, aynı zamanda bunları karşılamaya yönelik bir kısıtlamanın gerekliliği hakkında da görüş bildirmek için uluslararası yargıçtan daha iyi bir konumdadır…*" Bkz. A, B ve C/İrlanda, Başvuru No: 25579/05, 16.12.2010, § 232.

[1123] "*… davanın hassas ahlaki ya da etik konuları gündeme getirdiği durumlarda, marj daha geniş olacaktır…*" Bkz. Evans/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6339/05, 07.03.2006, § 77.

olan kız kardeşiyle de tanışmıştır. Başvurucu ile öz kız kardeşi S.K. arasındaki ilişki yoğunlaşmış ve bu kardeşler birlikte yaşamaya başlamışlardır. Çiftin, 2001, 2003, 2004 ve 2005 yıllarında dört çocuğu dünyaya gelmiştir. Almanya'da, aynı kandan gelen yetişkin kardeşler arasında rızaya dayalı cinsel ilişki yasak olduğu için Alman Ceza Kanunu'nun 173. maddesinin 2. fıkrası uyarınca başvurucu birkaç kez hapis cezasına mahkûm edilmiştir. "Ağır kişilik bozukluğu" bulunan ve hafif öğrenme engelli olan S.K. ise cezalandırılmamıştır.[1124]

Başvurucunun yapmış olduğu itirazlar ve başvurular iç hukukta reddedilmiştir. Alman Anayasa Mahkemesi, başvurucunun anayasa şikayetini reddeden kararında, kardeşler arasındaki cinsel ilişkinin aile yapısını ve genel olarak toplumu olumsuz yönde etkilediğini ve bu tür ilişkilerin çocuklar üzerinde "olumsuz" sonuçlar doğurduğunu oldukça ayrıntılı bir şekilde açıklamıştır.[1125]

Sonrasında başvurucu AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme başvuruya ilişkin değerlendirmesinde, öncelikle mahkûmiyet kararının özel hayata ve aile hayatına bir müdahale olduğunu, bu müdahalenin kanuna (Alman Ceza Kanunu'nun 173. maddesinin 2. fıkrası) uygun olduğunu ve müdahalenin genel ahlakı ve başkalarının haklarını koruma amacı taşıdığını tespit etmiştir. Mahkeme, müdahalenin "haklı" olarak kabul edilebilmesi için son olarak "demokratik bir toplumda gereklilik" ölçütü yönünden değerlendirme yapmıştır. Mahkeme bu noktada, söz konusu müdahalenin "zorlayıcı bir toplumsal ihtiyacı" karşılayıp karşılamadığını incelemiştir.[1126]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre mevcut olay, ahlak kurallarının gerekleriyle ilgili bir sorunla alakalıdır. Hassas ahlaki konularda veya etik meselelerde sözleşmeye taraf devletlerin takdir alanının daha geniş olduğunu bir kez daha vurgulayan Mahkeme, ensest ilişkileri nasıl karşılayacakları ve hangi hukuki yaptırıma tabi

---

[1124] Leipzig Bölge Mahkemesi, aynı suçtan yargılanan başvurucunun kız kardeşi S.K. ile ilgili olarak, bilirkişi görüşüne dayanarak şu sonuca ulaşmıştır: "… *Sanık K., çok çekingen, içine kapanık ve bağımlı bir kişilik yapısına sahiptir. Bu kişilik yapısı, tatmin edici olmayan bir aile durumu ile birlikte ele alındığında, başvurucuya önemli ölçüde bağımlı olmasına yol açmıştır. Özellikle, annelerinin ölümünden sonra bu bağımlılığı, onsuz yaşayamayacağını hissedecek derecede yoğunlaşmıştır*…" Bölge Mahkemesi, kadında tespit edilen hafif öğrenme güçlüğünü ve bu ciddi kişilik bozukluğunu da dikkate alarak kadına herhangi bir ceza vermemiştir. Bkz. Stübing/Almanya, Başvuru No: 43547/08, 12.04.2012 (Nihai Karar Tarihi: 24.09.2012), § 12.

[1125] Bkz. Stübing/Almanya, Başvuru No: 43547/08, 12.04.2012 (Nihai Karar Tarihi: 24.09.2012), § 55-62 vd.

[1126] Bkz. Stübing/Almanya, Başvuru No: 43547/08, 12.04.2012 (Nihai Karar Tarihi: 24.09.2012), § 16 vd.

tutacakları konusunda sözleşmeye taraf devletlerin geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunu ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğini hüküm altına almıştır.[1127]

Winterstei ve Diğerleri/Fransa başvurusuna konu olayda ise başvurucular karavan, kulübe ve bungalov gibi konutlarla karara konu arazide beş ila otuz yıl boyunca yaşamışlardır. Hatta bazıları söz konusu arazide doğmuştur. Başvuruculların yaşamış olduğu arazinin mülkiyeti devlete ait değildir.[1128] Ancak ilgili arazi Fransa Devleti tarafından "*koruma altına alınmış doğal alan*" olarak tayin edilmiş, bölgenin uygun bir şekilde düzenlenmesi ve ilgili kişilerin gerekli izni almaları koşuluyla bir kısmında kamp kurmaya ve karavan ile konaklamaya izin verilmiştir. 2004 yılında yerel mahkeme, başvuruculların bölgede bulunmalarının çevre düzenleme planını ihlal ettiğine karar vermiş ve araziyi boşaltmamaları halinde her gün için para cezasına çarptırılacaklarını bildirmiştir.[1129]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre, yıllardır aynı bölgede yaşamış olan başvurucular, arazi üzerinde bulunmalarının iç mevzuat uyarınca kanuna uygun olup olmadığına bakılmaksızın, evleri olarak düşündükleri karavanlar, kulübeler ve bungalovlar ile yeterince sıkı ve devamlı bağlantılar kurmuşlardır. Söz konusu müdahale ayrıca başvuruculların aile hayatlarını etkilemiştir. Mahkeme, müdahalenin kanuna uygun olduğunu ve çevrenin korunması sebebiyle "başkalarının hak ve hürriyetlerinin korunması" meşru amacına hizmet ettiğini ifade etmiştir. Bununla birlikte söz konusu

---

[1127] "… *Avrupa Konseyi üye devletleri arasında, gerek söz konusu menfaatin nispi önemi gerekse bu menfaati korumanın en iyi yolları konusunda, özellikle davanın hassas ahlaki veya etik meseleleri gündeme getirdiği durumlarda bir fikir birliği (konsensüs) yoksa, takdir yetkisi daha geniş olacaktır. Kendi ülkelerinin hayati dinamikleriyle doğrudan ve sürekli temas halinde olmaları nedeniyle devlet makamları, ilke olarak, sadece ülkelerindeki 'ahlakın gerekliliklerinin tam içeriği' hakkında değil, aynı zamanda bunları karşılamaya yönelik bir kısıtlamanın gerekliliği hakkında görüş bildirmek için uluslararası mahkemeden daha iyi bir konumdadır… Mahkeme, yetişkin kardeşler arasındaki rızaya dayalı cinsel eylemlerin cezai olarak yaptırıma tabi tutulup tutulmaması gerektiği konusunda üye devletler arasında bir fikir birliği bulunmadığını gözlemlemektedir. Sözleşmeye taraf kırk dört devletten toplam yirmi dördü bu konuda cezai sorumluluk öngörmektedir… Mahkeme, kanun koyucunun yasaklama gerekçelerinin makul olduğu ve başvurucunun cezalandırılmasının somut olayın koşulları altında acil bir toplumsal ihtiyaca karşılık geldiği kanaatindedir… Avrupa Konseyi üye devletleri arasında bir fikir birliği bulunmaması nedeniyle devletin sahip olduğu geniş takdir yetkisi de göz önünde bulundurulduğunda; Mahkeme, yerel mahkemelerin başvurucuyu ensestten mahkûm ederken takdir yetkileri dahilinde kaldıkları sonucuna varmaktadır… Bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmemiştir.*" Bkz. Stübing/Almanya, Başvuru No: 43547/08, 12.04.2012 (Nihai Karar Tarihi: 24.09.2012), § 60-67.

[1128] Bkz. Winterstei ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 27013/07, 17.10.2013, § 16.

[1129] Bkz. Winterstei ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 27013/07, 17.10.2013, § 7-29.

müdahalenin "demokratik bir toplumda gereklilik" ölçütünü geçemediğini ifade etmiş ve ihlal kararı vermiştir. Mahkeme'ye göre; "… *Başvuruculaların uzun yıllardır bu arazide yaşadıkları veya burada doğdukları ya da Herblay Belediyesi'nin 2004 yılına kadar uzun bir süre boyunca varlıklarına göz yumduğu hususu tartışmalı değildir. Diğer taraftan, başvuruculaların işgal ettiği arazi belediyeye değil özel şahıslara aittir… başvuruculaların tahliyesi, ancak bir 'zorlayıcı toplumsal ihtiyaç'a yanıt verdiği ölçüde 'demokratik bir toplumda gerekli' olarak kabul edilebilir ve bunun değerlendirmesi öncelikle iç hukuk mahkemelerine düşmektedir. Mevcut davada bu sorunun önemi daha da büyüktür; çünkü makamlar tahliye kararının 'gerekliliği' konusunda herhangi bir açıklama ya da argüman sunmamışlardır… Bu nedenle Sözleşme'nin 8. maddesi ihlal edilmiştir…*"[1130]

b. Ölçülülük (Orantılılık)

"Demokratik bir toplumda gereklilik" testi bakımından "zorlayıcı toplumsal ihtiyaç" ve "ölçülülük (orantılılık)" kriterlerini birbirini tamamlayan iki kriter olarak düşünmek mümkündür.[1131] Bir olaydaki müdahale, niteliği itibariyle toplumsal ihtiyaç baskısını karşılamaya uygun ise gerektiği takdirde söz konusu müdahale orantılılık kriteri açısından incelenir.[1132]

Aile hayatına yönelik müdahalenin "haklı" olarak kabul edilebilmesi için, son olarak, müdahale ile güdülen meşru amaç arasında bir orantı bulunmalıdır.[1133] İşte Mahkeme'nin bu orantının bulunup bulunmadığına ilişkin incelemesi "ölçülülük (orantılılık)" olarak adlandırılır.[1134]

Esasında AİHS'de ve Ek Protokollerde "ölçülülük (orantılılık)" ilkesine açıkça yer verilmemiştir. Bununla birlikte Mahkeme, bu ilkeyi, Sözleşme'nin tamamına hakim bir ilke olarak kabul etmekte ve Sözleşme'nin 8. maddesi bakımından "demokratik bir toplumda gereklilik" ölçütünün değerlendirilmesinde kullanmaktadır.[1135]

[1130] Bkz. Winterstei ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 27013/07, 17.10.2013, § 151-158.
[1131] Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 15.
[1132] Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 15.
[1133] Kaya, *Anayasal Hakların Yorumu*, 193 vd.
[1134] Ölçülülük ilkesine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Yüksel Metin, *Ölçülülük İlkesi (Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi)*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002); Ayhan Döner, *Anayasa Hukukuna Giriş (Ders Notları-II)*, (Erzincan: Doğu Ciltevi Yayınevi, 2021), 235-236; Etgü, *Mülkiyet Hakkı*, 241 vd.
[1135] Karagözler, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi", 154.

Bir müdahalenin "ölçülü" olarak kabul edilebilmesi için aile hayatına daha az zarar verebilecek ama aynı zamanda aynı amacı yerine getirebilecek başka bir müdahaleye başvurma imkânının olmaması gerekir.[1136] Diğer bir ifadeyle "ölçülülük" ilkesi, aile hayatına en az zarar verecek müdahalenin seçilmesini gerektirir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'ne göre; Sözleşme'nin bütününde, toplumun çıkarları ile bireylerin menfaatleri arasında sürekli bir "adil denge" kurma anlayışı bulunduğu için "ölçülülük" ilkesi değerlendirilirken bu "adil denge"nin kurulup kurulmadığı göz önünde bulundurulmalıdır.[1137] Bu nedenle Mahkeme, önüne gelen başvurularda, başvurucunun bireysel yararı ile başka bir bireyin ya da kamunun çıkarı arasında "adil bir denge" kurulup kurulmadığını test etmektedir.[1138]

Örneğin, atık tesisi ile ilgili bir başvuru olan *López Ostra/İspanya* başvurusunda, muhatap devletin, ülkenin ekonomik refahı ile başvurucunun aile yaşamı arasında "adil bir denge" kuramadığını gerekçe göstererek Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edildiğine karar vermiştir. Söz konusu kararda; "… *Bayan López Ostra, 9 Eylül 1988'de kısmen kapatılmasına rağmen tesisin, duman, tekrarlayan gürültü ve güçlü kokular yaymaya devam ettiğini, bunun da ailesinin yaşam koşullarını dayanılmaz hale getirdiğini ve ciddi sağlık sorunlarına neden olduğunu ileri sürmüştür. Komisyon, Hükümet ve başvuran tarafından sunulan tıbbi raporlara ve uzman görüşlerine dayanarak, tesisten çıkan hidrojen sülfür emisyonlarının izin verilen sınırı aştığını, yakınlarda yaşayanların sağlığını tehlikeye atabileceğini ve bu emisyonlar ile başvuranın kızının rahatsızlıkları arasında nedensel bir bağlantı olabileceğini kaydetmiştir… Ciddi çevre kirliliği bireylerin refahını etkileyebilir ve sağlıklarını ciddi şekilde tehlikeye atmadan, özel ve aile hayatlarını olumsuz etkileyecek şekilde evlerinden keyif almalarını engelleyebilir… Bireyin ve bir bütün olarak toplumun çatışan menfaatleri arasında kurulması gereken*

[1136] "… *Mahkeme daha önce, bir tedbirin ölçülü ve demokratik toplumda gerekli olması için, söz konusu temel hakka daha az zarar veren ve aynı amaca ulaşmaya imkân veren bir başka tedbire başvurma ihtimalinin olmaması gerektiğine karar vermiştir…*" Bkz. Nada/İsviçre, Başvuru No: 10593/08, 12.09.2012, § 183.

[1137] Soering/Birleşik Krallık, Başvuru No: 14038/88, 07.07.1989, § 89; Jansen/Norveç, Başvuru No: 2822/16, 06.09.2018 (Nihai Karar Tarihi: 06.12.2018), § 89.

[1138] Yücel Oğurlu, "AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce'ye Armağan*, (2001): 512. https://hukuk.deu.edu.tr/wp-content/uploads/2020/01/Y.Ogurlu-10.pdf#:~:text=En%20genel%20şekliyle%20ölçülülük%20ilkesi%2C%20İdare%20Hukukunda,hakimi%20bu%20ilkeden%2C%20temel%20hak%20ve%20özgürlüklerin.

adil denge göz önünde bulundurulmalıdır ve her durumda Devlet belirli bir takdir payına sahiptir… Davalı Devlet'e bırakılan takdir payına rağmen, Mahkeme, Devlet'in, kasabanın ekonomik refahı - atık arıtma tesisine sahip olma - ile başvuranın evine ve özel ve aile hayatına saygı gösterilmesi hakkından etkili bir şekilde yararlanması arasında adil bir denge kurmayı başaramadığını düşünmektedir..." ifadelerine yer verilmiştir.[1139]

III. TÜRK HUKUKUNDA "AİLE HAYATI" KAVRAMININ ÖZERK ANLAMI

A. Anayasal Çerçevede "Aile Hayatı" Kavramı

1921 ve 1924 Anayasalarında "aileye" ilişkin bir düzenlemeye yer verilmemişti. Çünkü bu Anayasalarda daha çok Devletin teşkilat yapısının düzenlenmesine öncelik verilmişti.[1140] Türk Anayasalarında "aileye" ilişkin düzenlemeye ilk olarak 1961 Anayasası'nda yer verilmiştir. 1961 Anayasası'nın "*Ailenin korunması*" başlıklı 35. maddesinde; "*Aile Türk toplumunun temelidir. Devlet ve diğer kamu tüzel kişileri, ailenin, ananın ve çocuğun korunması için gerekli tedbirleri alır ve teşkilâtı kurar*." şeklindeki düzenlemeye yer verilmiş ve "ailenin korunması" Devlete pozitif bir yükümlülük olarak yüklenmiştir. Ancak bu dönemde "ailenin korunmasına" ilişkin yeterince kanuni düzenlemenin hayata geçirildiğini söylemek mümkün değildir.[1141]

1961 Anayasası'nda "aileye" ilişkin düzenlemeye, Anayasa'nın "*Sosyal ve İktisadi Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümünde (md. 35-53) yer verilmişti. Asli kurucu iktidar "aileyi" daha çok sosyal yönüyle düşünmüş ve "aileyi" toplumun temeli olarak kabul etmişti. Böylece aile, toplumsal bir kurum olarak devlet güvencesine alınmıştı. Görüleceği üzere 1961 Anayasası'nda "kişisel" bir hak olarak "aile hayatına saygı hakkı" düzenlenmemişti.

Bu doğrultuda, "aile hayatına" yönelik AİHS'ye benzer ilk düzenlemeye 1982 Anayasası'nda yer verilmiştir. Bununla birlikte 1982 Anayasası'ndaki düzenleme AİHS'nin 8. maddesine paralel olmakla birlikte daha kazuistiktir. Anayasamızın "*Özel hayatın gizliliği*" başlıklı 20. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Herkes, özel hayatına ve aile*

[1139] Bkz. López Ostra/İspanya, Başvuru No: 16798/90, 09.12.1994, § 47-58.
[1140] Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 366.
[1141] Nihat Bulut, *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar* (İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009), 233.

hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz." Dikkat edileceği üzere 1982 Anayasası'ndaki düzenleme ile AİHS'nin 8. maddesinin 1. fıkrası oldukça benzerdir.[1142] Bununla birlikte AİHS'nin 8. maddesinde özel hayat ve aile hayatı ile birlikte düzenlenen "konuta ve haberleşmeye saygı gösterilmesi" hakkı, Anayasamızda ayrı maddelerde düzenlenmiştir.[1143]

Anayasamızın 20. maddesinin başlığı "*Özel hayatın gizliliği*" şeklinde olmasına rağmen, madde içeriği hem özel hayatı hem de aile hayatını koruma altına almaktadır. Daha önce de ifade ettiğimiz üzere,[1144] "özel hayat" ile "aile hayatı" farklı kavramlardır ve farklı hukuki değerleri ifade etmektedirler. Nitekim 20. maddenin gerekçesinde de "*Kişinin özel hayatı ferdî, özel hayat ve ayrı bir kavram ve bir «bütün» teşkil eden aile hayatından oluştuğu için her ikisi birlikte ifade edilmiştir*." şeklindeki ifadelere yer verilerek "özel hayat" ile "aile hayatı"nın farklı kavramlar olduğu, bununla birlikte bu iki kavramın birbirini "bütünleyen" iki farklı hukuki değeri ifade ettiği vurgulanmıştır. Bu noktada Anayasamızın 20. maddesinin başlığının "aile hayatını" da kapsayacak şekilde değiştirilmesi kanaatimizce daha yerinde olacaktır. Bu bağlamda madde başlığı olarak "*Özel hayatın ve aile hayatının gizliliği ve korunması*" başlığını önermekteyiz.[1145]

1982 Anayasası, "aile" kurumunu "kişisel bir hak ve ödev" olarak düzenlemekle yetinmemiş; aynı zamanda 1961 Anayasası'nda olduğu gibi "ailenin" sosyal ve toplumsal yönünü de "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı Anayasanın üçüncü bölümünde (md. 41-65) düzenlemiştir. Anayasamızın "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" başlıklı 41. maddesine göre; "*Aile, Türk toplumunun temelidir ve eşler arasında eşitliğe dayanır. Devlet, ailenin huzur ve refahı ile özellikle ananın ve çocukların korunması ve aile planlamasının öğretimi ile uygulanmasını sağlamak için gerekli tedbirleri alır, teşkilâtı kurar. Her çocuk, korunma ve bakımdan yararlanma, yüksek yararına açıkça aykırı olmadıkça, ana ve babasıyla kişisel ve doğrudan ilişki kurma ve sürdürme hakkına sahiptir. Devlet, her türlü istismara ve şiddete karşı çocukları koruyucu tedbirleri alır*."

[1142] AİHS'nin 8. maddesinin 1. fıkrasına göre; "*Herkes özel ve aile hayatına, konutuna ve haberleşmesine saygı gösterilmesi hakkına sahiptir*."

[1143] Anayasamızın 21. maddesinde (özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine ilişkin maddeden hemen sonra) "konut dokunulmazlığı"na ve 22. maddesinde ise "haberleşme hürriyeti"ne yer verilmiştir.

[1144] Bkz. 2. Bölüm, II, A. 2. "Aile Hayatına Saygı Hakkı ile Özel Hayata Saygı Hakkı Arasındaki İlişki" başlığı.

[1145] Benzer şekilde AİHS'nin 8. maddesi de "*Özel ve aile hayatına saygı hakkı*" başlığını taşımaktadır.

Görüleceği üzere 1982 Anayasası'nda da "aile" toplumun temeli olarak kabul edilmiş ve ailenin korunması için Devlete pozitif yükümlülükler yüklenmiştir. Nitekim madde gerekçesinde de sürekli olarak ailenin kutsallığı ve toplum için önemi vurgulanmıştır.[1146] Kanaatimizce bu vurgu yerindedir. Çünkü tecrübeyle sabittir ki insan için en uygun yetişme atmosferinin bulunduğu ortam aile ortamıdır. Hatta bu durum "güçlü aile güçlü toplum" şeklinde sloganlaştırılmıştır.[1147]

Yine Anayasamızın Başlangıç kısmı ile 10., 12., 26. ve 62. maddelerinde de "aile" kavramına yer verilmiştir. Fakat Anayasamızda "aile" kavramına yahut "aile hayatına" ilişkin herhangi bir tanıma yer verilmemiştir. Diğer bir ifadeyle Anayasamız "aile hayatını" tanımlamaktan kaçınmış, ailenin tanımını ve kapsamını öğretiye ve uygulamaya bırakmıştır.[1148]

Bu kaçınmanın elbette farklı sebepleri bulunabilir. Kanaatimizce "aile"nin dinamik yapısı ve zamana ve duruma göre "aile" kavramına yüklenen anlamın değişmesi bu kaçınmanın en önemli sebeplerinden birisidir.[1149] Nitekim 1982 Anayasası'nın yapıldığı dönem ile içinde bulunduğumuz zaman dilimi karşılaştırıldığında, kanaatimizce, "aile" kavramına ilişkin bakış açısı ve tartışma konuları farklılaşmıştır. Şöyle ki; bir Türkiye gerçeği[1150] olan "*imam nikahı/dini nikah*"[1151] meselesi geçmiş

[1146] 1982 Anayasası'nın 41. maddesinin gerekçesinde kullanılan şu ifadeler "ailenin" önemiyle ilgili kanaatimizce dikkat çekici niteliktedir: "*Ailenin sosyal yapısının yanı başında bugün millet hayatında oynadığı rol, onun korunması yolunda bir hükmün Anayasa'da yer almasını zorunlu kılmıştır… Aile, toplu yaşamanın ilk modeli olarak eğitim, yardımlaşma ve şefkat kaynağıdır. Millet hayatı bakımından «aile» kutsal bir temeldir. Bu nedenle Devlet, ailenin refahını ve huzurunu koruyacaktır… Madde, kanun koyucuya aileyi milletin temeli olarak koruma, refahı ve huzurunu sağlama ödevini de yüklemektedir.*"

[1147] https://www.aile.gov.tr/yalova/haberler/guclu-aile-guclu-toplum-demektir/ (E.T. 23.02.2025).

[1148] II. Bölüm, III, B. "Kanuni Çerçevede 'Aile Hayatı' Kavramı" başlığında ayrıntılı olarak açıklayacağımız üzere kanunlarımızda da "aile" kavramı tanımlanmamıştır.

[1149] Aynı yönde bkz. Bilge Öztan, "Evlilikte Mal Rejimleri", içinde *Türk Hukuku ve Toplumu Üzerine İncelemeler*, ed. Adnan Güriz, Peter Benedict, (Ankara: Türkiye Kalkınma Vakfı Yayınları, 1974), 41-42.

[1150] 2017 yılında yayımlanan TÜİK verilerine göre, bireylerin evliliklerinde gerçekleştirdikleri nikah türü incelendiğinde; bireylerin %97.1'inin hem resmi hem de dini nikah yaptığı görülmüştür. Aynı rapora göre, sadece resmi nikah yapanların oranı %1.8, sadece dini nikah yapanların oranı ise %1.1 şeklindedir. Bkz. https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Aile-Yapisi-Arastirmasi-2016-21869#:~:text=Bireylerin%20evliliklerinde%20ger%C3%A7ekle%C5%9Ftirdikleri%20nikah%20t%C3%BCr%C3%BC,ise%20%251%2C1%20oldu. (E.T. 12.07.2024)

[1151] Ülkemizde birçok çift resmi nikah dışında ayrıca "*imam nikahı (dini nikah)*" da yapmaktadır. Kişilerin bu yöndeki tercihlerinin (resmi nikah haricinde ayrıca imam nikahı da yapmalarının) en önemli sebeplerinden birisi elbette kişilerin dini inançlarıdır. Fakat dini inanç haricinde; asırlardır süren bu uygulamanın artık geleneğe dönüşmesi, resmi nikahtaki uğraştırıcı bürokrasi ve formalitelerin imam nikahında olmaması, ülkemizde poligami evliliğin resmi yollardan yapılmasının yasak olması nedeniyle birden fazla eşi olan kişilerin diğer nikahlarını imam nikahı ile yapmak istemeleri, yaşı küçük kişilerin yapmış oldukları evliliklerde resmi nikah yapmanın yasak olması nedeniyle kişilerin imam nikahıyla

tarihlerde daha çok tartışma konusu oluyor ve resmi nikah dışındaki birlikteliklerin "aile" olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesi üzerinde sıklıkla duruluyordu. 1982 Anayasası'nın "aile hayatını" düzenleyen maddelerinde her ne kadar ailenin kurulma şekline (evliliğin/nikahın nasıl yapılacağına) ilişkin herhangi bir hükme yer verilmemiş olsa da 41. maddenin gerekçesinde sadece "medeni" birlikteliklerin aile olarak kabul edileceği ve evliliklerin Medeni Kanun'a göre kurulmasının yaygınlaştırılacağı ifade edilmiştir. Diğer bir ifadeyle, Medeni Kanun'a göre kurulmayan birlikteliklerde "aile"den söz edilemeyecektir.[1152]

Diğer taraftan Anayasamızın "*İnkılâp kanunlarının korunması*" başlıklı 174. maddesinin 4. bendinde; "evlenme akdinin evlendirme memuru önünde yapılacağına dair medeni nikâh esası ile 17.02.1926 tarihli ve 743 sayılı eski Türk Kanunu Medenisi'nin resmi nikâh olmadan dini tören yapılmasını yasaklayan 110. maddesinin" Anayasaya aykırı olduğu şeklinde anlaşılamayacağı ve yorumlanamayacağı düzenlenmiştir. Görüleceği üzere "resmi nikah/dini nikah" tartışmasının yansımaları Anayasamızda da kendisine yer bulmuştur.

"Dini nikaha" ilişkin "soğuk" yaklaşımın yansımaları ceza hukukuna kadar sıçramıştı. Örneğin; 5237 sayılı Türk Ceza Kanunu'nun "*Birden çok evlilik, hileli evlenme, dinsel tören*" başlıklı 230. maddesinin 5. ve 6. fıkralarında şu düzenlemeye yer verilmişti: "*(5) Aralarında evlenme olmaksızın, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir. Ancak, medeni nikah yapıldığında kamu davası ve hükmedilen ceza bütün sonuçlarıyla ortadan kalkar.*

(6) Evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden bir evlenme için dinsel tören yapan kimse hakkında iki aydan altı aya kadar hapis cezası verilir." Dikkat edileceği üzere kanun koyucu sadece Medeni Kanun'a göre yapılan evlenmeyi yaygınlaştırmaya çalışmıyor; aynı zamanda resmi nikah olmadan yapılan dini nikahları yasaklıyor ve bu yasaklamanın yaptırımı olarak da hapis cezası öngörüyordu. Ancak Anayasa Mahkemesi 27.05.2015 tarih, 2014/36 Esas ve 2015/51 Karar (R.G. Tarih-Sayı: 10.06.2015-29382) sayılı kararıyla söz konusu düzenlemeyi Anayasa'ya

yetinmek istemeleri gibi sebepler insanları dini nikaha yönlendirebilmektedir. Bkz. Mortaş, *Aile Hayatının Korunması*, 376.

[1152] Anayasamızın 41. maddesinin gerekçesine göre; "*Ailenin korunması fikrinin, her şeyden önce Medenî Kanun anlamında evliliklerin kurulmasını yaygınlaştırmak ve kolaylaştırmak olduğu şüphesizdir. Çünkü medenî olmadan bir aileden bahsedilemez*."

aykırı bularak iptal etmiştir.[1153] Bununla birlikte "*Aile cüzdanı gösterilmeden evlenmenin dinî töreninin yapılamayacağına*" ilişkin kural, 4721 sayılı (yeni) Türk Medeni Kanunu'nun 143. maddesinin 2. fıkrasında varlığını korumaya devam etmektedir.

Ailenin kurulma şekli ve kimlerin "aile" olarak değerlendirileceği hususu Yüksek Mahkemelerin de kararlarına konu olmaktaydı. Örneğin Yargıtay, imam nikahlıyla evlenen kişilerin "evli" olarak kabul edilemeyeceklerini, söz konusu beraberliğin tescili bir yana tespitinin dahi olanaklı olmadığını ifade etmişti.[1154] Yine başka bir kararda, imam nikahı yapıp birlikte yaşayan kişilerin evlenme iznine[1155] ilişkin talepleri "*olağanüstü durum ve pek önemli bir sebep*" olarak kabul edilmemişti.[1156] Ancak aşağıda ayrıntılı bir

---

[1153] Anayasa Mahkemesi söz konusu iptal kararının gerekçesinde şu ifadelere yer vermiştir: "… *İtiraz konusu kurallarda, evlenmenin dinsel törenini yaptıranlar ile evlenme akdinin kanuna göre yapılmış olduğunu gösteren belgeyi görmeden evlenme için dinsel tören yapanların cezalandırılması öngörülerek, kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesi hakkı ile din ve vicdan özgürlüğüne bir sınırlama getirildiği açıktır. Zira kişiler arasında evlilik bağının nasıl kurulacağına ilişkin tercihte bulunulmasının ve bu bağın dinsel ritüel ve uygulamalara göre yapılabilmesinin kişilerin özel hayatlarına ve aile hayatlarına saygı gösterilmesini isteme hakkı kapsamında kaldığı tartışmasızdır. Din ve vicdan özgürlüğü yönünden de uluslararası alanda genel kabul görmüş normlar uyarınca, bu özgürlüğün özel bir görünümü olan 'dini veya inancı dışa vurma özgürlüğü'; ibadet, dinsel ritüellerin yerine getirilmesi, uygulamalar ve öğretme gibi çok çeşitli davranışları kapsamaktadır. Dolayısıyla, evlenmenin dinsel törenini yapma ve yaptırmanın da anılan özgürlük kapsamında kaldığı hususunda bir tereddüt bulunmamaktadır… Esasen, kişilerin herhangi bir dini tören veya nikâh olmaksızın fiilen birlikte yaşamaları ve çocuk sahibi olmaları, özel hayata saygı gösterilmesi bağlamında hukuk düzenince suç olarak nitelendirilip cezalandırılmazken, kişilerin özel hayatlarına ilişkin tercihleri ve dini inançları gereği evlenmenin dinsel törenini yaptırmalarının suç olarak düzenlenmesi, anılan ölçüsüzlüğü açıkça ortaya koymaktadır…*"

[1154] "*… Davacı ile Emekli Sandığı iştirakçisi iken 15.08.1998 tarihinde bir başkasıyla 'evli' olarak vefat eden ... arasında resmi evlilik bulunmamaktadır. Davacının, müteveffa ... 1946 yılından beri nikahsız olarak fiilen beraber yaşamış olması, bu fiili beraberliğin 'evlilik' olarak kabulünü ve tescilini gerektirmez. Evlilik ancak, evlendirme memuru önünde evleneceklerden her birinin, bu amaca uygun iradelerini sözlü olarak açıklamalarıyla oluşur. (TMK.md.142) Kanunun, herhangi bir hukuki sonuç bağlamadığı ve hukuken geçerli saymadığı bir hususla ilgili de tespit kararı verilemez. Maddi vakalar ise tespit davasına konu olamaz. O halde isteğin reddi gerekirken, yazılı şekilde karar verilmesi usul ve yasaya aykırıdır.*
SONUÇ: Temyiz edilen hükmün yukarıda gösterilen nedenlerle BOZULMASINA…" Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 01.02.2010 tarih, 2008/19903 Esas ve 2010/1435 Karar sayılı kararı. Karara erişim için bkz. https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T. 24.02.2025).

[1155] 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nun "*Yaş*" başlıklı 124. maddesine göre; "*Erkek veya kadın onyedi yaşını doldurmadıkça evlenemez.*
Ancak, hâkim olağanüstü durumlarda ve pek önemli bir sebeple onaltı yaşını doldurmuş olan erkek veya kadının evlenmesine izin verebilir."

[1156] "*Dosyadaki yazılara, kararın dayandığı delillerle kanuni gerektirici sebeplere ve özellikle anne ve baba tarafından birlikte düzenlenen dilekçe ile açılmış bulunan davanın 'anne ve babanın dinlenmesi imkanı oluşturulmadığından' sözedilerek reddi doğru değilse de; evlenme töreni yapılıp, evlenme cüzdanı verilmeden dini tören yapılamayacağına (TMK.143.madde), buna karşın yapılmış olan dini tören ile tarafların birlikte olup, karı koca gibi yaşamalarının Türk Medeni Kanununun 124. maddesinde belirtilen olağanüstü durum olarak kabulünün mümkün bulunmamasına göre sonucu itibariyle doğru olan hükmün onanmasına...karar verildi*." Bkz. Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 27.02.2008 tarih, 2007/1419 Esas ve 2008/2362 Karar sayılı kararı. Karara erişim için bkz. https://karararama.yargitay.gov.tr/, (E.T. 24.02.2025).

şekilde açıklayacağımız üzere Anayasa Mahkemesi (özellikle bireysel başvuru usulünün uygulamaya geçmesi ile birlikte) AİHM'nin içtihatlarına paralel bir şekilde ilişkinin niteliğini dikkate almakta ve hakiki aile yaşamı oluşturan fiilî, yakın ve şahsi bağların kurulduğu ilişkileri "aile ilişkisi (hayatı)" olarak değerlendirmektedir. Dolayısıyla Anayasa Mahkemesi'nin bu istikrarlı kararları nedeniyle bir ilişkinin "aile hayatı" olarak değerlendirilmesi noktasında "resmi nikah" ile "imam nikahı" arasındaki fark ortadan kalkmaktadır. Örneğin; S.B. Başvurusunda AYM; "… *Aile hayatındaki temel ilişkiler, kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilerdir. Resmî evlilik birliklerinin aile hayatı kapsamında korunduğu kuşkusuz olup evlilik içinde doğan çocuklar da kendiliğinden evlilik ilişkisinin bir parçası sayılırlar. Diğer taraftan Anayasa'nın 20. maddesinde belirtilen 'aile hayatı' kavramının kanunlardaki düzenlemelerden bağımsız olarak daha geniş yorumlandığına dikkat çekmek gerekir. Bu bağlamda aile hayatından söz edebilmek için 'birlikte yaşama' temel bir koşul olmakla birlikte fiilî bir 'aile bağı' oluşturacak kadar yeterli tutarlılık taşımak kaydıyla başka bazı istisnai durumlarda da aile hayatının varlığından söz edilebilir.*

Somut olayda başvurucu ile M.E. resmî bir evlilik akdi olmaksızın dinî nikâha dayalı olarak yaklaşık on üç yıl boyunca birlikte yaşamışlardır. Ayrıca başvurucu ile bu kişinin müşterek üç çocukları da bulunmaktadır. Yine belirtmek gerekir ki aile hayatı örneğin çocukların eğitimi çerçevesinde yalnızca sosyal, ahlaki ya da kültürel ilişkileri yanında nafaka yükümlülüğü veya miras hakkı gibi maddi menfaatleri de kapsamaktadır. Dolayısıyla somut başvuruda aile hayatına saygı hakkına ilişkin Anayasa'nın 20. maddesinin uygulanabilir olduğu değerlendirilmektedir…"[1157] şeklindeki gerekçelerle resmî bir evlilik akdi olmaksızın dinî nikâha dayalı ilişkilerin de "aile hayatı" oluşturacağını açıkça ifade etmiştir. Bu doğrultuda Yargıtay, Danıştay gibi diğer Yüksek Mahkemelerin içtihatlarının da Anayasa Mahkemesi kararları istikametinde şekilleneceğini söylemek mümkündür.[1158]

Günümüzde, Anayasa Mahkemesi kararları haricinde, kanaatimizce toplumda ve siyasi iktidarda "dini nikaha" bakış açısı geçmişe göre farklılık arz etmektedir.

[1157] Bkz. S.B. [1. B.], B. No: 2014/5783, 20.12.2017, § 30-31. Ayrıca bkz. Keremu Asımugulı [2. B.], B. No: 2021/11462, 17.07.2025; Ahmet Mutluer ve diğerleri [1. B.], B. No: 2021/6982, 21.11.2023, § 127.
[1158] Zira Anayasamızın 153. maddesinin son fıkrasına göre; "*Anayasa Mahkemesi kararları … yasama, yürütme ve yargı organlarını, idare makamlarını, gerçek ve tüzelkişileri bağlar*."

Geldiğimiz nokta itibariyle "dini nikah" gerçeği daha "kabul edilebilir" bir olguya dönüşmüştür. Dolayısıyla bu alandaki tartışmaların şiddet seviyesinin oldukça düştüğünü söylemek yanlış olmayacaktır.

"Aile hayatı"na ilişkin güncel tartışma (ilerleyen zamanlarda bu tartışmanın şiddetinin daha da artması muhtemel görünmektedir) geleneksel erkek-kadın birlikteliğinin dışındaki diğer birlikteliklerin "aile" olarak kabul edilip edilemeyeceği noktasında yoğunlaşmaktadır. Diğer bir ifadeyle, aynı cinsten kişilerin birliktelikleri başta olmak üzere, biyolojik olarak bir tarafta kadının diğer tarafta ise erkeğin bulunmadığı diğer ilişkilerin "aile" olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği hususu, şu anda gerek ülkemizde gerekse de diğer ülkelerde tartışma konusudur. Bu nedenle çalışmamızın ilerleyen kısımlarında bu konu üzerinde durulacak ve "aile/aile hayatı" kavramının özerk yorumunun bu birliktelikleri de kapsayıp kapsamadığı değerlendirilecektir.

B. Kanuni Çerçevede "Aile Hayatı" Kavramı

Yukarıda kısaca izah etmeye çalıştığımız üzere "aile hayatı" kavramına Anayasamızda yer verilmekle birlikte, bu kavram Anayasamızda tanımlanmış değildir. "Toplumun temeli" olarak görülen "aile" birçok kanunda koruma altına alınmış ve ailenin farklı boyutları düzenlemeye tabi tutulmuştur. "Aileye" yönelik en kapsamlı düzenlemeler 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'nda ve 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'da yer almaktadır. Bu nedenle bu iki kanundaki düzenlemeler kısaca incelenecektir.

1. 4721 Sayılı Türk Medeni Kanunu

"Aile" kurumunun en geniş şekilde düzenlendiği kanun, 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'dur.[1159] Nitekim Türk Medeni Kanunu'nun İkinci Kitabı "Aile Hukuku"na ilişkindir ve Kanun'un 118. maddesinden 494. maddesine kadar olan hükümleri kapsamaktadır. Kitabın İkinci Kısmının 2. Bölüm başlığı ise "Aile"dir. Tıpkı Anayasamızda olduğu gibi Türk Medeni Kanunu'nda da "aile" kavramının tanımına, kimlerden oluştuğuna ve kapsamına ilişkin herhangi bir açıklamaya yer verilmemiştir.

[1159] Kalabalık, *İnsan Hakları Hukuku*, 477.

Doktrinde, "aile" kavramının Türk Medeni Kanunu'nda üç farklı anlamda düzenlendiği ileri sürülmektedir.[1160] Buna göre; dar anlamda aile, sadece karı ve kocadan meydana gelen birliği ifade eder. *Evlilik birliği*[1161] şeklinde isimlendirilen bu en dar anlamdaki aile Türk Medeni Kanunu'nda Aile Hukuku kitabının hemen başındaki Birinci Kısımda *Evlilik Hukuku* başlığı altında oldukça ayrıntılı olarak (md. 118-281) düzenlenmiştir.

Geniş anlamda aile; karı, koca ve çocuklardan meydana gelen topluluğu ifade eder.[1162] *Velayet ailesi*[1163] olarak da adlandırılan bu anlamdaki ailede, ana babanın çocuklar karşısındaki hak ve yükümlülükleri ile çocukların ana babalarına karşı olan hak ve ödevleri düzenlenmektedir.[1164]

En geniş anlamda aile ise aynı çatı altında hep birlikte aile halinde yaşayan bireylerden oluşmuş bulunan insan topluluğunu ifade etmektedir.[1165] Örneğin; Türk Medeni Kanunu'nun 367. maddesinde; "*Aile hâlinde yaşayan birden çok kimsenin oluşturduğu topluluğun kanuna, sözleşmeye veya örfe göre belirlenen bir ev başkanı varsa, evi yönetme yetkisi ona ait olur.*

Evi yönetme yetkisi, kan veya kayın hısımlığı, işçilik, çıraklık veya benzeri sebeplerle ya da koruma ve gözetme ilişkisi içinde ev halkı olarak bir arada yaşayanların hepsini kapsar." şeklindeki hükme yer verilerek işçi ve çırak gibi kişilerin dahi "aile" kavramına dahil olabileceği belirtilmiştir.

Görüleceği üzere Türk Medeni Kanunu'nun kendi sistematiğinde bile "aile" farklı anlamlarda düzenlenmiştir. Dolayısıyla aile kavramını tanımlamak ve ailenin ne olduğunu ortaya koymak gerçekten de kolay değildir.

[1160] Bilge Öztan, *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*, (Ankara: Turhan Kitabevi, 2008), 403; Akıntürk ve Karaman, *Aile Hukuku*, 5-6.
[1161] Velidedeoğlu, *Aile Hukuku*, 6; Ferit Hakkı Saymen ve Halid Kemal Elbir, *Türk Medeni Hukuku-Cilt 3-Aile Hukuku*, (İstanbul: Hak Kitabevi, 1960), 120; Hüseyin Hatemi ve Rona Serozan, *Aile Hukuku*, (İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993), 3.
[1162] Öztan, *Temel Kavramlar*, 403.
[1163] Akıntürk ve Karaman, *Aile Hukuku*, 6.
[1164] Akıntürk ve Karaman, Türk Medeni Kanunu'nun 282. maddesinden 363. maddesine kadar olan kısmın *geniş anlamda aileyi* ilgilendirdiğini ileri sürmektedir. Bkz. Akıntürk ve Karaman, *Aile Hukuku*, 6. Erdem ve Makaracı Başak ise, Türk Medeni Kanunu'nun 335. maddesinden 363. maddesine kadar olan hükümlerin *geniş anlamda aile* ile ilgili olduğunu ileri sürmektedir. Bkz. Mehmet Erdem ve Aslı Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, (Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024), 21.
[1165] Öztan, *Temel Kavramlar*, 403; Akıntürk ve Karaman, *Aile Hukuku*, 6; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 21.

Bununla birlikte "cinsiyet" yönünden mesele incelendiğinde, Türk Medeni Kanunu'nun 134. maddesinde; "*Birbiriyle evlenecek erkek ve kadın, içlerinden birinin oturduğu yer evlendirme memurluğuna birlikte başvururlar*" ve 136. maddesinde; "*Erkek ve kadından her biri, nüfus cüzdanı ve nüfus kayıt örneğini, önceki evliliği sona ermiş ise buna ilişkin belgeyi, küçük veya kısıtlı ise ayrıca yasal temsilcisinin imzası onaylanmış yazılı izin belgesini ve evlenmeye engel hastalığının bulunmadığını gösteren sağlık raporunu evlendirme memurluğuna vermek zorundadır*" şeklindeki düzenlemelere yer verildiği görülmektedir. Bu düzenlemelerden de açıkça anlaşılacağı üzere, hukukumuzda sadece cinsiyetleri *ayrı* iki kişi evlenme işlemini gerçekleştirebilir. Nitekim doktrinde de evlenme; "*tam ve sürekli bir hayat ortaklığı yaratmak üzere, cinsiyetleri ayrı iki kişinin hukuken makbul ve geçerli şekilde birleşmesidir*" şeklinde tanımlanmaktadır.[1166]

Sonuç olarak; hukukumuzda sadece *karşı cins iki kişi* evlenebilir. Bununla birlikte *karşı cins olmayan* kişilerin "aile" olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ilerleyen kısımlarda ayrıntılı bir şekilde incelenecektir.

2. 6284 Sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun

6284 sayılı "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun" 20.03.2012 tarihinde, 28239 sayılı Resmî Gazete'de yayımlanmış ve Kanun'un 24. maddesine istinaden yayımlandığı tarihte yürürlüğe girmiştir. 6284 sayılı Kanun ile birlikte 14.01.1998 tarihli ve 4320 sayılı "Ailenin Korunmasına Dair Kanun" yürürlükten kaldırılmıştır.[1167]

6284 sayılı Kanun'dan önce yürürlükte bulunan 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanun'un konusu, "aile içi şiddetin önlenmesi" yoluyla ailenin korunmasıydı.[1168] 4320 sayılı Kanun'un 1. maddesinin 1. fıkrasında kimlerin koruma altına alındığı açıklanmıştı. Buna göre; eşler, çocuklar, aynı çatı altında yaşayan diğer aile bireyleri, mahkemece ayrılık kararı verilen veya yasal olarak ayrı yaşama hakkı olan yahut evli olmalarına rağmen fiilen ayrı yaşayan aile bireyleri 4320 sayılı Kanun'un koruması

[1166] Velidedeoğlu, *Aile Hukuku*, 45; Akıntürk ve Karaman, *Aile Hukuku*, 59; Öztan, *Temel Kavramlar*, 419; Erdem ve Makaracı Başak, *Aile Hukuku*, 51.
[1167] Bkz. 6284 sayılı Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun'un 23. maddesinin 1. fıkrası.
[1168] Hüsamettin Uğur, "Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri", *TBB Dergisi*, Sayı:101 (2012): 335.

kapsamındaydı. Bahsi geçen bu kişiler, kusurlu eşe veya diğer aile bireylerine karşı korunacaktı.

4320 sayılı Kanun'un yürürlükte olduğu dönemde, resmi olarak evli olmayan (dini nikahla veya nikahsız olarak bir arada yaşayan) kişilerin Kanun'un korumasından faydalanıp faydalanamayacağı tartışma konusuydu.[1169] Yargıtay 7. Ceza Dairesi, önüne gelen bir uyuşmazlıkta bu konuyu tartışmış ve resmi bir evlilik olmasa dahi "aile" gibi bir arada yaşayan kişilerin 4320 sayılı Kanun'un korumasından yararlanması gerektiğine karar vermişti.[1170] Bununla birlikte boşanmış kişiler hakkında (resmi olarak evli olmayan kişilerin ise fiili birlikteliğinin sona ermesi halinde) 4320 sayılı Kanun'un uygulanamayacağı kabul edilmekteydi.[1171]

[1169] Hüsamettin Uğur, "6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri", 336.

[1170] "… *Konumuz açısından öncelikle tartışılması gereken husus; aynı çatı altında müşterek çocuk ve mağdurun babası ile sürekli birlikte yaşayan nikahsız eş hakkında da bu kanun kapsamında koruma kararı verilip verilemeyeceğidir.*

4721 sayılı Türk Medenî Kanununda 'aile' tanımlanmamış ve aile fertlerinin kimlerden oluştuğuna dair bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Aynı şekilde 4320 sayılı Ailenin Korunmasına Dair Kanunda da açıklayıcı bir tanım bulunmamaktadır. 4320 sayılı kanun ve gerekçesinde ise kanunun nikahsız beraberlikleri de kapsadığına dair bir açıklamaya rastlanmamaktadır. Bu durumda Anayasa kurallarına ve milletlerarası andlaşma hükümlerine bakılmasında zorunluluk bulunmaktadır...

'Aile hayatı' kavramı AİHM'nin birçok kararında ele alınarak tanımlanmış ve unsurları gösterilmiştir. Buna göre Marckx-Belçika davası kararında (13 Haziran 1979) 8. maddenin uygulanması açısından ailenin 'meşru' veya 'tabii' olmasına bakılarak ayırım yapılmaması gerektiğine dikkat çekilerek 8. maddenin 'meşru' ve 'tabii' aile arasında bir ayırım yapmadığını, böyle bir ayırımın, İHAS'deki hak ve özgürlüklerin kullanılmasında 'doğum' bakımından ayrımcılık yapılmasını yasaklayan 14. maddenin de desteklediği gibi 'herkes' kelimesine uygun olmadığını, Elsholz-Almanya davası kararında (13 Temmuz 2000) ise, aile kavramının, evliliğe dayalı ilişkilerle sınırlı olmadığı ve tarafların evlilik olmadan bir arada oturduğu fiili 'aile' bağlarını da kapsayabildiğini (Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarından Örnekler, Gilles Dutertre, Avrupa Konseyi Yayınları, Eylül 2007, s. 314-315), Johnston İrlanda davası kararında (18 Aralık 1986), çocuklarıyla beraber yaşayan evli olmayan çiftlerin normalde aile hayatı yaşadığını söz konusu ilişkinin istikrarlı olma özelliğinden ve diğer yönleriyle evliliğe dayalı bir aileden ayırt edilememesinden dolayı kabul etmiştir…

Ayrıca ülkemiz 'Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme'yi de imzalayıp onaylamıştır…

Bu durum karşısında, 4320 sayılı Kanun'un yalnızca nikah bağına dayalı aileleri koruduğunun kabulü, anılan sözleşmeye de aykırılık oluşturacaktır. Bu açıklamalar ve iç hukukumuzun bir parçası olan İHAS'nin 8. maddesi ile AİHM'nin bu maddeye getirdiği yorumlar ve 'Kadınlara Yönelik Her Türlü Ayrımcılığın Ortadan Kaldırılmasına İlişkin Sözleşme' karşısında somut olaya gelindiğinde;

Dosya kapsamına göre sanık M. D.'un nikahsız olarak mağdure ile evlenip aynı çatı altında birlikte yaşadıkları ve bir çocuklarının da olduğu anlaşılmaktadır. Bir başka ifadeyle hukuken evli görünmeseler de fiilen normal bir evliliğe dayalı ve bütün yönleriyle aileden ayırt edilemez şekilde, istikrarlı bir aile hayatı yaşadıkları görülmektedir. Bu durumda İHAS'nin 8. maddesi ve AİHM'nin yerleşmiş kararlarına göre taraflar arasında korunmaya değer bir aile hayatı olduğunda kuşku bulunmamaktadır…" Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 07.04.2009 tarih, 2006/3351 Esas ve 2009/4859 Karar sayılı kararı. Bkz. https://proxy.hacibayram.edu.tr:2089/belge/y-7-cd-e-2006-3351-k-2009-4859-t-07-04-2009-yargitay-7-ceza-dairesi-karari/869434/, (E.T. 25.02.2025).

[1171] "… *4320 sayılı Kanun, aile içi şiddeti durdurma, özellikle kadını ve çocuğu koruma amacıyla çıkartılmıştır… Somut olayda; tarafların 14.11.2007 tarihinde boşandıkları dosyadaki nüfus kaydından anlaşılmaktadır. Boşanan kişiler hakkında 4320 sayılı Kanuna göre tedbire hükmedilemez…*" Bkz.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, 2009 yılında karara bağlamış olduğu *Opuz/Türkiye* başvurusunda ihlal kararı vermiş ve 4320 sayılı Kanun'un yeterince koruma sağlamadığını belirterek mevzuatımızı ve uygulamayı eleştirmiştir.[1172] Bunun üzerine 6284 sayılı "Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun" hazırlanmış ve 20.03.2012 tarihinde Resmî Gazete'de yayımlanarak yürürlüğe girmiştir.

4320 sayılı Kanun'da olduğu gibi 6284 sayılı Kanun'da da "aile"nin tanımı yapılmamıştır. Hatta bu konu komisyonlarda ve Meclis'te tartışma konusu olmuş; mevcut düzenleme kapsamında, resmî nikâhı olmaksızın birlikte yaşayan sevgililerden veya eşcinsel birlikteliğe sahip bireylerden birisinin şiddete maruz kalması durumunda Kanun'un korumasından yaralanamayacağı ileri sürülmüştür.[1173] Ancak belirtmek isteriz ki; 6284 sayılı Kanun'un adı her ne kadar "*Ailenin Korunması*" ifadeleri ile başlamakta ise de Kanun'un içeriğinde, toplumun temeli olan ve bu nedenle korunması gereken bir "değer" olan ailenin, nasıl korunacağına ilişkin herhangi bir düzenleme yer almamaktadır. Örneğin; 6284 sayılı Kanun'un "*Tanımlar*" başlıklı 2. maddesinde; "*Ev içi şiddet*" ifadesine yer verilmiş ve bu kavram; "*Şiddet mağduru ve şiddet uygulayanla aynı haneyi paylaşmasa da aile veya hanede ya da aile mensubu sayılan diğer kişiler arasında meydana gelen her türlü fiziksel, cinsel, psikolojik ve ekonomik şiddeti… ifade eder*." şeklinde tanımlanmıştır.[1174] Kanaatimizce burada "aile içi şiddet" kavramı yerine "ev içi

---

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 12.05.2009 tarih, 2009/170 Esas ve 2009/9411 Karar sayılı kararı. Karara erişim için bkz. https://kararara.yargitay.gov.tr/, (E.T. 24.02.2025).

[1172] Hatırlanacağı üzere AİHM söz konusu kararında, 4320 sayılı Kanun'un uygulanmasında ciddi sorunlar bulunduğunu, kolluk birimlerinin şiddeti soruşturmak yerine 'müdahale edilemez bir aile meselesi' olarak gördüğünü; yargı organlarının koruma tedbirlerini acil bir dava değil sıradan bir boşanma davası usulüyle ele aldığını, bu durumun da makul olmayan gecikmelere sebebiyet verdiğini ifade etmişti. Bu idari ve hukuki yargılamaya ek olarak, ceza davalarında töre ve gelenek gibi subjektif unsurlar nedeniyle yaptırımların caydırıcılığını azaltan cezai indirimler uygulandığı, CEDAW Komitesi'nin de kadına yönelik şiddetin önlenmesinde kamu otoritelerinin daha çok çaba göstermesine yönelik tespitler yaptığı ifadelerine yer vermişti. Bkz. Opuz/Türkiye, Başvuru No: 33401/02, 09.06.2009 (Nihai Karar Tarihi: 09.09.2009), § 195-197.

[1173] "*… Yasa teklifinin adı 'Ailenin Korunması ve Kadına Yönelik Şiddetin Önlenmesi' diye geçmektedir. İlk bakışta kulağa hoş gelen bu adlandırma üzerinde düşününce birçok sorunu beraberinde getirmektedir. Öncelikle aileden kastımız nedir? Sadece resmî devlet nikâhıyla evli olanların oluşturduğu toplumsal birim mi? Eğer öyleyse bu bir ayrımcılığa işaret etmez mi? Bu durumda imam nikâhlı eşleri, aralarında resmî nikâhı olmaksızın birlikte yaşayan sevgilileri veya eşcinsel birliktelikleri nereye koyacaksınız? Bu tür bir beraberlik yaşayan çiftlerden birinin şiddet görmesi mümkün değil midir? Şiddet gibi son derece önemli bir konuda bu insanları yasanın kapsamı dışında tutmak ayrımcılıktır ve Anayasa'nın eşitlik ilkesini düzenleyen 10'uncu maddesine de aykırıdır. Dolayısıyla kanunun kapsamının genişletilmesi, İstanbul Sözleşmesi ve CEDAW Protokolünün yasaya ilişkin hâle getirilmesi gerekmektedir…*" Bkz. TBMM, Genel Kurul Tutanağı, 24. Dönem, 2. Yasama Yılı, 76. Birleşim.

[1174] 6284 sayılı Kanun'un 2. maddesinin 1. fıkrasının b bendi.

şiddet" kavramının kullanılması ve bu kavram tanımlanırken "*aile veya hanede*" ifadesinin geçmesi "bilinçli" bir tercihin ürünüdür. Diğer bir ifadeyle, aynı evde yaşıyor olsalar bile her birlikteliğin "aile" olarak kabul edilemeyeceğini ima etmektedir. Bununla birlikte, "aile" olarak kabul edilmeseler dahi aynı "hanede" yaşayan kişilerin de Kanun'un korumasından faydalanabileceği belirtilmiştir. Nitekim bu durum, Adalet Komisyonu Raporu'nda şu ifadelerle ortaya konulmuştur: "… *Tasarının amacı, şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınların, çocukların, aile bireylerinin ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişilerin korunması ve bu kişilere yönelik şiddetin önlenmesi amacıyla alınacak tedbirlere ilişkin usûl ve esasları düzenlemektir. Dolayısıyla Tasarı, salt evlilik birliğinden kaynaklanan şiddetin engellenmesi*[ni] *amaçlamamakta, aksine 4721 sayılı Kanun uyarınca kurulmuş evlilik birliğine dayalı şiddet mağdurları ile evlilik birliği olmasa dahi kapsamda yer alan şiddet mağdurlarını koruma amacına yönelmektedir. Kaldı ki, 4320 sayılı Kanunun adı 'Ailenin Korunmasına Dair Kanun' iken Tasarının adı 'Ailenin Korunması ve Kadına Karşı Şiddetin Önlenmesine Dair Kanun Tasarısı' olduğundan, Tasarı ile sadece aile içi şiddetin engellemesinin amaçlandığı ve kadının korunmadığı yönündeki iddialar doğru değildir. Tasarı bir bütün halinde değerlendirildiğinde bu yöndeki yanlış algılama ve psikolojik direncin yersiz olduğu görülecektir. Tasarı ile salt evlilik birliğinden kaynaklanan şiddetin engellenmesi değil, aksine 4721 sayılı Kanun uyarınca kurulmuş bir evlilik birliğinden arî olarak maddede zikredilen şiddet mağdurları da korunduğundan, CEDAW'ın taraf Devletlere yüklediği 'kadınların medeni durumlarına bakılmaksızın' gerekli tedbirlerin alınması yükümlülüğü de yerine getirilmiş olmaktadır…*"[1175]

Yine 6284 sayılı Kanun'un "*Amaç, kapsam ve temel ilkeler*" başlıklı 1. maddesinde; "*şiddete uğrayan veya şiddete uğrama tehlikesi bulunan kadınlar, çocuklar, aile bireyleri ve tek taraflı ısrarlı takip mağduru olan kişiler*" koruma kapsamına alınmıştır.[1176] Dolayısıyla söz konusu Kanun'un başlığında her ne kadar "ailenin

[1175] Bkz. TBMM, Genel Kurul Tutanağı, 24. Dönem, 2. Yasama Yılı, Sıra Sayısı 181, s. 64.

[1176] Yine 6284 sayılı Kanun'un "*Hâkim tarafından verilecek koruyucu tedbir kararları*" başlıklı 4. maddesinde; "*kişinin evli olması halinde*" hâkimin, müşterek yerleşim yerinden ayrı bir yerleşim yeri belirleyebileceği hüküm altına alınmıştır. Dolayısıyla söz konusu hükmün mefhum-u muhalifinden, evli olmayan kişiler bakımından da bu Kanun'un (ayrı bir yerleşim yeri belirleme tedbiri haricindeki) ilgili koruyucu tedbirlerinin uygulanabileceği anlaşılmaktadır.

korunması" ifadesine yer verilmiş olsa da "aile üyesi" olarak değerlendirilmeyen kişilerin de koruma kapsamına alındığı görülmektedir.

C. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Özerk "Aile Hayatı" Yorumu

Anayasa Mahkemesi'nin "aile hayatı" kavramını özerk olarak nasıl yorumladığını incelemeye geçmeden önce, Mahkeme'nin "özerk yorum" yetkisini kısaca açıklamak istiyoruz.

Anayasa Mahkemesi de tıpkı AİHM gibi "özerk yorum" yetkisine sahiptir.[1177] Esasında bu durum, "otantik yorum" yapma yetkisine sahip olan Mahkeme için doğal ve kaçınılmaz bir sonuçtur. Örneğin; "aile hayatı"na ilişkin bir kanuni düzenleme yapıldığını ve düzenlemenin Anayasa'ya aykırılık iddiasıyla Anayasa Mahkemesi'nin önüne geldiğini düşünelim. Türk Medeni Kanunu'nda, 6284 sayılı Kanun'da yahut başkaca herhangi bir Kanun'da "aile hayatı" kavramı tanımlanmış olsaydı bile Anayasa Mahkemesi, Anayasamızda geçen "aile hayatı" kavramını bu tanımlara bağlı kalmaksızın yine "özerk" olarak yorumlama yetkisine sahip olacaktı. Çünkü Anayasayı "otantik" olarak yorumlama yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne aittir.[1178] Aksi takdirde Mahkeme, kanunun Anayasa'ya değil kanunun kanuna uygunluğunu denetlemiş olur; ki bu durum Mahkeme'nin varlık amacıyla bağdaşmaz.

Sonuç olarak, bir kavram bizzat Anayasa tarafından tanımlanmadığı müddetçe bu kavrama nihai anlamı verme yetkisi Anayasa Mahkemesi'ne aittir. Nitekim Mahkeme de gerek norm denetiminde gerekse de bireysel başvuru incelemelerinde "özerk yorum" yapma yetkisine sahip olduğunu ifade etmektedir. Örneğin; cezaların infazına yönelik yapılan bir düzenlemeye ilişkin olarak; "… *Kanun koyucunun bir düzenlemeyi cezaların infazı kapsamında ele alması, afla ilgili anayasal denetim bakımından bir önem taşımamaktadır. Önemli olan husus düzenlemenin anayasal özerk yorum çerçevesinde belirlenen af kavramının unsurlarını taşıyıp taşımadığıdır (benzer yöndeki yaklaşım için bkz. AYM, E.1966/7, K.1966/46, 19/12/1966). Anayasa'da, yasalaşma süreci özel usullere bağlanmış olan yasama işlemlerinin başka isimler altında ve farklı yöntemler uygulanarak oluşturulması durumunda, Anayasa koyucunun iradesinin tam anlamıyla*

[1177] Ufuk Ramazan Çakmak, "Özerk Yorum", 215 vd.; Ayhan Kılıç, "Özerk Yorum Yetkisi", 2177-2195.
[1178] Yusuf Şevki Hakyemez, *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2009), 23.

etkili ve egemen kılınabilmesi için bu işlemlerin anayasal denetimlerinin gerçek nitelik ve içerikleri gözetilerek yapılması gerekir (AYM, E.2002/99, K.2002/51, 28/5/2002)..."[1179] şeklindeki gerekçelerle "özerk yorum" yetkisini açıkça ifade etmiştir. Görüleceği üzere Anayasa'ya uygunluk denetimi bakımından, kanun koyucunun bir kanunu nasıl isimlendirdiğinin veya kanunu nasıl nitelediğinin herhangi bir önemi yoktur. Önemli olan kanunun gerçek niteliği ve içeriğidir.

Bilindiği üzere, cezanın infazına ilişkin bir düzenlemenin kanunlaşabilmesi için *salt çoğunluk*[1180] yeterli iken; genel veya özel af ilanına karar verebilmek için Anayasamızın 87. maddesine göre TBMM üye tamsayısının *beşte üç çoğunluğunun* kararı gerekmektedir. Bu kapsamda, kanun koyucu bir düzenlemeyi "*cezaların infazıyla*" ilgili görüp *salt çoğunluk* ile kabul etse dahi; bu düzenlemenin gerçek mahiyetinin *infaz rejimi* mi yoksa *genel* veya *özel af* mı olduğuna, "özerk yorum" yetkisi ile AYM karar verecektir. Mahkeme, ilgili düzenlemenin suça, suçun soruşturulması ve kovuşturulmasına ve kesinleşmiş cezalara etkisini bizzat kendisi değerlendirecektir. AYM'nin de belirttiği üzere; "… *genel af cezanın tüm sonuçlarıyla birlikte ortadan kaldırılmasını, özel af ise cezanın kaldırılması veya hafifletilmesini konu alır. Ceza ile bağlantılı durumlarda özel af cezayı konu alır, yoksa cezanın ne şekilde infaz edileceği ile ilgili değildir. Dolayısıyla her ne şekilde adlandırılmış olursa olsun cezanın infazıyla bağlantılı bir düzenlemenin özel af niteliğinde olup olmadığı konusunda tespit edilmesi gereken temel husus düzenlemenin gerçekte cezanın kendisini mi etkilediği yoksa cezanın infaz şeklini mi belirlediğidir. Buna göre eğer düzenleme suç ve cezanın kapsamına ilişkin olarak cezanın ortadan kaldırılmasını, azaltılmasını veya türünü değiştirmek suretiyle hafifletilmesini öngörüyorsa bunun bir özel af düzenlemesi, suç ve cezanın kapsamına yönelik olmayıp sadece cezanın infaz şeklini düzenlemeye yönelik ise bunun bir infaz düzenlemesi olduğu söylenebilir…*"[1181]

[1179] Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 17.07.2020 tarih, 2020/44 Esas ve 2020/41 Karar sayılı kararı, § 22.

[1180] Anayasamızın "*Toplantı ve karar yeter sayısı*" başlıklı 96. maddesine göre; "*Türkiye Büyük Millet Meclisi, yapacağı seçimler dahil bütün işlerinde üye tamsayısının en az üçte biri ile toplanır. Türkiye Büyük Millet Meclisi, Anayasada başkaca bir hüküm yoksa toplantıya katılanların salt çoğunluğu ile karar verir; ancak karar yeter sayısı hiçbir şekilde üye tamsayısının dörtte birinin bir fazlasından az olamaz.*" Cezaların infazıyla ilgili kanunlara yönelik başkaca herhangi bir hüküm bulunmadığı için, bu kanunlarda "*salt çoğunluk*" yeterlidir.

[1181] Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 17.07.2020 tarih, 2020/44 Esas ve 2020/41 Karar sayılı kararı, § 24. (R.G. Tarih – Sayı: 07.10.2020 – 31267).

Anayasa Mahkemesi norm denetimi kapsamında benzer şekilde; bir olağanüstü hâl KHK'sının gerçekten Anayasa'nın 121. maddesinde öngörülen KHK olup olmadığının tespitinde "özerk yorum" yapılması gerektiğini açıkça ifade etmiştir. Örneğin Mahkeme, 26.07.2023 tarih, 2023/113 Esas ve 2023/127 Karar sayılı kararında; "*… Anayasa Mahkemesi bir normun niteliğini belirleme konusunda takdir yetkisine sahiptir. Bu bağlamda anayasal kavramların özerk yorum yetkisi olarak değerlendirilebilecek bu yaklaşımın Anayasa Mahkemesinin Olağanüstü Hâl Kanun Hükmünde Kararnamelerine (OHAL KHK'ları) ilişkin içtihadı ile uyumunun değerlendirilmesi gerekir...*" [1182] şeklindeki ifadelere yer vermiştir. Yine norm denetimi kapsamında başka bazı kararların karşı oy gerekçelerinde "özerk yorum" çerçevesinde uyuşmazlığın çözümlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Örneğin; "özerk yorum" yetkisi ile "dekan"ların üst kademe kamu yöneticisi ve TÜBİTAK yöneticilerinin "kamu görevlisi" olarak değerlendirilmesi gerektiği ileri sürülmüştür.[1183]

2010 yılında yapılan Anayasa değişiklikleriyle hayatımıza giren *bireysel başvuru* müessesesi ile birlikte AYM'nin "özerk yorum" yetkisini daha çok kullandığını söylemek

---

[1182] Anayasa Mahkemesi söz konusu kararının devamında şu ifadelere de yer vermiştir: "… *Anayasa Mahkemesi, konuya ilişkin olarak geliştirdiği önceki içtihadında maddi ölçütü esas alarak, bir olağanüstü hâl KHK'sının gerçekten Anayasa'nın 121. maddesinde öngörülen KHK olup olmadığını belirlemek için yer, zaman ve konu bakımından inceleme yapmıştır. Mahkeme, 10/1/1991 tarihli ve E.1990/25, K.1991/1 sayılı kararında belirttiği ve 3/7/1991 tarihli ve E.1991/6, K.1991/20, 26/5/1992 tarihli ve E.1992/30, K.1992/36 ile 22/5/2003 tarihli ve E.2003/28, K.2003/42 sayılı kararlarında sürdürdüğü içtihadında OHAL KHK'sı adı altında yapılan düzenlemelerin Anayasa'nın öngördüğü ve Anayasa'ya uygunluk denetimine bağlı tutmadığı OHAL KHK'sı niteliğinde olup olmadıklarını incelemek ve bu nitelikte görmediği düzenlemeler yönünden de Anayasa'ya uygunluk denetimi yapmak zorunda olduğunu ifade ederek OHAL KHK'sından söz edebilmek için yer, zaman ve konu ölçütlerini ortaya koymuştur…*" Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 26.07.2023 tarih, 2023/113 Esas ve 2023/127 Karar sayılı kararı, § 12. (R.G. Tarih-Sayı: 22.11.2023-32377)

[1183] "*... dekanların üst kademe yönetici olup olmadığı özerk yorum kapsamında tartışılabilir. Ancak 6216 sayılı Anayasa Mahkemesinin Kuruluşu ve Yargılama Usulleri Hakkında Kanun'un 6. maddesinde 'dekan' Anayasa Mahkemesine seçilebilecek 'üst kademe yöneticileri' arasında sayılmıştır. Bu durumda dekanların ve rektörlerin atanmalarına ilişkin usul ve esasların Anayasa'nın 130. maddesi uyarınca münhasıran kanunla düzenlenmesi gerekmektedir. Zira bu madde Anayasa'nın 104. maddesinin dokuzuncu fıkrası karşısında üst kademe yöneticilerin atanmaları bakımından özel bir düzenleme mahiyetindedir.*" Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 29.12.2022 tarih, 2018/149 Esas ve 2022/163 Karar sayılı kararı, Zühtü Arslan'ın Karşı Oy Gerekçesi, § 12, (R.G.Tarih-Sayı: 03.08.2023-32268); "*TÜBİTAK, CBK ile kurulan ve kamusal ayrıcalıklara sahip olan bir kamu tüzel kişisidir. Anayasa'nın 128. maddesinde, '...kamu tüzel kişilerinin genel idare esaslarına göre yürütmekle yükümlü oldukları kamu hizmetlerinin gerektirdiği asli ve sürekli görevler, memurlar ve diğer kamu görevlileri eliyle görülür.' denilmektedir. Dolayısıyla TÜBİTAK personelinin en azından yönetici kadrolarının kamu görevlisi olarak kabul edilmeleri gerekir. İlgili mevzuatta TÜBİTAK yöneticilerinin özel hukuka göre istihdam edileceğinin belirtilmesi bu kişilerin anayasal özerk yorum yönünden kamu görevlisi olarak nitelendirilmelerine önünde bir engel değildir. Sonuç olarak kural Anayasa'nın 104. maddesinin on yedinci fıkrasının üçüncü cümlesiyle uyumlu değildir…*" Anayasa Mahkemesi'nin 09.11.2022 tarih, 2018/123 Esas ve 2022/138 Karar sayılı kararı, Engin Yıldırım'ın Karşı Oy Gerekçesi, § 18, (R.G.Tarih-Sayı: 05.04.2023-32154).

yanlış olmayacaktır. Kanaatimizce bu durum olağandır ve bireysel başvuru müessesesinin hukukumuza dahil ediliş amacına uygundur. Nitekim Anayasa değişikliğine ilişkin madde gerekçesinde; "… *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, iç hukuk yollarının tüketilmiş olup olmadığını araştırırken, ilgili ülkede bireysel başvuru kurumunun bulunup bulunmadığını da dikkate almakta ve bunu hak ihlâllerinin ortadan kaldırılmasında etkili bir hukuk yolu saymaktadır. Bu nedenle, bireysel başvuru müessesesinin getirilmesiyle, hak ihlâllerine maruz kaldığını iddia edenlerin önemli bir bölümünün bireysel başvuru aşamasında, başka bir ifadeyle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesine gitmeden önce, tatmin edilebilmesinin mümkün olabileceği ve böylece Türkiye aleyhine açılacak dava ve verilecek ihlâl kararlarında azalma olacağı değerlendirilmektedir*…" şeklindeki ifadelere yer verilerek, bireysel başvuru kurumunun bir nevi "filtre" görevi görmesi ve böylece AİHM'ye yapılacak başvuruların ve verilecek ihlâl kararlarının azaltılması amaçlanmıştır.[1184] Bu amaca ulaşılabilmesi için ise AYM'nin AİHM'nin yaklaşımı ve ilkelerini benimsemesi gerekmektedir. İşte bu noktada AYM, *bireysel başvuru* müessesesi ile birlikte somut olay özelinde başvuruları incelemiş ve AİHM'nin içtihatlarını, vermiş olduğu kararlara yansıtma olanağı bulmuştur. Örneğin AYM, Anayasamızda geçen "aile" kavramını AİHM'ye benzer şekilde yorumlamaktadır. Mahkeme, *Murat Demir* başvurusunda "aile" kavramına ilişkin olarak; "… *Anayasa'daki aile kavramının, 4721 sayılı Kanun'daki karşılığı ile sınırlı olmayacak şekilde özerk yorumlanması gerekir. Aile hayatına saygı hakkının söz konusu olabilmesi için öncelikle aile kavramı kapsamında değerlendirilebilecek kişisel ve yakın bağların varlığı gereklidir*…" şeklinde değerlendirmelerde bulunmuş ve Anayasa'da yer alan *aile* kavramının 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu ile sınırlı olmayacak şekilde Mahkeme tarafından bizzat yorumlanacağını belirtmiştir.[1185]

Anayasa Mahkemesi, *Seyit Cingöz* başvurusunda ise, "aile" kavramından ne anlaşılması gerektiğini şu şekilde açıklamıştır: "… *Anayasa Mahkemesi daha önce verdiği kararlarında Anayasa'daki aile kavramının 22/11/2001 tarihli ve 4721 sayılı Türk Medeni Kanunu'ndaki karşılığı ile sınırlı olmayacak şekilde özerk yorumlanması*

[1184] Belirtmek isteriz ki, bireysel başvuru sisteminin tek amacı elbette AİHM'ye yapılacak başvuruları ve verilecek ihlal kararlarını azaltmak değildir. Temel hak ve özgürlükleri etkili bir şekilde korumak, temel hak ve özgürlüklerin gelişimine katkı sunmak ve hukukun üstünlüğü temelindeki standartları yükseltmek gibi başkaca amaçları da bulunmaktadır. Bkz. Keser Altıntaş [GK], B. No: 2023/18536, 25.07.2023.
[1185] Murat Demir [GK], B. No: 2015/7216, 27.03.2019, § 72; Aynı yönde bkz. G.K. ve Ü.K. [2. B.], B. No: 2018/31989, 13.09.2022, § 55.

gerektiğini, aile hayatının hâlihazırda mevcut olan ve hakiki aile yaşamı oluşturan fiilî, yakın ve şahsi bağların kurulduğu aile ilişkilerini koruduğunu belirtmiştir. Anayasa Mahkemesi kararlarında aile hayatının, kan bağıyla kurulabileceği gibi hukuki ya da istisnai durumlarda fiilî yollarla da gerçekleşebileceğini, kan veya evlatlık bağı olmamasına rağmen çocukların bakım ve gözetimini üstlenerek her türlü ihtiyacında yanında bulunan kişilerle çocuklar arasında belirli koşullar altında aile hayatı anlamında bir bağın kurulduğunun kabul edilebileceğini vurgulamıştır. Ayrıca aile hayatından söz edebilmek için birlikte yaşama temel bir koşul olmakla birlikte fiilî bir aile bağı oluşturacak kadar yeterli tutarlılık taşımak kaydıyla bazı istisnai durumlarda da aile hayatının varlığından söz edilebilir…"[1186]

Görüleceği üzere, Anayasa Mahkemesi'nin "aile" kavramına ilişkin yorumu AİHM'nin yorumu ile oldukça benzerdir. Anayasa Mahkemesi de "aile" kavramının yorumunda ilişkinin "gerçek" niteliğini dikkate almakta ve hakiki aile hayatı oluşturan fiilî, yakın ve şahsi bağların bulunup bulunmadığını, çiftin birlikte yaşayıp yaşamadığını ve ilişkilerinin uzunluğunu test etmektedir. Bu kapsamda örneğin, fiili bir bağ oluşturacak şekilde sadece dinî nikâha dayalı olarak yaklaşık on üç yıl boyunca birlikte yaşayan kişiler arasındaki ilişki,[1187] biyolojik baba olmayan kişi ile çocuk arasındaki kişisel ilişki,[1188] evlilik dışında dünyaya gelen çocuk ile baba arasındaki devamlı ilişki[1189] ve büyükanne, büyükbaba, amca, dayı, teyze veya hala gibi çocukla kan bağı olan kişiler ile çocuk arasındaki yakın kişisel bağların fiilen mevcut olduğu ilişki[1190] aile hayatı kapsamında değerlendirilmiştir.

Bu noktada şu hususu da belirtmek isteriz ki, geleneksel aile yapısından farklı birlikteliklerin (örneğin; eşcinsel birlikteliklerin) "aile" olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceğine ilişkin henüz AYM'nin vermiş olduğu bir karar yoktur. Mahkemenin bireysel başvuru kararları incelendiğinde, daha çok çocuk ile çocuğun biyolojik annesi/babası olmayan kişiler arasındaki ilişkilerin incelendiği ve AYM'nin kural olarak "çocuğun üstün yararını" göz önünde bulundurarak "özerk yorum" yaptığı

[1186] Seyit Cingöz [1. B.], B. No: 2017/30916, 10.12.2019, § 25. Aynı yönde bkz. Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım [1. B.], B. No: 2014/5974, 26.12.2017, § 70; Yaşar İnce [1. B.], B. No: 2016/1750, 10.12.2019, § 26.
[1187] S.B. [1. B.], B. No: 2014/5783, 20.12.2017, § 31.
[1188] Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım [1. B.], B. No: 2014/5974, 26.12.2017, § 63.
[1189] Fatma Julia Ekinciler [1. B.], B. No: 2013/2758, 17.02.2016, § 54.
[1190] Figen Güneştaş ve diğerleri [2. B.], B. No: 2014/18376, 26.10.2017, § 30-32.

görülmektedir. Örneğin; başvurucunun annesi ile evli olan ve aralarında fiilen baba-çocuk ilişkisi kurulan koca ile çocuk arasındaki ilişki,[1191] evlat edinme öncesi geçici bakım sözleşmesi kapsamında evlat edinmek isteyen kişilerle çocuk arasındaki ilişki[1192] ve koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişki[1193] "aile hayatı" kapsamında değerlendirilmiştir. Yine daha önce de ifade ettiğimiz üzere AYM, resmî bir evlilik akdi olmaksızın dinî nikâha dayalı birlikteliklerin de "aile hayatı" oluşturduğunu kabul etmektedir.[1194]

[1191] "*… Anayasa'daki aile kavramının 4721 sayılı Kanun'daki karşılığı ile sınırlı olmayacak şekilde özerk yorumlanması gerekir. Aile hayatına saygı hakkının söz konusu olabilmesi için öncelikle aile kavramı kapsamında değerlendirilebilecek kişisel ve yakın bağların varlığı gereklidir (Murat Demir [GK], B. No: 2015/7216, 27/3/2019, § 72)… Başvurucunun çocukluk çağının büyük kısmını annesi ile evli olan B.V. ile birlikte yaşadıkları evde geçirdiği, aralarında fiilen baba-çocuk ilişkisi kurulduğu, başvurucunun B.V.yi ebeveyn olarak, B.V.nin de başvurucuyu çocuğu olarak benimsediğine ilişkin olarak ortaya koydukları iradenin aksine bir tespitin bulunmadığı dikkate alındığında somut başvurunun koşullarında aile hayatı anlamında bir bağın kurulduğu anlaşılmıştır. Dolayısıyla başvuru, aile hayatına saygı hakkı kapsamında uygulanabilir bulunmuştur…*" Yıldız Ceylan Var [GK], B. No: 2020/10490, 25.07.2023, § 35, 37.

[1192] "*… Somut olayda, çocuğun aile hayatı anlamında yakın bağ kurmaya uygun bir süre boyunca evlat edinme öncesi geçici bakım sözleşmesi kapsamında başvurucuların yanında kaldığı, başvurucuların çocuk tarafından ebeveyn olarak, çocuğun da başvurucular tarafından benimsendiği ve aile ilişkisinin sürdürülmesinin çocukların üstün yararlarına aykırı olduğunu kabul eden bir yargısal kararın da başvuru tarihi itibarıyla bulunmadığı dikkate alındığında somut başvuruda aile hayatı anlamında bir bağın kurulduğu sonucuna ulaşılmıştır…*" G.K. ve Ü.K. [2. B.], B. No: 2018/31989, 13.09.2022, § 56.

[1193] "*… Aile hayatına saygı hakkının söz konusu olabilmesi için öncelikle aile kavramı kapsamında değerlendirilebilecek kişisel ve yakın bağların varlığı gereklidir (Murat Demir, § 72). Söz konusu bağ, kan bağıyla kurulabileceği gibi hukuki ya da istisnai durumlarda fiilî yollarla da gerçekleşebilir. Bu bağlamda, anne-babasıyla soybağı bulunan çocuklar ile evlat edinilen çocukların ebeveynleriyle aile bağlarının bulunduğu tartışmasız olmakla birlikte kan veya evlatlık bağı olmamasına rağmen çocukların bakım ve gözetimini üstlenerek her türlü ihtiyacında yanında olan bulunan kişilerle çocuklar arasında da somut olayın koşulları çerçevesinde aile bağlarının oluştuğu kabul edilebilir. Çocuk ile koruyucu ailesi arasında bu tür bir bağın bulunup bulunmadığı ise mevcut koşulların ışığında ayrı bir incelemeyi gerekli kılmaktadır… koruyucu aile ile çocuk arasındaki ilişkide ancak belirli koşulların varlığı hâlinde aile hayatı anlamında bir bağın kurulduğu kabul edilebilir. Bu koşullar şu şekilde sıralanabilir:*

i. Çocuğun öz anne ve/veya babasıyla bir bağın ya da devam eden bir kişisel ilişkinin bulunmaması veya devam eden bir bağ ya da kişisel ilişki varsa bunun yakın derecede olmaması gerekir.

ii. Çocuğun, koruyucu aile yanında aile hayatı anlamında bağ kurmaya uygun kabul edilebilecek bir süre boyunca kalmış olması gerekir.

iii. Koruyucu ailenin çocuk tarafından ebeveyn olarak benimsenmesi ve koruyucu ailenin de aynı şekilde çocuğu benimsemiş olması gerekir.

iv. Koruyucu aile ilişkisinin sürdürülmesinin çocuğun üstün yararına aykırı olmaması gerekir (Murat Demir, § 74).

Somut olayda… öz anne/babayla herhangi bir bağları ya da ilişkileri bulunmayan çocukların, aile hayatı anlamında yakın bağ kurmaya uygun bir süre boyunca koruyucu ailelerinin yanında kaldıkları, başvurucunun ebeveyn olarak çocuklar tarafından, çocukların da başvurucu tarafından benimsendiği ve koruyucu aile ilişkisinin sürdürülmesinin çocukların üstün yararlarına aykırı olduğunu kabul eden bir yargısal kararın da henüz bulunmadığı hususları dikkate alındığında somut başvuruda aile hayatı anlamında bir bağın kurulduğu sonucuna ulaşılmıştır…" Bkz. İlknur Kızıltoprak [1. B.], B. No: 2015/11579, 18.04.2019, § 67-72.

[1194] Bkz. S.B. [1. B.], B. No: 2014/5783, 20.12.2017, § 7-8, 30-31.

D. Türk Hukukunda Aile Hayatının Sınırlandırılması Rejimi

Çalışmamızın daha önceki kısımlarında da ifade ettiğimiz üzere "aile hayatı" temel olarak Anayasamızın 20. ve 41. maddelerinde düzenlenmiştir. Söz konusu iki madde genel olarak "aile hayatı"nın farklı yönlerini koruma altına almaktadır. Nitekim bu durum Anayasamızın sistematiğinden de anlaşılabilir. Şöyle ki; Anayasamızın "*Özel hayatın gizliliği*" başlıklı 20. maddesi "*Kişinin Hakları ve Ödevleri*" başlıklı ikinci bölümde (negatif statü hakları kısmında) yer alırken; Anayasamızın "*Ailenin korunması ve çocuk hakları*" başlıklı 41. maddesi "*Sosyal ve Ekonomik Haklar ve Ödevler*" başlıklı üçüncü bölümde (pozitif statü hakları kısmında) yer almaktadır.

Anayasamızın 20. maddesi[1195] resmî makamların aile hayatına müdahale edememesini ve kişinin aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesini güvence altına almaktadır.[1196] Bu kapsamda, AİHS'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile hayatına saygı hakkının Anayasadaki karşılığı 20. maddenin 1. fıkrasındaki düzenlemeye tekabül etmektedir.[1197] Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi, "aile hayatı"na yönelik "haksız" müdahale iddialarını Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği Anayasa'nın 41. maddesini de dikkate alarak incelemektedir.[1198]

Bilindiği üzere hukukumuzda temel hak ve hürriyetler Anayasamızın "*Temel hak ve hürriyetlerin sınırlanması*" başlıklı 13. maddesinde yer alan; "*Temel hak ve hürriyetler, özlerine dokunulmaksızın yalnızca Anayasanın ilgili maddelerinde belirtilen sebeplere bağlı olarak ve ancak kanunla sınırlanabilir. Bu sınırlamalar, Anayasanın sözüne ve ruhuna, demokratik toplum düzeninin ve lâik Cumhuriyetin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olamaz*." şeklindeki hüküm doğrultusunda sınırlandırılabilir.[1199]

[1195] Anayasamızın 20. maddesinin 1. fıkrası şu şekildedir: "*Herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz*."

[1196] "*… Aile hayatına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır. Madde gerekçesi de dikkate alındığında resmî makamların özel hayata ve aile hayatına müdahale edememesi ile kişinin ferdî ve aile hayatını kendi anladığı gibi düzenleyip yaşayabilmesi gereğine işaret edildiği görülmekte olup söz konusu düzenleme, Sözleşme'nin 8. maddesi çerçevesinde korunan aile hayatına saygı hakkının Anayasa'daki karşılığını oluşturmaktadır…*" Bkz. Yıldız Ceylan Var [GK], B. No: 2020/10490, 25.07.2023, § 39.

[1197] Gülay Arslan Öncü, "Özel Yaşam ve Aile Yaşamı", 318.

[1198] "*… Aile hayatına saygı hakkı, Anayasa'nın 20. maddesinin birinci fıkrasında güvence altına alınmıştır... Ayrıca Anayasa'nın 41. maddesinin -Anayasa'nın bütünselliği ilkesi gereği- özellikle aile hayatına saygı hakkına ilişkin pozitif yükümlülüklerin değerlendirilmesi bağlamında dikkate alınması gerektiği açıktır (Murat Atılgan, B. No: 2013/9047, 7/5/2015, § 22; Marcus Frank Cerny, [GK], B. No: 2013/5126, 2/7/2015, § 36)…*" Bkz. G.K. ve Ü.K. [2. B.], B. No: 2018/31989, 13.09.2022, § 57.

[1199] Olağan dönemlerde temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılma sebeplerine ilişkin ayrıntılı açıklamalar için bkz. Ayhan Döner, *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)*, (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023), 469 vd.

Bu doğrultuda "aile hayatı"nın sınırlandırılabilmesi için de Anayasamızın 13. maddesinde yer alan koşulların yerine getirilmesi gerekmektedir. Yani sınırlandırmanın; "kanunla" yapılması, 20. maddede yer alan sebeplere dayanması, Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olması, demokratik toplum düzeninin gereklerine uygun olması, "aile hayatı"na saygı hakkının özüne dokunmaması, lâik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olmaması ve ölçülülük ilkesine uygun olması gerekmektedir. Ancak Anayasa Mahkemesi'nin bireysel başvuru kararları incelendiğinde, AİHM'nin inceleme yöntemine paralel bir inceleme yapıldığı görülmektedir. Diğer bir ifadeyle Anayasa Mahkemesi bireysel başvuru kararlarında, "aile hayatı"na ilişkin müdahalenin Anayasanın sözüne ve ruhuna uygun olup olmadığını ve lâik Cumhuriyetin gereklerine aykırı olup olmadığını ayrıca değerlendirmemektedir. Yapmış olduğu incelemede, AİHM'ye benzer şekilde söz konusu müdahalenin sırasıyla; "kanuni" bir dayanağının bulunup bulunmadığını, "meşru amaca" uygun olup olmadığını ve "demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük" ilkesine uygun olup olmadığını değerlendirmektedir.[1200]

Daha önce de ifade ettiğimiz üzere, AİHM'nin "kanun" kavramına yüklediği anlam "maddi kanun anlayışına" daha uygundur. AİHM'ye göre, hukuki dayanak yazılı hukukta yani anayasa, kanun (yasa), tüzük, yönetmelik, kanun hükmünde kararname gibi mevzuat hükümlerinde bulunabileceği gibi yazılı olmayan (kodifiye edilmemiş) hukukta, örneğin yargıç yapısı içtihat hukukunda da bulunabilir.[1201] Hatta bu dayanak ulusal

[1200] Örneğin bkz. Serpil Toros [2. B.], B. No: 2013/6382, 09.03.2016, § 97-149. "… *belirlenen müdahale, Anayasa'nın 13. maddesinde belirtilen koşullara uygun olmadığı takdirde Anayasa'nın 20. maddesini ihlal edecektir. Bu sebeple sınırlamanın Anayasa'nın 13. maddesinde öngörülen ve somut başvuruya uygun düşen, kanun tarafından öngörülme, meşru amaç taşıma, demokratik toplum düzeninin gereklerine ve ölçülülük ilkesine aykırı olmama kriterlerine uygun olup olmadığının belirlenmesi gerekir (Halil Berk, B. No: 2017/8758, 21/3/2018, § 49; Süveyda Yarkın, B. No: 2017/39967, 11/12/2019, § 32; Şennur Acar, B. No: 2017/9370, 27/2/2020, § 34; R.G. [GK], B. No: 2017/31619, 23/7/2020, § 82)…*" Bkz. Ahmet Muhammet Çay [1. B.], B. No: 2020/9481, 18.04.2024, § 39.

[1201] "*… Ayrıca, Sözleşme'nin 8 ila 11. maddelerinde kullanılan 'kanun tarafından öngörülmüş olma' ve 'kanuna uygun olma' ifadeleriyle ilgili olarak, Mahkeme 'kanun' terimini şeklen değil özü itibariyle algıladığını her zaman vurgulamış, kanunlardan daha alt düzeydeki kararnameleri (De Wilde, Ooms ve Versyp – Belçika, 18 Haziran 1971 tarihli karar, Seri A no.12, s. 45 § 93) ve parlamento tarafından görevlendirilen bağımsız kural koyucuların getirdiği düzenlemeleri (Bartold - Almanya, 25 Mart 1985 tarihli karar, Seri A no. 90, s., 21 § 46) kapsayan yazılı hukuku ve yazılı olmayan hukuku da dahil etmiştir. 'Hukuk' sözcüğünden hem yazılı hukuk hem de hakimler tarafından oluşturulan hukuk (diğerlerinin yanı sıra bkz. Sunday Times – İngiltere (no. 1) 26 Nisan 1979 tarihli karar, Seri A no. 30, s.30, § 47; yukarıda anılan, Kruslin, § 29 in fine; ve Casado Coca -İspanya, 24 Şubat 1994 tarihli karar, Seri A no. 285-A. s. 18 § 43) anlaşılmalıdır. Sonuç olarak, hukuk, yetkili mahkemeler tarafından yorumlandığı şekliyle yürürlükteki hükümlerdir…*" Bkz. Leyla Şahin/Türkiye, Başvuru No: 44774/98, 10/11/2005, § 88.

hukukta değil, uluslararası hukukta da bulunabilir.[1202] Bu noktada Anayasa Mahkemesi'nin "kanun" nitelemesi farklıdır.[1203] Anayasa Mahkemesi'nin yerleşik içtihadına göre, Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan kanunilik ölçütünün karşılanması için müdahalenin "şekli anlamda bir kanuna" dayanması gerekmektedir.[1204] Yani sadece TBMM'nin Anayasada öngörülen usullere uyarak çıkaracağı bir "kanun" ile "aile hayatı" sınırlandırılabilir.[1205] Kanaatimizce Anayasa Mahkemesi'nin bu yorumu Anayasamızın 13. maddesinde yer alan "*Temel hak ve hürriyetler… <u>ancak</u> kanunla sınırlanabilir*." şeklindeki düzenlemeye daha uygundur. Görüleceği üzere Anayasamız "aile hayatı"nın korunması noktasında AİHS'den daha geniş bir güvence sağlamaktadır.[1206]

(AİHM'nin Leyla Şahin/Türkiye kararının Türkiye Cumhuriyeti Dışişleri Bakanlığı tarafından yapılan çevirisinden alınmıştır).

[1202] Doğru ve Nalbant, *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi*, 11.

[1203] "*Temel hak ve özgürlüklere getirilen sınırlamaların öncelikle kanunla öngörülmüş olması gerekmektedir. Kanun ile sınırlama ölçütü veya kanunilik ilkesi Sözleşme'nin 8. maddesinde de bir sınırlama ve güvence ölçütü olarak yer almaktadır. Buna karşılık Sözleşme'de yer alan 'kanunla öngörülmüş olma' kavramı ile Anayasa'da yer alan 'kanunilik ilkesi' tam olarak aynı değildir.*
AİHM içtihatlarında ifade edilen kanunla öngörülme kriteri, kendi içinde üç temel prensibi içermektedir. İlk olarak müdahale teşkil eden eylem, mevzuatta yer alan bir düzenlemeye dayanmalıdır. İkinci olarak bu düzenlemenin mutlaka şeklî anlamda kanunla yapılması zorunlu olmayıp anılan şart, devletin temel hak ve özgürlüklere müdahalesi için kendisine yetki veren bir hukuk kuralının varlığı şeklinde anlaşılmalıdır. Keza müdahalenin dayanağını teşkil eden düzenleme, ilgili kişi açısından yeterli derecede ulaşılabilir olmalıdır. Son olarak söz konusu düzenleme, hitap ettiği kişiler bakımından davranışlarını ona göre yönlendirme ve belli koşullar çerçevesinde eylemleri neticesinde meydana gelebilecek sonuçları öngörebilmeye olanak sağlayacak açıklıkta olmalıdır (Silver ve diğerleri/Birleşik Krallık, B. No: 5947/72, 25/3/1983, §§ 86-88)." Bkz. Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10.12.2015, § 73-74.

[1204] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Elif Özpolat, "Sanatsal İfade Özgürlüğü ABD ve Türkiye Karşılaştırması" (Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023), 305. Karar örnekleri için ayrıca bkz. Mehmet Akdoğan ve diğerleri [1. B.], B. No: 2013/817, 19.12.2013, § 31; Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10.12.2015, § 75; Fatih Saraman [GK], B. No: 2014/7256, 27.02.2019, § 65; Turgut Duman [1. B.], B. No: 2014/15365, 29.05.2019, § 66; Tamer Mahmutoğlu [GK], B. No: 2017/38953, 23.07.2020, § 103; Ayşe Ortak [GK], B. No: 2018/25011, 06.01.2022, § 72.

[1205] "*… Anayasa'nın 87. maddesine göre 'kanun koymak, değiştirmek ve kaldırmak' Türkiye Büyük Millet Meclisinin görev ve yetkisindedir. Bir yasama işlemi olarak kanun, Türkiye Büyük Millet Meclisinin iradesinin ürünüdür. Kanun, parlamento kararı dışında kalan ve Anayasa'nın yetki verdiği Türkiye Büyük Millet Meclisi tarafından Anayasa'da öngörülen kanun yapma usullerine uyularak yapılan işlemlerdir. Anayasa'nın 7. maddesinde yer alan 'Yasama yetkisi Türk Milleti adına Türkiye Büyük Millet Meclisinindir. Bu yetki devredilemez.' kuralı, bir ayrım yapmadan kanunun maddi ve şeklî anlamlarını kapsamaktadır. Anayasa'nın 7. maddesinin anlamı, kanun yapma yetkisinin başka bir mercie devredilemeyeceği ve bunun doğal sonucu olarak da Anayasa'ya göre kanunla yapılması zorunlu olan bir düzenlemenin başka bir merci tarafından yapılamayacağıdır… Bunun yanı sıra Anayasa'nın 91. maddesinin birinci fıkrası uyarınca sosyal ve ekonomik haklar hariç olmak üzere temel hak ve hürriyetlere ilişkin olarak kanun hükmünde kararname ile düzenleme yapılamaz. Dolayısıyla kanun hükmünde kararname ile dahi düzenlenemeyecek temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin bir düzenlemenin ilk elden idari düzenleyici işlemlerle yapılması Anayasa karşısında mümkün değildir…*" Bkz. Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10.12.2015, § 76-77.

[1206] "*… AİHM, yasada öngörülen koşulları, bir diğer ifadeyle hukukiliği geniş yorumlayarak istikrar kazanmış yargı kararlarına dayanan içtihat yoluyla geliştirilmiş ilkelerin de hukukilik şartını karşılayabildiğini kabul ederken (bkz. Malonei/İngiltere, B. No:8691/79, 2/8/1984, § 66-68) Anayasa, tüm*

Şu hususu da belirtmek isteriz ki; Anayasa Mahkemesi'ne göre aile hayatının sınırlandırılabilmesi için "şekli bir kanun"un varlığı yeterli değildir. Söz konusu kanunun erişilebilir, öngörülebilir olması ve hukukun kötü ve keyfi kullanımına karşı güvenceler içermesi gerekmektedir. Nitekim Mahkeme Bülent Polat Başvurusu'nda kanunun niteliği ile ilgili olarak şu ifadelere yer vermiştir: "… *Temel hak ve özgürlükler alanında yasama organının, keyfiliğe izin vermeyen öngörülebilir düzenlemeler yapma zorunluluğu vardır. İdareye keyfi uygulamalara meydan verebilecek çok geniş bir takdir yetkisi tanınması Anayasa'ya aykırı olabilecektir. Temel hak ve hürriyetlerin sınırlandırılmasına ilişkin kanunların şeklen var olması yeterli görülemez, aynı zamanda kanunların niteliğine de bakılmalıdır. Temel hak ve özgürlüklere ilişkin bir alanda kanunun emrine dayanarak yürütme organınca alınacak önlemler objektif nitelik taşımalı ve keyfi uygulamalara sebep olacak geniş bir takdir yetkisini idareye vermemelidir… Kanun metninin ve kanunun uygulamasının da bireylerin davranışlarının sonucunu öngörebilecek kadar hukuki belirlilik taşıması gerekir. Bir diğer ifadeyle kanunun kalitesi de kanunilik koşulunun sağlanıp sağlanmadığının tespitinde önem arz etmektedir...*"[1207]

Anayasa Mahkemesi, aile hayatının sınırlandırılmasına ilişkin bir "kanun"da bulunması gereken "erişilebilirlik", "öngörülebilirlik" ve "hukukun kötü ve keyfi kullanımına karşı güvenceler içerme" kriterlerini AİHM'ye benzer şekilde yorumlamaktadır. Örneğin Mahkeme, Aynur Özdemir ve Diğerleri Başvurusu'nda şu ifadelere yer vermiştir: "… *Kanunilik şartı, hak ve özgürlüklere yönelik sınırlamaların yalnızca şekli olarak kanunla düzenlenmesi ile sınırlı olmayıp bunların içerik olarak da belirli bir amacı gerçekleştirmeye elverişli olmasına ilişkin gerekliliği de ifade etmektedir. Bu açıdan kanun metni, bireylerin -gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle- hangi somut eylem ve olguya hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla uygulanması öncesinde kanun, muhtemel etki ve sonuçlarına dair yeterli derecede öngörülebilir olmalıdır. Bununla birlikte kanun metninin tüm sonuç ve etkileri göstermesi her zaman beklenemeyeceğinden aranan açıklığın ölçüsü; söz konusu metnin içeriği, düzenlemeyi hedeflediği alan ile hitap ettiği*

sınırlandırmaların mutlak manada kanunla yapılacağını öngörerek Sözleşme'den daha geniş bir koruma sağlamaktadır…" Bkz. Mehmet Akdoğan ve diğerleri [1. B.], B. No: 2013/817, 19.12.2013, § 31.

[1207] Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10.12.2015, § 79-80.

kitlenin statü ve büyüklüğü gibi faktörler dikkate alınarak belirlenebilir. Bu özelliklere sahip kanunun aynı zamanda kolaylıkla erişilebilir nitelikte olması gerekir..."[1208] AİHM'nin bir "kanun"da bulunması gereken "erişilebilirlik", "öngörülebilirlik" ve "hukukun kötü ve keyfi kullanımına karşı güvenceler içerme" kriterlerini nasıl yorumladığı ve kullandığı daha önce[1209] açıklandığı için burada ayrıca bir açıklama yapılmamıştır.[1210]

Anayasa Mahkemesi de (AİHM gibi) bireysel başvuru incelemelerinde öncelikle "kanunilik" kriterini test etmektedir. "Kanunilik" ölçütüne aykırı bir müdahaleyi, diğer ölçütleri test etmeye gerek görmeksizin Anayasa'ya aykırı bulmakta ve ihlal kararı vermektedir. Örneğin Mahkeme, Hayriye Özdemir Başvurusu'nda bu durumu şu şekilde açıklamıştır: "… *Hak ve özgürlüklerin yasayla sınırlanması ölçütü anayasa yargısında önemli bir yere sahiptir. Hak ya da özgürlüğe bir müdahale söz konusu olduğunda öncelikle tespiti gereken husus, müdahaleye yetki veren bir kanun hükmünün yani müdahalenin hukuki bir temelinin mevcut olup olmadığıdır… Sözleşme'nin lafzı ve AİHM içtihadı uyarınca da Sözleşme'nin 8. maddesi kapsamında yapılacak bir müdahalenin meşruluğu, öncelikle söz konusu müdahalenin yasa uyarınca gerçekleştirilmesine bağlı olup müdahalenin, yasal olma şartını taşımadığının tespiti hâlinde Sözleşmenin 8. maddesinin (2) numaralı fıkrasında yer alan diğer güvence ölçütleri tetkik edilmeksizin müdahalenin ilgili maddeye aykırı olduğu sonucuna ulaşılmaktadır…*"[1211]

[1208] Bkz. Aynur Özdemir ve diğerleri [2. B.], B. No: 2013/2453, 24.03.2016, § 86. Yine benzer şekilde AYM Bülent Polat Başvurusu'nda da şu ifadelere yer vermiştir: "… *Belirlilik ilkesi ise yasal düzenlemelerin hem kişiler hem de idare yönünden herhangi bir duraksamaya ve kuşkuya yer vermeyecek şekilde açık, net, anlaşılır ve uygulanabilir olmasını, ayrıca kamu otoritelerinin keyfî uygulamalarına karşı koruyucu önlem içermesini ifade etmektedir. Bu bakımdan kanunun metni; bireylerin gerektiğinde hukuki yardım almak suretiyle hangi somut eylem ve olguya, hangi hukuksal yaptırımın veya sonucun bağlandığını belli bir açıklık ve kesinlikte öngörebilmelerine imkân verecek düzeyde kaleme alınmış olmalıdır. Dolayısıyla uygulanması öncesinde kanunun, muhtemel etki ve sonuçlarının yeterli derecede öngörülebilir olması gereklidir… 'Belirlilik' ilkesi yalnızca yasal belirliliği değil, daha geniş anlamda hukuki belirliliği ifade etmektedir. Erişilebilir, bilinebilir ve öngörülebilir olma gibi niteliksel gereklilikleri karşılaması koşuluyla yasalar, mahkeme içtihatları ve yürütmenin düzenleyici işlemleri ile de hukuki belirlilik sağlanabilir. Asıl olan, muhtemel muhataplarının mevcut şartlar altında belirli bir işlemin ne tür sonuçlar doğurabileceğini öngörmelerini mümkün kılacak bir normun varlığıdır…*" Bkz. Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10.12.2015, § 81-82.

[1209] Bkz. 2. Bölüm, II, D, 1. "Kanuna Uygun Olma (*In Accordance With The Law*)" Başlığı.

[1210] Hukuki belirlilik, hukuki istikrar ve hukuki öngörülebilirlik konularında ayrıntılı açıklamalar için ayrıca bkz. İsmail Köküsarı, *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*, (Ankara: Adalet Yayınevi, 2015), 69 vd.; Selda Çağlar, *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*, (İstanbul: Beta Yayınevi, 2013), 187 vd.

[1211] Bkz. Hayriye Özdemir [2. B.], B. No: 2013/3434, 25.06.2015, § 54-55.

Meşru amaç, yani sınırlandırma sebepleri bakımından konu incelendiğinde, Anayasamızın 20. maddesinin 2. fıkrasında şu hükme yer verilmiştir: "*Millî güvenlik, kamu düzeni, suç işlenmesinin önlenmesi, genel sağlık ve genel ahlâkın korunması veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması sebeplerinden biri veya birkaçına bağlı olarak, usulüne göre verilmiş hâkim kararı olmadıkça; yine bu sebeplere bağlı olarak gecikmesinde sakınca bulunan hallerde de kanunla yetkili kılınmış merciin yazılı emri bulunmadıkça; kimsenin üstü, özel kâğıtları ve eşyası aranamaz ve bunlara el konulamaz. Yetkili merciin kararı yirmidört saat içinde görevli hâkimin onayına sunulur. Hâkim, kararını el koymadan itibaren kırksekiz saat içinde açıklar; aksi halde, el koyma kendiliğinden kalkar*." Dikkat edileceği üzere söz konusu hükümde sadece *arama* ve *el koyma* işlemleri bakımından sınırlandırma sebeplerine yer verilmiştir. Dolayısıyla esasında Anayasamızda, AİHS'den farklı olarak,[1212] (arama ve el koyma işlemleri haricinde) "aile hayatı"na ilişkin sınırlandırma sebeplerine yer verilmemiştir. Bu durumda (arama ve el koyma işlemleri haricinde) "aile hayatı" hiçbir şekilde sınırlandırılamayacak mıdır?

Anayasada belirtilmemiş olsa bile bütün hak ve hürriyetlerin niteliğinden doğan, diğer bir ifadeyle "eşyanın tabiatında mevcut olan" objektif sınırları vardır.[1213] Temel hak ve hürriyetlerin "sınırlılığı"[1214] olarak da adlandırılan bu teori kapsamında; Anayasamızda özel herhangi bir sınırlandırma sebebi yer almasa dahi "aile hayatı"nın kendi yapısından kaynaklanan sınırları bulunmaktadır. Bu nedenle "aile hayatı"na hiçbir şekilde müdahale edilemeyeceği gibi bir yaklaşım kanaatimizce doğru değildir. Nitekim Anayasa Mahkemesi de Hayriye Özdemir Başvurusu'nda; "… *Anayasa'nın 20. maddesinde, bu hakkın tüm boyutlarına ilişkin olmadığı anlaşılan birtakım sınırlama*

[1212] AİHS'nin 8. maddesinin 1. fıkrasında, herkesin aile hayatına saygı gösterilmesi hakkına sahip olduğu açıkça ifade edilmiş ve aynı maddenin 2. fıkrasında; "*Bu hakkın kullanılmasına bir kamu makamının müdahalesi, ancak müdahalenin yasayla öngörülmüş ve demokratik bir toplumda ulusal güvenlik, kamu güvenliği, ülkenin ekonomik refahı, düzenin korunması, suç işlenmesinin önlenmesi, sağlığın veya ahlakın veya başkalarının hak ve özgürlüklerinin korunması için gerekli bir tedbir olması durumunda söz konusu olabilir*." şeklindeki hükme yer verilmişti.

[1213] Gözler, *Anayasa Hukukunun Genel Esasları*, 420.

[1214] Ayrıntılı açıklamalar için bkz. Gözler, *İnsan Hakları Hukuku*, 212 vd.; Yusuf Şevki Hakyemez, "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 57/2 (2002): 17 vd.; Arda Atakan, "Friedrich Müller'in 'Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı' Teorisi Üzerine Bir İnceleme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 16/3-4 (2010): 3 vd.; Tijen Dündar Sezer, "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 3/5 (2014): 375 vd.

sebeplerine yer verilmiş olmakla beraber, özel sınırlama nedeni öngörülmemiş olan hakların dahi hakkın doğasından kaynaklanan bazı sınırları bulunmakta, ayrıca Anayasa'nın diğer maddelerinde yer alan kurallara dayanılarak da bu hakların sınırlanması mümkün olabilmektedir. Bu noktada Anayasanın 13. maddesinde yer alan güvence ölçütleri işlevsel niteliği haizdir…" şeklindeki ifadelere yer vererek, söz konusu hakka müdahale edilebileceğini kabul etmiştir.[1215]

Anayasa Mahkemesi, aile hayatına yönelik müdahale bakımından yapmış olduğu incelemede meşru amaç ölçütüne uygun hareket edildiğini tespit ederse, sonrasında, müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli olma, hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük" ilkelerine[1216] uygun olup olmadığını test etmektedir.[1217] Bu ilkeler bakımından Anayasa Mahkemesi'nin değerlendirmeleri AİHM ile benzerdir.

Anayasamızın 13. maddesinde "demokratik toplum düzeninin gerekleri", "hakkın özüne dokunmama" ve "ölçülülük" ilkeleri üç ayrı ilke şeklinde düzenlenmiştir. Ancak aralarında bulunan sıkı bağ nedeniyle bu ilkeler genellikle birlikte değerlendirilmektedir. Mahkemeye göre; "*… Anayasa'nın 13. maddesinde yer alan ve aralarında sıkı bir ilişki bulunan, 'temel hak ve hürriyetlerin özü', 'demokratik toplum düzeninin gerekleri' ve 'ölçülülük ilkesi' kavramları, bir bütünün parçaları olup, 'demokratik bir hukuk devleti'nin özgürlükler rejiminde gözetilmesi gereken temel ölçütleri oluşturmaktadır…*"[1218]

Anayasa Mahkemesi birçok kararında "demokratik toplum" teriminin çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik ve tolerans temelinde çağdaş ve özgürlükçü bir anlayışla yorumlanması gerektiğini belirtmiştir.[1219] Bu kapsamda Mahkeme, yerleşik içtihatlarında

---

[1215] Bkz. Hayriye Özdemir [2. B.], B. No: 2013/3434, 25.06.2015, § 51.

[1216] Merve Efnan Temiz, "Hukuk Devletinde Ulusal Afet ve Acil Durumlara Özgü Ek Vergisel Düzenlemeler", (Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017), 149 vd.

[1217] "*… Kanuni dayanağı bulunan ve meşru amaç taşıyan müdahalenin, ihlal teşkil etmemesi için Anayasa'nın 13. maddesinde yer verilen demokratik toplum düzeninde gereklilik, hakkın özüne dokunmama ve ölçülülük şeklindeki güvence ölçütlerine uygun olması gerekir…*" Bkz. Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 02.07.2015, § 70.

[1218] Bkz. Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 04.06.2015, § 55.

[1219] "… '*Demokratik toplum' ölçütü, Anayasa'nın 13. maddesi ile AİHS'in 'demokratik toplum düzeninin gerekleri' ölçütünün bulunduğu 9. 10. ve 11. maddelerindeki paralelliği açıkça yansıtmaktadır. Bu itibarla demokratik toplum ölçütü, çoğulculuk, hoşgörü, açık fikirlilik ve tolerans temelinde yorumlanmalıdır…*" Bkz. Özkan Kart [1. B.], B. No: 2013/1821, 05.11.2014, § 43. Aynı yöndeki diğer kararlar için bkz. Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12.11.2014, § 92; İsa Yağbasan ve diğerleri [2. B.], B. No: 2013/1481, 20.11.2014, § 54; Ali Karatay [2. B.], B. No: 2012/990, 10.12.2014, § 60; Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 08.04.2015, § 61.

demokratik toplumu; "*Demokrasiler, temel hak ve özgürlüklerin en geniş ölçüde sağlanıp güvence altına alındığı rejimlerdir. Temel hak ve özgürlüklerin özüne dokunup tümüyle kullanılamaz hale getiren sınırlamalar, demokratik toplum düzeni gerekleriyle uyum içinde sayılamaz. Bu nedenle, temel hak ve özgürlükler, istisnaî olarak ve ancak özüne dokunmamak koşuluyla demokratik toplum düzeninin sürekliliği için zorunlu olduğu ölçüde ve ancak yasayla sınırlandırılabilirler.*" biçiminde tarif etmiştir.[1220] Anayasa Mahkemesi'ne göre, yapılan sınırlandırma hak ve hürriyetin özüne dokunarak kullanılmasını durduruyor veya aşırı derecede güçleştiriyorsa, etkisiz hale getiriyorsa yahut ölçülülük ilkesine aykırı olarak sınırlandırma aracı ile amacı arasındaki denge bozuluyorsa o halde söz konusu sınırlandırma demokratik toplum düzenine aykırı olacaktır.[1221] Mahkemeye göre ayrıca sınırlandırmaların yalnız ölçüsü değil, koşulları, nedeni, yöntemi ve kısıtlamaya karşı öngörülen kanun yolları gibi unsurların tamamı "demokratik toplum" kavramı içinde değerlendirilmelidir.[1222]

Anayasa Mahkemesi'ne göre "hakkın özü" kavramı; "*dokunulduğunda söz konusu temel hak ve hürriyeti anlamsız kılan asli çekirdeği*" ifade etmektedir.[1223] Bu çerçevede Mahkeme, hakkın kullanılmasını önemli ölçüde güçleştiren, hakkı kullanılamaz hale getiren veya ortadan kaldıran sınırlandırmaların hakkın özüne dokunduğunu kabul etmektedir.[1224]

"Ölçülülük" ilkesi ise "elverişlilik", "zorunluluk" ve "oranlılık/orantılılık" alt ilkelerini içermektedir. Anayasa Mahkemesi'ne göre "elverişlilik" ilkesi "*sınırlandırma için kullanılan aracın sınırlandırma amacını gerçekleştirmeye uygun olması*" anlamına gelir.[1225] Mahkeme, "zorunluluk" ilkesini "*sınırlayıcı önlemin sınırlandırma amacına ulaşmak bakımından zorunlu olması*" şeklinde ve "oranlılık/orantılılık" ilkesini "*araçla*

[1220] Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 24.09.2008 tarih, 2006/142 Esas ve 2008/148 Karar sayılı kararı; Sebahat Tuncel [1. B.], B. No: 2012/1051, 20.02.2014, § 82.
[1221] Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 28.04.2011 tarih, 2009/59 Esas ve 2011/69 Karar sayılı kararı; Anayasa Mahkemesi'nin 17.04.2008 tarih, 2006/142 Esas ve 2008/148 Karar sayılı kararı; Sebahat Tuncel [1. B.], B. No: 2012/1051, 20.02.2014, § 82.
[1222] Bkz. Serap Tortuk [1. B.], B. No: 2013/9660, 21.01.2015, § 46.
[1223] Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 02.07.2015, § 72; Hacer Kahraman [1. B.], B. No: 2013/7935, 20.04.2016, § 80.
[1224] Serap Tortuk [1. B.], B. No: 2013/9660, 21.01.2015, § 47; Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 02.07.2015, § 72; Hacer Kahraman [1. B.], B. No: 2013/7935, 20.04.2016, § 80.
[1225] Bkz. Hacer Kahraman [1. B.], B. No: 2013/7935, 20.04.2016, § 80.

amacın orantısız bir ölçü içinde bulunmaması ve sınırlandırmanın ölçüsüz bir yükümlülük getirmemesi" şeklinde tanımlamaktadır.[1226]

Görüleceği üzere sınırlandırma rejimi bakımından AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrası ile Anayasamızın 13. maddesi arasında lafzi farklılıklar[1227] bulunsa da AİHM ve AYM, önüne gelen başvuruları birbirlerine paralel şekilde incelemekte ve kullanmış oldukları ölçütleri benzer şekilde yorumlamaktadırlar.

IV. AİLE HAYATINA SAYGI HAKKININ ÖZERK YORUMU ÇERÇEVESİNDE EŞCİNSEL BİRLİKTELİKLERİN DURUMU

Yukarıda ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere, AİHM'ye göre, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan "aile hayatı" kavramı sadece resmi evliliğe dayanan ilişkilerle sınırlı değildir. Tarafların evlilik dışında (yani resmi olarak evli olmadan) birlikte yaşadıkları durumlarda da bazı koşulların[1228] varlığı halinde "aile" olarak kabul edilmeleri mümkündür. Dolayısıyla ulusal hukuk tarafından tanınmayan birliktelikler de (örneğin; sadece dini bir evlilik yapan bir çiftin birlikteliği) "aile" olarak değerlendirilebilir ve bu birliktelikler de Sözleşme'nin 8. maddesinin korumasından yararlanabilir. Bu kapsamda; "istikrarlı bir ilişki yaşayan eşcinsel çiftlerin tıpkı heteroseksüel çiftler gibi 'aile' olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği" sorunu üzerinde durulmalıdır. Çünkü bu konu son zamanlarda sıklıkla tartışılmakta ve "aile hayatı"nın özerk yorumunda karşımıza çıkan en önemli konuların başında gelmektedir. Bu kapsamda öncelikle konuya ilişkin AİHM'nin değerlendirmeleri ve Türk Anayasa Mahkemesi'nin yaklaşımı incelenecektir. Sonrasında ise hukuki değerlendirmelerimiz belirtilecektir.

[1226] Bkz. Anayasa Mahkemesi'nin 04.07.2013 tarih, 2012/100 Esas ve 2013/84 Karar sayılı kararı.
[1227] 2. Bölüm, II, D. 3. "Demokratik Bir Toplumda Gereklilik" başlığında da ifade ettiğimiz üzere AİHS'de "hakkın özüne dokunmama" ve "ölçülülük" ilkelerine açıkça yer verilmemiştir.
[1228] Söz konusu koşullara ilişkin bkz. 2. Bölüm, II, B, 2. b. "Resmi Evliliğe Dayalı Olmayan (De Facto) Aile Hayatı" Başlığı.

Yeri gelmişken belirtmek isteriz ki, "eşcinsel" ifadesi, aynı cinsiyetten iki kişi arasındaki cinsel ya da duygusal çekimi ve cinsel davranışı ifade etmektedir.[1229] Bu kelime geylik[1230] ve lezbiyenlik[1231] için kapsayıcı olarak kullanılmaktadır.

A. Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Yaklaşımı

İstikrarlı bir ilişki yaşayan eşcinsel bireylerin "aile" olarak değerlendirilip değerlendirilemeyeceği ve ilişkilerinin "aile hayatına saygı hakkı" kapsamında korunup korunamayacağı noktasında, AİHM'nin birbirine zıt iki farklı yaklaşımda ve değerlendirmede bulunduğunu söylememiz mümkündür. Şöyle ki; Mahkeme, 2010 yılına kadar bu ilişkileri "aile hayatı" kapsamında görmüyordu. Diğer bir ifadeyle, 2010 yılına kadar eşcinsel ilişkiler kategorik olarak "aile hayatı" kavramının dışında tutuluyordu. Bu kapsamda, ilişkinin taraflarının birlikte yaşaması, ekonomik anlamda birlikte hareket etmeleri, ilişkilerinin uzun sürmesi gibi yakın ve kişisel bağı ortaya koyan faktörlerin herhangi bir önemi yoktu.

Ancak Mahkeme 2010 yılında karara bağlamış olduğu *Schalk ve Kopf/Avusturya* başvurusunda[1232] içtihadını değiştirmiş ve eşcinsel kişilerin ilişkilerinin heteroseksüel çiftler gibi değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla Mahkemeye göre, çiftler arasında *yakın ve gerçek kişisel bağ* varsa bu kişiler de "aile" olarak değerlendirilebilecektir. Mahkeme günümüzde de bu içtihadını sürdürmektedir. Bu nedenle Mahkeme'nin konuya ilişkin yaklaşımı iki ayrı başlık altında incelenecektir.

1. "Schalk ve Kopf/Avusturya" Davasına Kadar Olan Yaklaşım

Yukarıda da ifade ettiğimiz üzere AİHM, 2010 yılına kadar eşcinsel ilişkileri kategorik olarak "aile hayatı" kavramının dışında tutmuştur. Örneğin Mahkeme, 1983 yılında karara bağlamış olduğu *X. ve Y./Birleşik Krallık* başvurusunda,[1233] eşcinsel ilişki

[1229] Işıl Kurnaz, "Lgbtq Haklarının Korunmasında Anayasa Yargısı ve Stratejik İnsan Hakları Davaları: Türkiye Örneği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 148 (2020): 11.
[1230] Eşcinsel olan erkek. Bkz. https://sozluk.gov.tr/, (E.T. 20.10.2024).
[1231] Eşcinsel olan kadın. Bkz. https://www.meselelgbt.com/uploads/haber-pdfleri/lezbiyen-nedir-lezbiyenlik-ne-anlama-gelir_1745R77086_.pdf, (E.T. 31.01.2026).
[1232] Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010).
[1233] Başvuruya konu olayda; Malezya vatandaşı olan X. ile Birleşik Krallık vatandaşı olan Y. 1978 yılında tanışmış ve istikrarlı bir eşcinsel ilişki kurmuşlardır. X. ve Y. birlikte yaşamak için önce Malezya'ya gitmişlerdir. Ancak Malezya yöneticileri, Birleşik Krallık vatandaşı olan Y.'ye çalışma izni vermemiştir. Oturma iznini ise "sınırlı" bir süreliğine vermişlerdir. Bu nedenle bu kişiler 1979 yılında Birleşik Krallığa gitmişlerdir. Birleşik Krallık yöneticileri de benzer şekilde X.'e çalışma izni vermemiş, oturma iznini ise "geçici" olarak vermişlerdir. 1982 yılında X., yasadışı olarak ülkede fazla kalmaktan dolayı suçlu bulunmuş

istikrarlı bir şekilde devam etse dahi bu ilişkinin "aile hayatı" kapsamında değerlendirilemeyeceğini açıkça belirtmiştir.[1234] Mahkeme, "eşcinsel ilişkiyi" "aile hayatı" kapsamında görmediği için iddianın esasını dahi incelememiş ve "kabul edilemezlik" kararı vermiştir.

Yine benzer şekilde, 1986 yılında karara bağlanan *S./Birleşik Krallık* başvurusunda[1235] lezbiyen olan iki kadının uzun bir süre aynı evde yaşaması, hatta aynı yatakta uyumaları "karı-koca" ilişkisi olarak değerlendirilmemiş ve eşcinsel kişiler arasındaki bu ilişki "aile hayatı" olarak görülmemiştir. Başvuruya konu olayda; başvurucu Bayan S. ile Bayan R. 1972 yılından Bayan R.'nin vefat tarihi olan 1984 yılına kadar birlikte yaşamışlardır. İlişkide, Bayan S. kadın rolünde Bayan R. ise erkek rolünde bulunmuştur.

Başvurucunun iddiasına göre, mahalle halkı da bu lezbiyen ilişkiyi bilmekteydi ve çiftleri bu şekilde kabul etmişti. Yaşadıkları ev ise Harrogate Borough Belediyesi tarafından Bayan R.'ye tahsis edilen ve Bayan R.'nin "kiracı" sıfatıyla bulunduğu bir evdi. 1984 yılında Bayan R. vefat edince, Harrogate Borough Belediyesi Bayan S.'nin evden çıkmasını istemiştir. Bayan S. ise 1980 tarihli "Konut Kanunu'nun (*Housing Act*)[1236] 30. bölümünde, konut hakkına sahip kişinin eşinin ve ailesinin konutu kullanmaya devam edebileceğinin öngörüldüğünü, bu kapsamda kendisinin de hak sahibi olduğunu iddia etmiştir. Ancak ulusal makamlar Bayan S.'nin iddialarını reddetmiş ve konutun tahliye edilmesi gerektiğine karar vermişlerdir. Ulusal makamlar; eş ifadesinden sadece karı-koca olarak birlikte yaşayan erkek ve kadının anlaşılacağını, ayrıca Bayan S.'nin Bayan R.'nin aile üyelerinden[1237] birisi olarak da kabul edilemeyeceğini ifade etmişlerdir.[1238] Bayan S., "aile hayatına saygı hakkı"nın ihlal edildiği ve kendisine "ayrımcılık" yapıldığı iddiasıyla AİHM'ye başvurmuştur. Mahkeme; "… *Mahkeme, iki erkek arasındaki istikrarlı bir eşcinsel ilişkinin, Sözleşme'nin 8. maddesi ile güvence*

ve hakkında sınır dışı kararı alınmıştır. Bunun üzerine iki başvurucu, birlikte yaşamak amacıyla İsveç'e gitmek zorunda kalmıştır.

[1234] X. ve Y./Birleşik Krallık, Başvuru No: 9369/81, 03.05.1983 (Kabul Edilebilirlik Kararı), s. 221. Bkz. https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-74043%22]}, (E.T. 01.03.2025).

[1235] S./Birleşik Krallık, Başvuru No: 11716/85, 14.05.1986 (Kabul Edilebilirlik Kararı). Bkz. https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-596%22]}, (E.T. 01.03.2025).

[1236] Bkz. https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/51, (E.T. 02.03.2025).

[1237] 1980 tarihli "Konut Kanunu'nun (*Housing Act*)" 50 (3) maddesinde, hak sahibi olabilecek aile üyeleri şu şekilde sayılmıştır: "Eş, anne, baba, çocuk, torun, erkek ve kız kardeş, amca, hala, teyze, yeğen"

[1238] S./Birleşik Krallık, Başvuru No: 11716/85, 14.05.1986 (Kabul Edilebilirlik Kararı). Bkz. https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-596%22]}, (E.T. 02.03.2025).

altına alınan aile hayatına saygı gösterilmesi hakkının kapsamına girmediğini daha önce tespit ettiğini hatırlatır (No. 9369/81, Dec. 3.5.83, D.R. 32 s. 220). Dolayısıyla, mevcut başvuranın şu anda vefat etmiş olan partneriyle olan ilişkisi de aile hayatına saygı hakkının (8. maddenin) kapsamı dışında kalmaktadır…" şeklindeki gerekçeyle, oldukça açık ve net bir şekilde söz konusu ilişkinin "aile hayatına saygı hakkı" kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirtmiş ve sonuç olarak "kabul edilemezlik" kararı vermiştir.[1239]

Daha sonraki yıllarda da AİHM yukarıdaki içtihadını sürdürmüştür. Örneğin; 1996 yılında karara bağlamış olduğu *Röösli/Almanya*[1240] ve 2001 yılında karara bağlamış olduğu *Estevez/İspanya* başvurularında, daha önceki kararlarına atıf yapmış ve istikrarlı olsa dahi eşcinsel ilişkilerin "aile hayatına saygı hakkı" kapsamında değerlendirilemeyeceğini belirterek "kabul edilemezlik" kararları vermiştir.[1241]

Ancak AİHM, aşağıda açıklanacağı üzere 2010 yılında karara bağlamış olduğu *Schalk ve Kopf/Avusturya* kararıyla birlikte içtihadını değiştirmiş ve eşcinsel ilişkilerin de "aile hayatı" kavramına dâhil olabileceğini belirtmiştir.

2. "Schalk ve Kopf/Avusturya" Davası ile Birlikte Başlayan Yeni Süreç ve Mahkemenin Güncel Yaklaşımı

a. Schalk ve Kopf/Avusturya Davası ile Birlikte Başlayan Yeni Süreç

(1) Schalk ve Kopf/Avusturya Davasına Konu Olay

Sırasıyla 1962 ve 1960 doğumlu olan ve eşcinsel bir çift olarak Viyana'da yaşayan başvurucular (Bay Horst Michael Schalk ve Bay Johan Franz Kopf), 10.09.2002 tarihinde

---

[1239] S./Birleşik Krallık, Başvuru No: 11716/85, 14.05.1986 (Kabul Edilebilirlik Kararı). Bkz. https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-596%22]}, (E.T. 02.03.2025).

[1240] Röösli/Almanya, Başvuru No: 28318/95, 15.05.1996 (Kabul Edilebilirlik Kararı). Bkz. https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-2937%22]}, (E.T. 02.03.2025).

[1241] "*… Mahkeme, Sözleşme kurumlarının yerleşik içtihadına göre, iki erkek arasındaki uzun süreli eşcinsel ilişkilerin Sözleşme'nin 8. maddesi tarafından korunan aile hayatına saygı hakkı kapsamına girmediğini yineler (bkz. X. ve Y./Birleşik Krallık, Başvuru no. 9369/81, 3 Mayıs 1983 tarihli Komisyon kararı, Kararlar ve Raporlar (DR) 32, s. 220, ve S. / Birleşik Krallık, Başvuru no. 11716/85, 14 Mayıs 1986 tarihli Komisyon kararı, DR 47, s. 274). Mahkeme, bazı Avrupa Devletlerinde, eşcinseller arasındaki istikrarlı fiili birlikteliklerin yasal ve yargısal olarak tanınmasına yönelik artan eğilime rağmen, Sözleşmeci Devletler arasında çok az ortak zemin bulunması nedeniyle, bunun, hala geniş bir takdir marjına sahip oldukları bir alan olduğunu düşünmektedir. Buna göre, başvuranın son partneri ile olan ilişkisi, aile hayatına saygı hakkının (8. maddenin) kapsamı dışında kalmaktadır…*" Bkz. Estevez/İspanya, Başvuru No: 56501/00, 10.05.2001 (Kabul Edilebilirlik Kararı). Bkz. https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-22334%22]}, (E.T. 02.03.2025).

Medeni Hal Meseleleri Bürosu'na başvurarak evlilik sözleşmesi yapabilmeleri için gerekli usul işlemlerinin yapılmasını talep etmişlerdir. Viyana Belediyesi, 20.12.2002 tarihli kararıyla başvuruculaların bu talebini reddetmiştir. Viyana Belediyesi söz konusu ret kararında, Medeni Kanun'un 44. maddesine[1242] atıf yaparak evlilik sözleşmesinin yalnızca karşı cinsten olan iki kişi arasında akdedilebileceğini, başvuruculaların her ikisinin de erkek olduğunu ve bu nedenle birbirleri ile evlenmeleri hususunda kanunen evlenme engeli bulunduğunu belirtmiştir.[1243]

Sonrasında başvurucular söz konusu ret kararına karşı sırasıyla Viyana Bölgesel Valiliği'ne ve Anayasa Mahkemesi'ne (*Verfassungsgerichtshof*) başvuruda bulunmuşlardır. Ancak başvuruları reddedilmiştir. Anayasa Mahkemesi 12.12.2003 tarihli kararında; "… *Ne Avusturya Federal Anayasası'ndaki eşitlik prensibi ne de Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi (12. maddede 'erkekler ve kadınlar' olarak ifade edilmesi nedeniyle) temel ebeveynlik imkânı ile donatılmış olan evlilik kavramının farklı bir türdeki ilişkileri içine alacak şekilde genişletilmesini gerektirmez. Dahası, evliliğin temeli hiçbir şekilde boşanmanın (veya ayrılmanın) mümkün olması olgusu ile ilgili olmayıp, eşlerin çocuk sahibi olmaya muktedir olup olmadığı veya çocuk isteyip istemedikleri meselesiyle alakalıdır*…"[1244] şeklindeki gerekçelere yer vermiştir.

Bunun üzerine başvurucular, eşcinsel bir çift olarak evlenme veya ilişkilerinin hukuk tarafından başka bir şekilde tanınması imkânından mahrum bırakıldıkları iddiasıyla "evlenme hakkının" ve Sözleşme'nin 14. maddesiyle[1245] bağlantılı olarak "aile hayatına saygı hakkı"nın ihlal edildiği iddiasıyla AİHM'ye başvurmuşlardır.

[1242] 01.01.1812 tarihinde yürürlüğe giren ve bu zamana kadar hiç değişmeyen Avusturya Medeni Kanunu'nun 44. maddesine göre; "*Evlilik akdi aile ilişkileri açısından bir temel teşkil eder. Evlilik akdi uyarınca, **karşı cinsiyetten** olan iki kişi sağlam ve sürekli bir karı kocalık ilişkisi içinde birlikte yaşayacaklarına, çocuk sahibi olacaklarına ve onları büyüteceklerine ve birbirlerine destek olacaklarına dair hukuki niyetlerini ilan ederler.*" Bkz. https://www.ris.bka.gv.at/GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622, (E.T. 06.03.2025).

[1243] Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010), § 7-9.

[1244] https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vfgh&Dokumentnummer=JFT_09968788_03B00777_00, (E.T. 06.03.2025).

[1245] Sözleşme'nin "*Ayrımcılık Yasağı*" başlıklı 14. maddesine göre; "*Bu Sözleşme'de tanınan hak ve özgürlüklerden yararlanma, cinsiyet, ırk, renk, dil, din, siyasal veya diğer kanaatler, ulusal veya toplumsal köken, ulusal bir azınlığa aidiyet, servet, doğum başta olmak üzere herhangi başka bir duruma dayalı hiçbir ayrımcılık gözetilmeksizin sağlanmalıdır*."

(2) AİHM'nin Değerlendirmeleri

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, başvurucuların iddia ve şikayetleri çerçevesinde başvuruyu Sözleşme'nin 12. (evlenme hakkı) ve 8. (özel ve aile hayatına saygı hakkı) maddeleri kapsamında değerlendirmiştir.

Mahkeme, "evlenme hakkı"nın ihlal edildiğine ilişkin iddia bakımından yapmış olduğu incelemede; Sözleşme'nin 12. maddesinin bir kadın ile bir erkeğin evlenme ve aile kurma hakkını garanti altına aldığını, bu hakkın kullanımının kişisel, sosyal ve hukuki birtakım sonuçlar ortaya çıkardığını, eşcinsel kişilerin evlenmesi konusunun sosyal, siyasal ve dinsel tartışmaları ihtiva eden hassas bir mesele olduğunu ve devletlerin bu konuda geniş bir takdir yetkisi bulunduğunu belirtmiş ve sonuç olarak "oybirliğiyle" Sözleşme'nin 12. maddesinin ihlal edilmediği sonucuna ulaşmıştır.[1246]

Mahkeme, "aile hayatına saygı hakkı"nın ihlal edildiğine ilişkin iddia bakımından yapmış olduğu incelemede ise başvuruculların ilişkisinin "aile hayatı" kavramı içerisine girdiğini, diğer bir ifadeyle başvuruculların da "aile" olarak kabul edilmesi gerektiğini ifade etmiştir. Mahkeme bu durumu; "… *Mahkeme 2001 yılından, yani Mata Estevez davasında karar verilmesinden bu yana çok sayıda üye devlette eşcinsel çiftlere yönelik sosyal tutumlarda hızlı bir evrim olduğunu belirtmektedir. O tarihten bu yana hatırı sayılır sayıda Avrupa Devleti eşcinsel çiftlerin hukuki tanınmasını kabul etmiştir. Ayrıca bazı AB hukuku hükümleri eşcinsel çiftlerin 'aile' kavramına dahil edilmesi hususunda giderek artan bir eğilimi yansıtmaktadır. Bu evrim açısından Mahkeme bir eşcinsel çiftin, heteroseksüel çiftin aksine, 8.madde çerçevesinde 'aile hayatına' sahip olamayacağı görüşünü sürdürmenin yapay olacağı kanaatindedir. Sonuç olarak, birlikte yaşayan ve düzenli fiili bir birlikteliğe sahip olan başvuruculların ilişkisi, aynı durumdaki bir*

[1246] "*… Eşcinsel evlilik konusu sosyal, siyasal ve dinsel tartışmaları ihtiva eden hassas bir meseledir. Konuyla ilgili bir konsensüs olmaması nedeniyle, devletler hatırı sayılır genişlikte bir takdir yetkisine sahiptir… Mahkeme'nin kökleşmiş içtihatlarına göre, 12.madde bir kadın ve erkeğin evlenme ve aile kurma hakkını garanti altına almaktadır… 12.maddede tercih edilen lafzın maksatlı olduğunun kabulü zorunludur. Dahası Sözleşme'nin kabulü zamanındaki tarihi bağlamın da dikkate alınması zorunludur. 1950'lerde evlilik açık bir şekilde geleneksel anlamda farklı cinsiyetler arasındaki eşlerin birlikteliği olarak anlaşılmaktadır… eşcinsel evliliklere izin verilip verilmemesi meselesi sözleşmeci devletlerin ulusal hukuklarınca düzenlenecek mevzuata bırakılmıştır… Sonuç olarak, Mahkeme Sözleşme'nin 12.maddesi'nin davalı Hükümet üzerinde başvurucular gibi bir eşcinsel çiftin evlenmesine izin verme yükümlülüğü yüklemeyeceğini tespit eder*…" Bkz. Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010), § 46-64.

heteroseksüel çiftte olacağı gibi 'aile hayatı' kavramı içine girmektedir…" şeklindeki gerekçelerle ifade etmiştir.[1247]

Görüleceği üzere Mahkeme, Schalk ve Kopf/Avusturya kararıyla birlikte ilk kez eşcinsel çiftlerin ilişkilerinin de heteroseksüel çiftler gibi değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. AİHM'nin bu sonuca ulaşmasındaki en önemli gerekçesi ise "*çok sayıda üye devlette eşcinsel çiftlere yönelik sosyal tutumlarda yaşanan hızlı değişim*"dir. Esasında Mahkemenin karar tarihi (24.06.2010) itibariyle sözleşmeye üye kırk yedi devletten sadece altısı[1248] eşcinsel çiftlerin evlenmelerine imkân vermekte; on üç devlet[1249] ise kabul etmiş oldukları yasal düzenlemeler ile eşcinsel çiftlerin ilişkilerini kaydettirmelerine müsaade etmekteydi. Yani sözleşmeye üye kırk yedi devletten on dokuzunda, eşcinsel çiftler, evlenme veya kayıtlı birliktelik akdetme imkânına sahiptiler. Dolayısıyla oransal olarak bakıldığında, eşcinsel çiftlere "evlenme" yahut "kayıtlı birliktelik" imkânını sunan devletler çoğunlukta değil azınlıktaydılar. Ancak Mahkeme içtihadını değiştirmek için bu sayıyı (on dokuz) yeterli kabul etmiştir.

Kanaatimizce burada tartışılması gereken bir diğer önemli sorun, oransal olarak çoğunluk oluştursalar dahi bazı üye devletlerdeki değişimin diğer üye devletlerin takdir yetkisini kısıtlayıp kısıtlayamayacağı meselesidir. Diğer bir ifadeyle, birçok üye devlet eşcinsel çiftleri hukuken "aile" olarak kabul etse dahi azınlıkta kalan üye devletler de bu çiftleri "aile" olarak kabul etmek zorunda mıdır? Bu husus üzerinde çalışmamızın ilerleyen kısımlarında durulacaktır.[1250] Ancak burada kısaca da olsa belirtmek isteriz ki, AİHM'nin kararında da vurguladığı üzere eşcinsel çiftlerin hukuki statüsü sosyal, siyasal ve dinsel tartışmaları ihtiva eden oldukça hassas bir konudur. Böylesine önemli ve hassas bir konuda özerk yorum yapılması ve bu çiftlerin bütün üye devletlerce "aile" olarak kabul edilmesinin beklenmesi mümkün değildir.

Sonuç olarak Mahkeme, Schalk ve Kopf/Avusturya kararıyla birlikte ilk kez eşcinsel çiftlerin de "aile hayatı"na sahip olabileceklerini belirtmiş, ancak bu çiftlere

---

[1247] Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010), § 93-94.

[1248] Bu devletler; Belçika, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya ve İsveç şeklindedir. Bkz. Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010), § 27.

[1249] Bu devletler; Andora, Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Macaristan, İzlanda, Lüksemburg, Slovenya, İsviçre ve Birleşik Krallık şeklindedir. Bkz. Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010), § 28.

[1250] Bkz. 2. Bölüm, IV, C. "Hukuki Değerlendirmelerimiz" Başlığı.

"evlenme hakkı" tanınıp tanınmayacağı konusundaki takdir yetkisinin sözleşmeye üye devletlere ait olduğunun altını çizmiştir.

b. AİHM'nin Konuya İlişkin Güncel Yaklaşımı

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, eşcinsel bireylerin "evlenme hakkı"na ilişkin Schalk ve Kopf/Avusturya kararında ortaya koymuş olduğu içtihadını günümüzde de sürdürmektedir.[1251] Yani eşcinsel çiftlere "evlenme hakkı" tanınıp tanınmaması noktasında sözleşmeye üye devletlerin geniş bir takdir yetkisi bulunmaktadır.

Mahkeme, eşcinsel çiftlerin "aile hayatı" oluşturabileceklerine ilişkin Schalk ve Kopf/Avusturya kararında ortaya koymuş olduğu görüşünü de günümüzde sürdürmektedir. Bununla birlikte Mahkeme, günümüzde, eşcinsel çiftleri sadece "aile" olarak kabul etmekle yetinmemekte; ayrıca sözleşmeci devletlerin bu kişilere karşı bazı pozitif yükümlülükleri olduğunun da altını çizmektedir.

Öncelikle Mahkeme, heteroseksüel çiftlerde olduğu gibi eşcinsel çiftlerde de birlikte yaşamanın zorunlu bir unsur olmadığını, mesleki ve sosyal nedenlerle birlikte yaşamayan fakat istikrarlı bir ilişki sürdüren çiftlerin "aile" olarak kabul edilmeleri gerektiğini belirtmektedir. Nitekim Mahkeme, Vallianatos ve Diğerleri/Yunanistan başvurusunda bu görüşünü; "… *Somut davada, beraber yaşamama durumu başvurucu çiftleri Sözleşme'nin 8. maddesi anlamındaki aile hayatı kapsamında istikrardan yoksun bırakmadığından, Mahkeme, beraber yaşayan başvurucular ile –toplumsal ve mesleki nedenlerle– ayrı yaşayan başvurucular arasında Hükümet'in talep ettiği ayrımı yapmak için bir sebep göememektedir*…" şeklinde ifade etmiştir.[1252] Görüleceği üzere AİHM'ye göre, bir çiftin "aile" olarak kabul edilmesi noktasında "cinsiyetin" hiçbir önemi yoktur.

Dahası Mahkeme, 2015 yılında karara bağlamış olduğu Oliari ve Diğerleri/İtalya başvurusunda; "… *Mevcut davada, başvuranların bugün hala İtalya'da medeni birliktelik veya kayıtlı hayat ortaklığı yapma imkânı bulunmamaktadır. Bu nedenle İtalya'nın …*

[1251] Bkz. Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, 17.01.2023, § 84.
[1252] Bkz. Vallianatos ve Diğerleri/Yunanistan, Başvuru No: 29381/09 ve 32684/09, 07.11.2013, § 73. Yine benzer şekilde Oliari ve Diğerleri/İtalya başvurusunda; "… *günümüzün küreselleşen dünyasında, evli veya kayıtlı bir birlikteliği olan çeşitli çiftler, mesleki yahut diğer nedenlerle farklı ülkelerde ikamet etmeleri gerektiğinden, ilişkilerini uzak mesafeden yürüttükleri dönemler yaşamaktadırlar. Mahkeme, bu durumun tek başına, istikrarlı ve bağlı bir ilişkinin varlığı ve bunun korunması gerekliliği üzerinde hiçbir etkisi olmadığını düşünmektedir*…" şeklindeki ifadelere yer verilmiştir. Bkz. Oliari ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 18766/11 ve 36030/11, 21.07.2015 (Nihai Karar Tarihi: 21.10.2015), § 169.

başvuruculların aile hayatına saygı gösterilmesini sağlamak için, özellikle de ilişkilerinin iç hukukta tanınmasına ve korunmasına izin veren hukuki bir çerçeve sağlayarak, pozitif bir yükümlülüğü yerine getirip getirmediğini belirlemek Mahkeme'ye düşmektedir… Sonuç olarak … Mahkeme, İtalyan Hükümetinin takdir marjını aştığını ve başvuranların eşcinsel birlikteliklerinin tanınmasını ve korunmasını sağlayan belirli bir hukuki çerçeveye sahip olmalarını sağlama konusundaki pozitif yükümlülüğünü yerine getirmediğini tespit etmiştir…" şeklindeki ifadelere yer vererek, sözleşmeye üye devletlerin iç hukukta, eşcinsel çiftlerin ilişkilerini tanıyan ve koruyan "hukuki bir çerçeve" sağlamakla yükümlü olduklarını belirtmiştir.[1253] Mahkeme'ye göre, aynı cinsiyetten çiftler, farklı cinsiyetten çiftler kadar istikrarlı ve bağlı ilişkiler kurma yeteneğine sahiptirler.[1254] Mahkeme bu sonuca ulaşırken (Schalk ve Kopf/Avusturya kararında olduğu gibi) yine uluslararası hukuktaki gelişmelere atıf yapmıştır.[1255]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, yakın tarihte (2023 yılında) karara bağlamış olduğu Fedotova ve Diğerleri/Rusya başvurusunda da aynı cinsiyetten kişilerin "aile hayatı" oluşturabileceklerine ve bu kişilerin ulusal hukukta tanınmaları ve korunmaları gerektiğine ilişkin içtihadını sürdürmüştür.[1256] Söz konusu "hukuki tanıma ve korumanın" nasıl olacağına ilişkin olarak ise söz konusu kararda şu ifadelere yer verilmiştir: "… *Mahkeme, aynı cinsiyetten çiftlere hukuki tanınma ve korunma imkânı sağlama konusunda taraf devletlerin takdir marjının önemli ölçüde azaldığı kanaatindedir.*

Bununla birlikte … taraf devletler, eşcinsel çiftlere sunulacak hukuki rejimin tam niteliğini belirleme konusunda daha geniş bir takdir yetkisine sahiptir; bu rejimin mutlaka evlilik şeklinde olması gerekmemektedir… Devletler, Sözleşme'nin 8. maddesinde yer alan pozitif yükümlülüklerini yerine getirirken kullanacakları 'araçları seçme' hakkına sahiptir. Bu bağlamda devletlere tanınan takdir yetkisi hem tanımanın şekli hem de eşcinsel çiftlere sağlanacak korumanın içeriği ile ilgilidir.

[1253] Oliari ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 18766/11 ve 36030/11, 21.07.2015 (Nihai Karar Tarihi: 21.10.2015), § 164-185.
[1254] Oliari ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 18766/11 ve 36030/11, 21.07.2015 (Nihai Karar Tarihi: 21.10.2015), § 165.
[1255] AİHM'nin karar tarihi itibariyle Avrupa Konseyi'ne üye 47 devletten sadece 24'ü "evlenme" yahut "kayıtlı birliktelik" yoluyla eşcinsel çiftleri hukuken tanıyordu. Bkz. Oliari ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 18766/11 ve 36030/11, 21.07.2015 (Nihai Karar Tarihi: 21.10.2015), § 53-55, 112.
[1256] Bkz. Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, 17.01.2023, § 164-166, 178.

Bu bağlamda Mahkeme, eşcinsel çiftlerin hukuki olarak tanınması ve korunması yönünde devam eden açık bir eğilim olmasına rağmen, tanımanın şekli ve korumanın içeriği konusunda benzer bir fikir birliği bulunmadığını gözlemlemektedir. Dolayısıyla, Sözleşme'nin temelini oluşturan ikincillik ilkesi uyarınca, Sözleşme'deki hakların kendi 'yetki alanları' dâhilindeki herkes için güvence altına alınması için gerekli tedbirlere karar vermek her şeyden önce sözleşmeci devletlerin görevidir ve eşcinsel çiftlere tanınacak yasal rejimi belirlemek Mahkeme'nin görevi değildir…"[1257]

Görüleceği üzere Mahkeme'ye göre, sözleşmeye taraf devletler, ulusal hukuklarında eşcinsel kişilerin "aile hayatı" kapsamındaki ilişkilerini hukuken "tanımalı" ve bu ilişkileri "korumalıdırlar". Tanımanın şeklinin ve korumanın içeriğinin nasıl olacağı ise sözleşmeye taraf devletlerin takdir yetkisi kapsamındadır. Ancak Mahkeme, yine aynı kararında; "… *Sözleşme teorik veya hayali hakları değil, pratik ve etkili hakları güvence altına almayı amaçladığından … taraf devletler tarafından eşcinsel çiftlere sağlanan korumanın yeterli olması…*" gerektiğini ifade etmiştir.[1258] Dolayısıyla her ne kadar "korumanın içeriğini" takdir etme yetkisi sözleşmeye taraf devletlere bırakılmış olsa da nafaka, vergilendirme, kira, aile konutu, miras vb. konularda resmi evliliklere benzer düzenlemeler yapılmaması halinde Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamında "ayrımcılık yasağı"ndan dolayı ihlal kararı verilebileceğinin sinyalleri de verilmiştir.[1259]

Kanaatimizce Mahkeme, "aile" kavramına yönelik yapmış olduğu bu yorumlarla "geleneksel aile" kavramını adeta ortadan kaldırmakta ve yeni bir "aile modeli" inşa etmeye çalışmaktadır. Diğer taraftan Mahkeme'nin bu yorumu "evlilik" kavramının da içini boşaltmaktadır. Çünkü bu yorum, sözleşmeye taraf devletleri, eşcinsel kişilerin "gizli" veya "açık" *sözde evliliklerini* adeta tanımaya zorlamaktadır. Kanaatimizce evlilik, "resmi memur" önünde yapılan ve sonunda "evlenme cüzdanı" verilen basit bir törensel faaliyet değildir. Eşcinsel kişileri "aile" olarak kabul etmeye ve bu kişilerin ilişkilerine "evlilikle" benzer hukuki sonuçlar bağlamaya zorlamak, "evliliği" basit bir törensel faaliyete indirgemek olacaktır. Diğer taraftan, resmi bir evlilik bulunmayan

[1257] Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, 17.01.2023, § 187-189.
[1258] "… *Mahkeme, bazı kararlarında, özellikle maddi (nafaka, vergilendirme veya miras) veya manevi (karşılıklı yardım açısından haklar ve görevler) olmak üzere, bir çift olarak yaşamın ayrılmaz bir parçası olan ve eşcinsel çiftlere açık bir yasal çerçevede düzenlenmesinde fayda sağlayacak hususlara atıfta bulunma fırsatı bulmuştur…*" Bkz. Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, 17.01.2023, § 190.
[1259] Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, 17.01.2023, § 190.

heteroseksüel çiftler arasındaki ilişkide, sözleşmeye taraf devletlerin nafaka, vergilendirme, kira, aile konutu, miras vb. konularda herhangi bir pozitif yükümlülüğü olmamasına[1260] rağmen eşcinsel kişiler arasındaki ilişkide devletlerin böyle bir yükümlülüğünün olduğunun ileri sürülmesi kanaatimizce büyük bir çelişkidir. Daha başkaca tutarsızlıklar ve çelişkiler de mevcuttur. Bu konudaki ayrıntılı açıklamalara ilerleyen kısımlarda yer verilecektir.

B. Türk Anayasa Mahkemesi'nin Yaklaşımı

Eşcinsel bireylerin evlenme hakkına sahip olup olmadığı veya bu kişilerin "aile" olarak kabul edilip edilemeyeceği meselesini Türk Anayasa Mahkemesi bugüne kadar kararlarında açıkça tartışmamış ve net bir şekilde çözüme kavuşturmamıştır.[1261] Bununla birlikte Anayasa Mahkemesi'nin kararları analiz edildiğinde, gelecek dönemde böyle bir tartışmanın ortaya çıkması durumunda, Mahkeme'nin, bu kişilerin evlenme hakkına sahip olamayacaklarına ve aynı zamanda "aile" olarak kabul edilemeyeceklerine yönelik bir sonuca ulaşması muhtemel görünmektedir. Çünkü Mahkeme bazı kararlarında bu yönde bir sonuca ulaşabileceğinin sinyallerini vermiştir. Şöyle ki; Anayasa Mahkemesi 12.11.2002 tarih, 1999/35 Esas ve 2002/104 Karar sayılı kararında, "ailenin" karı, koca ve çocuklardan oluştuğunu açıkça ifade etmiştir. Anayasa Mahkemesi'ne göre; "… *Anayasa'nın 'Ailenin korunması' başlıklı 41. maddesinde, ailenin Türk toplumunun temeli olduğu vurgulandıktan sonra, Devletin ailenin huzur ve refahı, özellikle ananın ve çocukların korunması için gerekli tedbirleri alacağı öngörülmüş, Devlete aileye yönelik bazı görevler yükleyerek aile kurumuna anayasal güvence sağlanmak istenmiştir. Devlete yüklenen tüm koruma görevlerinin aile içi koşulların düzeltilmesi, iyileştirilmesiyle ilgili olduğu açıktır. Amaç karı, koca ve çocuklardan oluşan ailenin birlik ve bütünlüğünü korumaktır*…"[1262]

Yine Mahkeme, daha yakın tarihli bireysel başvuru kararlarında da "ailenin" kadın, koca ve çocuklardan oluştuğunu ifade etmiştir. Örneğin 20.12.2017 tarihinde karara bağlamış olduğu S.B. başvurusunda; "… *Aile hayatındaki temel ilişkiler, kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilerdir. Resmî evlilik birliklerinin aile hayatı*

[1260] Örneğin bkz. Yiğit/Türkiye, Başvuru No: 3976/05, 02.11.2010, § 102.
[1261] Karan, "Evlenme ve Aile Kurma Hakkı", 140.
[1262] Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.2002 tarih, 1999/35 Esas ve 2002/104 Karar sayılı kararı.

kapsamında korunduğu kuşkusuz olup evlilik içinde doğan çocuklar da kendiliğinden evlilik ilişkisinin bir parçası sayılırlar…" şeklindeki ifadelere yer vermiştir.[1263]

Anayasa Mahkemesi Hüseyin Kesici Başvurusu'nda, Anayasa'nın 41. maddesinde aile kurumunun özel olarak düzenlendiğini, anayasal güvenceye bağlandığını ve korumaya alındığını vurgulayarak şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "*... aileyi Türk toplumunun temeli olarak tanımlayan Anayasa'nın 41. maddesinde, ailenin birey ve toplum hayatındaki önemine işaret edilmiş; devlete, ailenin korunması için gerekli düzenlemeleri yapması ve teşkilatı kurması konusunda ödevler yüklenmiştir. Böylece aile kurumuna anayasal koruma sağlanmıştır. Bu düzenlemeyle eşler ve çocuklardan oluşan ailenin birlik ve bütünlüğünün korunması amaçlanmaktadır…*"[1264]

Görüleceği üzere Türk Anayasa Mahkemesi, her ne kadar kararlarında açıkça eşcinsel kişilerin evlenme hakkına sahip olamayacaklarına ve "aile" olarak kabul edilemeyeceklerine yönelik kesin bir ifade kullanmamış olsa da ailenin "*karı, koca ve çocuklardan*" oluştuğunu belirterek eşcinsel kişilerin "aile" olarak kabul edilemeyeceklerini dolaylı bir şekilde ifade etmiştir. AİHM'nin 2010 yılında karara bağlamış olduğu Schalk ve Kopf/Avusturya başvurusundan beri istikrarlı bir şekilde eşcinsel kişilerin "aile" olarak kabul edilebileceklerine ilişkin yaklaşımına rağmen Anayasa Mahkemesi 2017 yılında karara bağlamış olduğu S.B. başvurusunda; "… *Aile hayatındaki temel ilişkiler, kadın ve erkek ile ebeveyn ve çocuk arasındaki ilişkilerdir*"[1265] şeklindeki ifadelere yer vererek, kanaatimizce "kadın" ve "erkek" kelimelerini bilinçli bir şekilde kullanmış ve AİHM'nin yaklaşımından ayrılmıştır.[1266] Nitekim Anayasa Mahkemesi söz konusu kararında "kadın" ve "erkek" ifadesi yerine "çift, eş, partner" gibi ifadelere de yer verebilirdi.

Burada sadece Anayasa Mahkemesi'nin "*temel ilişkiler*" ifadesinin belirsizlik oluşturduğu ileri sürülebilir. Ancak her ne kadar karar gerekçesinde "*temel ilişkiler*"den kastın ne olduğu açıkça ifade edilmese de kanaatimizce bu ifade; kadın, koca ve çocuk dışındaki diğer kişilerin de (örneğin; dede, babaanne, anneanne, teyze, hala, amca, dayı

[1263] S.B. [1. B.], B. No: 2014/5783, 20.12.2017, § 30. Benzer yönde vermiş olduğu diğer kararlar için bkz. Murat Atılgan [2. B.], B. No: 2013/9047, 07.05.2015, § 23; N.Ö. [2. B.], B. No: 2014/19725, 19.11.2015, § 33.
[1264] Hüseyin Kesici [1. B.], B. No: 2013/3440, 20.04.2016, § 46.
[1265] S.B. [1. B.], B. No: 2014/5783, 20.12.2017, § 30.
[1266] Aynı yönde verilen diğer kararlar için bkz. Murat Atılgan [2. B.], B. No: 2013/9047, 07.05.2015, § 23; N.Ö. [2. B.], B. No: 2014/19725, 19.11.2015, § 33.

vs.) "aile hayatı"na dahil olabilecekleri düşünülerek kullanılmıştır. Bu ifadenin heteroseksüel çiftleri aşacak bir şekilde kullanıldığını ileri sürmek bu aşamada mümkün görünmemektedir.

Sonuç olarak iç hukukumuzda eşcinsel kişiler evlenme hakkına sahip olmadıkları[1267] gibi "aile" olarak kabul edilmediklerinden dolayı aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına da sahip değillerdir.

C. Hukuki Değerlendirmelerimiz

Bu başlık altında eşcinsel kişilerin "evlenme" ve "aile hayatına saygı gösterilmesini isteme" hakkına sahip olup olmadığı meselesi ele alınacaktır. Evlenme hakkı (AİHS md. 12) ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı (AİHS md. 8) Sözleşme'de farklı maddelerle düzenlendiği için değerlendirmelerimiz de iki farklı başlık altında olacaktır. Nitekim AİHM'nin de bu iki hak bakımından değerlendirmeleri ve bu haklara bakış açısı farklıdır.

1. Evlenme Hakkı Bakımından

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin "*Evlenme hakkı*"nı düzenleyen 12. maddesine göre; "*Evlenme çağına gelen her erkek ve kadın, bu hakkın kullanımını düzenleyen ulusal yasalara uygun olarak evlenme ve aile kurma hakkına sahiptir.*" Kanaatimizce Sözleşme'nin 12. maddesi tartışmaya kapalı bir şekilde oldukça açıktır. Sözleşme'de açıkça "*erkek ve kadın*" ifadesine yer verilerek sadece farklı biyolojik cinsiyete sahip kişilerin evlenme hakkının Sözleşme kapsamında korunacağı belirtilmiştir. Sözleşme'nin birçok maddesinde "herkes" ifadesi geçmesine rağmen, 12. maddede "erkek" ve "kadın" ifadelerinin kullanılması bilinçli bir tercihi göstermektedir. Yani Sözleşme'nin 12. maddesi ile bilinçli bir şekilde sadece geleneksel evlilikler koruma altına alınmıştır.

Benzer şekilde BM Medeni ve Siyasi Haklar Sözleşmesi'nin 23. maddesinin 2. fıkrasında; "*Evlilik çağındaki her erkek ve kadının evlenme ve aile kurma hakkı hukuk tarafından tanınır.*" şeklindeki düzenlemeye yer verilmiştir. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Sözleşme metninde geçen "erkek" ve "kadın" ibarelerinin ayrı ayrı kullanıldığını, dolayısıyla Sözleşme'nin 23. maddesinin 2. fıkrasının karşı cinsler

[1267] Bkz. Karan, "Evlenme ve Aile Kurma Hakkı", 140.

arasındaki ilişkileri koruduğunu, bu nedenle de sözleşmeci devletin yükümlülüklerinin sadece Sözleşme ile sınırlı olduğunu belirtmekte ve eşcinsel ilişkilerin de heteroseksüel ilişkiler kadar korunduğu iddiasını reddetmektedir.[1268]

Daha öncesinde de ifade ettiğimiz üzere,[1269] AİHM'nin güncel içtihatlarına göre, kural olarak Sözleşme'nin 12. maddesi bir tarafı erkeğin diğer tarafı ise kadının oluşturduğu geleneksel evliliği koruma altına almaktadır. Ancak sözleşmeye taraf devlet kendi ulusal hukukunda aynı cinsiyete sahip kişilerin evliliğine hukuken izin vermişse o halde bu kişilerin evlenme hakkı Sözleşme kapsamında da koruma görecektir.[1270] Ancak kanaatimizce AİHM'nin bu yorumu Sözleşme'nin açık hükmünün ihlalidir. Yani sözleşmeye taraf devlet, ulusal hukukunda eşcinsel kişilere evlenme hakkı tanımış olsa bile bu kişilerin Sözleşme'nin güvencesinden yararlanması mümkün değildir. Eşcinsel kişilerin Sözleşme kapsamında evlenme hakkına sahip olduğunun ileri sürülebilmesi için Sözleşme'nin 12. maddesinde değişiklik yapılması zorunludur.

Son olarak şu hususu da belirtmek isteriz ki; AİHM, aynı cinsten iki kişinin evliliğine izin verilmesi konusundaki yetkinin sözleşmeci devlete ait olduğunu, sözleşmeci devletin bu konuda geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu ve Sözleşme'nin 12. maddesinin sözleşmeci devlete herhangi bir yükümlülük yüklemediğini önemle vurgulamaktadır.[1271]

2. Aile Hayatına Saygı Gösterilmesini İsteme Hakkı Bakımından

Kanaatimizce eşcinsel kişiler AİHS hükümleri kapsamında evlenme hakkına sahip olmadıkları gibi "aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı"na da sahip değillerdir. Her ne kadar AİHM *Schalk ve Kopf/Avusturya* kararıyla birlikte bu kişilerin ilişkilerinin "aile hayatı" olarak kabul edilebileceğini ifade etmiş ve sonraki kararlarında[1272] bu içtihadını sürdürmüş olsa da aşağıda ayrıntılı bir şekilde

[1268] Bkz. Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Joslin/Yeni Zelenda Başvurusu, No: 902/1999, § 8.1-8.3. Ayrıca bkz. Kurnaz, "LGBTQ Haklarının Korunması", 23-24; Karan, "Evlenme ve Aile Kurma Hakkı", 128.
[1269] Bkz. 2. Bölüm, II, A, 1. "Aile Hayatına Saygı Hakkı ile Evlenme ve Aile Kurma Hakkı Arasındaki İlişki" Başlığı.
[1270] Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010), § 61.
[1271] Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010), § 61-63.
[1272] Örneğin bkz. Oliari ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 18766/11 ve 36030/11, 21.07.2015 (Nihai Karar Tarihi: 21.10.2015); Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, 17.01.2023.

açıklayacağımız üzere Mahkeme'nin bu görüşü Sözleşme'nin yapısıyla ve niteliğiyle örtüşmemektedir. Hatta Mahkeme'nin diğer "*hassas ve ahlaki*" konulara ilişkin yaklaşımıyla da örtüşmemektedir. Dolayısıyla özerk yorum yoluyla (veya başkaca bir yorum yoluyla) eşcinsel kişilerin ilişkilerini Sözleşme kapsamında "aile hayatı" olarak kabul etmek mümkün görünmemektedir.

a. AİHM'nin "Hassas ve Ahlaki" Konulara İlişkin Özerk Yorum Yaklaşımı

Aynı cinsiyete sahip olan kişilerin ilişkilerinin "aile hayatı" kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusu tipik bir "özerk yorum" meselesidir.[1273] Çünkü yapılması gereken iş Sözleşme'de yer alan "aile hayatı" kavramının norm alanını belirlemek ve eşcinsel kişilerin ilişkilerinin bu norm alanının kapsamı içinde kalıp kalmadığını tespit etmekten ibarettir. Diğer bir ifadeyle "aile hayatı" kavramının özerk bir şekilde yorumlanması ve eşcinsel kişilerin ilişkilerinin bu kavrama dahil olup olmadığının belirlenmesi gerekmektedir.

Eşcinsel kişilerin hukuki statüsü, sahip olduğu haklar ve toplumun bu kişilere bakış açısı ülkeden ülkeye farklılık göstermektedir. Nitekim bu konu AİHM'nin ifadesiyle "… *sosyal, siyasal ve dinsel tartışmaları ihtiva eden hassas bir konudur*…"[1274] Ayrıca konunun "ahlaki" boyutunun da olduğu izahtan varestedir. Bu nedenle Mahkeme'nin "*hassas ve ahlaki*" konularda özerk yorum yapıp yapmadığı, eğer özerk yorum yapıyorsa bu yorumu nasıl yaptığı meselesinin izahı gerekmektedir.

Çalışmamızın ilgili yerlerinde[1275] ayrıntılı bir şekilde açıkladığımız üzere Mahkeme, "*hassas ve ahlaki*" konularda özerk yorum yapmaktan kaçınmıştır. Örneğin; A, B ve C/İrlanda başvurusunda; "… *Avrupa Konseyi'ne üye devletlerde söz konusu hak ile veya bu hakkın en iyi bir şekilde korunma biçimiyle ve özellikle davanın ahlak veya etik ile ilgili hassas sorunları içermesi durumunda… takdir yetkisi geniştir... Mahkeme yukarıda hatırlattığı gibi kendi ülkelerinin hayati güçleriyle doğrudan ve sürekli temas halinde olmaları nedeniyle devlet makamları, ilke olarak, yalnızca ülkelerindeki 'ahlak kurallarının neyi gerektirdiği' konusunda değil, aynı zamanda bunları karşılamaya yönelik bir kısıtlamanın gerekliliği konusunda da görüş bildirmek için uluslararası*

[1273] Bkz. 1. Bölüm, III, B, 4. b. "Genel Olarak" Başlığı.
[1274] Bkz. Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010), § 46.
[1275] Bkz. 1. Bölüm, III, B, 1. "AİHM'nin 'Özerk' Olarak Kabul Etmediği Kavramlar" Başlığı.

yargıçtan daha iyi konumdadır...”[1276] şeklindeki ifadelere yer vermiş ve kürtaj (hamileliği sonlandırma) konusunun “özel hayata saygı gösterilmesini isteme hakkı”nın norm alanına girip girmediği hususunda özerk yorum yapmaktan kaçınmıştır. Benzer şekilde Mahkeme Parrillo/İtalya başvurusunda; “… *insan yaşamının ne zaman başladığı gibi hassas ve tartışmalı bir sorunun burada incelenmesinin gerekli olmadığı kanaatindedir*…” şeklinde değerlendirmelerde bulunarak ceninin yaşam hakkına sahip olup olmadığı konusunda özerk yorum yapmaktan kaçınmıştır.[1277] Yine benzer şekilde Mahkeme, Kimlya ve Diğerleri/Rusya başvurusunda, bir öğretinin “din” olarak kabul edilip edilemeyeceğine karar verme yetkisinin kendisinde bulunmadığından bahisle özerk yorum yapmaktan kaçınmıştır.[1278]

Ancak Mahkeme, “*hassas ve ahlaki*” bir konu olmasına rağmen eşcinsel kişilerin ilişkilerinin “aile hayatı” kapsamında değerlendirilip değerlendirilemeyeceği konusunda ne hikmetse özerk yorum yapmaktan kaçınmamış ve *Schalk ve Kopf/Avusturya* kararıyla birlikte bu kişilerin ilişkilerinin de “aile hayatı” kapsamında değerlendirilebileceğini ifade etmiştir. Mahkeme’nin bu tutum ve davranışı kendi içerisinde açık bir çelişki oluşturmaktadır. Diğer “*hassas ve ahlaki*” konularda özerk yorum yapmaktan imtina eden ve devletlerin bu konularda geniş bir takdir yetkisine sahip olduklarını belirten Mahkeme, ilginçtir ki eşcinsel kişilerle ilgili değerlendirmelerinde sözleşmeye üye devletlerin yerine geçmekte ve devletlerin takdir yetkisini ortadan kaldırmaktadır. Mahkeme, bu tutumunun gerekçesini ise “*üye devletlerde eşcinsel çiftlere yönelik sosyal tutumlarda yaşanan hızlı değişim*” şeklinde açıklamaktadır. Oysaki Mahkeme’nin *Schalk ve Kopf/Avusturya* kararının tarihi olan 24.06.2010 tarihi itibariyle sözleşmeye üye kırk yedi devletten sadece altısı[1279] eşcinsel kişilerin evlenmelerine imkân vermekte; on üç devlet[1280] ise kabul etmiş oldukları yasal düzenlemelerle eşcinsel kişilerin ilişkilerini kaydettirmelerine müsaade etmekteydi. Yani sözleşmeye üye kırk yedi devletten on dokuzunda, eşcinsel

[1276] A, B ve C/İrlanda, Başvuru No: 25579/05, 16.12.2010, § 232.
[1277] Bkz. Parrillo/İtalya, Başvuru No: 46470/11, 27.08.2015, § 215. Aynı yönde bkz. “… *davanın hassas ahlaki ya da etik konuları gündeme getirdiği durumlarda, marj daha geniş olacaktır*.” Evans/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6339/05, 07.03.2006, § 77.
[1278] Kimlya ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 76836/01 ve 32782/03, 01.10.2009 (Nihai Karar Tarihi: 01.03.2010), § 79-80
[1279] Bu devletler; Belçika, Hollanda, Norveç, Portekiz, İspanya ve İsveç şeklindedir. Bkz. Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010), § 27.
[1280] Bu devletler; Andora, Avusturya, Çek Cumhuriyeti, Danimarka, Finlandiya, Fransa, Almanya, Macaristan, İzlanda, Lüksemburg, Slovenya, İsviçre ve Birleşik Krallık şeklindedir. Bkz. Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010), § 28.

kişiler, evlenme veya kayıtlı birliktelik akdetme imkânına sahiptiler. Dolayısıyla oransal olarak bakıldığında, eşcinsel kişilere "evlenme" yahut "kayıtlı birliktelik" imkânını sunan devletler çoğunlukta değil azınlıktaydılar. Ancak Mahkeme bu sayıyı (on dokuz) yeterli kabul etmiş ve diğer yirmi sekiz devletin bu konudaki takdir yetkisini ortadan kaldırmıştır. Bu tutum, AİHM'nin "hukuki" bir değerlendirme yapmadığını, azınlığın görüşünü çoğunluğa tahakküm ettirmeye çalıştığını göstermektedir.

Diğer taraftan; birçok devlet eşcinsel kişilerin ilişkilerini hukuken "aile hayatı" kapsamında kabul etse dahi azınlıkta kalan sözleşmeye üye devletler bu kişilerin ilişkilerini "aile hayatı" kapsamında kabul etmek zorunda değillerdir. Yani oransal olarak azınlıkta kalsalar dahi "*hassas ve ahlaki*" konularda bu devletlerin takdir yetkisinin tamamen ortadan kalktığını söylemek mümkün değildir. Aksi takdirde sözleşmeye üye devletler sosyal, siyasal, kültürel ve dinsel değerlerine aykırı yükümlülüklerle karşı karşıya kalabilir. Bu durum ise kanaatimizce AİHS ile kurulan sisteminin dağılmasına sebep olabilir. Çünkü devletler, "*hassas ve ahlaki*" konularda AİHM'nin verdiği kararların gereğini ya hiç yerine getirmeyecekler ya da isteksiz bir şekilde yerine getireceklerdir. Ayrıca bu konuların sınırı da yoktur. Örneğin ilerleyen zamanlarda sözleşmeye üye birçok devlet ensest ilişkiyi "olağan" kabul ederse ve aile üyelerinin birbirleriyle evlenmelerine hukuki olanak sağlarsa diğer üye devletlerin de ensest ilişkiye rıza göstermesi gerektiği ileri sürülecektir ki; kanaatimizce bu durum Sözleşme'nin hedeflediği bir sonuç olmadığı gibi devletlerin de katlanabileceği bir yükümlülük değildir.

b. Devletlerin Egemenlik Yetkileri

Hatırlanacağı üzere "egemenlik" kavramının, devletin kendi ülkesi üzerindeki kişiler ve nesneler üzerinde sahip olduğu asli ve üstün emretme gücünü, uluslararası düzende de devletin bağımsızlığını ve eşit haklara sahip olmasını ifade ettiğini belirtmiştik.[1281] Bununla birlikte devletlerin, karar verme yetkilerini yine kendi serbest iradeleriyle sınırlandırabileceğine de değinmiştik.[1282] Bu kapsamda devletler, ulusal yetkisi dâhilindeki bir alanı andlaşmalar yaparak ve diğer devletlere veya uluslararası kuruluşlara karşı yükümlülükler üstlenerek ulusal yetkisi dışına çıkarabilir ve

[1281] Bkz. 1. Bölüm, III, D, 1. "Egemenlik Kavramı ve Özerk Kavramlar Doktrini" Başlığı. Kavrama ilişkin açıklamalar için ayrıca bkz. Anayurt, *Anayasa Hukuku*, 239; Kaboğlu, *Anayasa Hukuku*, 85.
[1282] Bkz. 1. Bölüm, III, D, 1. "Egemenlik Kavramı ve Özerk Kavramlar Doktrini" Başlığı.

egemenliğini özgür iradesiyle kısıtlayabilirler.[1283] Nitekim Avrupa Konseyi'ne üye devletler kendi özgür iradeleriyle AİHS'ye ve Ek Protokollere katılmışlar ve AİHM'nin yargılama yetkisini kabul etmişlerdir. Fakat bu durum Mahkeme'nin AİHS'yi istediği gibi yorumlayabileceği anlamına gelmez. Mahkeme, Sözleşme'nin hangi hakları güvence altına alması gerektiğini değil, hangi hakları güvence altına aldığını tespit etmekle yükümlüdür. Diğer bir ifadeyle AİHM'nin yeni bir kural koyma veya yeni yükümlülükler ihdas etme yetkisi yoktur; sadece var olan normları yorumlama yetkisi vardır.

Bu doğrultuda, Avrupa Konseyi'ne üye devletlerin kendi rızaları ile Sözleşme'yi imzalarken Sözleşme'nin 8. maddesinin eşcinsel kişileri de koruma altına aldığını bildiklerinin (öngördüklerinin) ve bu çerçevede Sözleşme'yi imzaladıklarının ileri sürülmesi mümkün değildir. Nitekim Sözleşme'nin imzalandığı tarihlerde de eşcinsel kişiler vardı. Ancak AİHM'nin 2010 yılındaki *Schalk ve Kopf/Avusturya* kararına kadar bu kişilerin ilişkileri AİHM nezdinde de "aile hayatı" olarak kabul edilmiyordu. Yani insanların eşcinsel olması ilk kez 2000'li yıllarda ortaya çıkan bir olgu değildir. Bu olgunun geçmişi Sözleşme'nin geçmişinden daha eskiye dayanmaktadır. AİHM'nin 2010 yılına kadar olan kararları da Sözleşme'yi imzalayan devletlerin eşcinsel kişilerin ilişkilerini "aile hayatı" kapsamında kabul etmediklerinin ve bu yönde herhangi bir yükümlülük üstlenmediklerinin kanıtıdır. Dolayısıyla sözleşmeye üye devletlerin sözleşmeyi imzalarken üstlenmediği bir yükümlüğünün sonradan Mahkeme kararıyla ihdas edilmesi devletlerin egemenlik yetkileriyle bağdaşmaz.[1284] Çünkü devletler bu konudaki egemenlik yetkilerini kendi rızalarıyla sınırlandırmamışlardır.

Uluslararası Adalet Divanı'nın 17.08.2003 tarihli Wimbledon davasında da belirttiği üzere; "… *Divan, bir devletin herhangi bir şeyi yapma ya da yapmama yükümü altına girdiği bir andlaşma yapmasını egemenliğinin terki olarak görmeyi reddeder. Kuşkusuz, her sözleşme bir yükümlülük doğurmak suretiyle devletin egemen haklarının*

[1283] Döner, *İnsan Haklarının Korunması*, 29; Özdan, "Uluslararası Hukukta Devlet Egemenliği", 116.
[1284] Nitekim *Fedotova ve Diğerleri/Rusya* başvurusundaki ihlal kararına muhalif olan yargıç Wojtyczek, söz konusu karara ilişkin şu muhalefet şerhini düşmüştür: "… *Sözleşme'nin başlangıç kısmında, 'ortak bir siyasi gelenek, özgürlük ve hukuk devleti mirası'ndan söz edilerek, Mahkeme'ye hakların yorumlanmasında bu ortak mirası ve ulusal hukuk düzenlerindeki yerleşik anlamları dikkate alma çağrısı yapılmaktadır. Yüksek sözleşmeci tarafların üstlendiği yükümlülükler, bu ortak mirasa ait, açıkça tanımlanmış ve yerleşik hakların korunmasına ilişkindir. Taraflar, zaman içinde içeriği değiştirilebilecek veya açıkça rıza göstermedikleri belirsiz hakları koruma yükümlülüğü altına girmemişlerdir*…" Bkz. bkz. Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, 17.01.2023, Yargıç Wojtyczek'in Karşı Oy Yazısı.

kullanımına, bu kullanıma bir yön vermesi anlamında, bir kısıtlama getirmektedir. Ancak, uluslararası bağlantılar yapma yetkisi bizzat devlet egemenliğinin bir sonucudur…"[1285]

Sözleşme'ye üye devletler, eşcinsel çiftlerin ilişkilerini "aile hayatı" kapsamında kabul edip etmeyecekleri konusunu ulusal yetki alanlarından çıkarmamışlardır.[1286] Bu nedenle, kanaatimizce, Sözleşme'de değişiklik yapılarak bu konuda (devletler) yeni yükümlülükler üstlenmediği sürece AİHM'nin mevcut kararları devletlerin egemenliklerine aykırıdır.

c. AİHM'nin "Kural Koyma" Yetkisi Yoktur

Bir üst başlıkta da ifade ettiğimiz üzere Mahkeme'nin yeni bir kural koyma veya yeni yükümlülükler ihdas etme yetkisi yoktur. Mahkeme sadece var olan normları yorumlayabilir.

Burada "aile hayatı" kavramının zaten Sözleşme'de mevcut olduğu, Mahkeme'nin yeni bir norm koymadığı, sadece mevcut normu yorumlayarak anlamını tespit etmeye çalıştığı şeklinde bir itiraz ileri sürülebilir. Kanaatimizce, sözleşmeye üye devletin herhangi bir yükümlülük yüklenmediği ve Mahkeme'nin uygulamasının da uzun bir süre bu yönde olduğu bir konuda, Sözleşme'de herhangi bir değişiklik yapılmaksızın AİHM'nin bir anda içtihatlarını değiştirmesi ve devletlere yeni yükümlülükler ihdas etmesi "kural koyma" niteliğindedir. Yine kanaatimizce Mahkeme, *Schalk ve Kopf/Avusturya* kararında Sözleşme'yi yorumlamamış; örtülü bir şekilde değiştirmiştir. Oysaki Sözleşme'yi değiştirme yetkisi sadece sözleşmeye üye devletlere aittir.[1287]

[1285] Hüseyin Pazarcı, *Uluslararası Hukuk* (Ankara: Turhan Kitabevi 2006), 149; Cem Şenol, "AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi", *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/1 (2012): 270.

[1286] Aynı yönde bkz. Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, 17.01.2023, Yargıç Wojtyczek'in Karşı Oy Yazısı.

[1287] *Fedotova ve Diğerleri/Rusya* başvurusundaki ihlal kararına muhalif olan yargıç Wojtyczek karşı oy yazısında şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "*… Protokol No. 1'in 3. maddesi şu güvenceyi sağlar: 'Yüksek Sözleşmeci Taraflar, yasama organının seçilmesinde halkın kanaatlerinin özgürce açıklanmasını sağlayacak şartlar içinde, makul aralıklarla, gizli oyla serbest seçimler yapmayı taahhüt ederler.' Bu madde, özellikle toplumsal yapıya ilişkin temel meselelerde birincil yasa yapma yetkisinin halk tarafından seçilmiş parlamentolarda olması gerektiğini vurgular. Sözleşme; halk tarafından seçilmemiş bir organın temel toplumsal meseleler hakkında bağlayıcı kurallar koymasını reddeder. Bu nedenle Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi dahil hiçbir yargı organı, temel toplumsal meselelerde birincil yasa yapma yetkisini haiz değildir. Söz konusu hüküm açıkça şunu garanti eder: Avrupa'da, temsiliyet olmadan dönüşüm olmaz. Bu madde, temsiliyet ilkesini hiçe sayan siyasal rejimlerin tarihsel tecrübelerine bir tepki olarak konulmuştur…*" Bkz. Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, 17.01.2023, Yargıç Wojtyczek'in Karşı Oy Yazısı.

Sözleşme'nin 19. maddesinde[1288] de ifade edildiği üzere AİHM, sözleşmeye üye devletlerin Sözleşme ve Protokoller ile *üstlendikleri taahhütlere* uymasını sağlamakla görevlidir. Mahkeme'nin, yürürlükteki kuralları değiştirme yahut sözleşmeye üye devletlerin daha öncesinde üstlenmedikleri yeni yükümlülükler ihdas etme yetkisi yoktur.[1289] Bu tür bir yenilik ancak yeni andlaşmalar (veya protokoller) yoluyla gerçekleştirilebilir.

Sözleşmeci devletler bugüne kadar on altı Ek Protokol imzalamışlar ve bu Protokollerle Sözleşme kurallarını değiştirmişler veya Sözleşme'ye yeni haklar eklemişlerdir. Söz konusu Ek Protokoller incelendiğinde, bu Protokollerden en az altısının (1, 4, 6, 7, 12 ve 13) başlangıçta Sözleşme tarafından korunmayan yeni haklar tesis ettiği görülmektedir. Önsöz'ü değiştiren 15 No.lu Protokol ise mevcut hakların kapsamını ve korunmasını bir ölçüde etkilemiştir.

Ayrıca yeni Protokoller yoluyla ek haklar tanınması ve bu hakların yürürlüğe girebilmesi için Sözleşme'ye üye kırk altı devletin tamamının onayına (kabulüne) gerek yoktur. Eşcinsel kişilere hukuki statü tanımak isteyen devletler için böyle bir imkân olmasına rağmen, AİHM'nin re'sen harekete geçmesi ve bu kişilere hukuki statü tanımak istemeyen devletlere de yükümlülükler yüklemesi kanaatimizce yerinde değildir. Mahkeme'nin bu içtihadından dönmesi, eşcinsel kişilere hukuki statü tanımak isteyen devletlerin yeni bir Ek Protokol hazırlamaları ve diğer devletlere de bu Protokole katılıp katılmayacakları yahut katılacaklarsa ne zaman katılacaklarına ilişkin takdir yetkisi tanınması Sözleşme sistemine daha uygun düşmektedir.

Kanaatimizce Mahkeme'nin mevcut tutumu yargısal aktivizme kaymakta ve kararlarının meşruiyetini zedelemektedir. Ayrıca Mahkeme'nin sözleşmeci devletlerin rızalarına yeterince saygı gösterdiğini söylemek de mümkün değildir.

[1288] AİHS'nin 19. maddesine göre; "*Bu Sözleşme ve protokolleri gereği Yüksek Sözleşmeci Taraflar'a yüklenilen taahhütlere uyulmasını sağlamak için, bundan böyle 'Mahkeme' olarak anılacak bir Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi kurulmuştur. Mahkeme devamlı görev yapar*."

[1289] "*… Sözleşme'nin zaman içinde gelişen durumlara uygulanması gerektiği doğrudur. Ancak bu, Mahkeme'nin Sözleşme'ye yeni haklar eklemesi anlamına gelmemelidir. Mahkeme'nin görevi mevcut metni yorumlamaktır, onu değiştirmek değil…*" Bkz. Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, 17.01.2023, Yargıç Wojtyczek'in Karşı Oy Yazısı.

d. AİHM'nin Yetkisi ve Görevi "İkincil" Niteliktedir

Mahkeme'nin yetkisinin ve görevinin "ikincil" nitelikte olması, temel hak ve hürriyetlerin korunmasında esas sorumluluğun devletlere ait olduğu anlamına gelmektedir.[1290] Bu nedenle Mahkeme'nin temel görevi, ulusal makamların Sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklere uygun davranıp davranmadıklarını kontrol etmekten ibarettir.[1291]

Kanaatimizce bu ilkenin varlığı zorunludur. Çünkü Sözleşme, azami bir koruma düzeyi değil asgari bir koruma düzeyi sağlamayı amaçlamaktadır. Dolayısıyla devletler daha yüksek bir koruma düzeyi sağlamakta özgürdürler. Diğer taraftan kamu menfaati ile kişi menfaati arasındaki dengeyi sağlama konusunda ulusal makamlar daha iyi konumdadırlar.[1292] Bu sebeplerle AİHS'de yer alan temel hak ve hürriyetlerin korunmasında esas sorumluluk sözleşmeci devletlere aittir.

Daha öncesinde de belirttiğimiz üzere AİHM'nin içtihatlarıyla ortaya çıkarak zaman içerisinde yerleşik hale gelen ikincillik ilkesine Sözleşme'de açıkça yer verilmemişti.[1293] Ancak sözleşmeye taraf devletler söz konusu ilkenin oldukça önemli olduğu ve Sözleşme'de bu ilkenin açıkça belirtilmesi gerektiği konusunda mutabakata varmışlar ve bu doğrultuda AİHS'ye Ek 15. Protokol ile Sözleşme'nin önsözünün sonunda bu ilkeyi pozitif dayanağa kavuşturmuşlardır.[1294]

Sözleşmeci devletlerin, içtihatlarda değinilen ikincillik ilkesine normatif bir dayanak oluşturmak istemeleri, kanaatimizce AİHM karşısında ulusal yetkilerini muhafaza etme ve güçlendirme isteğinden ileri gelmiştir.

Bu doğrultuda Mahkeme'nin, eşcinsel çiftler konusunda, kamu menfaati ile kişi menfaati arasındaki dengeyi sağlama konusunda daha iyi konumda olan ulusal makamlar yerine geçmiş olması "ikincillik" ilkesine aykırıdır. Kanaatimizce AİHM, bu konuda,

---

[1290] Gerards, *General Principles of the European*, 5; Relating to Certain Aspects of The Laws on The Use of Languages in Education in Belgium/Belçika, Başvuru No: 1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968, § B-10; Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, § 48.

[1291] Gerards, *General Principles of the European*, 5.

[1292] Senden, *Interpretation of Fundamental Rights*, 23.

[1293] Bkz. 1. Bölüm, III, D, 2. "İkincillik İlkesi ve Özerk Kavramlar Doktrini" Başlığı.

[1294] AİHS'ye Ek 15. Protokol 01.08.2021 tarihi itibariyle yürürlüğe girmiştir. Türkiye'de adı geçen Protokol'e taraftır. Bkz. https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/03/29/AIHS _15Nolu Protokol.pdf, (E.T. 25.09.2023).

Sözleşme'nin azami değil asgari bir koruma düzeyi sağlamayı amaçladığı gerçeğini de göz ardı etmiştir. Oysaki aynı AİHM, gençlere yönelik hazırlanan ve cinsellik ile ilgili ileri uçta bilgilere yer veren bir kitabın Birleşik Krallık yetkilileri tarafından okullarda yasaklanmasına ilişkin Handyside/Birleşik Krallık başvurusunda "ikincillik" ilkesini ön plana çıkarmış ve başvuruya konu olayda ihlal bulmamıştı.[1295] Mahkeme söz konusu kararında, Sözleşme mekanizmasının ikincil niteliğine vurgu yaparak, hak ve hürriyetleri koruma ödevinin öncelikle sözleşmeye taraf devletlerin sorumluluğunda olduğunu hatırlatmıştı. Mahkeme yine aynı kararında; özellikle "toplumsal ahlak" gibi dinamik ve ülkeden ülkeye farklılık gösteren konularda, ulusal makamların kendi toplumlarının hayati dinamikleriyle doğrudan temas halinde olmaları nedeniyle, gerekli kısıtlamaların kapsamını (hangi yasak ve cezai müeyyidenin gerekli olduğuna karar verme hususunu) tayin etme noktasında uluslararası bir yargıca kıyasla daha elverişli bir konumda bulunduklarını belirtmişti.[1296]

Mahkeme'nin benzer değerlendirmeleri eşcinsel kişilerin hukuki statüsü bakımından yapmaması ve "ikincillik" ilkesini göz ardı etmesi kanaatimizce doğru bir yaklaşım değildir. Mahkeme'nin, eşcinsel kişilerin ilişkilerinin "aile hayatı" kapsamında kalıp kalmayacağı noktasında sözleşmeye üye devletlere takdir yetkisi bırakması ve bu konunun ulusal hukuklar tarafından çözüme kavuşturulması gerekmektedir. Hemen yukarıda bahsi geçen *Handyside/Birleşik Krallık* başvurusunda da vurgulandığı üzere, sözleşmeye üye devletlerin ulusal hukuklarında *tek tip bir aile hayatı anlayışı* bulmak mümkün değildir. Özellikle eşcinsel kişilerin ilişkileri gibi *hassas* ve *ahlaki* konularda bu durum evleviyetle geçerlidir.

e. Devletlerin "Takdir Marjı" Meselesi

"İkincillik" ilkesinde olduğu gibi Mahkeme içtihatlarıyla ortaya çıkan ve zaman içerisinde yerleşik hale gelen "takdir marjı", 01.08.2021 tarihinde yürürlüğe giren Sözleşme'ye Ek 15. Protokol'ün 1. maddesi ile Sözleşme'nin önsözünün son paragrafına eklenmiş ve normatif bir dayanağa kavuşmuştur. Takdir marjı; "*Sözleşme hükümlerinin*

[1295] Bkz. Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976.
[1296] Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, § 48.

uygulanmasında veya yorumlanmasında, Mahkeme tarafından üye devletlere tanınan belirli bir hareket alanı ya da değerlendirme serbestisi" şeklinde tanımlanmaktadır.[1297]

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, devletlerin takdir marjına ilişkin olarak şu ifadeyi sıklıkla kullanmaktadır: "*… Ulusal makamlar, ülkede yaşananlarla doğrudan ve sürekli ilişki içinde olduklarından, ahlaki gereklilikler gibi zaman ve mekâna göre değişebilecek konularda, getirilecek sınırlama ve cezalar hakkında görüş bildirirken uluslararası yargıçtan daha iyi pozisyondadırlar...*"[1298]

Mahkeme birçok kararında, hassas ve ahlaki konularda sözleşmeye taraf devletlerin takdir marjının daha geniş olduğunu ifade etmiştir.[1299] Örneğin; *Evans/Birleşik Krallık* kararında "*… davanın hassas ahlaki ya da etik konuları gündeme getirdiği durumlarda, marj daha geniş olacaktır…*" şeklindeki ifadelere yer vermiştir.[1300] Benzer şekilde *Fretté/Fransa* başvurusunda şu değerlendirmelerde bulunmuştur: "*… Sözleşmeci devletlerin çoğu, bekar kişilerin evlat edinebildiği durumlarda eşcinsellerin evlat edinmesini açıkça yasaklamasa da, bu gibi konularda görüşler makul ölçüde farklılaşabileceğinden dolayı tekdüze bir yaklaşım beklemek mümkün değildir. Mahkeme, demokratik bir toplumda, yargı yetkileri sınırları içinde, toplumun çıkarlarını da dikkate almak zorunda olan ulusal makamların bu tür konularda geniş bir takdir yetkisine sahip olmalarının oldukça doğal olduğu görüşündedir. Ülkelerinin esaslı güçleriyle doğrudan ve sürekli ilişkide bulunmaları nedeniyle ulusal makamlar, yerel ihtiyaçları ve koşulları değerlendirme noktasında ilke olarak uluslararası bir mahkemeden daha iyi konumdadır. Dolayısıyla, davada gündeme getirilen hassas konular, Avrupa Konseyi üye devletleri arasında pek az ortak zeminin bulunduğu alanları ilgilendirdiğinden her devletin makamlarına geniş bir takdir yetkisi bırakılmalıdır...*"[1301] Yine aynı şekilde Mahkeme, Parry/Birleşik Krallık başvurusunda; "*… Söz konusu hassas ahlaki seçimler ve özellikle çocukların korunmasına ve güvenli aile ortamlarının teşvik edilmesine verilecek önem göz önünde bulundurulduğunda, Mahkeme, toplumun ihtiyaçlarını değerlendirmek ve*

[1297] Arai-Takahashi, *The Margin of Appreciation Doctrine*, 2; Brauch, "The Margin of Appreciation", 115-116; Yourow, *The Margin of Appreciation Doctrine*, 13; Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", 368.
[1298] Bkz. Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976, § 48. Doğru, "Takdir Marjı", 10, 20. dipnot.
[1299] Şirin, "Takdir Marjı Doktrini", 375.
[1300] Bkz. Evans/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6339/05, 07.03.2006, § 77.
[1301] Bkz. Frette/Fransa, Başvuru No: 36515/97, 26.02.2002 (Nihai Karar Tarihi: 26.05.2002, § 41.

bunlara cevap vermek için en iyi konumda olan yetkililerin yerine kendi kararını koymak için acele etmemelidir…" şeklindeki ifadelere yer vermiştir.[1302]

Mahkeme 2012 yılında (yani *Schalk ve Kopf/Avusturya* kararından sonra) Stübing/Almanya kararında, ensest ilişkilerin cezai yaptırama tabi tutulmasının sözleşmeyi ihlal edip etmeyeceği meselesini ele almıştır. Olayın ahlak kurallarının gerekleriyle ilgili bir sorunla alakalı olduğunu belirten Mahkeme, hassas ahlaki konularda veya etik meselelerde sözleşmeye taraf devletlerin takdir alanının daha geniş olduğunu bir kez daha vurgulayarak ensest ilişkileri nasıl karşılayacakları ve hangi hukuki yaptırıma tabi tutacakları konusunda sözleşmeye taraf devletlerin geniş bir takdir yetkisinin bulunduğunu ifade etmiştir. Bu nedenle Mahkeme, söz konusu müdahalenin "demokratik bir toplumda gerekli" olduğunu ve Sözleşme'nin 8. maddesinin ihlal edilmediğini hüküm altına almıştır.[1303]

Görüleceği üzere Mahkeme, konunun bireyi aştığı ve toplumsal düzeni ilgilendirdiği ahlaki konularda yahut etik meselelerde "takdir marjı"nı ön plana çıkararak sözleşmeci devletlere geniş bir yetki alanı tanımıştır. *Fretté/Fransa* kararında[1304] olduğu gibi kararlarının bazılarında ortak bir Avrupa konsensüsünün bulunup bulunmadığını araştıran Mahkeme, bazı kararlarında ise ortak bir konsensüsün bulunup bulunmadığını çok önemsememiştir. Örneğin Mahkeme, *Dickson/Birleşik Krallık* başvurusunda ve *Varnas/Litvanya* başvurusunda, ülkemizde "pembe oda" olarak adlandırılan ve tutuklu veya hükümlülerin eşleriyle mahrem ilişkilerine olanak sağlayan imkânların sözleşmeci devletlerin yarısından fazlasında mevcut olduğunu, ancak Sözleşme'nin bu konuda taraf devletlere herhangi bir yükümlülük yüklemediğini, dolayısıyla bu konuda geniş bir takdir yetkilerinin bulunduğunu ifade etmiştir.[1305] Bu kapsamda, bir kişi müebbet hapis cezasına çarptırılmış olsa bile eşiyle cinsel ilişki kurma talebinin reddedilmesi Sözleşme'ye aykırı değildir.[1306]

[1302] Bkz. Parry/Birleşik Krallık, Başvuru No: 42971/05, 28.11.2006, (Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Kabul Edilemezlik Kararı). Benzer yönde diğer kararlar için bkz. Christine Goodwin/Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95, 11.07.2002, § 103; R. ve F./Birleşik Krallık, Başvuru No: 35748/05, 28.11.2006, (Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Kabul Edilemezlik Kararı).
[1303] Bkz. Stübing/Almanya, Başvuru No: 43547/08, 12.04.2012 (Nihai Karar Tarihi: 24.09.2012), § 55-67.
[1304] Frette/Fransa, Başvuru No: 36515/97, 26.02.2002 (Nihai Karar Tarihi: 26.05.2002, § 41.
[1305] Bkz. Dickson/Birleşik Krallık, Başvuru No: 44362/04, 04.12.2007, § 81; Varnas/Litvanya, Başvuru No: 42615/06, 09.07.2013 (Nihai Karar Tarihi: 09.12.2013), § 109.
[1306] Aliev/Ukrayna, Başvuru No: 41220/98, 29.04.2003 (Nihai Karar Tarihi: 29.07.2003), § 11, 15, 188.

Bütün bu açıklamalarımız ışığında Mahkeme'nin, eşcinsel kişilerin ilişkilerinin "aile hayatı" kapsamında kabul edilip edilmeyeceği noktasındaki içtihadını 2010 yılındaki *Schalk ve Kopf/Avusturya* kararından önceki duruma çevirmesi, en kötü koşulda dahi bu konudaki takdir yetkisini sözleşmeye taraf devletlere bırakması gerektiği açıktır. Çünkü Mahkeme, diğer hassas ahlaki konularda veya etik meselelerde sözleşmeci devletlere geniş bir takdir marjı bırakmıştır. Mahkeme'nin eşcinsel kişilere yönelik 2010 yılından itibaren değişen tutumu diğer konulara ilişkin tutumuyla açık bir çelişki oluşturmaktadır.

f. Sözleşmeci Devletlerin Yükümlülükleri Bakımından Ortaya Çıkan Çelişki

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi *Schalk ve Kopf/Avusturya* kararıyla birlikte eşcinsel çiftleri heteroseksüel çiftler gibi değerlendireceğini belirtmiş ve koşulları oluştuğu takdirde bu çiftlerin ilişkilerini de "aile hayatı" kapsamında değerlendireceğini ifade etmiştir.[1307] Diğer bir ifadeyle Mahkeme, "aile hayatı" kavramı bakımından, cinsiyeti belirleyici bir ölçüt olmaktan çıkarmış ve eşcinsel çiftler ile heteroseksüel çiftler arasında eşitlik oluşturmaya çalışmıştır. Ancak mevcut durum itibariyle AİHM nazarında eşcinsel çiftler ile heteroseksüel çiftler "eşitmiş" gibi görünmemektedir. Şöyle ki, Mahkeme resmi olarak evlenmemiş (örneğin imam nikahıyla evlenmiş) heteroseksüel çiftlerin ilişkilerini "aile hayatı" kapsamında kabul etmekle birlikte bu çiftlerin nafaka, vergilendirme, kira, aile konutu, miras gibi konularda resmi bir şekilde evlenmiş kişilerle aynı haklara sahip olmamasını sözleşmeye aykırı bulmamaktadır. Örneğin; daha önce de değindiğimiz *Yiğit/Türkiye* başvurusunda, kocasıyla 1976 yılında imam nikahıyla evlenen ve bu evlilikten 6 çocuk dünyaya getiren başvurucu Şerife Yiğit'in, aynı zamanda çiftçi olan kocası Ömer Koç'un 10 Eylül 2002 tarihinde hayatını kaybetmesi üzerine evliliklerinin tanınması ve dul maaşı ile sosyal güvenlik ödemelerinin kendisine sağlanması talebine ilişkin başvurucular arasında "aile hayatı"nın bulunduğunu kabul etmiş, fakat başvurucunun talebinin ulusal makam tarafından reddedilmesinin Sözleşme'yi ihlal etmediğini belirtmişti.[1308]

[1307] Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010), § 94.

[1308] AİHM bu sonuca ulaşırken, Sözleşme'nin 8. maddesinin devletlere dinî evlilikleri hukuken tanıma yönünde bir pozitif yükümlülük yükleyecek şekilde genişletilemeyeceğini ve bahsi geçen maddenin evlilik bağı dışındaki birliktelikler için özel bir yasal rejim tesis etme zorunluluğu öngörmediğini ifade etmiştir. Bu nedenle başvurucunun ulusal hukuktaki düzenlemeler uyarınca mirasçılık sıfatına ve sosyal güvenlik ödemelerine hak kazanamamış olması, aile hayatına saygı hakkının ihlali olarak nitelendirilmemiştir. Bkz. Yiğit/Türkiye, Başvuru No: 3976/05, 02.11.2010, § 102.

Fakat aynı Mahkeme eşcinsel kişilerin başvurusu olan *Fedotova ve Diğerleri/Rusya* başvurusunda; aynı cinsiyetten çiftlere hukuki bir statü sağlama yükümlülüğü konusunda devletlerin hareket alanının kısıtlandığını, günümüzde devletlerin bu kişilere hukuki bir rejim tesis etmesinin zorunlu olduğunu ve devletlerin takdir yetkisinin sadece bu hukuki rejimin kapsamına ve içeriğine ilişkin olduğunu belirtmiştir.[1309]

Görüleceği üzere *Yiğit/Türkiye* başvurusunda "*8. maddenin evli olmayan çiftler bakımından özel bir rejim tesis etme yönünde devlete bir yükümlülük yüklemediğine*" dikkat çeken Mahkeme, *Fedotova ve Diğerleri/Rusya* başvurusunda sözleşmeci devletlerin eşcinsel kişileri "tanımak" ve "korumak" zorunda olduğunu belirterek eşcinsel kişiler bakımından *8. maddenin özel bir rejim tesis etme yönünde devlete yükümlülük getirdiğine* dikkat çekmiştir. Yine ayrıca Mahkeme, tanımanın şeklinin ve korumanın içeriğinin nasıl olacağını kural olarak sözleşmeci devlete bırakmakla birlikte, eşcinsel çiftlere sağlanan korumanın yeterli olmaması ve nafaka, vergilendirme, kira, aile konutu, miras vb. konularda resmi evliliklere benzer düzenlemeler yapılmaması halinde Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamında "ayrımcılık yasağı"ndan dolayı ihlal kararı verilebileceğinin sinyallerini vermiştir.[1310]

Gelinen aşama itibariyle AİHM'ye göre, sözleşmeye taraf devletler aile hayatına sahip olan heteroseksüel çiftleri "tanımak" ve "korumak" zorunda değillerdir. Bu nedenle nafaka, vergilendirme, kira, aile konutu, miras gibi konularda resmi olarak evli olan çiftlere sağlamış oldukları hakları resmen evli olmayan çiftlere sağlama konusunda herhangi bir pozitif yükümlülüğe sahip değillerdir. Ancak konu eşcinsel çiftlere geldiğinde, sözleşmeye taraf devletler bu çiftleri "tanımak" ve "korumak" zorunda olmakta ve resmen evli olan kişilere sağlanan hakların bu kişilere de sağlanması beklenmektedir.

Görüleceği üzere, AİHM'nin mevcut yaklaşımıyla sözleşmeci devletler "eşcinsel evliliği" tanımaya zorlanmaktadır. Bu durum ise resmen evli olmayan heteroseksüel çift

[1309] Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, 17.01.2023, § 187-189.
[1310] "… *Mahkeme, bazı kararlarında, özellikle maddi (nafaka, vergilendirme veya miras) veya manevi (karşılıklı yardım açısından haklar ve görevler) olmak üzere, bir çift olarak yaşamın ayrılmaz bir parçası olan ve eşcinsel çiftlere açık bir yasal çerçevede düzenlenmesinde fayda sağlayacak hususlara atıfta bulunma fırsatı bulmuştur…*" Bkz. Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, 17.01.2023, § 190.

ile eşcinsel çift arasında eşitsizliğe neden olmakta ve sonuçları itibariyle büyük bir çelişki oluşturmaktadır.

Sonuç olarak, yukarıda ayrı başlıklarda ele alınan konular esasında doğrudan veya dolaylı olarak birbiriyle bağlantılıdır. Bütün başlıklardan çıkan ortak sonuç şudur ki; Mahkeme'nin eşcinsel çiftlere yönelik yaklaşımı Sözleşme'nin yapısıyla ve niteliğiyle örtüşmediği gibi Mahkeme'nin kendi içtihatlarıyla ve olaylara yaklaşım tarzıyla da örtüşmemektedir. Mahkeme, "aile hayatı" kavramına yönelik yapmış olduğu bu yorumlarla "geleneksel aile" kavramını adeta ortadan kaldırmakta ve yeni bir "aile modeli" inşa etmeye çalışmaktadır. Ancak bu tutum kanaatimizce Mahkeme'nin meşruiyetini zayıflatmakta ve kararlarının gücünü azaltmaktadır. Aynı tutumun devam ettirilmesi sözleşmeci devletlerin daha büyük tepkisine ve Sözleşme sisteminin zarar görmesine neden olacaktır.[1311]

[1311] "*… Uluslararası bir mahkemenin kendi ilerici kabul ettiği eğilimleri sözleşmeye taraf devletlere zorla ve keyfi bir şekilde dayatmaya hakkı yoktur… Söz konusu karar, Mahkeme'nin meşruiyeti açısından büyük sorunlara yol açacak ve Mahkeme'nin otoritesi ile içtihadını daha da zayıflatacaktır. Zararlı etkileri özellikle, artık sözleşme tarafı olmayan davalı devletin ötesinde hissedilecektir. Genel anlamda Mahkeme'nin, birçok taraf devletin bu alandaki önemli objektif sosyal koşullarına rağmen eşcinsel çiftlerin yasal tanınmasını zorunlu kılacak kadar sözleşme standartlarını yükseltmesi uygun olmamıştır…*" Bkz. Bkz. Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, 17.01.2023, Yargıç Lobov'un Karşı Oy Yazısı.

SONUÇ

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin AİHS'deki kavramları özerk olarak yorumlayabileceğine ilişkin Sözleşme'de açık bir hüküm yoktur. Ancak AİHS'de yer alan hak ve hürriyetlerin etkin bir şekilde korunmasını sağlama, sözleşmeci devletlerin AİHS'nin uygulanabilirliğini belirleyen terim ve kavramları dar bir şekilde tanımlayarak ve bazı örnekleri kapsam dışı tutarak AİHM'nin denetiminden kaçmasını engelleme, ulusal hukuktaki farklılıkların önüne geçerek Sözleşme'nin eşit bir şekilde uygulanmasını sağlama ve insan hakları konusunda ortak bir anlayış ve ortaklaşa saygı esasını geliştirme gibi amaçlar özerk yorum ilkesinin kullanımını haklılaştırmaktadır.

Özerk yorum ilkesi, zımni bir şekilde ilk olarak 1960'lı yıllarda AİHK tarafından dillendirilmeye başlanmıştır. Söz konusu ilkenin gerçekten tartışıldığı, tanımlanmaya ve anlamlandırılmaya çalışıldığı ilk karar ise Engel ve Diğerleri/Hollanda kararı olmuştur. Söz konusu karara konu olayda, ulusal hukukta yaptırımı disiplin cezası olarak görülen bir isnadın cezai alanda bir suçlama olup olmadığı tartışılmıştır. Mahkeme, söz konusu isnadın gerçek niteliğini ortaya koymak için bazı kriterler geliştirmiştir. Buna göre, isnadın gerçek niteliğini tespit etmek için iç hukuktaki sınıflandırmayı, suçun niteliğini ve kişinin çarptırıldığı cezanın ağırlığını dikkate alacağını ifade etmiş ve sonuç olarak bazı başvurucular bakımından ulusal hukuktaki sınıflandırmanın AİHS ile örtüşmediği sonucuna ulaşarak ihlal kararı vermiştir. Benzer şekilde özerk yorum ilkesinin esas alındığı bir diğer önemli karar olan Chassagnou ve Diğerleri/Fransa başvurusunda, ulusal hukukta dernek statüsünde sayılmayan bir örgütlenme AİHS kapsamında dernek statüsünde sayılmış ve sonuç olarak ihlal kararı verilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, "medeni hak ve yükümlülükler", "mülkiyet", "ev", "dernek", "suç isnadı" gibi teknik hukuki kavramları yorumlarken devletler arasında herhangi bir "uzlaşının" bulunup bulunmadığını esaslı bir kriter olarak değerlendirmemektedir. Mahkeme bu kavramlarda genellikle Sözleşme'nin amacına atıfta bulunmakta ve Sözleşme'nin teorik veya hayali hakları değil, pratik hakları etkili olarak korumayı hedeflediğini vurgulamaktadır. Bununla birlikte "din", "özel hayat", "aile hayatı" ve "yaşam hakkı" gibi hassas ve toplumsal değerlere göre değişen ahlaki kavramların yorumlanmasında ise "konsensüsün" bulunup bulunmadığını araştırmakta ve "konsensüsün" bulunmadığı durumlarda "takdir marjı" doktrinine atıf yaparak özerk

yorum yapmaktan kaçınmaktadır. Nitekim *Evans/Birleşik Krallık* ve *Kimlya ve Diğerleri/Rusya* kararlarında, yaşam hakkı ve din kavramlarına yönelik özerk yorum yapmaktan kaçınarak "ikincillik ilkesine" ve "takdir marjına" atıfta bulunmuştur.

Doktrinin uygulama sınırlarına ilişkin ulaşılan bir diğer sonuç; ulusal hukukun AİHS sisteminden daha ileri bir koruma standardı öngördüğü ya da Sözleşme metninin açıkça ulusal mevzuata atıfta bulunduğu hallerde özerk yorum ilkesine başvurulmasının hukuki bir gereklilik olmaktan çıkacağı ve bu noktada ulusal hukukun koruma önceliğinin saklı kalacağıdır. Bu tür durumlarda, AİHM'nin ulusal anlamı devre dışı bırakma yetkisinin yerini ulusal hukukun önceliğine bırakması, Sözleşme sisteminin ikincillik karakterinin ve devletlerin egemenlik yetkilerinin doğal bir gereği olarak değerlendirilmelidir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin özerk yorum ilkesini kullanarak ulaştığı bazı önemli sonuçlar vardır. Bu yorum ilkesi sayesinde AİHS iç hukuklardan bağımsızlaştırılarak etkin bir şekilde uygulanmakta ve ulusal hukuklar bakımından asgari düzeyde yeknesaklık sağlanmaktadır. Ayrıca AİHM'nin kavramlara ilişkin yorumu ulusal hukuklara aktarılmaktadır. Bu kapsamda, "teknik-hukuki" kavramlar ve usuli süreçler söz konusu olduğunda bu sonuçlar daha net ve somut bir şekilde görünür olmaktadır.

Özerk yorum ilkesi, sadece AİHM'ye münhasır bir yorum ilkesi değildir. Avrupa Birliği Adalet Divanı, Almanya Federal Anayasa Mahkemesi, Fransa Danıştay'ı ve Fransa Yargıtay'ı, Birleşik Krallık Yüksek Mahkemeleri ve Türk Anayasa Mahkemesi gibi mahkemeler de kararlarında özerk yorum ilkesini kullanmaktadırlar.

Çalışmada; Kıta Avrupası hukuk geleneğinin iki ana ekolünü temsil eden Almanya ve Fransa ile Anglo-Sakson hukuk sisteminin temsilcisi İngiltere ve ülkemiz Türkiye Cumhuriyeti'nin yargısal pratikleri incelenmiş; AİHM'nin özerk yorum yoluyla geliştirdiği içtihatların bu ülkeler tarafından genel olarak kabul edildiği, ancak bu içtihatların her zaman doğrudan ve mutlak bir kabule dayalı olarak benimsenmediği tespit edilmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, AİHS'nin 8. maddesinde yer alan "aile hayatı" kavramını da özerk bir kavram olarak kabul etmektedir. Ancak "aile hayatı", "mülkiyet", "dernek", "yerleşim yeri", "suç isnadı" ve "kanuni gözaltı" gibi teknik bir hukuki kavram

değildir; ahlaki içeriğe sahip hassas bir konuyu bünyesinde barındıran bir kavramdır. Örneğin; Sözleşme'nin "Özgürlük ve Güvenlik Hakkı" başlıklı 5. maddesinde; tutuklu bulunan herkesin makul bir süre içinde yargılanma ve yargılama süresi içinde serbest bırakılma hakkına sahip olduğu hüküm altına alınmıştır. Burada makul bir süre içinde yargılanma ifadesinin nasıl değerlendirileceği, diğer bir ifadeyle tutukluluk süresinin nasıl hesaplanacağı tartışma konusu olabilir. Mesela bir devlet sadece ilk derece ceza mahkemesinin kararına kadar geçen süreyi tutukluluk süresi olarak değerlendirip istinaf ve temyiz aşamasında geçen süreyi tutukluluk süresi olarak değerlendirmeyebilir. Sonuçta kişinin ilk derece aşamasında yargılamasının yapıldığını ve hüküm özlü statüsünde bulunduğunu ileri sürebilir. Başka bir devlet ise yargılama kavramından anlaşılması gerekenin hükmün kesinleşmesine kadar devam eden evre olduğunu kabul ederek istinaf ve temyiz aşamasında geçecek süreyi de tutukluluk süresi olarak değerlendirebilir. AİHM burada yargılama kavramını özerk olarak yorumlayarak devletlerden birisinin yaklaşımını benimseyebileceği gibi başkaca bir sonuca da ulaşabilir. Ancak nihayetinde teknik bir hukuki konuya yönelik bir yaklaşım/yorum söz konusu olduğu için sözleşmeye taraf devletler AİHM'nin yorumuna ciddi bir itiraz ileri sürmemektedirler. Yine benzer şekilde hangi örgütlenmelerin AİHS anlamında "dernek" statüsünde sayılacağına ilişkin AİHM'nin özerk yorumu da sözleşmeye taraf devletlerin ciddi bir itirazı ile karşılaşmamaktadır. Ancak "aile hayatı" gibi hassas bir konuda benzer şeyleri söylemek mümkün değildir.

Çünkü kurumsallaşma biçimi ve işlevleri toplumdan topluma farklılık gösterse de aile, tarih boyunca bütün toplumların vazgeçilmez temel bir unsuru olmuştur. Toplumun temeli olarak kabul edilen ve toplumun en küçük birimi olan ailenin sağlıklı ve güçlü olması, içinde bulunduğu toplumu da sağlıklı ve güçlü kılacaktır. "Aile" kavramını sadece aileyi oluşturan bireyler boyutuyla düşünmek, ailenin toplum ve devlet bakımından önemini göz ardı etmek mümkün değildir. Ailenin topluma ve devlete dönük birçok yönü vardır. Aile kurumu, niteliği itibariyle hem kamu hukukunun hem de özel hukukun kapsamına girmekte ve önemine binaen ayrıntılı düzenlemelere tabi tutulmaktadır. Bu nedenle "aile hayatı" kavramına ilişkin yapılan (veya yapılacak) "özerk yorum" son derece önemlidir ve "özerk yorum"un sonuçlarının birçok boyutuyla birlikte düşünülmesi gerekmektedir.

Bu kapsamda Sözleşme'nin 8. maddesi, kural olarak, aile kurma hakkını değil var olduğu kabul edilen bir "aile hayatı"nın korunmasını güvence altına almaktadır. Dolayısıyla aile hayatına saygı hakkı, aile kurmaya yönelik salt arzuları korumamaktadır. Bu nedenle burada mesele, hangi durum ve koşullarda "aile hayatı"nın var kabul edileceğinde düğümlenmektedir. AİHM özerk yorum ilkesini kullanarak, sözleşmeye taraf devletlerin iç hukuklarındaki "aile hayatı" kavramlarından bağımsız, aile yapısının; sosyal, biyolojik, hukuksal ve duygusal özelliklerini dikkate alarak içtihatlar geliştirmekte ve bu sayede, aile hayatına ilişkin ortak bir Avrupa standardı oluşturmayı ve yeknesak uygulama sağlamayı hedeflemektedir. Bu doğrultuda; eğer ortada resmi bir evlilik varsa burada sadece bu evliliğin gerçek bir evlilik olup olmadığına bakmaktadır. Eğer evlilik gerçekse başkaca bir ölçüte gerek olmaksızın o evliliğe dayalı ilişkinin "aile hayatı" kapsamında kaldığını ve AİHS'nin 8. maddesinin güvencesinden yararlanması gerektiğini kabul etmektedir. Ancak ortada resmi bir evliliğin bulunmadığı durumlarda, çiftin birlikte yaşayıp yaşamadığı, ilişkilerinin uzunluğu, birbirlerine olan bağlılıklarını birlikte çocuk sahibi olarak veya başkaca bir şekilde gösterip göstermedikleri gibi bir dizi ölçüt kullanmaktadır.

Görüleceği üzere AİHM'ye göre sadece resmen tanınan evliliğe dayalı ilişkiler değil aynı zamanda fiili birliktelikler de "aile hayatı" kapsamında değerlendirilebilir. Ancak Mahkeme, sözleşmeci devletlerin resmen tanınan evlilik dışındaki birlikteliklere (bu birliktelikler "aile hayatı" kapsamında görülse dahi) resmi evlilikler gibi bir statü tanımasının zorunlu olmadığını; dolayısıyla resmi evliliklerde eşlere tanınan hakların de facto ilişki içinde olan kişilere tanınmamasının tek başına "aile hayatına saygı hakkı"nı ihlal etmeyeceğini açıkça belirtmektedir.

Sadece eşler arasındaki ve ebeveynler ile çocuklar arasındaki ilişkiler değil aynı zamanda diğer aile bireyleri olan kardeş, büyükanne-büyükbaba, amca, dayı, hala, teyze gibi kişilerle olan ilişkiler de "aile hayatı" kapsamında değerlendirilebilmektedir. Ancak bu kişilerle olan kan bağı "aile hayatı" için yeterli görülmemekte; fiiliyatta yakın ve kişisel bağın var olup olmadığına yönelik bir araştırma yapılmaktadır.

Bununla birlikte AİHM, yapmış olduğu özerk yorumla bir ilişkiyi "aile hayatı" kapsamında değerlendirirse bu değerlendirme bazı sonuçları da beraberinde getirecektir. Diğer bir ifadeyle "aile hayatı"na bağlanan bazı hukuki sonuçlar ve teminatlar

bulunmaktadır. Bu kapsamda söz konusu ilişkiye yönelik sözleşmeci devletlerin negatif ve pozitif yükümlülükleri gündeme gelecektir. Dolayısıyla bir ilişkinin "aile hayatı" kapsamında kalıp kalmadığını tespit etmek son derece önemlidir. Örneğin; "aile hayatına" sahip olan kişiler, sözleşmeye taraf devletten, aile hayatının mahremiyetine saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptirler. Benzer şekilde aile üyeleriyle birlikte vakit geçirmeyi, çocuğun velayetine sahip olmayı, çocukla kişisel ilişki kurulmasını ve çocukla görüşmesine saygı gösterilmesini talep edebilirler. Ayrıca çocuğun menfaatlerini koruma, cezaevindekilerle görüşme, tanıklıktan çekinme ve maddi menfaatler (mal rejiminin tasfiyesi, mirasçılık, destekten yoksun kalma tazminatı, nafaka, sosyal güvenlik ödemeleri vb.) konusunda bazı ayrıcalıklara ve haklara sahiptirler. Sözleşmeye taraf devlet, söz konusu hakların etkin bir şekilde korunması ve hayata geçirilmesi konusunda negatif, pozitif ve usuli yükümlülükler üstlenmiştir.

Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nde olduğu gibi Anayasamızda da "aile hayatı" kavramına yer verilmiş fakat bu kavram tanımlanmamıştır. Bu noktada, en azından çekirdek aileye yönelik; "*Biri erkek diğeri kadın olmak üzere, iki karşı cinsin birlikteliğiyle temellenen; anne, baba ve (varsa) çocuklardan oluşan, toplumun en küçük sosyal birimi*" şeklinde bir tanımın Anayasa'da yer almasının yerinde olacağı ve Türk hukuku bakımından tartışmaları önemli oranda sonlandıracağı kanaatindeyiz. Ayrıca toplumun temeli olan ve bu nedenle korunması gereken bir değer olan ailenin, nasıl korunacağına ilişkin 6284 sayılı Kanun'da somut düzenlemelere yer verilmesi ve kadın haricinde "aile" kurumunun da açıkça koruma altına alınması gerektiği kanaatindeyiz. Diğer taraftan, Anayasamızın "*Özel hayatın gizliliği*" şeklindeki 20. maddesinin başlığının "*Özel hayatın ve aile hayatının gizliliği ve korunması*" başlığı ile değiştirilmesini önermekteyiz.

Türk Anayasa Mahkemesi, AİHM'nin içtihatlarına paralel bir şekilde sadece resmi evliliğe dayanan ilişkilerin değil, Türk hukukuna göre "evli" statüsünde olmayan kadın ile erkek ilişkilerinin de "aile hayatı" oluşturabileceğine yönelik değerlendirmeler yapmaktadır. Diğer bir ifadeyle AYM, Anayasa'da yer alan "aile hayatı" kavramını özerk bir şekilde yorumlamakta, Medeni Kanun'a göre aile sayılmayan kişileri (örneğin; arasında sadece dini nikah olan kadın ile erkeği) de aile olarak değerlendirebilmektedir. Bu noktada AYM, ilişkinin niteliğini dikkate almakta ve hakiki aile yaşamı oluşturan fiilî, yakın ve şahsi bağların kurulduğu ilişkileri "aile hayatı" olarak değerlendirmektedir.

Sınırlandırma rejimi bakımından AİHS'nin 8. maddesinin 2. fıkrası ile Anayasamızın 13. maddesi arasında lafzi farklılıklar bulunsa da AYM, AİHM'nin yaklaşımına benzer bir yaklaşım sergilemekte ve AİHM'nin kullanmış olduğu ölçütleri esas alarak başvuruları karara bağlamaktadır. Bu kapsamda, söz konusu müdahalenin sırasıyla; "kanuni" bir dayanağının bulunup bulunmadığını, "meşru amaca" uygun olup olmadığını ve "demokratik toplum düzeninde gerekli olma ve ölçülülük" ilkesine uygun olup olmadığını incelemektedir. Bununla birlikte AYM'nin "kanun" nitelemesi AİHM'den daha farklıdır ve birey lehine daha sıkı şartlar aramaktadır.

Çalışma boyunca ifade ettiğimiz üzere "aile hayatı" alanı, ahlaki bir içeriğe sahip olan hassas bir alandır. AİHM, yaşam hakkı ve din gibi hassas konularda özerk yorum yapmaktan kaçınmakta ve bu hassas alanları sözleşmeye taraf devletlerin takdir yetkisine bırakmaktadır. Mahkeme "aile hayatı" kavramını da oldukça uzun bir süre böyle düşünmüş ve "aile hayatı" kavramından anlaşılması gerekenin "geleneksel aile" olduğunun altını çizmiştir. Bu doğrultuda Mahkeme, 2010 yılına kadar eşcinsel ilişkileri "aile hayatı" kapsamında görmemiştir. Diğer bir ifadeyle, 2010 yılına kadar eşcinsel ilişkiler kategorik olarak "aile hayatı" kavramının dışında tutulmuştur. Bu kapsamda, ilişkinin taraflarının birlikte yaşaması, ekonomik anlamda birlikte hareket etmeleri, ilişkilerinin uzun sürmesi gibi yakın ve kişisel bağı ortaya koyan faktörler hiçbir şekilde dikkate alınmamıştır.

Ancak Mahkeme, 2010 yılında karara bağlamış olduğu Schalk ve Kopf/Avusturya başvurusu ile birlikte içtihadını değiştirmiş ve eşcinsel kişilerin ilişkilerinin heteroseksüel çiftler gibi değerlendirilmesi gerektiğini belirtmiştir. Dolayısıyla Mahkeme'ye göre, eşcinsel çiftler arasında yakın ve gerçek kişisel bağ varsa bu kişiler arasındaki ilişki de "aile hayatı" kapsamında değerlendirilebilecektir.

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, günümüzde, "evlenme hakkı" ile "aile hayatına saygı hakkı" arasında bir ayrım yapmaktadır. Mahkeme'ye göre, eşcinsel kişilere "evlenme hakkı" tanınıp tanınmaması noktasında sözleşmeye üye devletlerin geniş bir takdir yetkisi vardır. Bununla birlikte Mahkeme, Schalk ve Kopf/Avusturya başvurusundaki içtihadını günümüzde de sürdürmektedir. Yani Mahkemeye göre, eşcinsel kişilerin ilişkilerinin heteroseksüel çiftler gibi değerlendirilmesi ve koşulları mevcutsa bu ilişkilerin de "aile hayatı" kapsamında görülmesi gerekmektedir. Dahası

Mahkeme, günümüzde, eşcinsel kişilerin ilişkilerini sadece "aile hayatı" olarak kabul etmekle yetinmemekte; ayrıca sözleşmeci devletlerin bu kişilere karşı bazı pozitif yükümlülükleri olduğunun da altını çizmektedir. Mahkeme, 2023 yılında karara bağlamış olduğu Fedotova ve Diğerleri/Rusya başvurusunda, sözleşmeye taraf devletlerin ulusal hukuklarında eşcinsel kişilerin "aile hayatı" kapsamındaki ilişkilerini hukuken "tanımaları" ve bu ilişkileri "korumaları" gerektiğini belirtmiştir. Ayrıca nafaka, vergilendirme, kira, aile konutu, miras vb. konularda resmi evliliklere benzer düzenlemeler yapılmaması halinde Sözleşme'nin 14. maddesi kapsamında "ayrımcılık yasağı"ndan dolayı ihlal kararları verebileceğinin sinyallerini de vermiştir.

Türk Anayasa Mahkemesi ise eşcinsel bireylerin evlenme hakkına ve aile hayatına saygı hakkına sahip olup olmayacaklarını kararlarında bugüne kadar açıkça tartışmamış ve net bir şekilde çözüme kavuşturmamıştır. Bununla birlikte AYM'nin kararlarından, gelecek dönemde böyle bir tartışmanın ortaya çıkması halinde, bu kişilerin evlenme hakkına ve aile hayatına saygı hakkına sahip olmayacakları yönünde bir sonuca ulaşacağını gösteren değerlendirmeler tespit edilmiştir.

Çalışmada; AİHM'nin eşcinsel kişilere yönelik geliştirdiği güncel içtihatların, özerk yorum yetkisinin hukuksal sınırlarını aşan bir yargısal aktivizm örneği teşkil ettiği sonucuna ulaşılmıştır. Mahkeme'nin bu tutumunun, uluslararası hukukun esaslı unsurları olan devlet egemenliği ve rıza ilkelerini zedelediği, bu durumun ise AİHM kararlarının hukuki meşruiyetini bizatihi Mahkeme eliyle tartışmalı hale getirdiği saptanmıştır.

Evlenme hakkı bakımından; Sözleşme'nin 12. maddesi bir tarafı erkeğin diğer tarafı ise kadının oluşturduğu birlikteliği evlilik olarak kabul etmekte ve bunu koruma altına almaktadır. Dolayısıyla, sözleşmeye taraf devletin kendi ulusal hukukunda aynı cinsiyete sahip kişilerin evliliğine hukuken izin vermesi, AİHM nezdinde herhangi bir anlam ifade etmez. Yani sözleşmeye taraf devlet, ulusal hukukunda eşcinsel kişilere evlenme hakkı tanımış olsa bile Sözleşme'nin lafzı dolayısıyla bu kişilerin Sözleşme'nin güvencesinden yararlanması mümkün değildir. Eşcinsel kişilerin Sözleşme kapsamında evlenme hakkına sahip olduğunun ileri sürülebilmesi için Sözleşme'nin 12. maddesinde değişiklik yapılması zorunludur.

Aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkı bakımından ise eşcinsel birlikteliklerin heteroseksüel çiftlerle eşdeğer tutulmasına yönelik güncel yaklaşım,

Sözleşme'nin temel yapısı ve hukuksal niteliğiyle bağdaşmamaktadır. Zira taraf devletlerin başlangıçta böyle bir yükümlülük altına girmediği ve Mahkeme'nin de uzun yıllar bu ilişkileri aile hayatı kapsamında görmediği gerçeği karşısında, Sözleşme metninde herhangi bir değişiklik yapılmaksızın içtihat değişikliği yoluyla devletlere yeni ödevler yüklenmesi, yargısal bir yorumun ötesine geçerek norm ihdası (kural koyma) niteliğine bürünmektedir. Mahkeme, Schalk ve Kopf/Avusturya kararında Sözleşme'yi yorumlamamış; örtülü bir şekilde değiştirmiştir. Oysaki Sözleşme'yi değiştirme yetkisi sadece sözleşmeye üye devletlere aittir. Mahkeme'nin temel görevi, ulusal makamların Sözleşme ile üstlendikleri yükümlülüklere uygun davranıp davranmadıklarını kontrol etmekten ibarettir. Mahkeme'nin, yürürlükteki kuralları değiştirme yahut sözleşmeye üye devletlerin daha öncesinde üstlenmedikleri yeni yükümlülükler ihdas etme yetkisi yoktur. Bu tür bir yenilik ancak yeni andlaşmalar (veya protokoller) yoluyla gerçekleştirilebilir.

Ayrıca Mahkeme'nin, eşcinsel çiftler konusunda, kamu menfaati ile kişi menfaati arasındaki dengeyi sağlama konusunda daha iyi konumda olan ulusal makamlar yerine geçmiş olması, "ikincillik" ilkesine de aykırıdır. AİHM, eşcinsel birliktelikler konusunda, Sözleşme'nin azami değil asgari bir koruma düzeyi sağlamayı amaçladığı gerçeğini göz ardı etmektedir.

Sözleşme sistemi, yeni hakların tanınması için Ek Protokoller aracılığıyla devletlerin rızasına dayanan esnek bir gelişim mekanizması öngörmektedir. Eşcinsel birlikteliklere hukuki statü tanınması hususunda Mahkeme'nin re'sen hareket ederek tüm devletlere yükümlülük dayatması yerine, bu statüyü benimseyen devletlerin bir Ek Protokol hazırlaması ve diğer devletlerin bu sürece katılımını kendi takdirlerine bırakması, Sözleşme'nin rıza temelli yapısına daha uygundur. Bu bağlamda, AİHM'nin tartışmalı içtihatlarından dönerek iradeyi, asli yasa koyucu olan devletlere bırakması, sistemin gelecekteki hukuki meşruiyetini koruması bakımından bir zorunluluk arz etmektedir.

Ayrıca sözleşmeci devletlerin bu kişilere karşı bazı pozitif yükümlülükleri olduğu yönündeki yorum büyük tutarsızlıklar içermektedir. Sözleşmeye taraf devletlerin heteroseksüel çiftler için geçerli olmayan yükümlülüklerinin eşcinsel kişiler için geçerli olduğunun ileri sürülmesi ortaya açık bir çelişki çıkartmaktadır.

Nihayetinde AİHM'nin eşcinsel kişilere yönelik güncel yaklaşımı, Sözleşme'nin yapısıyla ve niteliğiyle örtüşmediği gibi Mahkeme'nin kendi içtihatlarıyla ve AİHM'nin "hassas ve ahlaki" konulara ilişkin yaklaşım tarzıyla da örtüşmemektedir. Mahkeme, "aile hayatı" kavramına yönelik yapmış olduğu bu yorumlarla "geleneksel aile" kavramını adeta ortadan kaldırmakta ve yeni bir "aile modeli" inşa etmeye çalışmaktadır. Ancak bu tutum, kanaatimizce Mahkeme'nin meşruiyetini zayıflatmakta ve kararlarının gücünü azaltmaktadır. Aynı tutumun devam ettirilmesi, sözleşmeci devletlerin tepkisine ve Sözleşme sisteminin çökmesine neden olabilir.

KAYNAKÇA

Bilimsel Kaynaklar

Acar, Ali. "Türk Aile Yapısı ve Kızılcahamam Aile Yapısı Üzerine Bir Araştırma". Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1990.

Aday, Nejat. "4046 Sayılı 'Özelleştirme Uygulamaları Hakkında Kanun'un 20 A Maddesinin Türk Ticaret Kanunu'nun İlgili Hükümleri Karşısında 'Özel Kural' Sayılıp Sayılmayacağı Sorunu", *FSM İlmî Araştırmalar İnsan ve Toplum Bilimleri Dergisi*, Sayı:6 (2015): 1-12.

Akandji-Kombe, Jean-François. *Positive obligations under the European Convention on Human Rights (A guide to the implementation of the European Convention on Human Rights)*. Belçika: 1st printing, 2007.

Akbay, Muvaffak. "Amerika Birleşik Devletleri Anayasa Metinleri", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/1-2 (1950): 446-493.

Akın, Mahmut Hakkı. "Ailede Mahremiyet", içinde *Tüm Yönleriyle Mahremiyet*, ed. H. Şule Albayrak. Ankara: T.C. Aile ve Sosyal Hizmetler Bakanlığı Aile ve Toplum Hizmetleri Genel Müdürlüğü, 2022.

Akıncı, Fatih. "Anayasa Yargısı ve Genişletici Yorum", Sakarya Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 10/2 (2022): 839-876.

Akıntürk, Turgut/Ateş Karaman, Derya. *Türk Medeni Hukuku (Aile Hukuku)*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2015.

Akkutay, Ali İbrahim. *Diplomatik Koruma ve İnsan Hakları İlişkisi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

Aktan, Coşkun Can. "Klasik Liberalizm, Neo-Liberalizm ve Libertarianizm", *Amme İdaresi Dergisi*, 28/1 (1995): 3-32.

Aktaş, Sururi "Hukukta Yorum Çabaları", *EBYÜ-HFD*, 15/3-4 (2011): 1-33.

Alexy, Robert. A Theory of Legal Argumentation; The Theory of Rational Discourse as Theory of Legal Justification. Oxford: Clarendon Press, 1989.

Altıntop, Talha. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İcrası ve Sürecin Denetlenmesi". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2005.

Altuntaş, Fuat. *Hukukta Akıl Yürütme Yöntemi Olarak Kıyas (Analoji)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2025.

Amos, Merris. *Human Rights Law.* Oxford: Hart Publishing, 2006.

Anayurt, Ömer. *Avrupa İnsan Hakları Hukukunda Kişisel Başvuru Yolu*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2004.

Andersen, Camilla Baasch. *Uniform Application of the International Sales Law: Understanding Uniformity, the Global Jurisconsultorium and Examination and Notification Provisions of the CISG*. Netherlands: Kluwer Law International, 2007.

Arai-Takahashi, Yutaka. *The Margin of Appreciation Doctrine and the Principle of Proportionality in the Jurisprudence of the ECHR*. Antwerp: Intersentia, 2002.

Arslan, Zühtü. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Anayasa Yargısı: Uyum Sorunu ve Öneriler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 17 (2000): 274-293.

Atak, Songül. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesinin Kararlarında Yabancıların Aile Yaşamı Hakkı", *Erzincan Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 11/1-2 (2007): 105-127.

Atakan, Arda. "Friedrich Müller'in 'Temel Hakların Nesnel Sınırlılığı' Teorisi Üzerine Bir İnceleme", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 16/3-4 (2010): 3-27.

Atay, Ender Ethem. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Gazi Kitabevi, 2021).

Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi: Özel hayata ve aile hayatına, konuta ve haberleşmeye saygı hakkı*. Avrupa Konseyi Ortak Projesi, 2019.

Avrupa Konseyi/Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi, *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Madde 8 Rehberi*. Hukuk Danışmanlığı Bölümü, 2019.

Aybay, Rona. *Kamusal Uluslararası Hukuk*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2011.

Bal, Ali. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesinin Avrupa Konsensüsüne Başvurması", *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 21/1, (2019): 27-82.

Baltacı, Cemal/Tuna Uysal, Meyrem. "Türkiye'de Bir Siyasal Sosyalleşme Aracı Olarak Ders Materyali: İlköğretim Sosyal Bilgiler Dersi Üzerine Bir İnceleme", *Süleyman Demirel Üniversitesi İktisadi ve İdari Bilimler Fakültesi Dergisi*, 17/3 (2012): 177-194.

Bekman, Sevda. *Eşit Fırsat: Anne-Çocuk Eğitim Programının Değerlendirilmesi*. İstanbul: AÇEV Yayınları, 2000.

Benvenisti, Eyal. "Margin of Appreciation, Consensus, and Universal Standards", *New York University Journal of International Law and Politics*, 31/4 (1999): 843-854.

Bertil Emrah Oder. *Anayasa Yargısında Yorum Yöntemleri*. İstanbul: Beta Yayınları, 2010.

Bjorge, Eirik. "A Theory of National Application of The European Convention on Human Rights". Doktora Tezi, Oxford Üniversitesi, 2013.

Bogdandy, Armin von. "The European Union as a Human Rights Organization? Human Rights and the Core of the European Union", *Common Market Law Review*, 37/6, (2000): 1307-1338.

Boyar, Oya. "Anayasal Uyuşmazlıklarda Yorum". Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, Yayımlanmamış Doktora Tezi, 2008.

Boyar, Oya. "Devletin Pozitif Yükümlülükleri ve Dolaylı Yatay Etki", içinde İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme), ed. Sibel İnceoğlu. Ankara: Şen Matbaa, 2013).

Brauch, Jeffrey A. "The Margin of Appreciation and the Jurisprudence of the European Court of Human Rights: Threat to the Rule of Law", *Columbia Journal of European Law*, 11 (2005): 113-150.

Brems, Eva. *Human Rights: Universality and Diversity*. Leiden/Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2001.

Brugger, Winfried. "Concretization of Law And Statutory Interpretation", *Tulane European and Civil Law Forum*, 11 (1996): 207-250.

Bulut, Nihat. *Sanayi Devriminden Küreselleşmeye Sosyal Haklar*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.

Burton, Frances. *Family Law*. New York: Routledge, 2012.

Büyük, Mehmet Emin. "Uluslararası Hukukta Hukuk Genel İlkeleri Uygulaması". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.

Campbell, A.I.L. "Positive Obligations under the ECHR: Deprivation of Liberty by Private Actors," *Edinburgh Law Review*, 10/3 (2006): 399-412.

Can, Osman. "Dolaylı Etki" ve "İyi Yönetişim" Kuramları Üzerinden Anayasa Mahkemesi İçtihatlarına İlişkin Bazı Gözlemler", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 35, (2018): 23-44.

Canatan, Kadir/Yıldırım, Ergün. *Aile Sosyolojisi*. İstanbul: Açılımkitap, 2011.

Carozza, Paolo G. "Subsidiarity as a Structural Principle of International Human Rights Law", *American Journal of International Law*, 97/1 (2003): 38-79.

Carson, Clayborne. "Two Cheers for Brown v. Board of Education", *The Journal of American History*, 91/1 (2004): 26-31.

Cebre, Ayvaz. "Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Haber Verme Hakkı", *Uyuşmazlık Mahkemesi Dergisi*, Sayı:7 (2016): 287-319.

Cengiz, Serkan. "AİHM Kararlarının İç Hukuka Etkisi", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 79 (2008): 334-350.

Chapman, Samuel. *Polygamy, Bigamy and Human Rights Law*. United States of America: Xlibris Corporation, 2001.

Clarke-Stewart, Alison/Brentano, Cornelia. *Divorce: Causes and Consequences*. New Haven and London: Yale Universty Press, 2006.

Coşkun, Yasin. "ABD Tarihinde Önemli Bir Olay: Brown v. Board of Education Davası Kararı ve Bu Karara Mississippi ve Virginia Eyaletlerinin Tepkileri", *The Journal of Academic Social Science Studies*, 68, (2018): 413-424.

Çağlar, Selda. *Hukuk Devletinin Hukuki Belirlilik İlkesi Üzerinden Değerlendirilmesi*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2013.

Çakmak, Ufuk Ramazan. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Türk Anayasa Mahkemesi Kararları Çerçevesinde Bireysel Başvuruda Özerk Yorum", *Erciyes Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/1 (2023): 199-226.

Çalışkan, Hazal Ungan. "Bırakınız Taşısınlar: Taşıyıcı Anneliğe Güncel Bakış", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi*, 22/1 (2016): 489-509.

Çamurcuoğlu, Gülden. *1921 Anayasası ve Egemenliğin Gelişimi*. Ankara: Astana Yayınları, 2016.

Çatlı, Mehmet. "Bireysel Başvuru Kapsamında Bir Sınırlama ve Güvence Ölçütü Olarak Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri", Yayımlanmamış Doktora Tezi, Selçuk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

Çavuşoğlu, Naz. "Avrupa Birliği ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi: 'Katılım Meselesi", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 21/1, (2005): 1-15.

Çavuşoğlu, Naz. "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi'ni "Yaşayan Belge" Yapan Yorum Teknikleri", *İnsan Hakları Yıllığı*, Cilt:14, (1992): 131-146.

Çelik, Yeşim. *Türk Hukukunda Bireysel Başvuru ve Anayasa Mahkemesi Uygulaması* (Ankara: Adalet Yayınevi, 2016).

Deliyannis, Ioannis. "Establishing and Contesting Parentage: The Approach of Greek Law in Comparative Perspective", içinde *Parenthood in Modern Society: Legal and Social Issues for the Twenty-First Century*, ed. John Eekelaar ve Petar Sartcevic. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publisher, 1993.

Diedrich, Frank. "Maintaining Uniformity in International Uniform Law via Autonomous Interpretation: Software Contracts and the CISG", Pace International Law Reiew, 8/2, (1996): 303-338.

Dijk, Pieter van. "The Right to Marry and to Found a Family" içinde *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*, ed. Pieter van Dijk, Fried van Hoof, Arjen van Rijn ve Leo Zwaak. Intersentia: Cambridge University Press, 2006.

Dijk, Pieter van/Hoof, Fried Van. *Theory and Practice of the European Convention on Human Rights*. Deventer/Netherlands, Kluwer Law International, 1998.

Doğru Osman/ Nalbant, Atilla. *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi (Açıklama ve Önemli Kararlar, 2. Cilt)*. Ankara: Pozitif Matbaa, 2013.

Doğru, Derya. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Yargılamasında Takdir Marjı". Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

Doğru, Osman. "İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi Uygulamasında Toplanma ve Örgütlenme Özgürlüğü", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, Sayı: 64 (2006): 39-69.

Doğru, Osman. *Anayasa ile Karşılaştırmalı İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Mahkeme İçtüzüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Douglas-Scott, Sionaidh. "A Tale of Two Courts: Luxembourg, Strasbourg and The Growing European Human Rights Acquis", *Common Market Law Review*, 43 (2006): 629-665.

Döner, Ayhan. *Anayasa Hukuku (Genel Esaslar)* (Ankara: Yetkin Yayınları, 2023).

Döner, Ayhan. *Anayasa Hukukuna Giriş (Ders Notları-II)*. Erzincan: Doğu Ciltevi Yayınevi, 2021.

Döner, Ayhan. *İnsan Haklarının Uluslararası Alanda Korunması ve Avrupa Sistemi*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2003.

Döner, Ayhan. *Şeffaf Devlette Bilgi Edinme Hakkı ve Sınırları*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2010.

Döner, Ayhan. *Türk Anayasa Hukuku*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2025.

Dönmezkuş, Dilara. *Temel Hakların Yatay Etkisi ve İfade Özgürlüğü*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2021.

Drzemczewski, Andrew Z. *European Human Rights Convention in Domestic Law: A Comparative Study*. London, Oxford Clarendon Press, 1983.

Duymaz, Erkan. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Çevrenin Korunmasına Katkısı", *İ.Ü. Siyasal Bilgiler Fakültesi Dergisi*, 47 (2012): 121-160.

Dworkin, Ronald. "Law as a Interpretation", *Texas Law Review*, 60 (1982): 527-550.

Dzehtsiarou, Kanstantsin. "Does Consensus Matter? Legitimacy of European Consensus in the Case Law of the European Court of Human Rights", *Public Law*, 534, (2011): 534-553.

Eijkholt, Marleen. "The Right To Found A Family As A Stillborn Right To Procreate?" *Medical Law Review*, 18/2 (2010).

Eltimur, Dilara. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayatın ve Aile Hayatının Korunmasında Devletin Pozitif Yükümlülükleri”. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2018.

Ekiz, Serkan. “AİHM Kararlarında ‘Din’ ve ‘İnanç’ Kavramlarının Tanımlanması Sorunu”, *Terazi Hukuk Dergisi*, Sayı: 218 (2024): 35-52.

Endicott, Timothy. “Authentic Interpretation” çev. İsmail Köküsarı, *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 25/2 (2021): 211-236.

Erdem, Mehmet/Başak, Aslı Makaracı. *Aile Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2024.

Erden, Münire. *Eğitim Bilimlerine Giriş*. Ankara: Arkadaş Yayınevi, 2007.

Erdoğan, Murat. “Anayasa Mahkemesi’ne Bireysel Başvuruda Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu”. Doktora Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019. (M. Erdoğan)

Erdoğan, Mustafa. “Anayasa Mahkemeleri Önemli Midir? Orta Avrupa’da Anayasa Yargısı ve Demokrasinin Pekişmesi”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 54/3, (2005): 1-22.

Erdoğan, Mustafa. “*Anayasal Demokrasi*”. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2017.

Erdoğan, Mustafa. *Özgürlük Perspektifinden Hukuk ve Demokrasi*. Ankara: Kesit Yayınları, 2013.

Eren, Abdurrahman. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarına Göre Avrupa Kamu Düzeninde Politik Alanın Sınırları ve Yeni Kapalı Politik Alan”, *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 7/3-4, (2003): 209-262.

Eren, Abdurrahman. “Hukuki Yorum Yöntemleri Açısından Bireysel Başvuru Kararlarının Anayasanın Yorumuna Etkileri”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 33/1 (2016): 231-301.

Eren, Abdurrahman. *Anayasa Hukuku Ders Notları (Genel Esaslar-Türk Anayasa Hukuku*. İstanbul: On İki Levha Yayınları, 2018.

Eren, Abdurrahman. *Özgürlüklerin Sınırlanmasında Demokratik Toplum Düzenin Gerekleri*. İstanbul: Beta Yayınevi, 2004.

Erge, Recep Ersel. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Hakkaniyete Uygun Tatmin*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2016.

Erkal, Mustafa E. *Sosyoloji (Toplumbilimi)*. İstanbul: Der Yayınları, 2006.

Etgü, Mehmet Akif. *Kamu Hukukunda Mülkiyet Hakkı ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Mülkiyet Hakkına Bakışı*. İstanbul: On İki Levha Yayıncılık, 2009.

Eyrenci, Öner. “Anayasanın Yorumlanması Yöntemlerine Genel Bir Bakış” *Amme İdaresi Dergisi*, 14/1 (1981): 45-57.

Fellmeth, Aaron X./Horwitz, Maurice. *Guide To Latin in International Law*. New York: Oxford University Press, 2009.

Fendoğlu, Hasan Tahsin. “Aristoteles’in Devlet Felsefesi ve Önceki Anayasa Hukukumuz”, *Dicle Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, Sayı:6 (1993): 129-155.

Fendoğlu, Hasan Tahsin. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında İfade Özgürlüğü”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi* (*İfade Özgürlüğü Özel Sayısı*), Sayı: 25 (2016): 1-19.

Ferrari, Franco. “Autonomous Interpretation versus Homeward Trend versus Outward Trend in CISG Case Law”, *Uniform Law Review*, 22/1, (2017): 244-257.

Fineman, Martha Albertson. “What Place for Family Privacy”, *George Washington Law Review* 67/5 (1999): 1207-1224.

Fineman, Martha Albertson. “What Place for Family Privacy”, *George Washington Law Review*, 67/5-6 (1999): 1207-1224.

Fried, Charles. “Privacy”, *The Yale Law Journal*, 77/475 (1968): 475-493.

Friedman, Lawrence M. *Private Lives: Families, Individuals, and the Law.* London: Harvard Universıty Press, 2004.

Garlicki, Leszek Lech. “The Experience of the Polish Constitutional Court”, in *Constitutional Justice, East and West: Democratic Legitimacy and Constitutional Courts in Post-Communist Europe in a Comparative Perspective*, ed. Wojciech Sadurski. 265-282. Hague, London and New York, Kluwer Law International, 2002.

Gebauer, Martin. “Uniform Law, General Principles and Autonomous Interpretation”, *Uniform Law Review*, 5/4, (2000): 683-706.

Gedik, Ömer. *Anayasa Mahkemesi Kararlarının Yorum Yöntemleri Açısından İncelenmesi (Anayasa Mahkemesinin ilk elli yılı:1962-2012)*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2022.

Gemalmaz, Haydar Burak. “Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Mülkiyet Hakkı”. Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2008.

Gerards, J.H. Janneke. “Judicial Deliberations in the e European Court of Human Rights” içinde *The Legitimacy of Highest Courts' Rulings. Judicial Deliberations and Beyond*, ed., MA Nick Huls, Jacco Bomhoff. Cambridge: Cambridge University Press, (2009): 407-436.

Gerards, Janneke. *General Principles of the European Convention on Human Rights*. Cambridge: Cambridge University Press, 2019.

Gomez-Arostegui, H. Tomas. “Defining Private Life under the European Convention on Human Rights by Referring to Reasonable Expectations”, *California Western International Law Journal*, 35/2, (2005): 153-202.

Gökçe, Gözde. “Ebeveynin Duygusal Erişilebilirliği ve Genel Psikolojik Sağlık: Duygu Düzenleme, Kişilerarası İlişki Tarzı ve Sosyal Desteğin Rolü”. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

Gölbaşı Uçar, Cemre Belçim. “AİHM Kararlarının Bağlayıcılığı: Sözleşme’yi Aşan Bir Sonuç Olarak Objektif Etki”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 16/64 (2025): 699-734.

Gören, Zafer. *Anayasa Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2006.

Gözler, Kemal. “*Devletin Genel Teorisi*”. Bursa: Ekin Yayınevi, 2019.

Gözler, Kemal. “İslâm Hukukunun Değeri-2 (Lâik Hukukun Kemirilmesi, İslâm Hukukunun Eleştirisi ve Savunulması), https://www.anayasa.gen.tr/islam-hukuku-2.htm.

Gözler, Kemal. “Realist Yorum Teorisi ve Mekanist Anayasa Anlayışı”, *Anayasa Yargısı Dergisi,* Cilt:15 (1998): 207-243.

Gözler, Kemal. “Sigara İçme Özgürlüğü ve Sınırları: Özgürlüklerin Sınırlandırılması Problemi Açısından Sigara Yasağı”, *Ankara Barosu Dergisi*, 1 (1990): 31-67.

Gözler, Kemal. "Yorum İlkeleri", içinde Kamu Hukukçuları Platformu Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması, Hazırlayan Ozan Ergül. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, (2013): 15-119.

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Esasları (Ders Kitabı)*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2018.

Gözler, Kemal. *Anayasa Hukukunun Genel Teorisi*, C. 2. Bursa: Ekin Yayınevi, 2011.

Gözler, Kemal. *Hukuka Giriş*. Bursa: Ekin Yayınevi, 2017.

Gözler, Kemal. *Hukukun Genel Teorisine Giriş (Hukuk Normlarının Geçerliliği ve Yorumu Sorunu)*. Ankara: Us-A Yayıncılık, 1998.

Gözler, Kemal. İdare Hukuku (2. Cilt). Bursa: Ekin Yayınevi, 2009.

Gözler, Kemal. *İnsan Hakları Hukuku*. Bursa, Ekin Basım Yayın Dağıtım, 2018.

Gözlügöl, Said Vakkas. *Avrupa İnsan Hakları Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2014.

Gözübüyük, Şeref. *Hukuka Giriş ve Hukukun Temel Kavramları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2002.

Gözübüyük, Şeref/Gölcüklü, Feyyaz. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Uygulaması*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2016.

Goss, Ryan. "The Engel Criteria in the 21st Century: Irrational Flexibility and Deference in Recent European Court Of Human Rights Jurisprudence", *Human Rights Law Review*, 25/4 (2025): 1-21.

Greer, Steven. "The Margin of Appreciation: Interpretation And Discretion Under The European Convention On Human Rights", https://www.echr.coe.int/LibraryDocs/DG2/HRFILES/DG2-EN-HRFILES-17(2000).pdf.

Greer, Steven. "Universalism and Relativism in the Protection of Human Rights in Europe: Politics, Law and Culture" içinde *Human Rights between Law and Politics: The Margin of Appreciation Doctrine in Post-National Contexts*, ed., Petr Agha. London: Hart Publishing, (2017): 17-26.

Gül, Yunus Emre. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi'nin Kararlarında Yararlandığı Klasik ve Özgün Yorum Yöntemleri", *Sosyal Ekonomik Araştırmalar Dergisi*, 18/36 (2018): 215-237.

Gülsoy, Mehmet Tevfik. *Özgürlüklerin Korunmasında Anayasa Yargısının Yeri ve Meşruluğu*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2007.

Gümüşay, Ramazan. *Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuru Yolunda İhlal Kararlarının İcrası*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2019.

Gündoğdu, Yusuf Bahri. "Mahremiyet Eğitiminin Temeli İnsanlık Şerefi: Ailenin Mesuliyetleri", *Ordu Üniversitesi Sosyal Bilimler Araştırmaları Dergisi*, 7/2 (2017): 387-394.

Güriz, Adnan. *Hukuk Başlangıcı*. Ankara: Siyasal Kitabevi, 2019.

Hafızoğulları, Zeki/Özen, Muharrem. *Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler*. Ankara: US-A Yayıncılık, 2010.

Hakyemez, Yusuf Şevki. "Temel Hak ve Özgürlüklerde Objektif Sınır Kavramı ve Düşünce Özgürlüğünün Objektif Sınırları", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 57/2 (2002): 17-40.

Hakyemez, Yusuf Şevki. *Hukuk ve Siyaset Ekseninde Anayasa Mahkemesinin Yargısal Aktivizmi ve İnsan Hakları Anlayışı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2009.

Hakyemez, Yusuf Şevki. *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı.* Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004.

Hakyemez, Yusuf Şevki. *Mutlak Monarşilerden Günümüze Egemenlik Kavramı (Doğuşu, Gelişimi, Kavramsal Çerçevesi ve Dönüşümü)*. Ankara: Seçkin Yayınevi, 2004.

Harris, D.J./M.O'Boyle/Bates, E.P. ve Buckley, C.M. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Hukuku*. Ankara: Şen Matbaa, 2013.

Hatemi, Hüseyin/Serozan, Rona. *Aile Hukuku*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 1993.

Hazır, Hayati. "Devletlerin Egemenliği ve İnsan Haklarının Uluslararası Korunması" *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 3/3 (1990): 15-34.

Hillgruber, Christian. "Anayasanın Yorumlanması", çev. Yüksel Metin, içinde *Anayasa Teorisi*, ed. Otto Depenheuer, Christoph Grabenwarter (Çeviri Editörü: İlyas Doğan), İstanbul: Lale Yayıncılık, 2014.

Houlgate, Laurence D. *Family and State*. New Jersey: Rowman & Littlefield Publisher, 1988.

Işıktaç, Yasemin/Metin, Sevtap. *Hukuk Metodolojisi*. İstanbul: Filiz Kitabevi, 2003.

İbrahim Kır, "Toplumsal Bir Kurum Olarak Ailenin İşlevleri", *Elektronik Sosyal Bilimler Dergisi*, 10/36 (2011): 381-404.

Jacobs, F.G./White, R.C.A. *The European Convention on Human Rights*. Oxford: Clarendon Press, 1996).

Jacobsen, Anette Faye. *Human Rights Monitoring: A Field Mission Manual.* Leiden-Boston: Martinus Nijhoff Publishers, 2008.

Jarroux, Nicolas. "L'effet utile du contentieux judiciaire des contrats de la commande publique en question", Revue Lamy Droit des Affaires, 165 (2020): 39-42.

Jones, Harry Willmer. "Statutory Doubts and Legislative Intention", *Columbia Law Review*, 40/6 (1940): 957-974.

Kaboğlu, İbrahim Ö. *Anayasa Hukuku Dersleri (Genel Esaslar)*. İstanbul: Legal Yayıncılık, 2017.

Kaboğlu, İbrahim Ö. *Özgürlükler Hukuku (İnsan Haklarının Hukuksal Yapısı)*. İstanbul, Afa Yayınevi, 1998.

Kaboğlu, İbrahim Ö. *Özgürlükler Hukuku*. İstanbul: İmge Kitabevi, 2002.

Kalabalık, Halil. *İnsan Hakları Hukuku*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2017.

Kamacı, Mahmut. "Embriyo Transferi (Aktarımı) ve Ortaya Çıkan Soybağı Sorunları", *Yargıtay Dergisi*, 36/1-2.

Kanadoğlu, Korkut "Alman Anayasa Hukuku Öğreti ve Uygulamasında Temel Hakların Yatay Etkisi (Üçüncü Taraf Etkisi)", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 41/1 (2024): 587–639.

Karagözler, Meriç. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Aile Hayatına Saygı Hakkı". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Dokuz Eylül Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2013.

Karan, Ulaş. "Evlenme ve Aile Kurma Hakkının Kapsamı ve Anayasal Dayanağı", *Bahçeşehir Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 13/163-164 (2018): 119-160.

Karayiğit, Mustafa T. "AB Temel Haklar Şartı'nın Uygulanmasının Kapsamı", *Ankara Avrupa Çalışmaları Dergisi*, 20/2 (2021): 563-594.

Kaya, İbrahim. *Uluslarası Hukukta Temel Belgeler*. Ankara: Seçkin Yayınları, 2024.

Kaya, Semih Batur. "İnsan Haklarında Devletin Pozitif Yükümlülüğü: Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi ve Anayasa Mahkemesi Üzerine Bir Analiz", *İstanbul Medipol Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1 (2022): 51-72.

Kaya, Semih Batur. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesiyle Karşılaştırmalı Olarak Anayasal Hakların Hukuki Rejimi ve Yorumu.* Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2021.

Keklik, Ramazan. *Özel Hayatın Gizliliğini İhlal Suçları*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2012.

Keskin, Erdoğan. "AİHM'nin Türkiye Hakkında İfade Hürriyetine İlişkin Verdiği Kararlarda Takdir Marjı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 69/3 (2020): 1379-1414.

Keskinsoy, Ömer/Kaya, Semih Batur. "Anayasa Mahkemesi Kararlarını Biçimlendirme Çabası Olarak Yorum", *Hacettepe HFD*, 11/1 (2021): 63-105.

Kılıç, Ayhan. "Anayasa Mahkemesinin Özerk Yorum Yetkisi", içinde *Prof. Dr. Zühtü Arslan'a Armağan*, ed., Engin Yıldırım, Yusuf Şevki Hakyemez, Murat Şen, Ömer Gedik, (Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, 2024): 2177-2195.

Kılıç, Enes. "Aile ve Din Bağlamında Kurandaki Mahremiyet Tasavvuru", *Journal of Analytic Divinity*, 2/1 (2018): 54-81.

Kılınç, Bahadır. *Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarının İnfazı*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2006.

Kilkelly, Ursula. "Children's Rights: A European Perspective", *Judicial Studies Institute Journal*, 4/2 (2004): 68-95.

Kilkelly, Ursula. *Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkı (Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin 8. Maddesi'nin Uygulanmasına İlişkin Kılavuz).* Strasbourg: İnsan Hakları Genel Müdürlüğü Avrupa Konseyi, İnsan Hakları El Kitapları, No. 1, 2001.

Kolçak, Hakan. "Organik Kanunlar: Şeklî ve Maddi Yönleriyle Normatif Bir Çalışma", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 29/1 (2025): 63-99.

Kolçak, Hakan/Gençtürk, Ünal. "Danışma Görüşü Başvurusu: İHAS'a Ek 16 Nolu Protokol Üzerine Kapsamlı Bir Değerlendirme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30/3 (2022): 1627-1669.

Kontacı, A. Ersoy. "Anayasada Sayılmayan Hakların Yargısal Korunması", *Ankara Üni. Hukuk Fak. Dergisi*, 66/2, (2017): 427-459.

Korff, Douwe. "The Standard Approach Under Articles 8-11 ECHR and Article 2 ECHR", https://scsr.pravo.hr/_download/repository/KORFF_-_STANDARD_APPROACH_ARTS_8-11_ART 2.pdf

Köküsarı, İsmail. "Anayasa Mahkemesi ve Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararlarında Pilot Karar Uygulaması", *Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 18/3–4 (2019): 181-243.

Köküsarı, İsmail. "Hakların Çatışması ile Hakların Yatay Etkisi Arasındaki İlişki", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 41/1 (2024): 95–149.

Köküsarı, İsmail. *Anayasa Hukukunda Hukuki Güvenlik İlkesi*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2015.

Köküsarı, İsmail. *Anayasal Hakların Çatışması*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2020.

Köküsarı, İsmail/Gedik, Ömer *Türk Anayasa Yargısı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2024).

Kurnaz, Işıl. "LGBTQ Haklarının Korunmasında Anayasa Yargısı ve Stratejik İnsan Hakları Davaları: Türkiye Örneği", *Türkiye Barolar Birliği Dergisi*, 148 (2020): 9-46.

Kurt, L. Müjde. "Kamuya Mal Olmuş Kişi Kavramı", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 66/3 (2017): 581-604.

Laczkowski, Wojciech. "Devlet Yapısının Transformasyonu Döneminde Anayasa Mahkemeleri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 9, (1992): 399-408.

Lanotte, Vande. "Interpretatie- en toepassingsbeginselen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens" içinde *Handboek EVRM (deel 1)*, ed., Vande Lanotte ve Haeck. Antwerp: Intersentia, 2005.

Lasser, Mitchel De S.-O.-L'E. *Judicial Deliberations: A Comparative Analysis of Judicial Transparency and Legitimacy*. New York: Oxford University Press, 2004.

Lawson, Rick. "A Living Instrument: The Evolutive Doctrine Some Introductory Remarks", *The European Convention on Human Rights at 70: Themes and Perspectives*. Strasbourg: Council of Europe Publishing, (2020): 7-13.

Legg, Andrew. *The Margin of Appreciation in International Human Rights Law-Deference and Proportionality*. Oxford: Oxford University Press, 2012.

Letsas, George. "The ECHR as a Living Instrument: Its Meaning and Legitimacy", içinde *Constituting Europe: The European Court of Human Rights in a National, European and Global Context*, ed., Andreas Føllesdal, Birgit Peters, Geir Ulfstein. Cambridge University Press, 2013.

Letsas, George. "The Truth in Autonomous Concepts: How To Interpret the ECHR", *European Journal of International Law*, 15/2, (2004): 279-305.

Letsas, George. *A Theory of Interpretation of the European Convention on Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2007.

Livingstone, Stephen. "Prisoners' Rights in the Context of the European Convention on Human Rights", *Punishment and Society*, 2/3 (2000): 309-324.

Macdonald, Ronald St. J. "The Margin of Appreciation in the Jurisprudence of the European Court of Human Rights", içinde *The Protection of Human Rights in Europe* ed., Andrew Clapham, Frank Emmert, Vol. 1, Book 2 (Collected Courses of the Academy of European Law Collected Courses of the Academy of European Law, [AEL], Kluwer Academic Publishers, (1992): 95-161.

MacKinnon, Catharine A. *Sex Equality: Family Law*. New York, Foundation Press, 2001.

McBride, Jeremy. *The Doctrines And Methodology of Interpretation of The European Convention On Human Rights By The European Court Of Human Rights*. Strazburg: Council of Europe, 2021.

Martin Jr., Waldo E. *Brown v. Board of Education: A Brief History with Documents*. Boston: Palgrave Macmillan, 1998.

Marshall, Monty G./Gurr, Ted Robert. "Polity IV Project: Political Regime Characteristics and Transitions, 1800-2013", https://www.systemicpeace.org/polity/polity4x.htm.

Matscher, F. “Methods of Interpretation of the Convention”, içinde The European System for the Protection of Human Rights, ed., R. St. J. Macdonald, F. Matscher, H. Petzold. Dordrecht: Martinus Nijhoff Publishers, 1993.

Meersch, Ganshof Van Der. “Le caractère «autonome» des termes et la «margin d’appréciation» des gouvernements dans l’interprétation de la Convention européenne des Droits de l’Homme” içinde *Protecting Human Rights: the European Dimension*, ed., Matscher, Petzold, Wiarda. Cologne: Karl Heymans Verlag, 1988.

Meray, Seha L. *Devletler Hukukuna Giriş*. Ankara: Ankara Üniversitesi Siyasal Bilgiler, 1968.

Metin, Yüksel. “Anayasanın Yorumlanmasında Karşılaştırmalı Anayasa Hukukunun Yeri ve Önemi” içinde Ergun Özbudun’a Armağan, Cilt:2. Ankara: Yetkin Yayınları, (2008): 429-457.

Metin, Yüksel. *Anayasanın Yorumlanması*. Ankara: Asil Yayın Dağıtım, 2008.

Metin, Yüksel. *Ölçülülük İlkesi (Karşılaştırmalı Bir Anayasa Hukuku İncelemesi)*. Ankara: Seçkin Yayıncılık, 2002.

M'Kechnie, William Sharp. *The State & the İndividual: An İntroduction to Political Science, With Special Reference to Socialistic and İndividualistic Theories*. Glasgow: James MacLehose and Sons Publisher to the University, 1896.

Morgan, Laura W./ Reich, Lewis B. “The Individual’s Right of Privacy in a Marriage”, *Journal of the American Academy of Matrimonial Lawyers*, 23 (2010): 111-129.

Mortaş, Süleyman. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi ve Türk Hukukunda Aile Hayatının Korunması (Aileye Multidisipliner Bir Yaklaşım)*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2016.

Nur Centel, “Kadını Şiddete Karşı Korumaya Yönelik Yasa Hükümlerine Eleştirel Yaklaşım”, içinde İnsan Hakları Hukuku ve Kadın (Türkiye’de Kadın Sorunları Paneli). İstanbul: Ticaret Üniversitesi Yayınları, 2003.

Oder, Bertil Emrah. “Anayasa Yargısında Temel Hak ve Özgürlüklerin Yorumu: Düzenleme Biçimleri, Kanıtlama ve Somutlaştırma Sorunları - 2001 Anayasa Değişiklikleri Sonrasına İlişkin Gözlemler” içinde *Anayasa Hukukunda Yorum ve Norm Somutlaşması*, Haz. Ozan Ergül, Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2013.

Oder, Bertil Emrah. “Avrupa Birliği’nde Çokmerkezli Anayasacılığın Yapısal Sorunları: Yetki Çatışmaları ve İkincillik İlkesi Işığında Türkiye İçin Karşılaştırmalı Gözlemler”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 22 (2005): 168-215.

Oğurlu, Yücel. “AİHM Kararları ve Türk İdare Hukukunda Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılmasında Bir Yargısal Denetim Ölçütü Olarak Ölçülülük İlkesi”, *Dokuz Eylül Üniversitesi Hukuk Fakültesi Prof. Dr. Turhan Tûfan Yüce’ye Armağan*, (2001): 485-522.

Opsahl, Torkel. “The Convention and Right to Respect for Family Life, Particularly as regards the Unity of the Family and the Protection of the Rights of Parents and Guardians in the Educatioin of Children”, içinde *Privacy and Human Rights*, ed., A.H. Robertson. Manchester, Manchester University Press, 1973.

Oran, Baskın. “Ulusal Egemenlik Kavramının Dönüşümü, Azınlıklar ve Türkiye”, *Anayasa Yargısı Dergisi*, 19/1 (2003): 1-33.

Ormanoğlu, Hatice Derya. "Modern Devletin Bir Unsuru Olarak Egemenlik ve Uluslararası Ceza Mahkemesi", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 9/1 (2018): 245-274.

Ost, Francois. "The Original Canons of Interpretation of the European Court of Human Rights", içinde *The European Convention for the Protection of Human Rights: International Protection versus National Restrictions,* ed., Delmas-Marty. Dordrecht: Nijhoff, (1992): 283-318.

Öncü, Gülay Arslan. "Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı", içinde *İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Anayasa (Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru Kapsamında Bir İnceleme)*, ed. Sibel İnceoğlu. Ankara: Avrupa Konseyi, 2013.

Öncü, Gülay Arslan. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesinde Özel Yaşamın Korunması Hakkı*. İstanbul: Beta Basım Yayın, 2011.

Öncü, Gülay Arslan. *Özel Yaşama ve Aile Yaşamına Saygı Hakkı: Anayasa Mahkemesine Bireysel Başvuru El Kitapları Serisi-8*. Ankara: Avrupa Konseyi Ankara Program Ofisi, 2019.

Özbudun, Ergun. "Demokrasiye Geçiş ve Demokrasinin Pekişmesi Sürecinde Anayasa Mahkemelerinin Rolü", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 23/1, (2007): 359-364.

Özbudun, Ergun. *Demokrasiye Geçiş Sürecinde Anayasa Yapımı*. İstanbul: Bilgi Yayınevi, 1993.

Özbudun, Ergun. *Üçüncü Dalga: Yirminci Yüzyıl Sonlarında Demokratlaşma*. Ankara: Yetkin Yayınları, 2022.

Özdan, Selman. "Uluslararası Hukukta Devlet Egemenliğinin Hava Sahasına Uzanmasının Meşruluğu", *İnönü Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 14/1 (2023): 114-126.

Özdek, Yasemin. *Avrupa İnsan Hakları Hukuku ve Türkiye*. Ankara: Türkiye ve Orta Doğu Amme İdaresi Enstitüsü İnsan Hakları Araştırma ve Derleme Merkezi Yayınları, 2004.

Özenç, Berke. "Yüksek Mahkeme'nin Eşcinsel Evlilik Kararı Işığında Eşitlik, Demokrasi ve Yargısal Denetim", Ankara Üniversitesi SBF Dergisi, 73/2 (2018): 545 – 575.

Özpolat, Elif. "Sanatsal İfade Özgürlüğü ABD ve Türkiye Karşılaştırması". Yayımlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2023.

Öztan, Bilge. "Evlilikte Mal Rejimleri", içinde *Türk Hukuku ve Toplumu Üzerine İncelemeler*, ed. Adnan Güriz, Peter Benedict. Ankara: Türkiye Kalkınma Vakfı Yayınları, 1974.

Öztan, Bilge. *Aile Hukuku*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2004.

Öztan, Bilge. *Medeni Hukuk'un Temel Kavramları*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2008.

Parsons Talcot/Bales Robert F., Family Socialization and Interaction Process. London: Routledge, 1998.

Pazarcı, Hüseyin. *Uluslararası Hukuk*. Ankara: Turhan Kitabevi, 2006.

Pekel, Abdulkadir. *Aile Hayatına Saygı Hakkı (AİHM'nin Geliştirdiği İlkeler Bağlamında Bir İnceleme)*. Ankara: Liberte Yayınları, 2016).

Perdecioğlu, İsmail Emrah. “İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Mülkiyet Hakkının Yatay Etkisinin Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihadında Görünümü”, *Türkiye Adalet Akademisi Dergisi*, 11/43, (2020): 49-77.

Procházka, Radoslav. *Mission Accomplished: On Founding Constitutional Adjudication in Central Europe*. Budapest and New York: Central European University Press, 2002.

Regan, Priscilla M. *Legislating Privacy: Technology, Social Values, and Public Policy*. London: The University of North Carolina Press, 1995.

Reid, Karen. *Adil Bir Yargılamanın Güvenceleri/Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Rehberi Üçüncü Kitap*, çev. Bahar Öcal Düzgören. İstanbul: Scala Yayıncılık, 2000.

Rigaux, F. “Interprétation consensuelle et interprétation évolutive”, *L'interprétation de la Convention européenne des droits de l'homme: Actes du colloque des*, (1998).

Roagna, Ivana. *Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Gösterilmesi Hakkının Korunması*, Çev. Ayşe Gül Alkış Schäling, Strazburg: Avrupa Konseyi, 2012.

Robertson, A. H./ Merrills, J. G. *Human Rights in Europe: A Study of European Convention on Human Rights*. Manchester ve New York: Manchester University Press, 1993.

Rozakis, Christos L. “The European Judge as Comparatist”, içinde Judicial Recourse to Foreign Law A New Source of Inspiration?, ed. Basil Markesinis, Jörg Fedtke, Routledge, (2006): 338-357.

Rozakis, Christos L. “The Particular Role of the Strasbourg Case-Law in the Development of Human Rights in Europe”, *Nomiko Vima (Atina),* 50. Yıl, (2010): 20-30.

Sağlam, Fazıl. “Anayasa Şikâyeti Kurumunun Türk Hukukuna Kazandırılması ile İlgili Sorunlar ve Çözüm Olanakları”, içinde *Anayasa Yargısı İncelemeler 1*, ed., Mehmet Turhan, Hikmet Tülen, Ankara: Anayasa Mahkemesi Yayınları, (2006): 71-111.

Sağlam, Fazıl. *Temel Hakların Sınırlandırılması ve Özü*. Ankara: AÜSBF Yayını, 1982.

Saldırım, Mustafa. “Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi’nin Fikri Mülkiyetin Korunmasına İlişkin Anheuser - Bush Inc. v. Portugal Kararının Analizi”, *Ankara Barosu Fikri Mülkiyet ve Rekabet Hukuku Dergisi*, 19/2 (2016): 131-148.

Sancar, Mithat. “Temel Hakların Yorumu”. Yayımlanmamış Doktora Tezi, Ankara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 1995.

Sancar, Mithat. *Devlet Aklı Kıskacında Hukuk Devleti*. İstanbul: İletişim Yayınları, 2008.

Sarıyar, Burak. “Ceza Muhakemesi Hukukunda Tanıklıktan Çekinme Hakkı”. Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2022.

Saygılı, Abdurrahman. “Jean Bodin’in Egemenlik Anlayışı Çerçevesinde Kralın İki Bedeni Kuramına Kısa Bir Bakış”, *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 63/1 (2014): 185-198.

Saymen, Ferit Hakkı/Elbir, Halid Kemal. *Türk Medeni Hukuku-Cilt 3-Aile Hukuku*. İstanbul: Hak Kitabevi, 1960.

Schwartz, Herman. *The Struggle for Constitutional Justice in Post Communist Europe*. Chicago and London: University of Chicago Press, 2000.

Senden, Hanneke Ceciel Katrijn. Interpretation of Fundamental Rights in a Multilevel Legal System (An analysis of the European Court of Human Rights and the Court of Justice of the European Union). Antwerp: School of Human Rights Research Series, 2011.

Sezer, Tijen Dündar. "1982 Anayasasına Göre Özel Sınırlama Sebebi Bulunmayan Temel Hak ve Özgürlüklerin Sınırlandırılması Sorunu ve Anayasa Mahkemesi Kararları", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 3/5 (2014): 375-411.

Sloane, Robert D. "Outrelativizing Relativism: A Liberal Defense of the Universality of International Human Rights", *Vanderbilt Journal of Transnational Law*, Vol. 34 (2001): 527-596.

Smith, Peter J. "Textualism and Jurisdiction", *Columbia Law Review*, 108/8 (2008): 1883-1948.

Solomon-Fears, Carmen. *Paternity Establishment: Child Support and Beyond*. New York: Novinka Books, 2003.

Solyom, Laszlo. "Macaristan Anayasa Mahkemesinin Toplumsal Sistem Değişikliği İçerisindeki Rolü", *Anayasa Yargısı Dergisi*, 9, (1992): 287-301.

Sólyom, László. "The Hungarian Constitutional Court and Social Change", *Yale Journal of International Law*, 19, (1994).

Storey, Hugo. "The Right to Family Life and Immigration Case Law at Strasbourg", *The International and Comparative Law Quarterly*, 39/2 (1990): 328-344.

Sunay, Reyhan. "Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri ve 1982 Anayasası", Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, 8/1-2 (2000): 615-632.

Sunay, Reyhan. "İnsan Haklarının Yatay Etkisi ve Devletin Sorumluluğu", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 23/1, (2015): 9-52.

Surlu, Mehmet Handan. "Avrupa Mahkemesi İnsan Hakları Kararlarının İcrası Bağlamında Adli Yargı Açısından Yargılamanın Yenilenmesi", (İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesi ve Adli Yargı Sempozyumu), *Türkiye Barolar Birliği Yayınları*, 2004.

Süngü, Fatih. "Anayasa Mahkemesi'ne Bireysel Başvuruda Kabul Edilebilirlik Şartı Olarak Mağdur Kavramı". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Gazi Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

Şen, Ersan. *Devlet ve Kitle İletişim Araçları Karşısında Özel Hayatın Gizliliği ve Korunması*. İstanbul: Kazancı Kitap, 1996.

Şenol, Cem. "AİHS Hükümleri ve AİHM Kararlarının Devletlerin Egemenlikleri Üzerindeki Etkisi", *Yalova Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/1 (2012): 259-288.

Şimşek, Suat. "Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi İçtihatlarına Göre Mülkiyet Hakkının Korunması Açısından Devletlerin Pozitif Yükümlülükleri", *Sayıştay Dergisi*, Sayı:84 (2003): 1-24.

Şirin, Tolga/ Duymaz, Erkan ve Yıldız, Deniz. *Türkiye'de Din ve Vicdan Özgürlüğü: Sorunlar, Tespitler ve Çözüm Önerileri*. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, 2016.

Şirin, Tolga. "Takdir Marjı Doktrini ve Türkiye Anayasa Mahkemesi Açısından Anlamı", *Anayasa Hukuku Dergisi*, 2/4 (2013): 359-399.

Şirin, Tolga. "Üçüncü Yılda Bir Bilanço: Türkiye Anayasa Mahkemesi'nin Bireysel Başvuru (Anayasa Şikâyeti) Usulünün ve Kararlarının Değerlendirilmesi", *Kamu Hukukçuları Platformu*, https://www.kamuhukukculari.org/?sayfa=toplanti_program&id=5

Tekin, Burak, "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Kapsamında Özel Hayata ve Aile Hayatına Saygı Hakkı". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Yaşar Üniversitesi Lisansüstü Eğitim Enstitüsü, 2021.

Temiz, Merve Efnan. "Hukuk Devletinde Ulusal Afet ve Acil Durumlara Özgü Ek Vergisel Düzenlemeler". Yayımlanmamış Yüksek Lisans Tezi, Atatürk Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2017.

Teziç, Erdoğan. *Anayasa Hukuku*. İstanbul: Beta Yayıncılık, 2016.

Tilci, Önder/Çelikçi, Abdül Samet. "John Locke'un Siyaset Felsefesinde Mülkiyet ve Devlet", *İnönü Üniversitesi Uluslararası Sosyal Bilimler Dergisi*, 11/2 (2022): 315-327.

Thomassen, Wilhelmina. "The Vital Relationship Between The European Court of Human Rights and National Courts", içinde *The European Court of Human Rights and its Discontents: Turning Criticism into Strength*, ed., Spyridon Flogaitis, Tom Zwart, Julie Fraser, Cheltenham: Edward Elgar Publishing, (2013): 96-103.

Topukcu, Aslı. "Anayasa Mahkemeleri Arası Etkileşim ve Yargısal Diyalog". Yayınlanmamış Doktora Tezi, İstanbul Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2019.

Trykhlib, Kristina/Lemak, Vasyl. "Autonomous Interpretation by the European Court of Human Rights and Margin of Appreciation", *International and Comparative Law Review*, 22/1, (2022): 135-148.

Tunç, Hasan. *Karşılaştırmalı Anayasa Yargısı*. Ankara: Yetkin Yayınları, 1997.

Turhan, Faruk. "Ceza Muhakemesinde Şüpheli veya Sanığın Yakınlarının Tanıklıktan Çekinme Hakkı-Kapsamı, Koşulları ve Sonuçları Hakkında Bir Değerlendirme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 28/3 (2020): 1383-1427.

Turhan, Mehmet. "Anayasamız ve Demokratik Toplum Düzeninin Gerekleri", Anayasa Yargısı Dergisi, 8 (1991): 401-420.

Turhan, Mehmet. "Anayasanın Hak Temelli Yorumu ve Anayasa Yargısı", *Ankara Üniversitesi SBF Dergisi*, 62/3 (2007): 379-404.

Türmen, Rıza. "Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi'nin İç Hukukumuza Etkileri", *Anayasa Yargısı Dergisi*, Cilt:17 (2000): 32-42.

Tüzüner, Özlem. "Boşanma Açısından Eşle Cinsel Birliktelik Yaşa(ya)mama ve Yargıtay'ın İlgili İçtihatlarının Mukayeseli Aile Hukuku Penceresinden Eleştirilmesi", *Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi* 29/1 (2023): 393-440.

Uğur, Hüsamettin. "Kadın ve Aile Bireylerine Yönelik Şiddete Karşı 6284 Sayılı Kanunun Getirdikleri", *TBB Dergisi*, Sayı:101 (2012): 333-366.

Uitz, Renata. "Sınırlı Devlet, Anayasacılık ve Hukukun Üstünlüğü Üzerine Dersler: Anayasa Mahkemeleri ve Yüksek Mahkemeler Arasında Sıkışıp Kalmış Post-

Komünist Demokrasiler", içinde *Demokrasi ve Yargı Sempozyumu*, ed., Ozan Ergül. Ankara: Türkiye Barolar Birliği Yayınları, (2005): 272-309.

Usta, Ogün. *Türk Hukuku ve Avrupa İnsan Hakları Sözleşmesi Bağlamında Kölelik, Kulluk ve Zorla Çalıştırma Yasağı*. İstanbul, On İki Levha yayınları, 2021.

Usta, Özlem. "Aile Hayatına Saygı ve Aile Hayatının Korunması Hakkı Bağlamında Ele Alınan Birkaç Kurum Üzerine İnceleme", *Selçuk Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 30/3 (2022): 1561-1590.

Ünal, Gonca. "Devletlerin Uluslararası Antlaşmalardan Kaynaklanan Yükümlülüklerinin Birleşmiş Milletler Antlaşması'nın Üstünlük Koşulu Bağlamında Değerlendirilmesi", *Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 73/3 (2024): 1679-1707.

Ünlü, Sezen. *Aile Yapısı ve İlişkileri*. Eskişehir: Anadolu Üniversitesi Yayınları, 2002.

Üzeltürk, Sultan Tahmazoğlu. *Özel Hayatın Gizliliği Hakkı: 1982 Anayasası ve İnsan Hakları Avrupa Sözleşmesine Göre*. İstanbul: Beta Yayınları, 2004.

Vanneste, Frédéric. *General İnternational Law Before Human Rights Courts: Assessing the Specialty Claims of İnternational Human Rights Law*. Antwerp, Intersentia, 2010.

Vassileva, Radosveta. "Autonomous Interpretation of Uniform Commercial Law: The East-West European Divide", *European Business Law Review*, 29/6, (2018): 885-906.

Velidedeoğlu, Hıfzı Veldet. *Türk Medeni Hukuku-Cilt 2-Aile Hukuku*. İstanbul: Nurgök Matbaası, 1965.

Warren Samuel D./Brandeis, Louis D. "The Right to Privacy", *Harvard Law Review*, 4/5 (1890): 193-220.

Wegerich, Thomas C. "Statutory Interpretation in Germany: The Continental Approach to Dealing with The Law", *Holdsworth Law Review*, 15 (1991-1992): 217-234.

White, Robin C. A./Ovey, Clare. *Jacobs, White & Ovey: The European Convention on Human Rights*. New York: Oxford University Press, 2010.

Yavuzer, Haluk. *(Doğum Öncesinden Ergenlik Sonuna…) Çocuk Psikolojisi*. İstanbul: Remzi Kitabevi, 2004.

Yılmaz, Bahtiyar. "Milli Egemenlik Kavramının Gelişimi", *Gazi Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi*, 2/1-2 (1998): 213-222.

Yılmaz, Mehmet Şerif. "İnsan Hakları Avrupa Mahkemesi'nin Yorum Yöntemleri". Yayımlanmamış Doktora Tezi, Marmara Üniversitesi Sosyal Bilimler Enstitüsü, 2010.

Yılmaz, Mustafa. "Sosyalizm Sonrası Dönemde Macaristan Cumhuriyetinin Siyasal, Anayasal ve İdari Yapısı Üzerine Bir İnceleme", *Atatürk Üniversitesi Erzincan Hukuk Fakültesi Dergisi*, 1/1, (1997): 187-202.

Yourow, Howard Charles. *The Margin of Appreciation Doctrine in the Dynamics of European Human Rights Jurisprudence*. The Hague/Boston/London: Martinus Nijhoff Publishers, 1996.

Yörükkan, Turhan. "Bir İlişki Düzenleme Süreci Olarak Mahremiyet", *TİSK Akademi*, 3/6 (2008): 128-180.

Yüksel, İsmail. *Anayasa Yargısında Yorumlu Ret Kararı*. Ankara: Adalet Yayınevi, 2013.

İnternet Kaynakları

https://anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf

https://cdn.tbmm.gov.tr/KKBSPublicFile/D22/Y1/T1/DosyaKomisyonRaporunuVerdi/dae0d14f-2705-4057-b986-d564242691d5.htm

https://cdn.tbmm.gov.tr/TbmmWeb/Yayinlar/Dosya/b79eabc8-2316-47e4-a8d7-b95149f87d0b.pdf

https://crd.org/vorban/

https://data.tuik.gov.tr/Bulten/Index?p=Aile-Yapisi-Arastirmasi-2016-21869#:~:text=Bireylerin%20evliliklerinde%20ger%C3%A7ekle%C5%9Ftirdikleri%20nikah%20t% C3%BCr%C3%BC,ise%20%251%2C1%20oldu

https://diabgm.adalet.gov.tr/Home/SayfaDetay/avrupa-birligi-adalet-divani-abad28022020101732

https://groups.csail.mit.edu/mac/users/rauch/germandecision/german_abortion _decision2.html

https://hudoc.echr.coe.int/eng?i=003-6380431-8364345

https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22applicability%22:[%2255%22]}

https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22appno%22: [%223959/69%22],%22itemid%22:[%22001-3087%22]}

https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22docname%22:[%22x%22],%22kpdate%22:[%221972-03-21T00:00:00.0Z%22,%221972-03-21T00:00:00.0Z%22],%22itemid%22:[%22001-3134%22]}

https://infocuria.curia.europa.eu/tabs/affair?lang=EN&sort=AFF_NUM-DESC&searchTerm =%22C-261%2F09%22&publishedId=C-261%2F09

https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/2312020093321bm_05.pdf

https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/Dokuman/4052023132833hasan.pdf

https://inhak.adalet.gov.tr/Resimler/SayfaDokuman /2212020141836bm_01.pdf

https://insanhaklarimerkezi.bilgi.edu.tr/media/uploads/2016/03/29/AIHS_15NoluProtokol.pdf

https://ivoxtupbebekmerkezi.com/sperm-donasyonu-nedir-neden-yapilir/

https://karararama.yargitay.gov.tr/

https://kararlarbilgibankasi.anayasa.gov.tr/Ara?Hak%5B%5D=17

https://kolanbritishivfcenter.com/yumurta-donasyonu/#:~:text=Yumurta%20donasyonu%2C%20bir%0kad%C4%B1n%C4%B1n%20yumurtalar%C4%B1n%C4%B1,embriyolar%20kad%C4%B1n%20partnere%20transfer%20edilir

https://ks.echr.coe.int/documents/d/echr-ks/key-cases-2025-eng

https://opil.ouplaw.com/display/10.1093/law-mpeipro/e1792.013.1792/law-mpeipro-e1792

https://publications.parliament.uk/pa/ld200304/ldjudgmt/jd040722/uttley-1.htm

https://sozluk.gov.tr/

https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep381/usrep381479/usrep381479.pdf

https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep381/usrep381479/usrep381479.pdf

https://tile.loc.gov/storage-services/service/ll/usrep/usrep381/usrep381479/usrep381479.pdf

https://tr.usembassy.gov/wp-content/uploads/sites/91/abd-anayasasi.pdf

https://treaties.un.org/doc/Treaties/1980/01/19800127%2000-52%20AM/Ch_XXIII_01.pdf

https://tr.euronews.com/2021/07/14/rusya-escinsel-ciftleri-tan-maya-yonelik-aihm-karar-n-reddetti

https://tr.euronews.com/2020/02/14/escinsel-evlilige-onay-vermeyen-rus-lider-putin-bir-ailede-anne-ve-baba-olur

https://ttb.org.tr/STED/sted0201/4.html

https://www.barandergisi.net/rusyadan-aihmnin-escinsel-evlilik-zorlamasina-ret

http://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/687_1.pdf

https://www.coe.int/en/web/execution/closed-cases

https://www.britannica.com/biography/Viktor-Orban

https://www5.tbmm.gov.tr/tutanaklar/TUTANAK/TM__/d00/c002/tm__00002034. pdf.

https://www.anayasa.gov.tr/media/7465/gerekceli_anayasa_2021.pdf.

https://www.aa.com.tr/tr/gundem/narin-guran-cinayeti-davasinda-gerekceli-karar-aciklandi/3460434

https://www.aa.com.tr/tr/info/infografik/51410

https://www.ab.gov.tr/p.php?e=105

https://www.aile.gov.tr/yalova/haberler/guclu-aile-guclu-toplum-demektir/

https://www.anayasa.gov.tr/media/3598/abadtr.pdf

https://www.assemblee-nationale.fr/connaissance/quiquoi/quiquoi06.asp

https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80207000.pdf

https://www.bundesverfassungsgericht.de/SharedDocs/Entscheidungen/DE/2011/05/rs20110504_2bvr236509.html

https://www.britannica.com/topic/Fourteenth-Amendment

https://www.casemine.com/judgement/uk/5b2897d02c94e06b9e19ba37

https://www.ceidizleme.org/ekutuphaneresim/dosya/461_1.pdf

https://www.cetad.org.tr/73/sik-sorulan-sorular/48/transseksuelite

https://www.cocukaile.net/haberler/kizilderili-bir-kabilenin-evlilik-yemini

https://www.cocukludunya.com/uzman-yazilari/hamilelikte-ay-ay-bebek-gelisimi.html

https://www.constituteproject.org/constitution/Hungary_2011

https://www.constituteproject.org/constitution/Poland_1997

https://www.diken.com.tr/irlandada-bosanmak-kolaylasiyor-ciftler-dort-yil-yerine-iki-yil-ayri-yasadiktan-sonra-bosanabilecek/

https://www.doktoramcam.com/akraba-evliligi-2

https://www.drcigdemabide.com/yardimci-ureme-teknikleri-nelerdir#:~:text=Yumurtal%C4%B1klar%C4%B1n%20uyar%C4%B1lmas%C4%B1%20(ovaryan%20ind%C3%BCksiyon)%20ve,ilk%20harfleri%20ile%20olu%C5%9Fturuldu%C4%9Funu%20bilmelidir

https://www.echr.coe.int/documents/d/echr/2010_Interlaken_Follow-up_ENG

https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/BGB.pdf

https://www.haliltugtepe.com/tedaviler/cinsiyet-gelisim-bozukluklari#:~:text=Konjenital%20Adrenal%20Hiperplazi,-Konjenital%20adrenal%20(KAH&text=Bu%20hastal%C4%B1%C4%9F%C4%B 1n%20akraba%20evliliklerinin%20s%C4%B1k,oran%20%50'ye%20yak%C4%B1nd%C4%B1r.

https://www.koruhastanesi.com/genetik-hastaliklar-2984-5#Akraba_Evlili%C4%9Fi_%C3% 96nemli_Bir_Fakt%C3%B6r_M%C3%BCd%C3%BCr

https://www.legislation.gov.uk/ukpga/1980/51

https://www.meselelgbt.com/uploads/haber-pdfleri/lezbiyen-nedir-lezbiyenlik-ne-anlama-gelir_1745R77086_.pdf

https://www.napoleon-series.org/research/government/code/book1/c_title05.html#chapter1

https://www.ris.bka.gv.at/ GeltendeFassung.wxe?Abfrage=Bundesnormen&Gesetzesnummer=10001622,

https://www.ris.bka.gv.at/Dokument.wxe?Abfrage=Vfgh&Dokumentnummer=JFT_09968788_03 B00777_00

https://www.servat.unibe.ch/dfr/bv039001.html

https://www.systemicpeace.org/polity/tur2.htm

https://www.thd.org.tr/thd_halk/?sayfa=akdeniz_anemisi#:~:text=%C4%B0ki%20ta%C5%9F%C4 %B1y%C4%B1c%C4%B1n%C4%B1n%20evlenmesi%20sonucunda%20her,gereken%20tetkikleri%20yapt%C4%B1rmalar%C4%B1%20%C3%A7ok%20%C3%B6nemlidir

https://www.tkbbv.org.tr/dergi.aspx?Dergi=3&yil=1984 &makale=830

https://www.tolgasirin.com/post/yasama_ihmalleri

https://www.ttb.org.tr/STED/sted0201/4.html

https://www.yesilniksar.com/turk-dunyasindan-kizilderelilerde-evlilik/#:~: text=K%C4%B1z%C4%B1lderili%20Evlilik%20Yemini,biriniz%20bir%20di%C4%9Ferinize%20yolda%C5%9F%20olacaks%C4%B1n%C4%B1z

Avrupa İnsan Hakları Mahkemesi Kararları

A, B ve C/İrlanda, Başvuru No: 25579/05, 16.12.2010.

A./Fransa, Başvuru No: 14838/89, 23.11.1993.

Abdulaziz, Cabales ve Balkandali/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9214/80; 9473/81; 9474/81, 28.05.1985.

Ahrens/Almanya, Başvuru No: 45071/09, 22.03.2012 (Nihai Karar Tarihi: 24.09.2012.

AİHK, X/Federal Alman Cumhuriyeti, Başvuru No: 6167/73, 18/12/1974, Kabul Edilemezlik Kararı.

Airey/İrlanda, Başvuru No: 6289/73, 09.10.1979.

Akhlyustin/Rusya, Başvuru No: 21200/05, 07/11/2017 (Nihai Karar Tarihi: 05.03.2018).

Aksu/Türkiye, Başvuru No: 4149/04; 41029/04, 15.03.2012.

Aliev/Ukrayna, Başvuru No: 41220/98, 29.04.2003 (Nihai Karar Tarihi: 29.07.2003).

Al-Nashif/Bulgaristan, Başvuru No: 50963/99, 20.06.2002 (Nihai Karar Tarihi: 20.09.2002).

Amann/İsviçre, Başvuru No: 27798/95, 16.02.2000.

Artico/İtalya, Başvuru No: 6694/74, 13.05.1980.

Asselbourg ve Diğerleri/Lüksemburg, Başvuru No: 29121/95, Kabul Edilebilirlik Kararı, 29.06.1999.

Avusturya/İtalya, Başvuru No: 788/60, 11.01.1961, Kabul Edilebilirlik Kararı.

B/Fransa, Başvuru No: 13343/87, 25.03.1992.

Bankovic ve Diğerleri/Belçika ve 16 Diğer Devlet, Başvuru No: 52207/99, 12.12.2001.

Barthold/Almanya, Başvuru No: 8734/79, 25.03.1985.

Bayraktar/Türkiye, Başvuru No: 27094/20, 27.06.2023.

Berrehab/Hollanda, Başvuru No: 10730/84, 21.06.1988.

Bıbı/Birleşik Krallık, Başvuru No: 19628/92, 29.06.1992 (Kabul Edilebilirlik Kararı).

Bolat/Rusya, Başvuru No: 14139/03, 05.10.2006.

Boso/İtalya, Başvuru No: 50490/99, 05.09.2002, Kabul Edilebilirlik Kararı.

Boughanemi/Fransa, Başvuru No: 22070/93, 24.04.1996.

Bouvet/Fransa, Başvuru No: 9063/14; 10410/14, 21.07.2016 (Nihai Karar Tarihi: 21.10.2016).

Boyle ve Rice/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9659/82; 9658/82, 27.04.1988.

Brauer/Almanya, Başvuru No: 3545/04, 28.05.2009.

Buckley/Birleşik Krallık, Başvuru No: 20348/92, 26.09.1996.

Burden/Birleşik Krallık, Başvuru No: 13378/05, 28.04.2008.

Bykov/Rusya, Başvuru No: 4378/02, 10.03.2009.

C./Belçika, Başvuru No: 21794/93, 07.08.1996.

C.G. ve Diğerleri/Bulgaristan, Başvuru No: 1365/07, 24.04.2008 (Nihai Karar Tarihi: 24.07.2008).

Chapin ve Charpentier/Fransa, Başvuru No: 40183/07, 09.06.2016 (Nihai Karar Tarihi: 09.09.2016).

Chassagnou ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 25088/94, 28331/95 ve 28443/95, 29.04.1999.

Chavdarov/Bulgaristan, Başvuru No: 3465/03, 21.12.2010 (Nihai Karar Tarihi: 21.03.2011).

Chiragov ve Diğerleri/Ermenistan, Başvuru No: 13216/05, 16.06.2015.

Christine Goodwin/Birleşik Krallık, Başvuru No: 28957/95, 11.07.2002.

Connors/Birleşik Krallık, Başvuru No: 66746/01, 27.05.2004 (Nihai Karar Tarihi: 27.08.2004).

Cossey/Birleşik Krallık, Başvuru No: 10843/84, 27.09.1990.

Coster/Birleşik Krallık, Başvuru No: 24876/94, 18.01.2001.

Cruz Varas ve Diğerleri/İsveç, Başvuru No: 15576/89, 20.03.1991.

D ve Diğerleri/Belçika, Başvuru No: 29176/13, 08.07.2014 (Kabul Edilebilirlik Kararı).

Demicoli/Malta, Başvuru No: 13057/87, 27.08.1991.

Demir ve Baykara/Türkiye, Başvuru No: 34503/97, 12.11.2008.
Dickson/Birleşik Krallık, Başvuru No: 44362/04, 04.12.2007.
Dikme/Türkiye, Başvuru No: 20869/92, 11.07.2000.
E.A. ve A.A./Hollanda, Başvuru No: 14501/89, 06.01.1992 (Kabul Edilebilirlik Kararı).
E.B./Fransa, Başvuru No: 43546/02, 22.01.2008.
El-Masri/Makedonya Eski Yugoslav Cumhuriyeti, Başvuru No: 39630/09, 13.12.2012.
Elsholz/Almanya, Başvuru No: 25735/94, 13.07.2000.
Emonet ve Diğerleri/İsviçre, Başvuru No: 39051/03, 13.12.2007.
Engel ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 5100/71; 5101/71; 5102/71; 5354/72; 5370/72, 08.06.1976.
Eriksen/Norveç, Başvuru No: 17391/90, 27.05.1997.
Estevez/İspanya, Başvuru No: 56501/00, 10.05.2001 (Kabul Edilebilirlik Kararı). Bkz. https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-22334%22]}.
Evans/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6339/05, 07.03.2006.
F/İsviçre, Başvuru No: 11329/85, 18.12.1987.
Fedotova ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 40792/10, 30538/14 ve 43439/14, 17.01.2023.
Feldman/Ukrayna, Başvuru No: 42921/09, 12.01.2012 (Nihai Karar Tarihi: 12.04.2012).
Fernández Martínez/İspanya, Başvuru No: 56030/07, 12.06.2014.
Ferrazzini/İtalya, Başvuru No: 44759/98, 12.07.2001.
Frette/Fransa, Başvuru No: 36515/97, 26.02.2002 (Nihai Karar Tarihi: 26.05.2002).
Frydlender/Fransa, Başvuru No: 30979/96, 27.06.2000.
G.I.E.M. S.R.L. ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 1828/06 and 2 others, 28.06.2018.
Gasus Dosier ve Fördertechnik GmbH/Hollanda, Başvuru No: 15375/89, 23.02.1995.
Giacomelli/İtalya, Başvuru No: 59909/00, 02.11.2006 (Nihai Karar Tarihi: 26.03.2007).
Gillan ve Quinton/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4158/05, 12.01.2010.
Glien/Almanya, Başvuru No: 7345/12, 28.11.2013 (Nihai Karar Tarihi: 28.02.2014).
Gnahoré/Fransa, Başvuru No: 40031/98, 19.09.2000 (Nihai Karar Tarihi: 17.01.2001).
Golder/Birleşik Krallık, Başvuru No: 4451/70, 21.02.1975.
Gül/İsviçre, Başvuru No: 23218/94, 19.02.1996.
H.W./Fransa, Başvuru No: 13805/21, 23.01.2025 (Nihai Karar Tarihi: 23.04.2025).
Handyside/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5493/72, 07.12.1976.
Hatton ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 36022/97, 08.07.2003.
Hirsi Jamaa ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 27765/09, 23.02.2012.
I./Birleşik Krallık, Başvuru No: 25680/94, 11.07.2002.
İ.A./Türkiye, Başvuru No: 42571/98, 13.09.2005 (Nihai Karar Tarihi: 13.12.2005).
İlerde ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 35614/19 ve 10 diğer, 05.12.2023.
İpek/Türkiye, Başvuru No: 25760/94, 17.02.2004 (Nihai Karar Tarihi: 17.05.2004).
İrlanda/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5310/71, 18.01.1978.
J. J./Hollanda, Başvuru No: 21351/93, 27.03.1998.
J.R.M./Hollanda, Başvuru No: 16944/90, 08.02.1993, Kabul Edilemezlik Kararı.

Jansen/Norveç, Başvuru No: 2822/16, 06.09.2018 (Nihai Karar Tarihi: 06.12.2018).
Jersild/Danimarka, Başvuru No: 15890/89, 23.09.1994.
Johansen/Norveç, Başvuru No: 17383/90, 07.08.1996.
Johnston ve Diğerleri/İrlanda, Başvuru No: 9697/82, 18.12.1986.
K. ve T./Finlandiya, Başvuru No: 25702/94, 12.07.2001.
K.D.B./Hollanda, Başvuru No: 21981/93, 27.03.1998.
Keegan/Birleşik Krallık, Başvuru No: 28867/03, 18.07.2006.
Keegan/İrlanda, Başvuru No: 16969/90, 26.05.1994.
Kimlya ve Diğerleri/Rusya, Başvuru No: 76836/01 ve 32782/03, 01.10.2009 (Nihai Karar Tarihi: 01.03.2010).
Kiyutin/Rusya, Başvuru No: 2700/10, 10.03.2011 (Nihai Karar Tarihi: 15.09.2011).
Kjeldsen, Busk Madsen ve Pedersen/Danimarka, Başvuru No: 5095/71; 5920/72; 5926/72, 07.12.1976.
Kopf and Liberda/Avusturya, Başvuru No: 1598/06, 17.01.2012 (Nihai Karar Tarihi: 17.04.2012).
Kosmopoulou/Yunanistan, Başvuru No: 60457/00, 05.02.2004 (Nihai Karar Tarihi: 05.05.2004).
König/Almanya, Başvuru No: 6232/73, 28.06.1978.
Kroon ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 18535/91, 27.10.1994.
Kudrevičius ve Diğerleri/Litvanya, Başvuru No: 37553/05, 15.10.2015.
L./Hollanda, Başvuru No: 45582/99, 01.06.2004 (Nihai Karar Tarihi: 01.09.2004).
Lawless/İrlanda, Başvuru No: 332/57, 01.07.1961.
Leander/İsveç, Başvuru No: 9248/81, 26.03.1987.
Leyla Şahin/Türkiye, Başvuru No: 44774/98, 10/11/2005.
Lobo Machado/Portekiz, Başvuru No: 15764/89, 20.02.1996.
López Ostra/İspanya, Başvuru No: 16798/90, 09.12.1994.
Lozovyye/Rusya, Başvuru No: 4587/09, 24.04.2018 (Nihai Karar Tarihi: 24.07.2018).
Lucà/İtalya, Başvuru No: 33354/96, 27.02.2001.
Luedicke, Belkacem ve Koç/Almanya, Başvuru No: 6210/73, 6877/75, 7132/75, 28.11.1978.
M.D. ve Diğerleri/Malta, Başvuru No: 64791/10, 17.07.2012 (Nihai Karar Tarihi: 17.10.2012).
M.P./Portekiz, Başvuru No: 27516/14, 07.09.2021 (Nihai Karar Tarihi: 17.01.2022).
M/Almanya, Başvuru No: 19359/04, 17.12.2009 (Nihai Karar Tarihi: 10.05.2010).
Magyar Helsinki Bızottság/Macaristan, Başvuru No: 18030/11, 08.11.2016.
Malone/Birleşik Krallık, Başvuru No: 8691/79, 02.08.1984.
Marckx/Belçika, Başvuru No: 6833/74, 13.06.1979.
Margareta ve Roger Andersson/İsveç, Başvuru No: 12963/87, 25.02.1992.
McCann ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 18984/91, 27.09.1995.
McMichael/Birleşik Krallık, Başvuru No: 16424/90, 24.02.1995.
Mennesson/Fransa, Başvuru No: 65192/11, 26.06.2014.

Messina/İtalya, Başvuru No: 25498/94, 28.09.2000 (Nihai Karar Tarihi: 28.12.2000).

Moiseyev/Rusya, Başvuru No: 62936/00, 09.10.2008 (Nihai Karar Tarihi: 06.04.2009).

Moreno Gómez/İspanya, Başvuru No: 4143/02, 16.11.2004 (Nihai Karar Tarihi: 16.02.2005.

Mortıer/Belçika, Başvuru No: 78017/17, 04.10.2022 (Nihai Karar Tarihi: 04.01.2023).

Moser/Avusturya, Başvuru No: 12643/02, 21.09.2006 (Nihai Karar Tarihi: 21.12.2006).

Muñoz Díaz/İspanya, Başvuru No: 49151/07, 08.12.2009 (Nihai Karar Tarihi: 08.03.2010).

N.F./İtalya, Başvuru No: 37119/97, 02.08.2001 (Nihai Karar Tarihi: 12.12.2001).

N.Ö./Türkiye, Başvuru No: 24733/15, 14.01.2025.

Nada/İsviçre, Başvuru No: 10593/08, 12.09.2012.

Nasr ve Ghali/İtalya, Başvuru No: 44883/09, 23.02.2016 (Nihai Karar Tarihi: 23.05.2016).

National Federation of Sportspersons' Associations and Unions (FNASS) ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 48151/11 ve 77769/13, 18.01.2018 (Nihai Karar Tarihi: 18.04.2018).

Nazarenko/Rusya, Başvuru No: 39438/13, 16.07.2015 (Nihai Karar Tarihi: 16.10.2015).

Neulinger ve Shuruk /İsviçre, Başvuru No: 41615/07, 06.07.2010.

Niemietz/Almanya, Başvuru No: 13710/88, 16.12.1992.

Odièvre/Fransa, Başvuru No: 42326/98, 13.02.2003.

Oliari ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 18766/11 ve 36030/11, 21.07.2015 (Nihai Karar Tarihi: 21.10.2015).

Opuz/Türkiye, Başvuru No: 33401/02, 09.06.2009 (Nihai Karar Tarihi: 09.09.2009).

Orlandi ve Diğerleri/İtalya, Başvuru No: 26431/12; 26742/12; 44057/12 ve 60088/12, 14.12.2017 (Nihai Karar Tarihi: 14.03.2018).

Öcalan/Türkiye (2), Başvuru No: 24069/03; 197/04; 6201/06 ve 10464/07, 18.03.2014.

Öztürk/Almanya, Başvuru No: 8544/79, 21.02.1984.

P., C. ve S./Birleşik Krallık, Başvuru No: 56547/00, 16.07.2002 (Nihai Karar Tarihi: 16.10.2002).

Parrillo/İtalya, Başvuru No: 46470/11, 27.08.2015.

Parry/Birleşik Krallık, Başvuru No: 42971/05, 28.11.2006, (Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Kabul Edilemezlik Kararı).

Peck/Birleşik Krallık, Başvuru No: 44647/98, 28.01.2003 (Nihai Karar Tarihi: 28.04.2003).

Pellegrin/Fransa, Başvuru No: 28541/95, 08.12.1999.

Pini ve Diğerleri/Romanya, Başvuru No: 78028/01 ve 78030/01, 22.06.2004 (Nihai Karar Tarihi: 22.09.2004), § 141-148.

Pla ve Puncernau/Andorra, Başvuru No: 69498/01, 13.07.2004.

Płoski/Polonya, Başvuru No: 26761/95, 12.11.2002 (Nihai Karar Tarihi: 12.02.2003).

Pretty/Birleşik Krallık, Başvuru No: 2346/02, 29.04.2002.

Prokopovich/Rusya, Başvuru No: 58255/00, 18.11.2004 (Nihai Karar Tarihi: 18.02.2005).

R. ve F./Birleşik Krallık, Başvuru No: 35748/05, 28.11.2006, (Açıkça Dayanaktan Yoksunluk Nedeniyle Kabul Edilemezlik Kararı).

R.H./Norveç, Başvuru No: 17004/90, 19.05.1992.

Rees/Birleşik Krallık, Başvuru No: 9532/81, 17.10.1986.

Relating to Certain Aspects of the Laws on the Use of Languages in Education in Belgium/Belçika, Başvuru No:1474/62; 1677/62; 1691/62; 1769/63; 1994/63; 2126/64, 23.07.1968.

Röösli/Almanya, Başvuru No: 28318/95, 15.05.1996 (Kabul Edilebilirlik Kararı). Bkz. https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-2937%22]}.

S./Birleşik Krallık, Başvuru No: 11716/85, 14.05.1986 (Kabul Edilebilirlik Kararı). Bkz. https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-596%22]}.

S.H. ve Diğerleri/Avusturya, Başvuru No: 57813/00, 03.11.2011.

Salduz/Türkiye, Başvuru No: 36391/02, 27.11.2008.

Satakunnan Markkinapörssi Oy and Satamedia Oy/Finlandiya, Başvuru No: 931/13, 27.06.2017.

Schalk ve Kopf/Avusturya, Başvuru No: 30141/04, 24.06.2010 (Nihai Karar Tarihi: 22.11.2010).

Schemkamper/Fransa, Başvuru No: 75833/01, 18.10.2005 (Nihai Karar Tarihi: 18.01.2006).

Scozzari ve Giunta/İtalya, Başvuru No: 39221/98, 41963/98, 13.07.2000.

Sheffield ve Horsham/Birleşik Krallık, Başvuru No: 22985/93 ve 23390/94, 30.07.1998.

Silver ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5947/72; 6205/73; 7052/75; 7061/75; 7107/75; 7113/75; 7136/75, 25.03.1983.

Slooten/Hollanda, Başvuru No: 45644/18, 15.04.2025 (Nihai Karar Tarihi: 15.07.2025).

Soering/Birleşik Krallık, Başvuru No: 14038/88, 07.07.1989.

Sommerfeld /Almanya, Başvuru No: 31871/96, 08.07.2003.

Stec ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 65731/01 ve 65900/01, 06.07.2005 (Kabul Edilebilirlik Kararı).

Stubbings ve Diğerleri/Birleşik Krallık, Başvuru No: 22083/93; 22095/93, 22.10.1996.

Stübing/Almanya, Başvuru No: 43547/08, 12.04.2012 (Nihai Karar Tarihi: 24.09.2012).

Suküt/Türkiye, Başvuru No: 59773/00, 11.09.2007, Kabul Edilebilirlik Kararı.

Şen/Hollanda, Başvuru No: 31465/96, 21.12.2001.

Tanrıkulu/Türkiye, Başvuru No: 23763/94, 08.07.1999.

Taşkın ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 46117/99, 10.11.2004.

Tereshchenko/Rusya, Başvuru No: 33761/05, 05.06.2014 (Nihai Karar Tarihi: 05.09.2014).

The Sunday Times/Birleşik Krallık, Başvuru No: 6538/74, 26.04.1979.

Tuquabo-Tekle ve Diğerleri/Hollanda, Başvuru No: 60665/00, 01.12.2005 (Nihai Karar Tarihi: 01.03.2006).

Türkiye Birleşik Komünist Partisi ve Diğerleri/Türkiye, Başvuru No: 133/1996/752/951, 30.01.1998.

Türkoğlu/Türkiye, Başvuru No: 34506/97, 17.03.2005.

Twenty-One Detained Persons/Almanya, Application No: 3134/67 3172/67 3188/67..., 06.04.1968. https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22kpdate%22: [%221968-04-06T00:00:00.0Z%22,%221968-04-06T00:00:00.0Z%22] ,%22itemid%22:[%22001-3044%22]}.

Tyrer/Birleşik Krallık, Başvuru No: 5856/72, 25.04.1978.

Uttley/Birleşik Krallık, Başvuru No: 36946/03, 29.11.2005.

Vallianatos ve Diğerleri/Yunanistan, Başvuru No: 29381/09 ve 32684/09, 07.11.2013.

Van der Heijden/Hollanda, Başvuru No: 42857/05, 03.04.2012.

Van der Velden/Hollanda, Başvuru No: 29514/05, Kabul Edilebilirlik Kararı, 07.12.2006.

Van Orshoven/Belçika, Başvuru No: 20122/92, 25.06.1997.

Varnas/Litvanya, Başvuru No: 42615/06, 09.07.2013 (Nihai Karar Tarihi: 09.12.2013).

Vermeire/Belçika, Başvuru No: 12849/87, 29.11.1991.

Vermeulen/Belçika, Başvuru No: 19075/91, 20.02.1996.

Vo/Fransa, Başvuru No: 53924/00, 08.07.2004.

W./Birleşik Krallık, Başvuru No: 9749/82, 08.07.1987.

Wemhoff/Almanya, Başvuru No: 2122/64, 27.06.1968.

Wilde, Ooms ve Versyp/Belçika, Başvuru No: 2832/66; 2835/66; 2899/66, 10.03.1972.

Winterstei ve Diğerleri/Fransa, Başvuru No: 27013/07, 17.10.2013.

Witold Litwa/Polonya, Başvuru No: 26629/95, 04.04.2000.

X ve Diğerleri/Avusturya, Başvuru No: 19010/07, 19.02.2013.

X ve Y/Hollanda, Başvuru No: 8978/80, 26.03.1985.

X, Y ve Z/Birleşik Krallık, Başvuru No: 21830/93, 22.04.1997.

X. /Letonya, Başvuru No: 27853/09, 26.11.2013.

X. ve Y./Birleşik Krallık, Başvuru No: 9369/81, 03.05.1983 (Kabul Edilebilirlik Kararı), s. 221. Bkz. https://hudoc.echr.coe.int/tur#{%22itemid%22:[%22001-74043%22]}.

X./Avusturya, Application No: 3959/69, 21.07.1970.

X./Federal Almanya Cumhuriyeti, Application No:4618/70.

X/Birleşik Krallık, Başvuru No: 8416/79, 13.05.1980.

X/Federal Alman Cumhuriyeti, Başvuru No: 3603/68, 04.02.1970.

Y.C./Birleşik Krallık, Başvuru No: 4547/10, 13.03.2012 (Nihai Karar Tarihi: 24.09.2012).

Yiğit/Türkiye, Başvuru No: 3976/05, 02.11.2010.

Yunanistan/Birleşik Krallık, Başvuru No: 176/56, 02.06.1956, (Kabul Edilebilirlik Kararı).

Zaunegger/Almanya, Başvuru No: 22028/04, 03.12.2009.

Zorica Jovanović/Sırbistan, Başvuru No: 21794/08, 26.03.2013 (Nihai Karar Tarihi: 09.09.2013).

Diğer Mahkeme Kararları

ABD Federal Yüksek Mahkemesi Kararı, Lawrence et al. v. Texas, No. 02-102, 26.06.2003.

Amerikalılararası İnsan Hakları Mahkemesi, 29.07.1988, (ser. C) No. 4.

Anayasa Mahkemesi'nin 04.07.2013 tarih, 2012/100 Esas ve 2013/84 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 04.11.2021 tarih, 2019/4 Esas ve 2021/78 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 09.11.2022 tarih, 2018/123 Esas ve 2022/138 Karar sayılı kararı, R.G.Tarih-Sayı: 05.04.2023-32154.

Anayasa Mahkemesi'nin 12.11.2002 tarih, 1999/35 Esas ve 2002/104 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 17.04.2008 tarih, 2006/142 Esas ve 2008/148 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 17.07.2020 tarih, 2020/44 Esas ve 2020/41 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 24.09.2008 tarih, 2006/142 Esas ve 2008/148 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 26.07.2023 tarih, 2023/113 Esas ve 2023/127 Karar sayılı kararı, R.G. Tarih-Sayı: 22.11.2023-32377.

Anayasa Mahkemesi'nin 28.04.2011 tarih, 2009/59 Esas ve 2011/69 Karar sayılı kararı.

Anayasa Mahkemesi'nin 29.12.2022 tarih, 2018/149 Esas ve 2022/163 Karar sayılı kararı, R.G.Tarih-Sayı: 03.08.2023-32268.

Anayasa Mahkemesi'nin 04.11.2021 tarih, 2019/4 Esas ve 2021/78 Karar sayılı kararı.

A.D. [1. B.], B. No: 2014/7967, 23.05.2018.

Ahmet Bican Kırker [2. B.], B. No: 2019/2683, 12.07.2023.

Ahmet Muhammet Çay [1. B.], B. No: 2020/9481, 18.04.2024.

Ahmet Mutluer ve diğerleri [1. B.], B. No: 2021/6982, 21.11.2023.

Ali Karatay [2. B.], B. No: 2012/990, 10.12.2014.

Asya Göres ve diğerleri [GK], B. No: 2018/15851, 01.12.2022.

Aynur Özdemir ve diğerleri [2. B.], B. No: 2013/2453, 24.03.2016.

Ayşe Ortak [GK], B. No: 2018/25011, 06.01.2022.

B.Y. [1. B.], B. No: 2018/30296, 07.09.2021.

Bekir Coşkun [GK], B. No: 2014/12151, 04.06.2015.

Bülent Polat [GK], B. No: 2013/7666, 10.12.2015.

Ç.A. [1. B.], B. No: 2022/66069, 27.05.2025.

Dalga Eda Yıldırım ve Özgün Yıldırım [1. B.], B. No: 2014/5974, 26.12.2017.

Erhan Arslan [1. B.], B. No: 2022/74624, 27.05.2025.

Eşref Köse [1. B.], B. No: 2017/38098, 03.06.2020.

Fatih Saraman [GK], B. No: 2014/7256, 27.02.2019.

Fatih Taş [GK], B. No: 2013/1461, 12.11.2014.

Fatma Julia Ekinciler [1. B.], B. No: 2013/2758, 17.02.2016.

Fevzi İlhan [1. B.], B. No: 2017/31442, 08.09.2020.

Figen Güneştaş ve diğerleri [2. B.], B. No: 2014/18376, 26.10.2017.

Ford Otomotiv Sanayi A.Ş. [GK], B. No: 2019/40991, 23.03.2023.

G.K. ve Ü.K. [2. B.], B. No: 2018/31989, 13.09.2022.
Hacer Kahraman [1. B.], B. No: 2013/7935, 20.04.2016.
Hayriye Özdemir [2. B.], B. No: 2013/3434, 25.06.2015.
Hidayet Karaca [GK], B. No: 2015/144, 14.07.2015.
Hüseyin Kesici [1. B.], B. No: 2013/3440, 20.04.2016, § 46.
İdil Alakuş Dere [2. B.], B. No: 2019/38252, 11.01.2023.
İdris Ertaş [GK], B. No: 2018/21949, 20.05.2021.
İlknur Kızıltoprak [1. B.], B. No: 2015/11579, 18.04.2019.
İsa Yağbasan ve diğerleri [2. B.], B. No: 2013/1481, 20.11.2014.
Kamil İnce [1. B.], B. No: 2014/1167, 25.10.2017.
Kamuran Reşit Bekir [GK], B. No: 2013/3614, 08.04.2015.
Keremu Asımugulı [2. B.], B. No: 2021/11462, 17.07.2025.
Keser Altıntaş [GK], B. No: 2023/18536, 25.07.2023.
Latife Akyüz [1. B.], B. No: 2016/50822, 07.09.2021.
Marcus Frank Cerny [GK], B. No: 2013/5126, 02.07.2015.
Mehmet Akdoğan ve diğerleri [1. B.], B. No: 2013/817, 19.12.2013.
Murat Atılgan [2. B.], B. No: 2013/9047, 07.05.2015.
Murat Demir [GK], B. No: 2015/7216, 27.03.2019.
Murat Yavuzarslan [1. B.], B. No: 2020/29558, 08.02.2024.
N.Ö. [2. B.], B. No: 2014/19725, 19.11.2015.
Orhan Güleryüz [1. B.], B. No: 2019/30221, 28.12.2021.
Özkan Kart [1. B.], B. No: 2013/1821, 05.11.2014.
Recep Eşkar [1. B.], B. No: 2014/14784, 05.04.2018.
S.B. [1. B.], B. No: 2014/5783, 20.12.2017.
Sebahat Tuncel [1. B.], B. No: 2012/1051, 20.02.2014.
Selçuk Demir [2. B.], B. No: 2014/9783, 22.01.2015.
Serap Tortuk [1. B.], B. No: 2013/9660, 21.01.2015.
Serpil Toros [2. B.], B. No: 2013/6382, 09.03.2016.
Seyit Cingöz [1. B.], B. No: 2017/30916, 10.12.2019.
Şenay Tavuz [2. B.], B. No: 2014/10777, 16.11.2016.
Tamer Mahmutoğlu [GK], B. No: 2017/38953, 23.07.2020.
Tansel Çölaşan, [1. B.], B. No: 2014/6128, 07.07.2015.
Tuğba Çetinkaya [1. B.], B. No: 2018/17932, 14.10.2020.
Tuna Ayçiçek [1. B.], B. No: 2014/6526, 24.01.2018.
Turgut Duman [1. B.], B. No: 2014/15365, 29.05.2019.
Turkcell İletişim Hizmetleri A.Ş. (4) [GK], B. No: 2017/36186, 28.12.2022.
Türkiye Emekliler Derneği [1. B.], B. No: 2012/1035, 17.07.2014.
Türkiye İş Bankası A.Ş. [GK], B. No: 2014/6192, 12.11.2014.
Uğur Özcan [1. B.], B. No: 2021/12137, 26.07.2022.
Veysel Kaplan (2) [1. B.], B. No: 2015/9192, 02.12.2015.

Yaşar İnce [1. B.], B. No: 2016/1750, 10.12.2019.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Joslin/Yeni Zelenda Başvurusu, No: 902/1999.

Birleşmiş Milletler İnsan Hakları Komitesi, Joslin/Yeni Zelenda Başvurusu, No: 902/1999.

CILFIT/Ministero della Sanità, Başvuru No: C-283/81, 06.10.1982.

Conseil d'État, 02.06.2010*, René Abolivier* Davası. https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/rechercher-une-decision-arianeweb

Conseil d'État, 23.12.2011*, Kandyrine de Brito Paiva* Davası, No: 303678. https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/rechercher-une-decision-arianeweb, https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage= true.

Conseil d'État, 23.12.2011*, Kandyrine de Brito Paiva* Davası, No: 303678. https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/rechercher-une-decision-arianeweb, https://www.conseil-etat.fr/arianeweb/#/view-document/?storage=true

Cour de Cassation'un 19 Ekim 2010 tarihli ve Temyiz No: 10-30.242, 10–17.049, 10–30.313 ve 10–30.316 karar sayılı kararları. https://www.courdecassation.fr/recherche-judilibre?search_api_fulltext=&date_du=2011-04-15&date_au=2011-04-15&judilibre_juridiction =all &op=Judilibre%27de+ara&page=0.

Cour de Cassation'un 19 Ekim 2010 tarihli ve Temyiz No: 10-85.051 sayılı kararı.https://www.courdecassation.fr/decision/61402bba6daa9ec1b86b1b47?search_api_fulltext=&date_du=2010-10-19&date_au=2010-10-19&judilibre_juridiction=all&op=Judilibre%27de%20ara& previousdecisionpage=&previousdecisionindex=&nextdecisionpage=0&nextdecisionindex=1

Criminal proceedings/Gaetano Mantello, Başvuru No: C-261/9, 07.09.2010.

Danıştay 13. Daire Başkanlığı'nın 22.06.2011 tarih, 2010/367 Esas ve 2011/3019 Karar sayılı kararı

DEB Deutsche Energiehandels- und Beratungsgesellschaft mbH/Bundesrepublik Deutschland, Başvuru No: C-279/09, 02.09.2010.

Dijon İdare Mahkemesi'nin 17 Kasım 2009 tarihli ve No: 0800899 sayılı kararı, https://www.conseil-etat.fr/decisions-de-justice/jurisprudence/rechercher-une-decision-arianeweb.

Emesa Sugar (Free Zone) NV/Aruba, Başvuru No: C-17/98, 04.02.2000.

London Borough of Harrow/Qazi Davası, 2003, UKHL 43.

Manchester City Council/Pinnock (Nos 1 and 2) [2010] UKSC 45, [2011] 2 AC 104 (references omitted) [49].

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi 15.06.2015 tarih, 2014/23692 Esas ve 2015/12591 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 2.Hukuk Dairesi 13.10.2014 tarih, 2014/7476 Esas ve 2014/19377 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 01.02.2010 tarih, 2008/19903 Esas ve 2010/1435 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 12.05.2009 tarih, 2009/170 Esas ve 2009/9411 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 15.04.2025 tarih, 2024/7233 Esas ve 2025/3682 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 20.10.2008 tarih, 2007/17220 Esas ve 2008/13614 Karar sayılı kararı

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 27.02.2008 tarih, 2007/1419 Esas ve 2008/2362 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 2. Hukuk Dairesi'nin 30.04.2025 tarih, 2024/6442 Esas ve 2025/4430 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 4. Ceza Dairesi'nin 18.03.2009 tarih, 2007/213 Esas ve 2009/5127 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 05.03.1979 tarih, 1979/9973 Esas ve 1979/2900 Karar sayılı kararı

Yargıtay 4. Hukuk Dairesi'nin 20.09.2012 tarih, 2012/12110 Esas ve 2012/13185 Karar sayılı kararı.

Yargıtay 7. Ceza Dairesi'nin 07.04.2009 tarih, 2006/3351 Esas ve 2009/4859 Karar sayılı kararı. Bkz. https://proxy.hacibayram.edu.tr:2089/belge/y-7-cd-e-2006-3351-k-2009-4859-t-07-04-2009-yargitay-7-ceza-dairesi-karari/869434/

Yargıtay Ceza Genel Kurulu'nun 27.09.2023 tarih, 2023/254 Esas ve 2023/470 Karar sayılı kararı.

Yargıtay Hukuk Genel Kurulu'nun 25.11.1970 tarih, 1970/967 Esas ve 1970/645 Karar sayılı kararı

ÖZGEÇMİŞ

Ad Soyad: RAMAZAN GÜMÜŞAY	
Eğitim Bilgileri	
Lisans	
Üniversite	Dokuz Eylül Üniversitesi
Fakülte	Hukuk Fakültesi
Bölümü	Hukuk
Yüksek Lisans	
Üniversite	Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi
Enstitü Adı	Sosyal Bilimler Enstitüsü
Ana Bilim Dalı	Kamu Hukuku
Programı	Yüksek Lisans
Makale ve Bildiriler (Varsa)	
1. BİREYSEL BAŞVURUDA İHLALİN ORTADAN KALDIRILMASININ BİR ARACI OLARAK "YENİDEN YARGILAMA" KARARI VE İCRASI, Erzincan Binali Yıldırım Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, c. XXII, sy. 1-2, 2018, ss. 93-143.	